

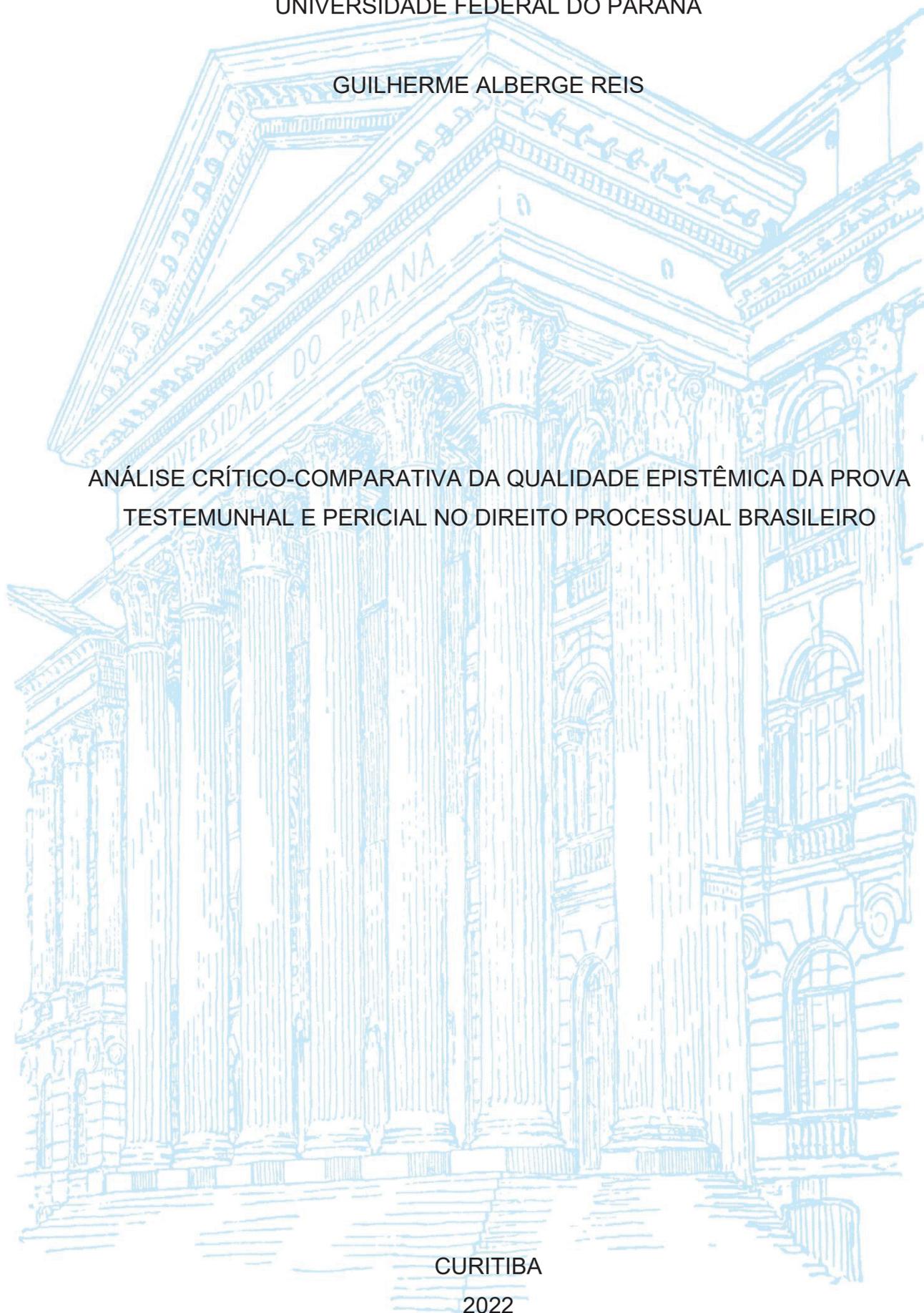
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME ALBERGE REIS

ANÁLISE CRÍTICO-COMPARATIVA DA QUALIDADE EPISTÊMICA DA PROVA
TESTEMUNHAL E PERICIAL NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

CURITIBA

2022



GUILHERME ALBERGE REIS

ANÁLISE CRÍTICO-COMPARATIVA DA QUALIDADE EPISTÊMICA DA PROVA
TESTEMUNHAL E PERICIAL NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão

CURITIBA
2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Reis, Guilherme Alberge

Análise crítico-comparativa da qualidade epistêmica da prova testemunhal e pericial no direito processual brasileiro / Guilherme Alberge Reis. – Curitiba, 2022.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Clayton de Albuquerque Maranhão.

1. Prova (Direito). 2. Prova pericial. 3. Testemunhas. 4. Epistemologia. 5. Direito comparado. 6. Processo civil - Brasil. 7. Processo penal - Brasil. I. Maranhão, Clayton de Albuquerque. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia dezesseis de março de dois mil e vinte e dois às 09:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **GUILHERME ALBERGE REIS**, intitulada: **ANÁLISE CRÍTICO-COMPARATIVA DA QUALIDADE EPISTÊMICA DA PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**, sob orientação do Prof. Dr. CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), VITOR LIA DE PAULA RAMOS (UNIVERSITAT DE GIRONA), JANAINA ROLAND MATIDA (UNIVERSIDADE ALBERTO HURTADO - CHILE), SERGIO CRUZ ARENHART (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 16 de Março de 2022.

Assinatura Eletrônica
16/08/2022 13:23:53.0

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
31/08/2022 15:58:43.0

VITOR LIA DE PAULA RAMOS
Avaliador Externo (UNIVERSITAT DE GIRONA)

Assinatura Eletrônica
17/08/2022 15:12:36.0

JANAINA ROLAND MATIDA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE ALBERTO HURTADO - CHILE)

Assinatura Eletrônica
16/08/2022 18:08:46.0

SERGIO CRUZ ARENHART
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **GUILHERME ALBERGE REIS** intitulada: **ANÁLISE CRÍTICO-COMPARATIVA DA QUALIDADE EPISTÊMICA DA PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO**, sob orientação do Prof. Dr. CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 16 de Março de 2022.

Assinatura Eletrônica

16/08/2022 13:23:53.0

CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

31/08/2022 15:58:43.0

VITOR LIA DE PAULA RAMOS

Avaliador Externo (UNIVERSITAT DE GIRONA)

Assinatura Eletrônica

17/08/2022 15:12:36.0

JANAINA ROLAND MATIDA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE ALBERTO HURTADO - CHILE)

Assinatura Eletrônica

16/08/2022 18:08:46.0

SERGIO CRUZ ARENHART

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

AGRADECIMENTOS

Não posso iniciar esse trabalho de outra forma a não ser agradecendo às pessoas que o tornaram possível, sobretudo por conta da coincidência de todo o período do mestrado com a pandemia. Se, de um lado, foram impostas dificuldades adicionais com o ensino remoto e o acesso restrito às fontes do saber, de outro, o mestrado possibilitou que me mantivesse produtivo e ocupado em um período de incertezas e inseguranças.

Inicialmente, agradeço ao meu orientador, Professor Clayton de Albuquerque Maranhão, que, além de ter acreditado no projeto, com cordialidade ímpar mostrou-me caminhos por mim desconhecidos que certamente tornaram a pesquisa mais completa, com seus valiosos ensinamentos sobre Epistemologia e Psicologia cognitiva. Fica o meu agradecimento pelo acompanhamento e encorajamento constantes.

Igualmente, devo reconhecer o apoio que toda a minha família me deu em minhas escolhas pessoais, profissionais e acadêmicas, minha mãe, Tânia, meus irmãos, Gustavo, Andréa e Clarissa (*in memoriam*), meus sobrinhos, que tornaram mais leves esses dois últimos anos, Henrique, Beatriz e Fernanda, e, em especial ao meu pai, Clayton Reis, que nunca mediu esforços a fornecer a mim e aos meus irmãos a melhor educação possível. Uma pessoa ímpar que possibilita a quem com ele convive o privilégio de poder utilizá-lo como espelho de ser humano: sensível, educado, afável e com inabalável ética. A ampla pesquisa de Direito comparado foi possível, devo reconhecer, em grande medida a meu pai que me estimulou no aprendizado de línguas estrangeiras e intercâmbios que me despertaram para outras realidades.

Fico igualmente agradecido e honrado por ter cursado o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, que congrega, no âmbito do Processo Civil, algumas das mentes mais brilhantes do país, com quem tive o privilégio de conviver e aprender ao longo dos dois últimos anos. Espero que, com este trabalho, eu possa de alguma forma retribuir à sociedade o investimento e a confiança que foram depositados em mim.

Tenho que reconhecer o excelente trabalho desempenhado pelas pessoas que trabalham comigo em meu escritório, Mayara, advogada incansável, competente e paciente, além do Gabriel, estagiário já se encaminhando para o término da

graduação, com futuro acadêmico brilhante pela frente. Vocês mantiveram a “casa em ordem” nos momentos mais críticos de dedicação à dissertação e contribuíram ativamente para esse resultado.

Agradeço, por fim, aos meus amigos, que pontualmente opinaram sobre termos do trabalho e, especialmente às colegas de pesquisa, Rafaella Nogaroli, Priscilla Barbiero, Caroline Cavet e Karoline Kuzmann, com quem a persistente jornada para ingresso no mestrado começou, quando nos reunimos para debater os textos do processo seletivo e nos estimulamos mutuamente a seguir adiante com o aprimoramento acadêmico, participação em congressos e produção científica.

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar como se operam e quais são as razões de existência das regras de exclusão incidentes sobre as provas testemunhal e pericial nos países de *common law*, a partir de uma análise macrocomparativa, extraindo informações que poderiam servir como método para aprimorar a justificação epistêmica da prova no processo jurisdicional brasileiro. De forma mais pontual, a análise também será microcomparativa, para que se avalie se há critérios para valoração de provas com qualidade epistêmica inferior em países de tradição continental, como a França, a Itália e a Colômbia. Para tanto, iniciamos o estudo abordando a importância que a apuração da verdade dos fatos juridicamente relevantes tem para uma decisão justa. Como uma prova com boa qualidade epistêmica servirá de premissa necessária para uma decisão justa, avaliaremos como se opera o convencimento motivado, segundo o qual o julgador deverá formular inferências racionais, avaliando se o grau de probabilidade atingido pelo conjunto probatório atingiu o *standard* aplicável ao caso concreto. Abordaremos a premissa menor do silogismo judicial, ou seja, especificamente o momento preliminar à subsunção do fato à norma, sobretudo a valoração sobre a fiabilidade da prova. Após a superação das necessárias premissas teóricas, analisaremos fatores psicológicos que minam a qualidade epistêmica da prova, como falhas mnemônicas, vieses cognitivos e heurísticas que influenciam a conduta de testemunhas, advogados, peritos e magistrados, com impacto direto na produção das provas testemunhal e pericial. Em seguida, já adentrando na análise macrocomparativa, veremos que as regras de exclusão devem a sua existência a um paternalismo epistêmico, retirando do conhecimento do júri, que além de leigo profere vereditos imotivados, provas com valor pretensamente inferior. Passaremos pela análise individual das principais regras de exclusão previstas pelas *Federal Rules of Evidence*, dos Estados Unidos, entre as quais a *hearsay rule*, que possui diversas exceções que tornam complexa a sua integral compreensão. Veremos que sobejam críticos que defendem a sua abolição. Seguidamente, as *rationes* dos precedentes estadunidenses sobre a *expert witness*, notadamente *Frye* e a trilogia *Daubert*, serão compreendidos para buscar soluções para o problema da demarcação, estipulando critérios de fiabilidade mínimos de que deve se revestir a prova pericial para que não se admitam em juízo laudos baseados em *junk science*. Diante do conhecimento da matéria estrangeira, a legislação brasileira será estudada, a fim de fornecer elementos para uma análise comparativa da qualidade epistêmica das provas testemunhal e pericial. Finalmente, concluiremos que não é necessária a importação irrefletida de regras de exclusão, tendo em vista a inconstitucionalidade que deflagaria da imposição de limitações ao direito à produção de provas, mas seria salutar uma proposta de *lege ferenda* especificamente para fornecer critérios para valoração do depoimento testemunhal indireto e para avaliação da fiabilidade dos métodos utilizados pelo *expert* na prova pericial.

Palavras-chave: Direito Processual; Prova testemunhal; Prova pericial; Regras de exclusão; Epistemologia; Direito comparado.

ABSTRACT

This research aims to analyze how exclusionary rules operate over lay and expert witness in common law countries and what are the reasons for their existence, from a macro comparative perspective, extracting information that could improve the epistemic justification of evidence law in the Brazilian jurisdictional procedure. Occasionally, the analysis will also be micro comparative, to assess if there are criteria to evaluate evidence with inferior epistemic quality in other civil law countries, such as France, Italy and Colombia. We begin our study addressing the importance of truth about facts plays in a fair ruling. As evidence with good epistemic quality will serve as a necessary premise for a fair ruling, we will evaluate how the rational persuasion operates, meaning the judge must reach rational inferences, evaluating if the sum of evidences produced within a claim has met the minimum standards of proof in the specific case. We will address the minor premise of legal syllogism, in other words, the proposition of facts, especially when evaluating the reliability of evidence. After addressing all necessary theoretical premises, we will analyze the psychological factors that undermine the epistemic quality of evidence, such as mnemonic failures, cognitive biases and heuristics that influence the conduct of witnesses, lawyers, experts and judges, with a direct impact in producing lay and expert witness evidence. In sequence, starting the macro comparative analysis, we will conclude that the exclusionary rules own its existence to an epistemic paternalism, preventing the lay jurors to evaluate evidences with a supposed inferior epistemic value, but also because of the lack of justified rational inferences in verdicts. The main exclusionary rules contained in the Federal Rules of Evidence, from the United States, will be studied, among which the hearsay rule, that has several exceptions which make its full comprehension a difficult task. We will see that many critics make their cases for a complete abolition of exclusionary rules. After that, we will understand the rationale of American precedents on expert witness, notably Frye and the Daubert trilogy, in search of solutions for the demarcation problem, stipulating minimum liability standards over the expert witness evidence in order to prevent the admission in trial of opinions based on junk science. From the analysis of the foreign experience, the Brazilian law will be studied, in order to provide elements for a comparative analysis of the epistemic quality of both the lay and expert witness evidences. At last, we will conclude that the ill-considered importation of exclusionary rules to Brazil is not desired, considering the unconstitutionality that would emerge from the imposition of limits to the right to produce evidences, on the other hand a *lege ferenda* proposal would be welcome to establish objective standards to evaluate hearsay witness and also the liability of the methods used by the expert witness on his/her opinion.

Keywords: Procedural Law; Witness evidence; Expert witness evidence; Exclusionary rules; Epistemology; Comparative Law.

LISTA DE SIGLAS

CC	- Código Civil
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CF	- Constituição Federal
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
CP	- Código Penal
CPC	- Código de Processo Civil
CPP	- Código de Processo Penal
DNA	- Ácido desoxirribonucleico
FRE	- <i>Federal Rules of Evidence</i>
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TJPR	- Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A BUSCA PELA VERDADE E A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO DOS FATOS	17
3	O SISTEMA DA VALORAÇÃO DA PROVA	31
3.1	Ônus <i>probandi</i> e o convencimento motivado.....	31
3.2	Ônus da prova e <i>standards</i> probatórios.....	38
4	OS LIMITES COGNITIVOS DA MEMÓRIA HUMANA	47
4.1	Falsas memórias	48
4.2	Preconceitos e vieses.....	58
5	ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO DAS REGRAS DE EXCLUSÃO (EXCLUSIONARY RULES) SOB UMA PERSPECTIVA EPISTÊMICA	66
5.1	Testemunhos sobre o caráter/personalidade de uma pessoa	72
5.2	Exclusão das provas que incluam medidas para prevenir danos subsequentes ou o custeio de despesas médicas da vítima.....	75
5.3	<i>Lay witness opinion</i>	77
5.4	Especulações	79
5.5	<i>Hearsay</i> – a exclusão dos ‘boatos’ ou depoimentos indiretos	80
5.6	A <i>expert witness</i> – parâmetros para avaliação da confiabilidade da prova técnica e os precedentes <i>Frye</i> , <i>Daubert</i> , <i>Joiner</i> e <i>Kumho Tires</i>	97
6	O REGRAMENTO DAS PROVAS TESTEMUNHAL E PERICIAL NO BRASIL E SUA VALORAÇÃO JURISPRUDENCIAL	114
6.1	O direito subjetivo à produção da prova no contexto jurídico brasileiro.....	114
6.2	A prova testemunhal e parâmetros para a sua valoração no processo jurisdicional brasileiro	117
6.3	A prova pericial e parâmetros para a sua valoração no processo jurisdicional brasileiro.....	127
7.	ANÁLISE COMPARADA DO PROCESSO JURISDICIONAL NACIONAL A PARTIR DE CRITÉRIOS EPISTÊMICOS	136
7.1	Proposta de <i>lege ferenda</i> para a valoração do depoimento indireto (<i>hearsay</i>)	138
7.2	Proposta de <i>lege ferenda</i> para a valoração da fiabilidade da prova pericial.....	155

8	CONCLUSÃO.....	163
	<u>REFERÊNCIAS.....</u>	172

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho será o estudo, a partir de parâmetros de Direito comparado (análises macro e microcomparativa), de quais fatores influenciam positivamente a qualidade epistêmica das provas testemunhal e pericial, a fim de estabelecer critérios que permitam uma melhor aferição acerca de sua fiabilidade. O maior desafio enfrentado é que, dificilmente, a superioridade epistêmica de um sistema processual ou de um meio de prova sobre o outro é aferível a partir de critérios objetivos – aliás, a comparação sobre a eficácia entre sistemas sequer é desejável, tendo em vista que há elementos de cada ordenamento jurídico, além de fatores socioculturais, que devem ser levados em consideração individualmente. No entanto, antes de se chegar à análise do que ocorre em outros países, há relevantes discussões de ordem filosófica que alicerçarão este estudo e que devem ser compreendidas, sobretudo a relação entre verdade e processo, e os critérios para que uma decisão seja considerada racionalmente motivada.

A busca pela verdade confere legitimidade ao processo. Ainda que não seja verificável nem atingível objetivamente, já que limitações temporais (como o princípio da razoável duração do processo) e as garantias fundamentais (como a vedação à produção de provas ilícitas), que protegem valores igualmente caros, possuem natureza visivelmente contraepistêmica, não há como se conferir legitimidade a um processo que reconhecidamente não se preocupe com a descoberta da verdade, o que traria um sentimento de profunda injustiça. É salutar, assim, que haja um equilíbrio entre esses objetivos epistêmicos e opções de política legislativa. Tal discussão evidenciará a importância que a apuração dos fatos tem para qualquer processo jurisdicional, disciplina muitas vezes ignorada por nosso ensino jurídico.

Dessa forma, a prova deve se aproximar o máximo possível de seu objetivo principal, que é o esclarecimento da verdade dos fatos. Sempre que possível, a partir de uma reflexão epistêmica, deve se questionar qual o método de maior qualidade para que o conjunto probatório a ser produzido nos autos privilegie a verdade, sem se distanciar de preceitos que confirmam celeridade à marcha processual e garantam a observância a direitos fundamentais.

Inicialmente, abordaremos o fato de que a Justiça não está ligada apenas à verificação da verdade fática, como também à correta aplicação da norma e

observância a garantias processuais. Como a prova servirá de fundamento para uma decisão justa, também será imprescindível compreender os conceitos que permitem concluir que determinada decisão seja dotada de motivação racional, e se relacionam ao *standard* probatório aplicável ao caso concreto, que delimitará o grau de confirmação mínimo de probabilidade a ser atingido para que uma hipótese seja considerada como provada.

A decisão judicial racional opera como elemento de ligação entre os enunciados fáticos trazidos pelas partes e o conjunto probatório produzido. Esse estudo da tradição racionalista se justifica na medida em que dificilmente se observam parâmetros objetivos de valoração da prova a partir de uma perspectiva epistêmica. Ainda assim, por vezes, determinada prova pode ser suficiente para uma condenação cível, mas não criminal, atraindo uma visão contextualista. Haverá, portanto, íntima relação entre o grau de confirmação que uma prova gera sobre determinada hipótese, a valoração racional, ainda que essencialmente subjetiva, e o *standard* aplicável, que poderá influenciar na necessidade de produção de provas adicionais.

O foco, no entanto, será na premissa menor do silogismo judicial, especialmente o momento epistêmico da prova, que aborda a credibilidade da prova individualmente considerada, como critério preliminar de valoração, portanto, antes da avaliação sobre o grau de corroboração de todo o conjunto probatório. Assim, a premissa maior, ou seja, a aplicação da norma ao fato, não será objeto de estudo do presente trabalho.

Para tanto, abordaremos pesquisas de Psicologia cognitiva que analisam como operam as nossas memórias e em que medida são confiáveis. Outro objeto de preocupação será a existência de preconceitos, vieses e heurísticas de comportamento e a medida em que influenciam nossa avaliação sobre a conduta de uma testemunha, e o comportamento desta para com vieses preconcebidos e sua possível influência em um depoimento que se pressupõe que seja correspondente à realidade fática. Veremos que não apenas as testemunhas podem sofrer essas influências, internas e externas, mas também os demais atores processuais, como juízes, peritos e advogados. Reconhecer a existência de possíveis falhas da memória humana e os “atalhos” que nosso cérebro toma quando raciocina, também auxiliarão a valorar devidamente a prova testemunhal e evitar que fatores externos e

controláveis prejudiquem a sua qualidade epistêmica, em conceitos que serão constantemente invocados a partir desse ponto da pesquisa.

Na segunda etapa, a partir de uma análise macrocomparativa, em especial das *Federal Rules of Evidence*, dos Estados Unidos, buscaremos compreender como se operam as complexas restrições às perguntas e respostas das testemunhas (que podem ser leigas ou *experts*) – regras de exclusão que se aplicam em especulação, opiniões técnicas, no depoimento por ouvir dizer (*hearsay*), ou ainda quando os métodos utilizados para a produção da prova técnica carecerem de fiabilidade, por exemplo.

Dentre as diversas justificativas para que se impeça que os jurados valorem essas provas está o fato de que tais modalidades probatórias desprivilegiam a busca pela verdade: o depoimento indireto, para mencionar brevemente apenas um exemplo, impossibilita o *cross-examination* e a aferição sobre a credibilidade da testemunha original. No presente trabalho serão analisadas as razões de tais exclusões, assim como as suas exceções, em especial se possuem caráter epistemológico ou meramente ideológico para preencher objetivos acessórios do processo, como a sua razoável duração. Veremos igualmente que a Inglaterra passou a permitir o ingresso de provas de qualidade epistêmica inferior, entre os quais o *hearsay*, em razão da recente abolição do júri cível, não sem antes estipular critérios claros para a sua valoração.

Chegaremos à conclusão que a maioria das regras de exclusão devem a sua existência ao júri cível, vez que, sob uma perspectiva de paternalismo epistêmico, busca-se evitar que o jurado leigo supervalorize uma prova tida como “inferior”, além de que, uma vez admitidas, será impossível formar um juízo de valor sobre a racionalidade das inferências realizadas pelo jurado, tendo em vista que os vereditos não são motivados. Ao longo do mesmo capítulo, também faremos uma análise microcomparativa a fim de verificar como e se outros países de *civil law*, como a França, a Itália e, no âmbito comunitário, especificamente a Corte Europeia de Direitos Humanos, abordam em suas legislações critérios de valoração da prova testemunhal. Por fim, buscaremos responder, a partir do estudo doutrinário, tanto de autores anglo-americanos quanto de tradição continental, se tais regras de exclusão são eficazes do ponto de vista epistêmico, a fim de compreender a sua utilidade para a realidade brasileira.

Especificamente com relação à *expert witness*, veremos que os precedentes norte-americanos se preocupam há longa data com o “problema da demarcação”, termo cunhado por Karl Popper para que se possa separar a *junk science*, que muitas vezes se reveste de uma roupagem metodológica legítima, de verdadeiro conhecimento científico, epistemicamente isento. Apesar de o perito ser inquirido como “testemunha técnica” nos Estados Unidos, nossa análise se dará em paralelo com o regime jurídico da prova pericial no Brasil.

Faremos uma análise crítica da *ratio* do precedente *Frye*, que estabeleceu como critério preliminar de fiabilidade da prova pericial a sua aceitação geral pela comunidade científica da qual se originou. Em seguida, passaremos ao estudo da trilogia *Daubert*, um conjunto de três precedentes da Suprema Corte norte-americana que estabeleceu cinco critérios, não cumulativos e apenas exemplificativos, para avaliação dos métodos utilizados pelo perito, relegando à discricionariedade dos tribunais a análise não apenas da fiabilidade da prova pericial, como também, em determinados casos, de suas conclusões, o que evidencia o completo abandono de uma deferência cega à opinião contida no laudo. A relevância do estudo do teste *Daubert* se justifica na medida em que fornece ao julgador, leigo na área do conhecimento em que a prova técnica se produziu, elementos objetivos para valoração da metodologia aplicada pelo *expert*.

Em contraposição ao que ocorre especialmente nos Estados Unidos, sabemos que na cultura processual brasileira há uma grande permissividade nas perguntas endereçadas às testemunhas. Analisaremos, assim, primeiramente a legislação brasileira sobre o tema, para, em seguida, passar a um juízo epistêmico mais profundo, sobre quais aspectos da colheita de provas testemunhal e pericial favorecem a busca pela verdade. Seria salutar, sob este enfoque, importar regras do *common law*, a fim de não afastar a busca processual pela verdade? Após, estudaremos o comportamento da jurisprudência brasileira e o peso conferido ao depoimento testemunhal indireto, além de se analisar como os métodos utilizados pelo perito para chegar às suas inferências são avaliados por nossos precedentes, para finalmente concluir qual seria a melhor solução que concilie a busca pela verdade e os elementos norteadores presentes em nossa legislação processual.

Veremos que a importação irrestrita de tais normas não é desejável, vez que o Direito processual brasileiro se orienta em direção a um princípio de *free proof*, prestigiando a livre produção da prova, com poucas regras de exclusão de ordem

constitucional (como a vedação à utilização de provas ilícitas), e outras de cunho objetivo e subjetivo que podem ser facilmente excepcionadas, o que ocorre para que o juízo dos fatos não seja privado do acesso a provas com valor epistêmico potencialmente relevante. Diante de tal tônica, o sistema processual do Brasil confia no *arbitrium boni viri* do julgador para valorar devidamente provas que, eventualmente, tenham peso epistêmico questionável.

Finalmente, faremos a proposição de *lege ferenda* pontual para fornecer critérios ao juízo dos fatos na valoração específica do depoimento testemunhal indireto e da fiabilidade da prova pericial, a partir de inspiração direta do *common law*. Em tal proposta, tomamos o cuidado de não desvirtuar o sistema de liberdade probatória em nosso país, e, de forma mais ampla, o direito subjetivo à produção da prova, sem propor a adoção de regras de exclusão, que seriam flagrantemente inconstitucionais, mas por outro lado fornecendo elementos objetivos ao julgador para que, em nossa compreensão, possa efetuar uma valoração epistêmica de maior qualidade de ambas as modalidades probatórias estudadas.

2. A BUSCA PELA VERDADE E A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO DOS FATOS

A responsabilidade do julgador ou de um júri, ao proferir uma decisão ou um veredito, respectivamente, é imensurável. Todo e qualquer aspecto da vida de uma pessoa pode ser judicializado – desde questões patrimoniais de suma relevância, como discussões atinentes à impenhorabilidade de imóveis¹, relações contratuais e laborais, passando por aspectos imateriais que guardam íntima relação com princípios fundamentais caros às democracias liberais modernas, como a honra e até mesmo os direitos à saúde e à vida. Igualmente, aspectos da vida pública frequentemente ganham eco nos tribunais, com discussões que afetam e engajam todo o país, como o reconhecimento de igualdade de direitos a minorias² e a higidez do processo eleitoral. Assim, é inegável o papel que o Estado de Direito e o Judiciário exercem nas vidas de todos.

A virtual imutabilidade conferida às sentenças após o trânsito em julgado, nos termos dos arts. 502 e 503 do Código de Processo Civil brasileiro³, aumenta ainda mais a seriedade do encargo, haja vista que haverá sempre a possibilidade de que a decisão não tenha correspondência com a realidade fática, o que afastaria a função jurisdicional de sua preocupação com a legitimidade da Justiça.

Piero Calamandrei destaca de forma poética essa enorme responsabilidade do juízo dos fatos:

O juiz possui na verdade, como o mago da fábula, o poder sobre-humano de fazer no mundo do direito as mais monstruosas metamorfoses e de dar às sombras as aparências eternas da verdade. Visto que sentença e verdade devem afinal coincidir, é possível, se a sentença não é inteiramente verdadeira, reduzir a verdade à medida da sua sentença.⁴

¹ O conceito de impenhorabilidade do bem de família, no Brasil, é imposto pelo art. 1º da Lei nº 8.009/1990 e concretiza o direito à moradia previsto pelo art. 6º da Constituição Federal.

² Referimo-nos especificamente à decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união civil homoafetiva em 2011 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212).

³ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

⁴ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados**. Tradução de Ary dos Santos. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1943. p. 28.

Dessa forma, a correta apuração dos fatos ganha especial relevância, sendo “o verdadeiro problema da decisão é aquele do correto estabelecimento fático mais do que aquele da interpretação da norma aplicável ao caso”⁵. É sobre essa premissa menor do silogismo judicial, em especial sobre a valoração da fiabilidade das provas a partir de reflexões epistêmicas, que versará o presente trabalho. Aliás, a determinação dos fatos, sobre os quais incidirão determinadas consequências jurídicas a partir de normas, é uma das principais funções do processo judicial⁶, tendo em vista que, após a imposições de opções de políticas legislativas que protegem outros valores processuais caros, como a razoável duração do processo, no momento da valoração probatória, “a preocupação epistemológica reina sozinha”⁷.

A tradução do brocardo latino *da mihi factum, dabo tibi jus* (“dá-me os fatos e te darei o direito”) é (ou deveria ser) conhecida por qualquer operador do Direito. Denota a clara importância que o conjunto probatório que possibilita o conhecimento dos fatos tem para o julgamento de uma demanda⁸. Afinal, as normas jurídicas foram pensadas para solucionar controvérsias, para conferir segurança e civilidade às sociedades, agasalhando os casos concretos com preceitos genéricos. Para tanto, é imprescindível que os fatos sejam conhecidos e demonstrados.

Tratando o presente trabalho eminentemente da apuração dos fatos, o estudo dogmático do Direito será apenas tangencial. Por via de consequência, haverá um caminhar paralelo da Epistemologia, filosofia que, aplicada ao Direito, estuda o desafio de se justificar racionalmente as proposições fáticas com base nas provas produzidas no processo a fim de que, na medida do possível, correspondam “à realidade externa, aproximando-se da verdade”⁹. No Brasil, o princípio da busca pela verdade pode ser extraído simultaneamente, embora de forma indireta, tanto do

⁵ TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 195-208, jul./dez. 2010. p. 197 (tradução nossa). No original: “il vero problema della decisione è quello dell'accertamento del fatto più che quello dell'interpretazione della norma riferibile al caso”.

⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. **Jueces para la democracia**, n. 47, p. 27-34, 2003.

⁷ MATIDA, Janaina Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Orientador: Noel Struchiner. 2009. 111 p. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 68.

⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em 08 abr. 2021.

⁹ MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 73, p. 133-155, jul./set. 2019. p. 140.

art. 5º, LIV¹⁰, da Constituição Federal, quanto do art. 378¹¹ do Código de Processo Civil. Igualmente, nos Estados Unidos, a Rule 102 das *Federal Rules of Evidence*¹² determina, de forma mais explícita, que “a verdade deve ser almejada e o procedimento determinado de forma justa”. Em sentido semelhante, a regra 611(a) das FRE confere ao juiz a obrigação de assegurar que o depoimento das testemunhas seja “eficaz para a busca da verdade”. Embora existam relevantes críticas ao processo adversarial estadunidense, que serão abordadas com maior profundidade em capítulos posteriores, segundo as quais ele estaria preocupado unicamente com a solução de controvérsias em um formato de competição, o objetivo epistêmico é evidente.

De todo modo, há, a partir daí, também, uma indissociável relação entre fatos, provas e a verdade. A busca pela verdade confere legitimidade à atuação estatal, ao decidir uma demanda, e à própria noção de Justiça. No entanto, conforme pontua Hannah Arendt, a verdade fática está sob constante ameaça, travando uma batalha para que não seja para sempre perdida:

São efectivamente muito ténues as possibilidades que a verdade de facto tem de sobreviver ao assalto do poder; ela corre o constante perigo de ser colocada fora do mundo, através de manobras, não apenas por algum tempo, mas, virtualmente, para sempre. Os factos e os acontecimentos são coisas infinitamente mais frágeis que os axiomas, as descobertas e as teorias - mesmo as mais loucamente especulativas - produzidas pelo espírito humano; ocorrem no campo perpetuamente modificável dos assuntos humanos, no seu fluxo em que nada é mais permanente que a permanência, relativa, como se sabe, da estrutura do espírito humano. Uma vez perdidos, nenhum esforço racional poderá fazê-los voltar.¹³

A mesma autora complementa sua ideia ao afirmar que a verdade factual pertence às testemunhas, o que não impede que tais relatos sejam compostos por “uma maioria de falsos testemunhos”¹⁴. Embora ter a ciência de que é possível que um relato sobre os fatos, em sentido amplo e não estritamente processual, possa ser sempre distorcido pela ação de interesses ou até mesmo de forma involuntária por

¹⁰ Art. 5º [...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...].

¹¹ Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

¹² Rule 102. These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.

¹³ ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**. Tradução de Manuel Alberto. The New Yorker: Nova Iorque, 1967. p. 6.

¹⁴ *Ibidem*, p. 15.

lapsos inerentes à memória, não podemos nos afastar da ideia de que boa parte de nosso conhecimento, em especial as verdades históricas, está alicerçada em versões referenciais da realidade. Rechaçar, assim, a toda forma de conhecimento referencial significaria questionar praticamente todos os nossos traços culturais, que são produto de uma complexa construção histórica e social.

Essa presunção de veracidade dos depoimentos testemunhais é encarada a partir da corrente “antirreducionista”, segundo a qual há uma tendência natural de que nossos semelhantes nos contem a verdade, e nós, ao menos a princípio, não temos motivos para desconfiar da veracidade de seu conteúdo¹⁵. Para a tese “reducionista”, em contrapartida, a impossibilidade prática de verificação do depoimento testemunhal faz com que deva ser suportado por justificativas mínimas¹⁶. Não há como se concluir pela superioridade epistêmica de uma corrente ou de outra, já que a abordagem mais adequada irá variar conforme o contexto em análise.

Contudo, mesmo diante de uma presunção de veracidade dos depoimentos testemunhais, a simples admissão da possibilidade de distorções é desejável, já que deixa no investigador epistemicamente isento e comprometido a necessária qualidade da desconfiança para que se produza um processo correto de fixação dos fatos.

A verdade absoluta acerca de uma proposição se daria mediante a coincidência de três fatores: “uma pessoa possui conhecimento sobre a proposição *P* se essa pessoa acredita em *P*, *P* é realmente verdade, e a crença em *P* é justificável”¹⁷. Esta é a definição de conhecimento pela Epistemologia, segundo a qual ele é “uma crença verdadeira justificável”¹⁸. Conhecimento sem verdade nada mais é do que uma crença, baseada em uma vontade de acreditar em algo que não seja empiricamente passível de demonstração. Assim, a crença, enquanto elemento altamente subjetivo, passa a ser justificável enquanto conhecimento contanto que

¹⁵ PÁEZ, Andrés. La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. *Isonomía*, n. 40, p. 95-118, abr. 2014.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ EHRENBERG, Kenneth M. Less Evidence, Better Knowledge. *McGill Law Journal*, v. 60, n. 2, p. 173-214, Jan. 2015. p. 189-190 (tradução nossa). No original: “one only knows some proposition *P* when one believes *P*, *P* is actually true, and one’s belief in *P* is justified”.

¹⁸ NICOLSON, Donald. Taking epistemology seriously: “truth, reason and justice” revisited. *The International Journal of Evidence and Proof*, v. 17, p. 1-46, 2013. p. 9 (tradução nossa). No original: “The standard epistemological definition of knowledge is ‘justified true belief’.”.

corresponda à verdade (elemento objetivo) e esta tenha sido demonstrada por algum método (elemento de ligação).

No âmbito da decisão judicial, as inferências probatórias operam da seguinte maneira: há duas hipóteses fáticas, em geral antagônicas, com os respectivos meios de prova que as suportam. A decisão irá operar como elemento de ligação entre determinada hipótese e as provas, traço necessário para que se verifique a sua racionalidade¹⁹.

Além da crença, tampouco é possível equiparar a verdade à certeza, haja vista que sobejam exemplos de pessoas que têm certeza acerca de evidências falsas. Na mesma linha de raciocínio se encontram o consenso, a coerência, e a justificação, que não garantem a correspondência à verdade²⁰. Embora o conceito de conhecimento tenha relação indissociável com a existência de verdade, esta, por sua vez, existe de maneira autônoma²¹ – é perfeitamente possível que algo seja verdade e simultaneamente desconhecido, quer pelos limites da ciência quer pela existência de crenças limitantes que nebulam a verdade.

De toda sorte, o conceito de verdade será interpretado neste trabalho a partir de uma visão correspondentista – isso significa que estaremos diante da verdade quando os enunciados fáticos de determinada parte (em uma acepção linguística que abrange o relato do acontecimento histórico segundo as suas percepções) forem correspondentes ao que ocorreu no mundo real (enquanto realidade extralinguística)²².

Haverá diversos instrumentos, com eficácia variável, para se chegar à verdade, que, apesar disso, em regra, não pode ser confirmada sob um juízo de certeza – no âmbito do processo judicial, haverá ainda um limitador temporal e regras formais que impõem restrições à descoberta material, o que acabará, fatalmente, por distanciar a possibilidade de que a verdade processual corresponda à fática²³. Assim, reflexões sobre a eficácia dos instrumentos e métodos utilizados para se afirmar uma determinada “verdade”, seja ela processual ou não, são sempre bem-vindos, pois podem levar diretamente ao questionamento de suas conclusões.

¹⁹ MATIDA, *op. cit.*

²⁰ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. 2. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2016. p. 73.

²¹ *Ibidem*, p. 72.

²² *Ibidem*, p. 91.

²³ MATIDA, Janaina Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Orientador: Noel Struchiner. 2009. 111 p. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 31

O processo judicial cria novas realidades, por meio do estabelecimento de obrigações e relações entre as partes. Em tal medida, “toda decisão é, em si, uma verdade, no sentido de que o seu resultado cria uma verdade entre as partes”²⁴ – a partir de então, haverá uma mudança no *status quo ante*. Diante dessa observação, chega-se à distinção doutrinária entre verdade material (ou substancial) e verdade formal (processual) – a sua atual irrelevância doutrinária é exatamente o motivo pelo qual merece ser mencionada, tendo em vista que responde a diversos questionamentos de ilegitimidade em caso de uma hipotética ausência de equivalência entre os conceitos. A primeira é a verdade absoluta, o que ocorreu na vida real. A segunda, por sua vez, é uma convenção social, um conjunto de obediência a normas procedimentais para que se chegue a um resultado (decisão), que pode ou não ter equivalência ao que de fato ocorreu. Ressalte-se que, nessa segunda concepção, tem-se apenas um ideal de correspondência entre a verdade formal (processual) e a material (substancial).

Isso, pois, nem sempre há meios suficientes para se chegar a uma reconstrução fiel do que ocorreu na vida real. Quem foi o culpado por um acidente de trânsito? Quem é o pai da criança? O medicamento “X” produziu a malformação no feto? Por evidente, tais respostas são de extrema relevância para se alcançar um julgamento que se aproxime da verdade, o que pode não ocorrer devido à insuficiência de provas, diante da contradição entre elas, ou ainda pela imposição de outros valores igualmente caros a um ordenamento jurídico democrático, notadamente a duração razoável do processo, a ética e a proteção a direitos individuais, que podem limitar o alcance dos meios de prova. Naturalmente, a partir das perguntas elencadas acima, a determinação dos fatos envolverá distintos graus de complexidade conforme as limitações probatórias permitam.

Em tais hipóteses, a verdade processual se distancia dos fatos, emergindo uma discussão antiga e de ordem filosófica no Direito quanto à equivalência entre a verdade substancial e a formal – como afirmado, embora haja consenso entre a maior parte da doutrina de que tal distinção é ultrapassada, não há como se analisar a relação entre a verdade e o processo sem mencioná-la.

²⁴ NICOLSON, Donald. Truth, Reason and Justice: Epistemology and Politics in Evidence Discourse. *The Modern Law Review*, v. 57, n. 5, p. 726-744, Sep. 1994. p. 739 (tradução nossa). No original: “every decision is itself a truth in the sense that its outcome creates a truth for the parties”.

Durante longo tempo, dizia-se que o Direito penal se ocupava da verdade substancial (os fatos devem estar provados sem qualquer dúvida razoável – *beyond any reasonable doubt* – para ensejar uma condenação, tendo em vista que seria mais desejável absolver um culpado do que condenar um inocente), ao passo que o processo civil visaria unicamente à verdade formal. Contudo, cada vez mais críticas emergem desse entendimento, afinal, mesmo o processo civil lida com questões de direitos fundamentais, como aquelas relativas à filiação, violações a direitos humanos, dentre outras²⁵.

Diante disso, poderia ser indagado: se, ao mesmo tempo, a legitimidade da solução de um caso concreto pelo Estado juiz é conferida por seu valor epistêmico e, não sendo raros os casos em que inexistente equivalência entre a verdade material e a formal, por que, então, impor limitações probatórias e procedimentais às partes? Não seria desejável um sistema no qual vigorasse a “prova livre” (*free proof*), sem limitadores temporais? Para responder a essas indagações, vale mencionar o posicionamento de Francesco Carnelutti, citado por Jordi Ferrer Beltrán:

[...] basta um limite mínimo à liberdade de busca do juiz para que o processo de busca da verdade degenera em um processo formal de fixação; em outras palavras, a medida do limite é indiferente para a natureza do processo. A verdade é como a água: ou é pura ou não é verdade. Quando a busca da verdade material está limitada no sentido de que não pode ser conhecida em todo caso e mediante qualquer meio, com independência de se o limite é mais ou menos rigoroso, o resultado é sempre o mesmo: não se trata de uma busca da verdade material, mas sim de um processo de fixação formal dos fatos.²⁶

Para alguns doutrinadores, portanto, a distinção entre verdade material e verdade processual é ineficaz e até mesmo irrelevante, haja vista que a verdade é uma só e, se não houver correspondência entre elas, conclui-se de forma singela que a decisão que põe fim ao processo nada mais seria do que uma “não verdade”. Entretanto, ao se admitir que é possível que não haja correspondência entre o que restar decidido em uma demanda e a verdade, não se estaria afastando do próprio sentido de Justiça?

Ainda que se abandonem os conceitos de verdade material e processual, a certeza sobre a verdade, por si, é intangível, tendo em vista que, por mais assertivo

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 42.

e robusto que seja o somatório do conjunto probatório, ainda assim chegaremos a não mais do que uma probabilidade²⁷ na tentativa de reconstrução do evento histórico sobre o qual a demanda se funda, o que se aproximaria, por fim, do conceito de verossimilhança. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam, sobre os diferentes papéis que os conceitos de “verossimilhança” e “verdade” possuem no âmbito do processo judicial, o seguinte:

A verdade é inatingível dentro e fora do processo. Todo juízo de verdade resolve-se em um juízo de maior ou menor verossimilhança. Nada obstante, a colocação da verdade como objetivo da prova preenche axiologicamente o processo, outorgando-lhe legitimidade. A imposição da verdade como finalidade da prova é uma condição necessária para que se possa colocar a justiça do caso concreto como desiderato do processo.²⁸

Diante da conclusão de que raramente será possível ter a certeza de que se atingiu a verdade sobre a reconstrução dos fatos pretéritos, a manutenção da ilusão de que, ao se proferir uma sentença, atingiu-se a verdade substancial, é um conceito que deve ser abandonado, quanto ao que já há certo consenso na doutrina:

Deve-se, portanto, excluir do campo de alcance da atividade jurisdicional a possibilidade da verdade substancial. Jamais o juiz poderá chegar a este ideal, ao menos tendo a certeza de que o atingiu. O máximo que permite a sua atividade é chegar a um resultado que se assemelhe à verdade, um conceito aproximativo, baseado muito mais na convicção do juiz de que ali é o ponto mais próximo da verdade que ele pode atingir, do que, propriamente, em algum critério objetivo.²⁹

São possíveis três enfoques distintos para estabelecer a relação entre as provas produzidas no bojo de um processo judicial e a verdade. Na primeira delas, haveria correspondência entre a demonstração dos fatos e a verdade³⁰, fazendo com que tais conceitos sejam indissociáveis, o que, como vimos, é utópico. Seria possível, igualmente, relacionar o que foi provado como aquilo estabelecido pelo “juiz como premissa fática”³¹ em uma determinada decisão, o que se aproximaria da concepção de Francesco Carnelutti, segundo a qual a prova não seria equivalente à verdade, mas sim à fixação formal dos “fatos mediante procedimentos específicos” e

²⁷ ARENHART, *op. cit.*

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 389.

²⁹ ARENHART, *op. cit.*, p. 13.

³⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito...** *op. cit.*, p. 32.

³¹ *Ibidem*, p. 35.

legítimos³². Por fim, a concepção em nosso entender mais acertada, seria aquela que estabelece como provado o enunciado fático em favor do qual existam elementos probatórios suficientes³³, admitindo-se, por via de consequência, que é perfeitamente possível que fatos demonstrados no bojo do processo digam respeito a proposições falsas – embora tal ocorrência não seja desejável, diz respeito a uma externalidade negativa inerente às regras do jogo processual. Os elementos probatórios, nesta toada, serviriam não como manifestações objetivas da verdade fática, mas como elementos suficientes a favor de determinada tese, de maneira que, quanto mais diversas e convergentes forem as fontes, proporcionalmente maior será a probabilidade de que a reconstrução processual equivalha à realidade histórica – verificação essa que, destaca-se, é impossível na maioria dos casos.

Sob esta premissa, a busca pela verdade não é um objetivo que encontre um fim em si mesmo, mas uma “condição necessária para uma decisão precisa, legítima e justa”³⁴, que pressupõe que o “suporte fático abstrato regulado pela norma”³⁵ seja verdadeiro para que esta seja corretamente aplicada ao caso concreto, o que permite concluir que “alcançar a verdade no tribunal é um meio e não um fim”³⁶.

Essa legitimidade de que se reveste o processo a partir da busca pela verdade é também objeto de estudo dos epistemólogos. Em convergência com a afirmação trazida acima, Susan Haack aponta que a realização da justiça implica na existência de leis justas, além da “verdade objetiva; e que, em consequência, a possibilidade mesma de um sistema jurídico justo requer a existência de indicações objetivas da verdade, isto é, padrões objetivos de melhor ou pior prova”³⁷.

É necessário, assim, que o sistema se oriente em direção à busca pela verdade, desconsiderando ou conferindo um peso relativo a provas que, ao contrário, possam induzir a conclusões equivocadas e levar a decisões que se distanciem da verdade fática.

³² CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Apêndice de Giacomo P. Augenti. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 72.

³³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**... *op. cit.*, p. 40.

³⁴ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 23.

³⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 140.

³⁶ MATIDA, *op. cit.*, p. 134.

³⁷ HAACK, Susan. **Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito**. Tradução de André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015. p. 151-152.

No âmbito processual, a instrução probatória tem por objetivo descobrir a verdade dos fatos, por meio de argumentos e suportes racionais, quando então a justiça será alcançada ao se aplicar a lei à verdade obtida por meio da razão³⁸. A verificação de uma decisão justa, como podemos ver, está relacionada não com um processo de busca pela verdade obsessivo, incessante e utópico, mas especialmente com a utilização de inferências lógicas que tenham suporte no conjunto probatório, cujo objetivo é a apuração dos fatos.

Em última análise, “quando os meios de prova específicos incorporados ao processo aportam elementos de juízo suficientes a favor da verdade de uma proposição (o que não deve ser confundido com que a proposição seja verdadeira)”³⁹, ela será considerada como provada, produzindo os seus efeitos entre as partes. O resultado do processo, destarte, não necessariamente será verdadeiro, mas sim “aceito como verdadeiro”⁴⁰. O requisito principal é que esta decisão seja construída racionalmente com argumentos justificáveis a partir das provas produzidas pelas partes – trata-se de uma crença racionalmente embasada que surge no consciente de quem irá valorar as provas. É imprescindível que haja, portanto, uma justificativa epistêmica.

A obrigatoriedade de uma justificativa epistêmica não é contraditória com o seu elevado caráter subjetivo. O epistemologista Thomas Kelly, citado por Nathan Kooker, exemplifica a subjetividade das evidências epistêmicas da seguinte maneira: quando alguém afirma que está com dor de cabeça, a princípio, não há motivos para duvidar desta pessoa – dessa maneira, surge no interlocutor uma *crença* na dor de cabeça. Outra situação é *demonstrar* a sua ocorrência: a fonte primária será o depoimento da própria pessoa que está sofrendo com o incômodo, ou a sua linguagem corporal⁴¹. Entretanto, é indubitável que, em qualquer sistema, tal prova careceria de demonstração empírica, fazendo com que seja provável a sua ocorrência no mundo fático, embora a ocorrência da cefaleia não tenha sido demonstrada enquanto realidade intraprocessual.

O processo deve se nortear, então, para uma tentativa, em colaboração, de reconstrução da verdade, que corresponderia “à sua *warranted assertibility*, ou seja,

³⁸ NICOLSON, Donald. Taking epistemology seriously... *op. cit.*, p. 2.

³⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**... *op. cit.*, p. 79.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 80.

⁴¹ KOOKER, Nathan. An Epistemological Argument Against Federal Rule of Evidence 403's Cumulative Evidence Clause. **Iowa Law Review**, v. 103, p. 1753-1776, 2018. p. 1765.

à existência de justificativas válidas para julgar-se verdadeiro um enunciado”⁴². A preocupação principal deve mudar de foco: ao invés de se perquirir se uma sentença tem correspondência com a realidade, deve-se garantir que os meios procedimentais, em especial a instrução probatória e regras atinentes a ela, sejam simultaneamente idôneos e possuam objetivos epistêmicos, fornecendo ferramentas suficientes para que seja possível determinar a verdade, sobretudo mediante a produção de provas em quantidade e qualidade suficientes⁴³, sopesando-se, no outro lado da balança, objetivos utilitaristas como a razoável duração do processo.

William Twining, expoente da tradição racionalista do Direito anglo-americano, vê a relação entre verdade, prova e processo da seguinte maneira: há uma realidade objetiva no mundo dos fatos⁴⁴ que é independente do conhecimento humano, sendo a verdade definida por um conhecimento que encontre suporte na realidade objetiva. Por sua vez, a melhor forma para conhecimento da verdade ocorre através de métodos racionais, precisamente de inferências decorrentes do conjunto probatório. Embora existam outros valores passíveis de proteção (como a duração razoável do processo e vedação à produção de provas ilícitas), a retidão de uma decisão é um resultado desejável. Finalmente, a justiça seria atingida mediante a aplicação do direito material de forma correta aos fatos⁴⁵.

Deve-se fazer uma ressalva quanto ao papel do advogado dentro deste objetivo epistêmico das provas: enquanto um cientista deve buscar de forma isenta, hipoteticamente, se há relação entre uma determinada substância química e uma patologia, o advogado busca elementos que suportem a tese que defende, de maneira que se parte da conclusão para o raciocínio, ou seja, o caminho epistemológico inverso percorrido pelo investigador técnico⁴⁶, resultando em uma potencial tendenciosidade decorrente de uma “pseudoindagação”⁴⁷. Aliás, a narrativa fática das partes possui apenas pretensão de veracidade⁴⁸. Por este motivo é que se mostra desejável que o juiz possua poderes instrutórios de ofício⁴⁹, que não

⁴² TARUFFO, Michele. Uma simples verdade... *op. cit.*, p. 101-102 (grifos no original).

⁴³ *Ibidem*, p. 105.

⁴⁴ O fundacionalismo epistêmico busca fundamentos incontestáveis para os conceitos de “conhecimento, moralidade e justiça”, de maneira que a ciência seja a base propulsora do progresso humano (NICOLSON, Donald. Truth, Reason and Justice... *op. cit.*, p. 729).

⁴⁵ TWINING, William. **Rethinking Evidence**. Exploratory Essays. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 99.

⁴⁶ HAACK, Susan. **Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito**... *op. cit.*, p. 159.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 268.

⁴⁸ TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione... *op. cit.*

⁴⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**... *op. cit.*, p. 145.

fazem com que perca a sua necessária imparcialidade, haja vista que, ao determinar a produção de uma hipotética prova, não sabe precisar qual será o seu desfecho e a qual das partes irá favorecer.

É rechaçada, portanto, a ideia segundo a qual um papel ativo do magistrado na produção de provas o afastaria de sua imparcialidade, não havendo qualquer relação entre regimes autoritários e a iniciativa probatória estatal⁵⁰. O que há é justamente o contrário: países europeus com ampla e consolidada tradição democrática permitem ao juiz a adoção de uma postura ativa em complementariedade à iniciativa probatória particular, principalmente porque as partes estão interessadas unicamente em obter êxito na causa, pouco se importando com a correspondência entre a sua pretensão e a verdade.

Curiosamente, embora o fim do processo seja, na medida do possível, a descoberta da verdade, inúmeros institutos acabam por dificultar ou, no mínimo, obstaculizar tal fim, como a revelia⁵¹, a disparidade econômica entre as partes, a coisa julgada, “o tempo de duração, a rigidez procedimental, as presunções e as limitações probatórias”⁵², a título de ilustração.

Isso porque não se pode obstaculizar o encerramento do processo mediante a imposição de um ônus (busca incessante da verdade real) igualmente danoso, já que isso levaria à prorrogação dos conflitos por tempo indeterminado, instrumentando partes imbuídas de má-fé de ferramentas que possibilitariam protelar a discussão sob o escudo legítimo da busca pela verdade material. Não estamos, pois, diante de uma investigação científica cujo intuito absoluto seja descobrir a verdade sobre determinada proposição:

Um relatório produzido no contexto científico pode concluir que as evidências não são suficientes para dizer seja que p , seja que não p e que, portanto, será necessário despender mais tempo e investimento na pesquisa. No contexto judicial, a suspensão do juízo não é permitida. Há um momento em que o julgador tem de colocar um ponto final sobre se p ou se

⁵⁰ TARUFFO, Michele. **A prova...** *op. cit.*, p. 110.

⁵¹ Segundo Michele Taruffo, a não contestação não possui efeito vinculante, sendo possível que o juiz desconsidere a presunção de veracidade caso o enunciado fático apresentado pareça inverossímil ou seja contrário a outras provas, o que o torna necessariamente objeto da decisão. A ausência de contestação tampouco gera qualquer consequência no que tange à veracidade do enunciado relativo àquele fato, já que a incerteza permanece, mas se torna irrelevante para a decisão (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 157-158).

⁵² GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 151-152.

não *p*, de modo a assumir o risco de que esteja considerando verdadeira uma proposição fática que pode ser objetivamente falsa.⁵³

Assim sendo, o que se busca, por meio do processo, será chegar o mais perto possível da verdade fática, por intermédio das provas e, por conseguinte, do convencimento do juiz, garantindo-se, por outro lado, o atendimento a certas garantias fundamentais que excluem da apreciação do juiz determinados tipos de prova (como aquelas obtidas por meios ilícitos), as chamadas regras de exclusão constitucionais⁵⁴, e também que imponham limitações que objetivem encurtar a marcha processual, por meio de ficções como a revelia, a confissão e regras de presunção.

Mesmo aqueles que defendem um sistema de prova livre sustentam a necessidade de observância a normas procedimentais que protejam direitos fundamentais. Não por acaso, o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, expressamente determina como inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos – parte de um sistema maior que visa a garantir o direito fundamental a um julgamento justo, que encontra seu principal suporte no exercício simultâneo do contraditório pleno e efetivo e da ampla defesa. É possível concluir que a prova é presumivelmente lícita, podendo ser excluída caso se constate pela ilicitude empregada em sua obtenção⁵⁵.

Embora uma eventual prova ilícita possa ter um valor epistêmico relevante, por opções políticas e morais ela não é admitida, em um estágio anterior à valoração. Um exemplo de exclusão de prova ilícita com valor epistemológico relevante seria aquela obtida mediante violação de garantias constitucionais (como a inviolabilidade de domicílio ou o sigilo das comunicações⁵⁶). Tal como não é desejável que o processo se afaste da verdade, tampouco pode se admitir que vigore um estado de barbárie no processo judicial, no qual seria possível se utilizar de estratégias prejudiciais para obter provas.

O processo, sob este prisma, não pode ser interpretado unicamente a partir de sua função epistêmica, tendo em vista que há outros valores relevantes que

⁵³ MATIDA, *op. cit.*, p. 134 (grifos no original).

⁵⁴ CAMMACK, Mark E. The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule in the United States. **The American Journal of Comparative Law**, v. 58, p. 631-658, 2010.

⁵⁵ FERRARO, Felipe Waquil. **A prova testemunhal**. Uma distinção entre os sistemas do *Civil Law* e do *Common Law*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 67.

⁵⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. ¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita. *In*: ALCALÁ, Humberto Nogueira *et al.* **Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional**. Bogotá: Universidad El Bosque, 2012. p. 75-99.

também merecem ser protegidos (como os direitos fundamentais), ainda que, para tanto, haja um prejuízo total ou parcial à descoberta da verdade. Embora haja uma tendência recente rumo à liberdade de prova, com a aplicação de exceções à regra de exclusão da prova ilícita, não pode haver flexibilização quando há violações aos direitos fundamentais⁵⁷. Não se pode admitir, afinal, que a verdade seja descoberta por meio de um processo no qual se utilizam provas colhidas por meios espúrios, como a tortura ou mediante violação de garantias individuais como a inviolabilidade do lar e o direito à intimidade.

De toda sorte, o principal meio para que se chegue à verdade, material ou formal, é a prova, em sentido amplo. O conjunto probatório produzido por ambas as partes visa, destarte, a convencer o Estado-juiz de seus respectivos pleitos. Contudo, não raro, as provas produzidas por autor e réu são as mesmas e, mesmo neste caso, há interpretação divergente quanto à ocorrência dos fatos. Há, neste diapasão, uma grande dose de subjetividade na valoração das provas. Em todo o caso, a principal indagação que nos esforçaremos para responder por meio do presente trabalho é se as regras de exclusão não constitucionais possuem objetivos epistêmicos que aproximariam o processo de seu objetivo de busca pela verdade. Mais do que isso, pretendemos extrair, na análise do Direito comparado (macro e microcomparado), elementos que possam aprimorar o processo jurisdicional brasileiro do ponto de vista epistemológico. Para tanto, passaremos a analisar o conceito de prova e discussões relevantes que dela decorrem, como os *standards* de prova e o princípio do convencimento motivado.

⁵⁷ *Idem.*

3. O SISTEMA DA VALORAÇÃO DA PROVA

3.1. ÔNUS *PROBANDI* E O CONVENCIMENTO MOTIVADO

Diante da inegável relevância que a verdade possui nos sistemas jurídicos democráticos, conferindo legitimidade ao processo judicial, reflexões epistêmicas devem irradiar para a produção e valoração da prova – é dizer, deve-se questionar a qualidade epistêmica do processo de forma ampla, desde a instrução processual, mediante a colheita das provas, até a sua valoração, por meio da sentença.

Essa busca pela produção de provas de uma maior qualidade epistêmica não significa, entretanto, que o processo de fixação da verdade seja absoluto, haja vista que são impostas limitações temporais e valorativas à produção probatória. Com isso, a justiça de uma decisão será medida não pela sua correspondência à verdade, mas sim por estar alicerçada em inferências lógicas que decorram diretamente do conjunto probatório. Cabe perquirir de que modo essa valoração poderá ser feita para prestigiar, o máximo possível, a necessária característica de isenção epistêmica de que deve se revestir o julgador, tanto enquanto investigador/instrutor dos fatos, quanto, posteriormente, como avaliador. Neste ponto, fica nítida uma relação dialógica entre verdade, prova e fundamentação, sendo necessário um estudo mais detido deste último elemento antes de dar continuidade à análise da qualidade epistêmica da prova.

A história do Direito já vivenciou períodos em que prevalecia a prova tarifada, o que retirava por completo a discricionariedade do julgador, na medida em que se chegava ao veredito por meio do acaso; e, no outro extremo, épocas em que o julgador tinha plena liberdade decisória, inexistindo a necessidade de expor os motivos de seu convencimento. Ambos os sistemas de valoração probatória mencionados são criticáveis do ponto de vista democrático, já que não são capazes de preencher as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório e igualmente porque são inerentemente contraepistemológicos. Por este motivo, na maioria dos países democráticos, vige atualmente o sistema do convencimento motivado, por meio do qual o magistrado é livre para decidir conforme a sua convicção, contanto que esta seja baseada em premissas probatórias e legais, ambas devidamente motivadas racionalmente e inter-relacionadas.

Há, contudo, mesmo atualmente, dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro que preveem a valoração legal da prova, como regra preestabelecida de

tarifação – o art. 406 do Código de Processo Civil, a título exemplificativo, prevê que, “quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”. Em igual sentido, a propriedade se demonstra, nos termos do art. 1.245, §1º⁵⁸, do Código Civil, unicamente pelo registro – a sua presença como elemento probatório dispensa qualquer outro, ao passo que a soma de diversas modalidades distintas de prova não seria capaz de suprir a sua ausência – não há propriedade sem registro, por mais que haja diversos elementos probatórios convergentes em tal sentido. Neste caso específico não há qualquer elemento epistêmico que permita concluir pela veracidade da prova, resumindo-se a determinação dos fatos ao elemento normativo⁵⁹. O exemplo acima trata de um resquício em nosso país de provas legais ou tarifadas: em tais casos, há uma pré-avaliação na legislação que retira, no todo ou em parte, o poder decisório discricionário do magistrado.

O exemplo histórico mais emblemático de provas tarifadas são as ordálias⁶⁰, por meio das quais os réus ou acusados eram literalmente lançados à sua própria sorte e seu futuro seria determinado pelo acaso (ou, como se acreditava então, pela Justiça Divina⁶¹). Pouco importava a verdade, contanto que fosse avaliada a culpabilidade enquanto materialização da punição divina. Em sentido semelhante eram os duelos, quando as controvérsias eram resolvidas pela habilidade e destreza do duelante, algo que demonstra que não havia qualquer preocupação com a verdade. Não faria sentido, assim, que se gastassem tempo, energia e recursos com o desenvolvimento de um processo construído a partir de uma investigação alicerçada em provas epistemicamente relevantes, e que culminasse em uma decisão racional.

Assim, tal modalidade de avaliação probatória remete a tempos nada democráticos nos quais não se verificava a plena eficácia de direitos fundamentais, sendo a Justiça essencialmente dogmática e penitencial. Com o passar do tempo⁶² e

⁵⁸ Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

⁵⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito...** *op. cit.*, p. 103.

⁶⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho**. Bases argumentales de la prueba. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 8.

⁶¹ BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **A colheita da prova testemunhal em juízo no Brasil**: uma visão antropológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 53.

⁶² As ordálias foram abolidas em 1215 pelo Concílio de Latrão.

a difusão dos direitos fundamentais⁶³, os meios de solução de controvérsia passaram por uma crescente racionalização, a partir da laicização do Estado. Diante do fenômeno, a Epistemologia passou a exercer uma influência cada vez maior no Direito, com o objetivo de racionalizar o processo decisório, evitando-se, com isso, o arbítrio que vigorava anteriormente.

Dentre as modalidades de prova legal que permanecem em nosso ordenamento jurídico, temos (i) “normas que estabelecem presunções legais relativas”, (ii) “normas que limitam a admissibilidade ou eficácia de um meio probatório” e (iii) “normas que afirmam ou disciplinam a eficácia anteriormente mencionada”⁶⁴. Salvo exceções aplicadas aos respectivos institutos, que não são objeto de estudo do presente trabalho, o esforço probatório das partes estará limitado (ou dispensado) nos casos de revelia, confissão, com relação aos fatos incontroversos, ou ainda caso milite em favor do enunciado fático presunção legal de existência ou de veracidade⁶⁵.

As presunções, a seu turno, subdividem-se em relativas (*iuris tantum*) e absolutas (*jure et de jure*). No caso das primeiras, a presunção de veracidade gerada pode ser ilidida mediante outras provas em sentido contrário. É de se concluir, portanto, que a presunção relativa opera diretamente no campo da distribuição do ônus da prova – passa a tê-la aquele contra quem pende a presunção relativa, independentemente do polo que ocupe na relação processual⁶⁶. Um exemplo corriqueiro é a presunção de veracidade de que gozam os documentos públicos – em acidentes de trânsito é perfeitamente possível que se questione a veracidade do boletim de ocorrência mediante a convergência de um conjunto robusto de provas em sentido contrário. Essa presunção apenas relativa não vincula o magistrado, possibilitando que decida de forma diversa caso as demais provas apontem no sentido oposto.

⁶³ Os direitos fundamentais de primeira geração, notadamente os de participação política, liberdade (incluindo-se em seu bojo o devido processo legal) e igualdade, remontam às Revoluções Francesa e Americana (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 386).

⁶⁴ VIEIRA, Marcio. Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado. **Revista da ESMESC**, v. 17, n. 23, p. 371-398, 2010. p. 388.

⁶⁵ Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 60.

Há, ainda, casos de presunção absoluta (*jure et de jure*). A distinção conceitual entre as duas modalidades de presunção se dá na medida em que se admitam “prova em contrário”. De nada adiantaria a produção de prova contrária a uma presunção absoluta, visto que o julgador está vinculado a ela. O fato não é, portanto, objeto de prova, já que se trata de ficção legal⁶⁷. Como exemplo temos que, em regra, a usucapião exige prova de boa-fé – contudo, nos termos do art. 1.238 do CC⁶⁸, a posse por quinze anos ininterruptos dispensa a prova da boa-fé, não por ser irrelevante, mas por ser presumida de forma absoluta. A prova em contrário sequer é admitida, deixando de ter qualquer relevância.

Destaca-se que ambas as presunções mencionadas acima são legalmente previstas, possuindo caráter de direito material que confere estabilidade a determinadas situações. Vinculam, pois, a conclusão do magistrado com relação à presença de um fato ou estado de coisas⁶⁹. Tanto as presunções quanto ficções processuais têm caráter contraepistêmico – relativo ou absoluto – e devem a sua existência a opções de política legislativa para garantir valores distintos, como a segurança jurídica e a razoável duração do processo.

No extremo oposto da prova pré-valorada, temos o sistema da *íntima convicción*, por meio da qual o magistrado obedeceria unicamente a critérios subjetivos, já que a formação do convencimento seria fruto de uma persuasão interior, estando dispensado, em alguns casos, até mesmo do dever de motivação⁷⁰ – não havia, portanto, qualquer vinculação a um sistema com pesos probatórios pré-determinados. Contudo, neste caso, tampouco não era possível impedir a ocorrência de arbitrariedades, haja vista que se distancia da racionalidade que se espera de um sistema judicial. A reavaliação da decisão também fica prejudicada, visto que a ausência de motivação impossibilita a sua contestação, motivo pelo qual a íntima convicção não pode justificar por si mesma a verdade dos enunciados⁷¹.

Diante das arbitrariedades de que podem se revestir tanto o sistema puro da prova tarifada quanto o da livre convicção, o ordenamento jurídico brasileiro adotou,

⁶⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁶⁸ Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 36, v. 196, p. 13-20, jun. 2011.

⁷⁰ TARUFFO, Michele. **A prova...** *op. cit.*, p. 22.

⁷¹ ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho...** *op. cit.*, p. 143.

nos termos do art. 371 do novo CPC⁷², o sistema de valoração das provas denominado de “convencimento motivado” segundo o qual fica ao critério do juiz atribuir o peso às provas de acordo com parâmetros gerais da razão e em consonância com suas próprias regras de experiência. Também o Texto Constitucional, no art. 93, IX, abraça tal entendimento, ao prever que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. É dizer, cabe ao juiz expor detalhadamente os argumentos que o levaram a reduzir ou desconsiderar o peso de determinada prova.

Embora se apresente a “persuasão racional” como sinônimo de “convencimento motivado”, há críticas à primeira expressão, haja vista que os elementos persuasivos são apenas secundários, atuando para suprir eventuais lacunas deixadas pelo conjunto probatório, no que for difícil ou impossível produzir provas. O objetivo precípua, assim, é convencer o julgador com argumentos lógicos e fundados no acervo probatório de qualidade epistêmica.

É comum, em casos que dependem quase que exclusivamente de valoração probatória, como em acidentes de trânsito, que haja provas conflitantes – o boletim de ocorrência pode caminhar em sentido oposto ao relato das testemunhas. Por isso, é imprescindível que o magistrado explicita os motivos de sua convicção e, inclusive, expondo por quais razões uma determinada prova preponderou sobre outra.

Portanto, vigora a regra, em nosso ordenamento jurídico, de que o juiz é livre para valorar a prova consoante parâmetros lógico-rationais. Em outras palavras:

Certo é que a convicção formada pelo magistrado está livre de formalidades. Ela é livre na apreciação dos elementos de prova, devendo sopesá-los e submetê-los aos rigores do seu raciocínio, razão pela qual a formação de sua convicção, desde que demonstrado seu convencimento, não está sujeita a regras que lhe atribuam valor qualitativo.⁷³

Insta destacar que, no novel *codex*, houve a supressão da palavra “livremente” em relação ao dispositivo equivalente (art. 131⁷⁴) do CPC revogado, o que, segundo nossa avaliação, traduz-se, no mínimo, em um silêncio eloquente. Isso

⁷² Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

⁷³ VIEIRA, *op. cit.*, p. 393.

⁷⁴ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.

porque essa supressão parece ter sido proposital, indicando que não há liberdade do julgador, mas tão somente uma subsunção ao que está nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*).

É perfeitamente lícito que a interpretação dos fatos possa divergir de um magistrado para o outro, a partir de análise do mesmo conjunto probatório, contanto que haja motivação adequada e suficiente. Não há “livre convencimento” porque decisão sem fundamentação é nula, consoante determina o já mencionado art. 93, IX, da Constituição Federal. O significado que se confere à palavra “livre”, dentro desse contexto é que “a valoração da prova é livre unicamente no sentido de que não está submetida a regras jurídicas que imponham um resultado probatório concreto”⁷⁵, ou seja, não há tarifação ou pré-valoração. A relação, da liberdade de convencimento se daria com os princípios da imparcialidade e da independência⁷⁶, em nada tendo que ver com arbitrariedade. Essa liberdade estaria ligada, portanto, “com a indicação das condições não legais, mas sim epistêmicas da prova”⁷⁷, essas sim de verificação obrigatória.

Nada obstante, ainda que a liberdade ao decidir seja restrita, uma vez que o magistrado se encontra vinculado à prova dos autos, há elevado grau de subjetividade na valoração das provas, o que é explanado por Cândido Rangel Dinamarco:

Existe notoriamente uma graduação do poder de convicção segundo as fontes utilizadas, mas essa graduação não é ditada pela lei, não é de observância obrigatória para o juiz e sequer se impõe de modo constante ou regular em todos os casos.⁷⁸

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, parafraseando Enrico Tullio Liebman, encerram a discussão destacando que “livre convicção não significa, entretanto, decisão arbitrária e puramente subjetiva, como se ao juiz fosse permitido decidir segundo uma incontrolável e irracional intuição da verdade”⁷⁹. As

⁷⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales... *op. cit.*, p. 31 (tradução nossa). No original: “[...] la valoración de la prueba es libre únicamente en el sentido de que no está sometida a reglas jurídicas que impongan un resultado probatorio concreto”.

⁷⁶ BARBUGIANI, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁷ RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e Formação da Convicção do Juiz**. 2. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019. p. 35.

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 121.

⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1078.

arbitrariedades encontram barreira, nesta toada, nos obrigatórios elementos de convencimento racionalmente justificado.

O ato de decidir abrange duas premissas silogísticas do julgador, que deverá interpretar os fatos juridicamente relevantes ao processo preliminarmente à incidência da norma, sendo essa a premissa menor. Em seguida, estabelecidas as premissas fáticas, entra em ação a premissa maior, que abarca a incidência da norma sobre os fatos⁸⁰. O elemento de ligação entre os meios de prova e os resultados obtidos por meio delas (crenças) será justamente o raciocínio inferencial do magistrado, ou seja, o momento em que se estabelece um fato como provado a partir dos elementos de prova disponíveis⁸¹. A qualidade desse raciocínio é explicada da seguinte forma:

Também deste ponto de vista surge a necessidade de verificações adequadas, que remetem aos cânones da lógica da *justificação*: segue-se a necessidade de inferências completas e coerentes, estruturadas logicamente através do desenvolvimento de “boas razões” capazes de justificar tanto a apuração dos fatos com base nas evidências, como a interpretação das normas de acordo com os cânones da interpretação normativa.⁸²

Esse modelo de silogismo prático se configura como “uma ferramenta epistêmica fundamental na formação da convicção do juiz, na medida em que permite ao juiz explicar/compreender [...] um acontecimento que é uma ação humana”⁸³. Essa reconstrução dos fatos, como já afirmado, deve estar alicerçada nas provas produzidas pelas partes.

Para a tradição racionalista da prova, diante do mesmo conjunto probatório, não há como se chegar a conclusões distintas unicamente em razão de se tratar de um julgador diferente. Em resumo, as mesmas provas deveriam levar necessariamente a uma mesma conclusão. Contudo, o contextualismo relativiza

⁸⁰ MATIDA, *op. cit.*

⁸¹ TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 318.

⁸² TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione... *op. cit.*, p. 207 (tradução nossa). No original: “Anche sotto questo profilo emerge la necessità di controlli adeguati, che rinviano ai canoni della logica della *giustificazione*: ne deriva la necessità di motivazioni complete e coerenti, logicamente strutturate attraverso lo svolgimento di ‘buone ragioni’ capaci di giustificare sia l'accertamento dei fatti sulla base delle prove, sia l'interpretazione delle norme secondo i canoni della interpretazione normativa.”

⁸³ RUÇO, *op. cit.*, p. 146.

essa conclusão ao prever graus de confirmação distintos conforme o bem jurídico em jogo⁸⁴.

Especificamente quanto às provas, há uma dupla valoração do conjunto probatório no momento da sentença: a) quanto à sua fiabilidade; b) quanto ao grau de corroboração da versão dos fatos apresentados. A primeira valoração busca avaliar o grau de credibilidade de uma prova. A título exemplificativo, o peso probatório conferido a um informante com grau de parentesco com alguma das partes certamente será inferior ao de uma testemunha ocular sobre a qual não exista qualquer elemento que permita questionar a sua isenção. A segunda etapa, a seu turno, consiste em responder se a prova efetivamente demonstrou com relativo grau de probabilidade o enunciado fático ao qual dizia respeito. A partir desta avaliação, a sentença deverá responder, inicialmente, se as provas foram suficientes para superar tanto o ônus *probandi* como o *standard* probatório mínimo aplicável ao caso, o que ganha importância se considerarmos que servem para compatibilizar “a valoração livre das provas com a necessidade de controlar a racionalidade das decisões judiciais”⁸⁵, o que será brevemente abordado a seguir.

3.2. ÔNUS DA PROVA E *STANDARDS* PROBATÓRIOS

Como a fixação dos fatos pelo juiz em correspondência absoluta à verdade é inatingível, o processo se resolve em graus maiores ou menores de probabilidade. É certo que, por mais que haja um esforço para estabelecer critérios objetivos para valoração da prova, o Direito será sempre uma ciência altamente subjetiva, com possibilidades variadas de interpretação. Entretanto, os graus de confirmação de uma tese irão variar conforme o momento processual e o bem jurídico em discussão. Com isso, a mesma prova pode ser suficiente para sustentar um pedido de tutela de urgência, mas não um provimento definitivo, sem que haja qualquer contradição entre as distintas decisões ocorridas no âmbito do mesmo processo. Tal situação pode parecer absurda para um leigo, mas é justificável do ponto de vista legal.

Cabe, dessa forma, para fins deste estudo, melhor compreender quais são e como se relacionam o ônus probatório e os *standards* de prova, já que possuem

⁸⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba sin convicción**. Estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021. p. 140.

⁸⁵ MATIDA, Janaína; VIEIRA, Antônio. Para além do Bard (...). op. cit.

influência direta na verificação ou não de racionalidade em uma determinada decisão, antes de passar, finalmente, a analisar os aspectos epistemológicos das provas testemunhal e pericial a partir de parâmetros de Direito comparado.

A relevância de se estabelecerem de forma clara *standards* de prova é porque, tal como abordamos nos capítulos anteriores, embora a busca pela verdade tenha uma força irradiadora⁸⁶ no processo, sua fixação com nível de certeza não é possível, motivo pelo qual é necessário que o jurisdicionado saiba qual o grau de probabilidade que deverá atingir para que determinado enunciado seja racionalmente tomado por verdadeiro⁸⁷. Essa análise, apesar de não epistêmica, mostra-se necessária em razão da impossibilidade de que se verifique de forma absoluta a correspondência dos enunciados fáticos processuais com a verdade. As funções dos *standards* de prova, assim, seriam as seguintes, segundo Jordi Ferrer Beltrán:

Os *standards* de prova cumprem uma tríplice função que lhes outorga o papel de ‘chave de cofre’ da concepção racional da prova: em primeiro lugar, possuem uma função heurística, oferecendo os critérios que possibilitarão e guiarão a decisão judicial e sua motivação; em segundo lugar, operam como garantias para as partes, permitindo elaborar estratégias probatórias e processuais e possibilitando o controle racional da decisão através dos recursos; e, em terceiro lugar, distribuem o risco de erros entre as partes.⁸⁸

Especificamente com relação ao ônus *probandi*, em regra, a parte autora, que acionou o Judiciário e pretende demonstrar o seu direito, possui o encargo de produzir provas suficientes para tanto – não o fazendo, a demanda será julgada improcedente.

Neste caso, o julgador fará uma inferência probatória normativa, que, por via de consequência, é contraepistêmica, vez que, mesmo após a produção e valoração das provas, não há elementos suficientes para decidir em favor ou contra determinada tese, tratando-se “de um critério de decisão para os casos em que

⁸⁶ Sobre essa força irradiadora, Jordi Ferrer Beltrán complementa: “Hay una relación teleológica entre prueba y verdad, de modo que la verdad se configura como el objetivo institucional a alcanzar mediante la prueba en el proceso judicial” (*Ibidem*, p. 17).

⁸⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 237 (tradução nossa). No original: “Los estándares de prueba cumplen una triple función que les otorga el papel de clave de bóveda de una concepción racional de la prueba: en primer lugar, tienen una función heurística, ofreciendo los criterios que harán posible y guiarán la decisión judicial y su motivación; en segundo lugar, operan como garantía para las partes, permitiendo elaborar estrategias probatorias y procesales y posibilitando el control racional de la decisión judicial a través de los recursos; y, en tercer lugar, distribuyen el riesgo del error entre las partes.”.

ainda paira incerteza sobre os fatos”⁸⁹. Atrai-se, portanto, a incidência da norma, que decidirá o caso concreto, tendo em vista que, “se o ônus da prova recai sobre o autor, e de acordo com a valoração das provas produzidas, o juiz chega à conclusão de que *h* não está provado com suficiência, será a ele – ao autor – que o juiz deverá atribuir a decisão de improcedência”⁹⁰, o que acaba, igualmente, por afastar a discricionariedade do julgador.

De toda sorte, na maioria dos casos a distribuição do ônus da prova é estática, obedecendo aos preceitos genéricos do art. 373 do novo CPC⁹¹. Porém, há hipóteses nas quais o ônus *probandi* pode ser invertido em favor da parte hipossuficiente ou caso se verifique verossimilhança das alegações (como no caso do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor⁹²) ou redistribuído de maneira dinâmica, inovação positivada pelo art. 373, §1º⁹³, do novo CPC, a fim de conferir equilíbrio às relações processuais especialmente em casos nos quais a dificuldade prática de produção de uma prova essencial para solução da controvérsia seja difícil ou impossível àquele que deteria a obrigação estática de produzi-la.

Seria errôneo, entretanto, supor que os requisitos probatórios seriam os mesmos para qualquer tipo de demanda ou pedido. Os *standards* probatórios, dentro do sistema do convencimento motivado, operam como requisitos abertos aplicáveis no momento da valoração da prova a fim de observar se os enunciados fáticos estão suficientemente suportados pelo conjunto probatório. Deve-se deixar claro que, “deles não se podem esperar soluções lógico-dedutivas”⁹⁴, até porque a dimensão prospectiva do Direito deve fornecer elementos para a hermenêutica por trás dos precedentes para que o texto estanque da lei acompanhe as evoluções

⁸⁹ MATIDA, *op. cit.*, p. 144.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 148.

⁹¹ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁹² Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...].

⁹³ Art. 373. [...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

⁹⁴ KNIJNIK, Danilo. **Os “standards” do convencimento judicial**: paradigmas para o seu possível controle. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2021. p. 14.

sociais e tecnológicas de uma sociedade, com suas novas demandas e necessidades: “a racionalidade não quer rigidez, mas flexibilidade, adaptabilidade”⁹⁵.

O *standard* aplicável deve ficar muito claro antes do início da dilação probatória, para que se saiba com precisão qual a quantidade e a qualidade epistêmica das provas que deverão ser produzidas para demonstrar determinado enunciado fático. A lógica é a mesma àquela aplicável à inversão do ônus da prova – o momento para utilização desta técnica de instrução processual será sempre anterior à sentença, de modo a possibilitar a produção de provas que permitam o livre exercício da ampla defesa e do contraditório. Aqui, vale mencionar brevemente que há julgados que entendem pela inexistência de nulidade quando há inversão do ônus da prova na sentença, sobretudo quando estiver alicerçada no Código de Defesa do Consumidor, haja vista que se trataria de técnica de julgamento. Nosso posicionamento, entretanto, é pelo privilégio do contraditório e da ampla defesa, oportunizando-se que a parte contra a qual se opera a inversão possa debater o seu pleito de forma proporcional⁹⁶.

Conforme defendido por Clayton de Albuquerque Maranhão, os *standards* probatórios variam: para pleitos de tutela de urgência, nos quais é necessária a presença concomitante de probabilidade do direito e verossimilhança das alegações, é aplicável a inferência da melhor explicação⁹⁷. Apesar das críticas, em razão dos requisitos legais para concessão de tutela de urgência, não seria lógico que o *standard* probatório, até pela natureza provisória do provimento e pela presença de contraditório diferido, fosse o mesmo daquele presente em uma cognição exauriente formulada após o encerramento da instrução. Neste modelo, a hipótese não é avaliada enquanto correspondência à verdade de seus enunciados, mas sim qual, dentre as diversas hipóteses, melhor explica os fatos⁹⁸.

Por sua vez, nos pedidos de tutela de evidência, que possuem como requisito indispensável a suficiência da prova documental, o *standard* é o da prova preponderante⁹⁹. Como último exemplo, temos o mandado de segurança, cuja

⁹⁵ HAACK, Susan. **Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito...** *op. cit.*, p. 73.

⁹⁶ O Superior Tribunal de Justiça entendeu recentemente que a inversão do ônus da prova no julgamento de apelação, mesmo que fundamentada no art. 6º, VIII, do CDC, viola direito de defesa, tornando o acórdão do tribunal nulo (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1286273/SP**, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 22/06/2021).

⁹⁷ MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. *Standards* de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, a. 14, v. 17, p. 221-258, maio 2019. p. 224.

⁹⁸ TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica...** *op. cit.*, p. 138.

⁹⁹ MARANHÃO, *op. cit.*, p. 233.

concessão é admitida unicamente nos casos de direito líquido e certo, ou seja, que o fato possa ser documentalmente demonstrado e seja incontestado, no qual o *standard* aplicável é o da prova clara e convincente.

Em todas as modalidades citadas acima nos deparamos com *standards* aplicáveis em fases processuais ou em procedimentos que admitem unicamente a prova documental. Assim, para fins deste estudo, que se debruça especificamente sobre a prova testemunhal, é cabível a análise do *standard* aplicável “na sentença proferida no procedimento comum após o encerramento da instrução”¹⁰⁰.

Em tais casos, especialmente quando as partes estiverem “na mesma condição fático-jurídica”¹⁰¹, há duas soluções: (i) a aplicação da prova preponderante, quando as hipóteses forem contrárias, com o julgamento de improcedência em face daquele que não houver se desincumbido de seu ônus *probandi*; (ii) a inferência da melhor explicação, ou seja, deve-se buscar qual das partes apresentou “a melhor explicação para os fatos”¹⁰².

Alguns autores sustentam, inclusive, que é possível que, dentro de um mesmo processo, o *standard* seja cambiante conforme a espécie de prova produzida. No que tange à prova testemunhal, cuja validação de veracidade é ainda mais difícil, seria aplicável um *standard* variável: quanto “mais objetivamente valioso seja um testemunho, maior deverá ser o *standard* utilizado para avaliar a sua credibilidade”¹⁰³. No outro extremo, se não houver qualquer valor juridicamente relevante na informação prestada, deve se partir de uma presunção de veracidade, o que se relaciona intimamente com a relevância.

Segundo Jordi Ferrer Beltrán, idealmente, a única forma de diminuir o subjetivismo exacerbado que paira sobre os *standards* de prova seria por meio da previsão de critérios numéricos de probabilidade¹⁰⁴. Os nortes mínimos de probabilidade a serem atingidos para provar uma tese, conforme a importância do bem da vida em jogo, servirão como fundamento, não para extirpar do conhecimento do juiz os fatos potencialmente relevantes, mas sim para evitar potenciais erros de valoração, vez que “quanto maior seja o dano que a decisão probatória possa

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 242.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 244.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ PÁEZ, *op. cit.*, p. 115 (tradução nossa). No original: “Entre más objetivamente valioso sea un testimonio, mayor deberá ser el estándar utilizado para evaluar su credibilidad.”

¹⁰⁴ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba sin convicción...** *op. cit.*, p. 35.

causar, menor deve ser o risco de erro que a parte potencialmente lesada deve suportar”¹⁰⁵.

Nesse sentido, ainda que a verdade dificilmente seja atingível, ou ao menos verificável, os casos levados a julgamento não podem esperar uma definição com grau absoluto de certeza para que sejam decididos, o que sintetiza uma visão utilitarista – “em casos envolvendo escolhas binárias nos quais os prejuízos de decisões erradas são iguais, elas devem favorecer aquele que sobre o qual as probabilidades sejam favoráveis, que é a regra de 0,5 no direito civil”¹⁰⁶. Sendo a tese autoral mais provável do que a do réu, ainda que levemente, a demanda deve ser julgada em seu favor, com a mesma lógica sendo aplicada em sentido contrário.

Apesar de ser ideal que haja critérios numéricos na definição dos *standards*, cujo grau de certeza conferiria maior segurança jurídica, tal hipótese é utópica, já que será impossível se afastar por completo de critérios minimamente subjetivos, além de que, a menos que se trate de prova estatística, a proposição de estabelecer critérios numéricos de verificação de uma hipótese na avaliação sobre a fiabilidade de um depoimento testemunhal, por exemplo, seria completamente arbitrária¹⁰⁷. Segundo Jordi Ferrer Beltrán, essa noção de probabilidade deve ser “epistêmica”, e não numérica, no sentido em que “gradua as possibilidades de que uma determinada proposição seja verdadeira”¹⁰⁸.

Em última *ratio*, o conjunto probatório deve pender em favor de quem quer que seja o ganhador da demanda, especialmente em casos cíveis aos quais não se aplica a rígida regra da “*evidence beyond a reasonable doubt*”¹⁰⁹ (também chamado de ‘BARD’), *standard* aplicável aos casos criminais nos quais é desejável que se absolva um culpado de que se condene um inocente¹¹⁰. Em qualquer dos casos,

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 53 (tradução nossa). No original: “cuanto mayor sea el daño que la decisión probatoria pueda causar, menor debe ser el riesgo del error que la parte potencialmente dañada debe soportar”.

¹⁰⁶ ALLEN, Ronald J.; LEITER, Brian. Naturalized Epistemology and the Law of Evidence. **Virginia Law Review**, v. 87, n. 8, p. 1491-1550, Dec. 2001. p. 1504 (tradução nossa). No original: “In a case involving a binary choice where the disutilities of wrongful verdicts are equal, the decision should be for whomever the probabilities favor. This is the 0.5 rule of civil litigation.”.

¹⁰⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba sin convicción... op. cit.**, p. 88.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 67 (tradução nossa). No original: “Si trata en este caso de una noción epistémica de la probabilidad, que gradua las posibilidades de que una determinada proposición sea verdadera”.

¹⁰⁹ KNIJNIK, Danilo. **Os “standards” do convencimento judicial... op. cit.**

¹¹⁰ Janaina Matida e Antônio Vieira tecem críticas à importação irrestrita de institutos estrangeiros ao Brasil, como no caso do *standard* “para além de toda a dúvida razoável”. Para os autores, a utilização desse critério não necessariamente está ligada ao efetivo aumento da racionalidade da decisão, sendo comum a sua aplicação como “elemento puramente retórico de justificação das decisões”, relacionado a um estado mental, e, portanto, subjetivo, do julgador, o que tem o efeito oposto e acaba por afastar a decisão de sua necessária racionalidade. In MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antônio. Para

trata-se de uma racionalidade não matemática, mas adaptada para a realidade do Direito, ligada à plausibilidade e suficiência da demonstração da ocorrência de determinado fato. Muito embora seja comum em tais estudos a utilização de percentuais, prevalece a subjetividade de acordo com a régua valorativa do juízo dos fatos.

A existência de diferentes *standards* de prova atrai a aplicação de uma teoria de verificação da verdade denominada de “contextualismo epistêmico”: os critérios para aferição da veracidade dos enunciados fáticos apresentados em juízo, que, como visto acima, variam conforme o momento processual (em juízo de cognição sumária ou definitiva) e a matéria (cível ou criminal), fazem com que haja uma aplicação intuitiva da “noção que os *standards* de justificação epistêmica podem variar de acordo com o contexto”¹¹¹. Em igual sentido “se varia o conjunto de elementos de juízo disponíveis, pode variar também a conclusão que se justifique a partir daqueles”¹¹².

O que se busca dizer é que, a depender do *standard* probatório aplicável, um enunciado *aceito* por verdadeiro na *inferência da melhor explicação*, pode perfeitamente ser considerado *falso* diante de um parâmetro mais rígido aplicável em casos criminais, quando as provas devem apontar além da dúvida razoável para a culpabilidade do réu.

É precisamente por este motivo que o art. 935 do Código Civil veio a preceituar que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Isso significa que uma demanda indenizatória cível decorrente de fato criminoso pode ser ajuizada e julgada independentemente da apuração dos fatos no juízo criminal. Entretanto, por ter um *standard* mais rígido, a condenação criminal (decorrente de um homicídio, por exemplo), automaticamente vinculará o juízo cível, que estará dispensado da instrução probatória.

além do Bard: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. **Revista de Processo**, v. 156, p. 221-248, jun./2019.

¹¹¹ EHRENBURG, *op. cit.*, p. 188 (tradução nossa). No original: “our legal practices already embrace the notion that the standards of epistemic justification can vary according to context”.

¹¹² BELTRÁN, Jordi Ferrer. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales... *op. cit.*, p. 31 (tradução nossa). No original: “[...] si varía el conjunto de elementos de juicio disponibles puede variar también la conclusión que se justifique a partir de los mismos”.

Adaptando uma analogia escrita por Kenneth Ehrenberg no artigo *Less Evidence, Better Knowledge*¹¹³, 200 mililitros de água podem ser suficientes para que um copo de água seja considerado cheio; contudo, ao cambiar o contexto do copo para uma piscina, é perfeitamente aceitável que se considere uma piscina com 200 mililitros de água vazia. É facilmente perceptível, a partir do exemplo, que tais interpretações não se excluem e não são contraditórias.

Como visto, embora os *standards* probatórios não estejam, em momento algum, diretamente positivados em nossa legislação, seus requisitos encontram-se previstos na legislação instrumental – os operadores do Direito acabam por lidar com tais parâmetros até mesmo de maneira intuitiva.

Nas demais situações de cognição exauriente, não sendo suficientes as provas produzidas pelas partes para demonstração dos fatos narrados e, havendo, diante da visão do magistrado, elementos probatórios hábeis a auxiliá-lo em seu convencimento, nada impede a produção de provas adicionais. Nesse caso, seria possível afirmar que o juiz se afastou de sua necessária imparcialidade, impondo a nulidade do julgamento, já que a produção de provas adicionais beneficiaria alguma das partes? Para José Carlos Barbosa Moreira, não há sequer que se cogitar dessa hipótese:

O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui do órgão judicial a vontade de decidir com justiça e, portanto, de dar ganho de causa à parte que tenha razão. A realização da prova pode ajudá-lo a descobrir qual delas a têm, e esse não é resultado que o direito haja de ver com maus olhos. De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará do esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro.¹¹⁴

Dessa forma, é perfeitamente possível e desejável que o juiz determine, de ofício, a produção de provas adicionais – não há dúvidas que se trata de uma postura epistemicamente comprometida. Os poderes instrutórios são, destarte, “acessórios e integrativos em relação às iniciativas instrutórias das partes”¹¹⁵, que sempre terão ao seu dispor ferramentas de controle que garantam que o magistrado

¹¹³ EHRENBURG, *op. cit.*

¹¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo.** Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/04/revista4%20\(12\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/04/revista4%20(12).pdf)>. Acesso em: 20 set. 2019. p. 110.

¹¹⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 203.

não desvie do curso de imparcialidade que deve se revestir a sua conduta, sendo as principais o exercício do contraditório e o duplo grau de jurisdição.

Após esse introito necessário, por meio do qual expusemos brevemente os objetivos do processo, e também as diretivas legais para valoração probatória e formação do convencimento pelo magistrado, passaremos a analisar especificamente aspectos psicológicos da memória, bem como vieses cognitivos de que todos padecemos, para, em seguida, nos aprofundarmos sobre os parâmetros estabelecidos nos países do *common law* na valoração das provas testemunhal e pericial, e se o estudo daquela realidade pode aprimorar a qualidade epistêmica do Direito processual brasileiro.

4. OS LIMITES COGNITIVOS DA MEMÓRIA HUMANA, VIESES, HEURÍSTICAS E PRECONCEITOS

Qualquer ser humano, esteja ele atuando como magistrado, advogado ou como testemunha, possui simultaneamente limites cognitivos na reconstrução de situações vivenciadas por si e vieses e preconceitos trazidos como bagagem cultural que influenciam a nossa forma de ver o mundo. Ter ciência de tal situação é o primeiro passo para que a atividade jurisdicional não se afaste de sua indispensável racionalidade – embora seja impossível anular por completo tais deficiências cognitivas, ter ciência delas, entender como se operam e buscar mitigá-las deve ser o objetivo de qualquer operador do Direito epistemicamente comprometido.

O intuito final é evitar decisões meramente intuitivas ou irracionais, seja porque baseadas em provas com questionável confiabilidade ou mesmo por conta de vieses cognitivos de que padecem os atores processuais (notadamente as testemunhas, o juiz e, como veremos mais adiante, também o perito). Naturalmente, a racionalidade com a qual deve obrigatoriamente se revestir a decisão judicial deve buscar provas com elevados valores epistêmicos, pois, do contrário, nos voltaríamos a um período de solução de controvérsias em que vigorava o acaso e o arbítrio. Caso contaminadas por vícios cognitivos identificáveis, a sua valoração será fatalmente prejudicada.

O testemunho dos fatos em juízo é uma das principais modalidades probatórias de que se dispõe em diversas situações cotidianas – em muitos casos que envolvem bens jurídicos de extrema relevância (como no caso de ofensas sexuais), a prova testemunhal é, não raro, a única disponível. Contudo, para uma correta valoração epistemicamente isenta da prova testemunhal, é imprescindível que se conheçam as possíveis “falhas” a que qualquer ser humano está sujeito quando irá referenciar um fato vivenciado a terceiros, por sofrer com a influência de fatores internos e externos. Para William Twining:

A maior parte do material central para a descoberta dos fatos é sem dúvida importante, mas não é necessário um curso sobre isso para aprender as principais lições. É claro que é importante estar ciente, por exemplo, que a memória não é confiável, que a percepção não é confiável e está sujeita a distorções decorrentes de vieses, desatenção, e o curso do tempo, que o

interrogatório pode ser intrinsecamente coercitivo, e que os julgadores provavelmente têm vieses inconscientes.¹¹⁶

Portanto, a ciência de que está empiricamente demonstrado que o decurso do tempo torna a memória menos confiável, por mais óbvia que tal afirmação possa parecer, é curial para que o peso epistêmico de um testemunho diminua proporcionalmente em relação ao tempo transcorrido desde a vivência dos fatos por parte da testemunha.

Dessa maneira, a seguir, estudaremos de forma breve aspectos da Psicologia do testemunho, bem como condições mentais que nos levam a julgar situações corriqueiras de forma precipitada, o que pode ser induzido por diversos fatores.

4.1. FALSAS MEMÓRIAS

Segundo resultados divulgados pelo *Innocence Project*, nos Estados Unidos, o equívoco na identificação facial de réus “é a maior causa de condenações injustas nos EUA”¹¹⁷, com “75% de erros judiciais vinculados diretamente ao reconhecimento equivocado de pessoas”¹¹⁸. Como veremos neste capítulo, tal fato se deve especialmente a falhas mnemônicas das testemunhas, que podem ser induzidas pelo interlocutor ou espontâneas, decorrentes de experiências (e preconceitos) anteriores que se misturam às lembranças dos fatos relevantes a um determinado processo. Em qualquer dos casos, cometem-se injustiças, sobretudo nos casos penais, afastando o processo de seu compromisso com a verdade.

Embora o falso testemunho seja crime, diante da necessidade de se coibir depoimentos deliberadamente apócrifos que influenciem no resultado de um caso, as falsas memórias não possuem o necessário elemento subjetivo presente no tipo

¹¹⁶ TWINING, *op. cit.*, p. 24 (tradução nossa). No original: “Much of the material central to fact-finding is undoubtedly important, but one does not meet a course in it to learn the main lessons. It is of course important to be aware, for example, that memory is unreliable, perception is unreliable and is subject to distortion through bias, inattention, and lapse of time, that interrogation can be intrinsically coercive, and that decision makers are likely to have unconscious biases.”

¹¹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Série Pensando o Direito, nº 59. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. p. 18.

¹¹⁸ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Entrevistas forenses e reconhecimento pessoal nos processos de criminalização: um diagnóstico brasileiro. **Boletim de Análise Político-Institucional**, n. 17, p. 45-51, dez. 2018. p. 48.

penal. É dizer, para o depoente que relata uma falsa memória, a sua ocorrência no mundo fático não apenas é absolutamente crível como também uma verdade incontestável, fazendo com que a ausência de dolo descaracterize a prática delituosa.

A análise de alguns aspectos da Psicologia do testemunho é condição preliminar para que sejam melhor exploradas implicações processuais e normativas da prova testemunhal, vez que “o avanço das pesquisas sobre [falsas memórias] demonstra que o ser humano é capaz de lembrar, de forma espontânea ou sugerida, eventos que nunca aconteceram”, o que nos “instiga a questionarmos sobre os limites entre o falso e o verdadeiro”¹¹⁹. Essa análise, portanto, está impregnada de Epistemologia, o que justifica a sua relevância para o presente estudo.

A classificação das falsas memórias é feita com base na origem da distorção¹²⁰, podendo ser endógenas (também chamadas de autossugeridas), ou seja, relativas a questões internas do interlocutor, ou estimuladas pelo ambiente externo, “ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e a subsequente incorporação na memória original”¹²¹.

Em estudo realizado para se avaliar as falsas memórias sugeridas, mostraram-se cenas de um acidente de trânsito ocorrido em razão de o motorista ter avançado sem parar em uma placa de “parada obrigatória”. Contudo, na medida em que os pesquisadores introduziam informações deliberadamente falsas, sugerindo que havia, na realidade, uma placa semelhante, mas com sentido diverso, de “dê a preferência”, os participantes passaram a relatá-la como se a placa sugerida efetivamente tivesse sido observada¹²². Tal postura indutora não raro é observada em audiências, quando advogados conduzem as testemunhas em direção às afirmações que favorecem os seus pleitos – coibir tais tentativas é prática indispensável para o julgador epistemicamente comprometido.

Esse mesmo estudo sustenta que diversos fatores influenciam a construção de falsas memórias, entre os quais está, por evidente, o lapso temporal decorrido entre a vivência física da situação e o seu relato, e até mesmo o humor da pessoa

¹¹⁹ NEUFELD, Carmen Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 21-41. p. 37.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹²¹ *Ibidem*, p. 26.

¹²² BRUST, Priscila Goergen et al. Procedimentos experimentais na investigação das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 42-68. p. 45.

no momento da ocorrência dos fatos¹²³. Tal conclusão lança fundadas preocupações à realidade processual brasileira, na medida em que, não raro, decorrem cinco anos ou mais entre a data dos acontecimentos que motivaram o ajuizamento de uma demanda e a realização da audiência de instrução e julgamento, quando é colhido o depoimento testemunhal. Quando isso se verificar, naturalmente o peso probatório deve ser reduzido no momento da valoração.

A professora Lilian Stein, uma das maiores especialistas do Brasil sobre o tema, coordenou um estudo do Ministério da Justiça sobre os “avanços científicos aplicáveis à Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento facial e aos depoimentos forenses”. Citando Loftus e Palmer, o estudo destacou a influência que a mudança de uma única palavra possui nas respostas a uma pergunta:

Os autores apresentaram, a um grupo de participantes, um vídeo de um acidente de trânsito envolvendo cinco carros. A seguir, era perguntado aos participantes em que velocidade os carros estavam no momento do acidente de cinco formas diferentes, só alterando apenas uma palavra da pergunta. Para um grupo era perguntado em que velocidade os carros estavam na hora em que colidiram (*collided*). Já para outro foi indagado em que velocidade os carros estavam na hora em que se esmagaram (*smashed*). Apesar de terem visto exatamente o mesmo evento, o primeiro grupo respondeu que a velocidade era em média 50km/h, já o segundo grupo respondeu em média 65km/h.¹²⁴

Por evidente, a palavra “esmagar” em um contexto de acidente de trânsito sugere uma gravidade muito superior à palavra “colidir” – o depoente, ao captar este contexto, por via de consequência incorporou a impressão de que, para que os veículos se “esmagassem”, a velocidade deveria ser substancialmente superior do que em uma simples “colisão”. A habilidade do condutor da entrevista, portanto, pode perfeitamente induzir uma testemunha para que relate interesses convergentes ao seu. Não é necessário destacar que eventuais abusos devem ser coibidos pelo magistrado.

Tampouco há dúvidas quanto à influência das emoções na memória. Isso porque eventos marcantes, positivos ou negativos, tendem a aumentar o nível de detalhamento de aspectos centrais da ocorrência, ao passo que, simultaneamente,

¹²³ ROKENKOHL, Gustavo *et al.* Emoção e falsas memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 87-100. p. 92.

¹²⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses...** *op. cit.*, p. 25 (grifos no original).

reduzem a atenção a detalhes periféricos. Disso se conclui que “o alerta produzido por um estímulo [...] faz com que haja a modulação do nível de atenção”¹²⁵.

Outro achado relevante é que, a depender do método de coleta dos estudos, ora depoimentos falados tendem a produzir mais falsas memórias e ora relatos escritos levam a maiores imprecisões¹²⁶ – não por acaso, nos Estados Unidos, previamente a uma audiência, há uma entrega de um *affidavit* (declaração) escrito para que, então, a testemunha possa ser submetida à *cross-examination*. Talvez seja uma forma pouco custosa de se garantir uma maior veracidade a um depoimento testemunhal. Apesar disso, é relevante observar que o art. 204 do Código de Processo Penal¹²⁷ não permite o depoimento por escrito da testemunha, que estará autorizada apenas a consultar brevemente os seus apontamentos.

Há demonstração empírica, ademais, que crianças estão mais suscetíveis a produzir falsas memórias¹²⁸. Aliás, quanto à fiabilidade do depoimento infantil – já há comprovação de que episódios com elevada carga emocional, seja boa ou negativa, reverberam com mais intensidade na memória, tornando o seu relato mais fiel¹²⁹. Tal conclusão é de curial importância ao se sopesar o depoimento de uma criança que sofreu abuso sexual (que, não raro, é a única prova de que se dispõe, sendo as demais apenas indiciárias). Tais crimes “são chamados de crimes clandestinos, visto que são praticados às escondidas, ao não alcance de testemunhas”, de maneira que, em tais condições, “a palavra da vítima constitui a única fonte que corrobora a acusação do ato”¹³⁰ e, assim, não deve jamais ser desconsiderada ou subvalorizada.

Especificamente no depoimento de crianças, há diversos fatores externos que podem gerar falsas memórias. Um deles é que, quanto mais novas, maior será o respeito a ambientes excessivamente formais, levando à presunção de que os adultos possuem maior conhecimento do que elas. Nesta toada, ambientes como

¹²⁵ SANTOS, Renato Favarin dos; STEIN, Lilian Milnitsky. A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 415-434, jul./set. 2008. p. 420.

¹²⁶ BRUST, *op. cit.*, p. 58.

¹²⁷ Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.

Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.

¹²⁸ BRUST, *op. cit.*, p. 63.

¹²⁹ WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 157-185. p. 164.

¹³⁰ VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1035-1056, ago. 2018. p. 1039-1040.

uma sala de audiências em um fórum, na qual os participantes dirigem-se uns aos outros por “doutor”, “excelência”, e ainda utilizam vestes formais, fazem com que a criança se mostre “sensível à autoridade dos adultos”¹³¹ e aja com deferência, tomando como sua a visão de um evento interpretado por um terceiro. Em tal contexto, o tipo de perguntas ou o modo como são feitas pode facilmente induzir o depoimento.

O emblemático caso da Escola Base de São Paulo¹³² ensinou, da pior forma possível, a necessidade de que estejam presentes especialistas no depoimento de crianças. A investigação começou com denúncias de duas mães que acusaram os donos e alguns funcionários da escola de promover abusos sexuais coletivos. O delegado responsável pelo inquérito, diante da visibilidade midiática do caso, conduziu os depoimentos das crianças de forma a induzir as respostas, o que as levou a confirmar os fatos. Posteriormente, os acusados foram inocentados, mas suas reputações já haviam sido destruídas.

Como visto acima, há casos em que o condutor da entrevista, mediante a utilização da técnica adequada, é capaz de induzir o surgimento de falsas memórias¹³³. Tal fenômeno mnemônico é denominado de sugestibilidade, consistente “na tendência de um indivíduo em incorporar informações distorcidas, providas de fontes externas, de forma intencional ou acidental, às suas recordações pessoais”¹³⁴. Estudiosos do tema destacam o contexto em que pode ocorrer:

[...] a sugestão, durante uma entrevista, pode ocorrer de forma mais sutil e indireta, por meio das características globais e do “clima” emocional gerado durante a entrevista, que pode assumir um tom mais neutro ou mais acusatório. Situações de alta pressão emocional, com perguntas feitas de modo ameaçador, [...] poderão comprometer a qualidade de seu relato [...].¹³⁵

¹³¹ WELTER, *op. cit.*, p. 170.

¹³² Disponível em < <https://canalcienciascriminais.com.br/das-telas-do-cinema-a-vida-real-depoimento-infantil-e-falsas-memorias/>>. Acesso em 16 mar. 2021. Para mais detalhes sobre esse caso, consultar: RIBEIRO, Alex. **Caso Escola Base**. Os abusos da imprensa. Prefácio de Carlos Brickmann. São Paulo: Editora Ática, 1995.

¹³³ BARBOSA, Márcio Englert *et al.* Falsas memórias e diferenças individuais. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 133-154. p. 134.

¹³⁴ WELTER, *op. cit.*, p. 167.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 173.

Ainda tratando do depoimento infantil, a fim de evitar a ocorrência de sugestibilidade, além de um ambiente adequado e o menos formal possível, idealmente as perguntas deveriam ser direcionadas por um psicólogo, uma vez que, até mesmo tentativas autênticas de garantir que o depoente se sinta à vontade podem “contaminar o clima da entrevista”¹³⁶, o que ocorre quando o entrevistador lança frases do tipo “não tenha medo de dizer o que aconteceu...”¹³⁷ – tal encorajamento faz com que a criança pressuponha que há algo que deve ser relatado, mas este nem sempre é o caso.

Para evitar situações semelhantes, em salutar alteração legislativa com relação ao CPC de 1973, o art. 699 do novo *codex* trouxe a determinação para que, em fatos relacionados a “abuso ou alienação parental”, “o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz”, esteja acompanhado por especialista. A presença de um psicólogo, apesar de não eliminar chances de que sejam geradas falsas memórias, certamente as minimiza.

No Brasil, a Lei nº 13.431/2017 normatizou o “sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência”, prevendo, a partir de seu art. 8º, algumas diretrizes para o depoimento especial, em linha com as melhores técnicas de Psicologia do depoimento, que o ato ocorra “em local apropriado e acolhedor” (art. 10), “realizado uma única vez” (art. 11) e por profissional especializado (art. 12, I), que privilegiará a livre narrativa seguida de perguntas complementares. Nesse sentido, o depoimento especial é entendido como “a oitiva de crianças em processos criminais, sendo realizada em ambiente separado da sala de audiências, onde a criança interage com psicólogo ou assistente social que fará as perguntas formuladas pelo Juiz, pelo Promotor e pelo Defensor do réu”¹³⁸. Trata-se de medida com dupla função: preservação da dignidade da criança, em primeiro lugar, e com finalidade epistêmica, haja vista que o profissional responsável pela colheita do depoimento deverá se utilizar de técnicas que não instiguem falsas memórias ou relatos induzidos. Em sentido semelhante, temos a Resolução nº 169/2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 174.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque *et al.* Investigação de suspeita de abuso sexual infantojuvenil: o Protocolo NICHHD. **Temas em Psicologia**, Ribeirão Preto, v. 22, n. 2, p. 415-432, dez. 2014. p. 418.

Conferindo diretrizes concretas à lei mencionada, temos a Resolução nº 299/2019 do CNJ, que a regulamenta. Determinou, dentre outras medidas, que sejam firmados convênios pelos tribunais (art. 2º) e a “implantação das salas de depoimento especial [...] em todas as comarcas” (art. 7º), tudo em observância ao Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense, mediante gravação do ato. Ainda que as iniciativas devam ser festejadas, é virtualmente impossível anular as falhas que podem ser observadas no depoimento testemunhal.

De toda sorte, seja no depoimento de crianças ou de adultos, para a maioria dos operadores do Direito fica claro que é perfeitamente possível que um entrevistador habilitado conduza a testemunha ou a intimide, de maneira a alterar os resultados das respostas ou, no mínimo, descredibilizá-la. Essa atuação pode tanto ser proposital quanto involuntária.

Estudiosos do assunto apontam quais são as dez maiores falhas que um entrevistador, ainda que agindo de boa-fé, pode cometer ao colher o depoimento de uma testemunha:

1. Não explicar o propósito da entrevista
2. Não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista
3. Não estabelecer *rapport*
4. Não solicitar o relato livre
5. Basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas
6. Fazer perguntas sugestivas / confirmatórias
7. Não acompanhar o que a testemunha recém disse
8. Não permitir pausas
9. Interromper a testemunha quando ela está falando
10. Não fazer o fechamento da entrevista [...].¹³⁹

Como veremos posteriormente, algumas das restrições às perguntas endereçadas às testemunhas no *common law* atuam justamente para evitar a sugestionabilidade por parte do entrevistador. Por outro lado, um depoimento cruzado mais incisivo pode funcionar como catalisador de intimidação e da produção de falsas memórias.

Não se pretende, por meio do presente capítulo, lançar uma nuvem de fumaça na credibilidade de todo e qualquer depoimento testemunhal. Entretanto, é de curial importância o estudo de ferramentas capazes de otimizar a fiabilidade da

¹³⁹ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 209-227. p. 211. (grifo no original).

declaração. É igualmente relevante que o operador do Direito possa entender os fatores que podem levar ao surgimento de falhas mnemônicas para sopesar corretamente a confiabilidade de determinado depoimento.

Nesta toada, foi desenvolvida técnica denominada de “entrevista cognitiva”¹⁴⁰ que permite minimizar a possibilidade de que se obtenham falsas memórias. Ela consiste em cinco etapas. A primeira é denominada de “construção do *rapport*”, por meio da qual o entrevistador deixa a testemunha à vontade, ao explicar de forma empática os objetivos da entrevista (regras básicas), o que culmina na transferência de controle para a testemunha, que passa a ter ciência de sua importância.

Em seguida, o entrevistador deve recriar o contexto original que permita à testemunha lembrar as observações e vivência que seu depoimento pretende descrever, deixando claro quais foram os atores envolvidos, além do local e data nos quais os fatos se passaram¹⁴¹. A terceira etapa consiste em franquear a palavra livre e ininterruptamente à testemunha (“narrativa livre”), destacando a necessidade de que o relato contenha o maior número de detalhes possível, seja por conta do gatilho emocional que determinados eventos trazem consigo, facilitando a lembrança de fatos adicionais, seja por conta da ausência de capacidade da testemunha em separar o que é efetivamente relevante para solucionar o caso¹⁴².

Somente então, serão feitos questionamentos, preferencialmente por meio de perguntas abertas objetivando esclarecer detalhes do que foi livremente relatado. Por fim, a última etapa consiste no fechamento, por meio do qual serão resumidas as informações obtidas, conferindo-se à testemunha uma última oportunidade de retificar as informações fornecidas ou então de relatar detalhes adicionais¹⁴³.

A entrevista cognitiva vem sendo utilizada por entrevistadores no âmbito policial/investigativo e judicial em diversos países, entre os quais nos Estados Unidos, que elaborou, por meio do Departamento de Justiça, uma cartilha orientando sobre o modo de ação em diferentes momentos após a ocorrência dos fatos¹⁴⁴. Em

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 212.

¹⁴¹ *Idem*.

¹⁴² PAULO, Rui M.; ALBUQUERQUE, Pedro B.; BULL, Ray. A Entrevista Cognitiva Melhorada: Pressupostos teóricos, investigação e aplicação. **Revista Psicologia**, v. 28, n. 2, p. 21-30, 2014.

¹⁴³ FEIX, *op. cit.*, p. 212.

¹⁴⁴ UNITED STATES. Department of Justice. **Eyewitness Evidence**. A Guide for Law Enforcement. Washington: U.S. Department of Justice, 1999.

sentido muito semelhante, temos o Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense¹⁴⁵, que prevê como etapa inicial básica a construção da empatia, para, em seguida, passar para um relato livre e ininterrupto do depoente e, por fim, direcionar-lhe questionamentos preferencialmente abertos.

Como dito acima, é preferível que a testemunha possa fornecer um depoimento livre de interrupções para que, somente então, o entrevistador intervenha direcionando perguntas. Essas, por sua vez, devem ser preferencialmente abertas, tendo em vista que perguntas fechadas (de “sim” ou “não”) podem “ter o potencial de contaminar a memória com base na qual a testemunha prestará seu depoimento, e eventualmente levá-la a lembrar de coisas que de fato não ocorreram”¹⁴⁶. Portanto, questionamentos como “o veículo conduzido pelo motorista era uma caminhonete?”, devem ceder espaço para perguntas abertas como “que tipo de veículo era conduzido pelo motorista?” – segundo os estudos apresentados acima sobre Psicologia do testemunho, essa simples atitude tem o condão de reduzir a possibilidade de contaminação do depoimento com falsas memórias.

Existem, ainda, duas outras técnicas capazes de despertar a memória dos depoentes: a mudança de perspectiva consiste no relato a partir do qual a testemunha se coloca no lugar de um terceiro que visualizou ou poderia ter presenciado os fatos, ao passo que a mudança de ordem objetiva permite que a testemunha relate o ocorrido em uma ordem cronológica distinta. O objetivo de ambas é a utilização de “uma estratégia de recuperação diferente, facilitando a evocação de novos detalhes”¹⁴⁷.

Outra possibilidade de minimizar a ocorrência de falsas memórias é fornecida pela tecnologia: atualmente, ao vivenciar um evento marcante, muito provavelmente a testemunha o relatará a terceiros por meio de mensagens de texto,

¹⁴⁵ BRASIL. Childhood Brasil (Instituto WCF/Brasil), Conselho Nacional de Justiça - CNJ e Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF. **Protocolo brasileiro de entrevista forense com crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência**. Organização de Benedito Rodrigues dos Santos, Itamar Batista Gonçalves e Reginaldo Torres Alves Júnior. São Paulo e Brasília: Childhood - Instituto WCF-Brasil: CNJ: UNICEF, 2020.

¹⁴⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses...** *op. cit.*, p. 51.

¹⁴⁷ PAULO, *op. cit.*, p. 23.

áudio e fotografias enviadas em redes sociais e aplicativos¹⁴⁸. Tal respaldo probatório funciona como estímulo à memória original, sobretudo quando houver um longo lapso temporal entre os fatos e o depoimento.

Ademais, como já afirmado anteriormente, independentemente de se tratar do depoimento de crianças, em casos nos quais a prova testemunhal é a única disponível para demonstração do fato, o ideal é que seja conduzida em conjunto com um psicólogo ou psiquiatra.

A repetibilidade de um depoimento, ao contrário do que possa parecer ao senso comum, não se mostra como ferramenta eficaz para evitar falsas memórias. Isso porque, a título exemplificativo, nos casos de reconhecimento facial, em que a vítima deve apontar o seu algoz, a identificação, ainda que equivocada, passa a integrar a memória original¹⁴⁹. As perguntas realizadas durante um depoimento possuem igual capacidade indutiva (a já mencionada “sugestionabilidade”).

Se partimos do pressuposto de que é impossível afirmar que os enunciados fáticos processuais ocorreram em correspondência à realidade, e, ademais, diante de semelhante ausência de verificação sobre a veracidade dos relatos testemunhais, emana a dúvida sobre se seria possível justificar racionalmente algo que não pode ser confirmado¹⁵⁰. Daí a importância de prevermos critérios mais objetivos para valoração da prova testemunhal ou, alternativamente, que, quando se estiver diante de uma prova com qualidade epistêmica questionável, que se busquem alternativas de produção de provas que a corroborem ou desabonem.

Uma reflexão que se extrai deste breve diálogo entre Direito e Psicologia é a seguinte: se nossas memórias são falhas a ponto de acreditarmos que falsas lembranças são um retrato de experiência vivenciadas, como então é possível conferir peso probatório a depoimentos indiretos, por exemplo, nos quais a testemunha original não está presente para que se possa aferir a sua credibilidade? De igual forma, vimos que é perfeitamente possível que falsas memórias sejam maliciosamente induzidas pelo interlocutor (*leading the witness*).

¹⁴⁸ GUARAGNI, Fábio André; TANAKA, Caroline Mayumi. Falsas memórias no processo penal: a incidência de falsas memórias na prova testemunhal. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v. 2, n. 59, p.181-209, 2020.

¹⁴⁹ CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, ago. 2018. p. 1063.

¹⁵⁰ PÁEZ, *op. cit.*

Além das falsas memórias, cuja indução pode ocorrer de diversas formas, internas e externas, também somos influenciados por preconceitos e vieses – não apenas as testemunhas, mas também os demais atores processuais (advogados, peritos, membros do Ministério Público e juízes) podem ser involuntariamente contaminados, de maneira que, ter ciência de sua possibilidade de ocorrência é o primeiro passo para evitá-los.

4.2. PRECONCEITOS E VIESES

Ao vivenciar uma situação, como ator ou expectador, cada indivíduo carrega em si toda a sua bagagem emocional anterior. Assim, ao assimilar imagens de um acontecimento, o cérebro adicionará à memória deste fato emoções, traumas e experiências prévias, sendo impossível dissociá-las de forma neutra, tendo em vista que se trata de fenômeno involuntário. Da mesma forma, cada um dos elementos que compõem uma memória será assimilado distintamente por pessoas que podem ter passado por situações muito semelhantes, não apenas em razão da pluralidade de personalidades e de fatores emocionais, como também por conta da percepção sensorial peculiar de que goza cada ser humano. Isso porque uma memória não é composta apenas por imagens, mas também por elementos olfativos, sons e até mesmo gostos que atuam igualmente de maneira imprevisível e são recebidos de maneira caótica por cada um – a subjetividade é inerente a essas percepções.

Dessa maneira, é perfeitamente normal que, um determinado alimento seja delicioso para uma pessoa e impalatável para outra, ou que uma obra de arte seja considerada agradável ao olhar de um apreciador e horrenda sob a ótica de um crítico. Os exemplos parecem singelos, mas retratam perfeitamente como experiências externas são contaminadas por nossos gostos pessoais, fazendo com que seja perfeitamente possível a existência de dois relatos verídicos com percepções completamente distintas sobre o mesmo fato. Muitas vezes nos esquecemos, ao indagar testemunhas sobre fatos, que, tal como as interpretações sobre sensações pessoais são distintas, da mesma forma pode ocorrer com um

relato fático que se supõe imparcial: “as pessoas tratam seus semelhantes de forma diferente mesmo quando não têm consciência que o fazem”¹⁵¹.

Somos condicionados a acreditar que o ser humano toma suas decisões de forma exclusivamente racional. Entretanto, no livro “Rápido e devagar: duas formas de pensar”¹⁵², Daniel Kahneman nos apresenta, mediante diversos exemplos, a dois sistemas complementares e simultâneos de pensamentos: o chamado “sistema 1” é composto pela intuição e funciona de maneira praticamente automática e irrefletida, ao passo que o “sistema 2” entra em ação quando é necessário um raciocínio mais complexo para completar determinada tarefa, sendo, por via de consequência, mais devagar. Contudo, tais sistemas não são compartimentalizados, influenciando-se mutuamente.

Tais avaliações automáticas se manifestam por diversos motivos. Em um estudo realizado em Israel, constatou-se que juízes que avaliam pedidos de liberdade condicional concedem cerca de 65% dos pedidos após as refeições, mas a taxa cai próxima a zero pouco antes da refeição seguinte¹⁵³. Em consonância com os achados do estudo israelense, prova de que os níveis de glicose no sangue influenciam positivamente o nosso comportamento, é o projeto por meio do qual a magistrada Aline Vieira Tomás, de Goiás, oferecia suco de uva previamente e durante a realização de audiências de conciliação: a medida, simples e barata, levou a um aumento de 31,3% no índice de conciliação – o índice de acordos foi de 76,27% no grupo que tomou suco e de 5,24% no grupo de controle que não o ingeriu, em um universo considerável de 659 audiências¹⁵⁴.

Da mesma forma, o motivo pelo qual há, em praticamente todos os ordenamentos jurídicos, regras que impedem que as diversas testemunhas de um mesmo fato conversem umas com as outras antes de seus depoimentos, é para impedir que se influenciem mutuamente, contaminando um relato potencialmente imparcial¹⁵⁵. Isso ocorre, primeiramente, porque o interlocutor que pense diferente

¹⁵¹ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. The Law of Implicit Bias. **California Law Review**, v. 94, n. 4, p. 969-996, Jul. 2006. p. 969 (tradução nossa). No original: “people are treating others differently even when they are unaware that they are doing so”.

¹⁵² KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**. Duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ TOMÁS, Aline Vieira. Resultados alcançados pelo projeto Adoce: acordos após ingestão de glicose observados em conciliações judiciais (processuais) e extrajudiciais (pré-processuais). **Revista CNJ**, v. 4, n. 2, p. 212-232, jul./dez. 2020.

¹⁵⁵ KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 110.

do grupo começa a questionar a fiabilidade da informação em si, além de ter receio de enfrentar a desaprovação do grupo¹⁵⁶. Em um estudo realizado em 1937 pelo psicólogo americano Muzafer Sherif, inúmeros voluntários eram colocados em um quarto escuro e se projetava um ponto de luz estático em uma parede. Por conta de uma ilusão de ótica, o ponto parecia se mexer. Os voluntários eram indagados, então, acerca da distância que a luz havia andado. Os resultados encontrados quando os participantes eram questionados individualmente diferiam muito de quando trabalhavam em grupo. Mais do que isso, a introdução de uma pessoa que “falava com confiança e firmeza”, “exercia forte influência na avaliação do grupo”¹⁵⁷.

Esta demonstração empírica é popularmente conhecida como “comportamento de manada”. Por este motivo, o art. 456 do CPC determina que “o juiz inquirirá as testemunhas separada e sucessivamente, [...] e providenciará para que uma não ouça o depoimento das outras”. Apesar disso, qualquer operador do Direito que já tenha participado de algumas audiências sabe que tal regra não é seguida à risca – apesar de não ouvirem os depoimentos das outras, previamente ao seu ingresso na sala de audiências partilham, na maioria das vezes, do mesmo espaço de espera, onde trocam relatos e impressões sobre os fatos ocorridos. Assim, a possibilidade de se contaminar o depoimento das testemunhas, ao conversarem umas com as outras e trocarem memórias (que podem inclusive ser falsas), é considerável. O problema aumenta sobremaneira com a crescente utilização de audiências virtuais – não raro, as testemunhas têm prestado seus depoimentos de suas casas ou mesmo dos escritórios de advocacia da parte que as arrola, o que gera uma preocupação com a sua fiabilidade e tem o condão de reduzir o seu peso probatório, tendo em vista que o depoimento pode sofrer influência e ser conduzido pelo advogado, ator processual que, por dever de ofício, é epistemicamente suspeito.

Estudos demonstram, igualmente, que parâmetros pré-estabelecidos influenciam decisões aparentemente discricionárias – nos Estados Unidos, país no qual as indenizações por danos extrapatrimoniais são substancialmente maiores do que no Brasil, muito por conta da existência do júri cível que estipula danos punitivos, houve um movimento dos grandes litigantes para limitar o teto das

¹⁵⁶ THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**. Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. p. 69.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 70.

indenizações. Entretanto, a consequência prática da medida é que foi gerado um efeito de ancoragem, ou seja, ao mesmo tempo em que tal medida “eliminaria todas as indenizações maiores”, “também jogaria para cima o valor de muitas indenizações que de outro modo seriam bem menores”¹⁵⁸. O modo como a mesma informação é repassada também influencia sobremaneira na percepção do receptor: afirmar que a chance de erro de um exame de DNA é de 0,1% é matematicamente o mesmo que falar que a chance de erro é de uma em mil – no entanto, a percepção do interlocutor desatento aumenta sobremaneira com a segunda afirmação¹⁵⁹.

Não raro, somos também acometidos pelo *confirmation bias* – o objetivo de um advogado no processo é buscar instruí-lo com provas que demonstrem as suas alegações fáticas – há, nesse agir, um forte caráter contraepistêmico, haja vista que o caminho percorrido é o inverso da investigação científica: o advogado possui uma conclusão e utilizará as provas disponíveis como instrumentos confirmatórios de sua hipótese. Tal modo de agir é perfeitamente aceitável. O que não se pode admitir é que o magistrado, especialmente quando se utiliza de seus poderes instrutórios, seja afetado pelo *confirmation bias*, quando haveria uma busca pela confirmação sobre um ou vários enunciados fáticos cujo convencimento já foi formado¹⁶⁰, mas que carecem de suporte probatório. Isso pode ocorrer porque o magistrado, especialmente aquele mais experiente, acredita que já possui um instinto que aponta o caminho da decisão quando da valoração dos fatos – o exercício da rotina ao longo de anos faz com que a sua prática profissional acesse o sistema intuitivo, rápido, ao invés de acessar o sistema devagar e, portanto, mais racional e cauteloso.

Esse mesmo viés confirmatório também pode afetar o magistrado quando um réu possui antecedentes, especialmente em casos criminais. A condenação ocorre não inteiramente amparada nas provas do caderno processual, mas porque o réu possui maus antecedentes ou não é primário, sobretudo quando a prova é somente indiciária e deveria conduzir à absolvição, o que afasta a decisão de sua racionalidade. A maior dificuldade é que, na maioria das vezes, trata-se de argumento utilizado apenas intuitivamente (ao invés de ser escrito), o que torna difícil a correção de erros de valoração nas instâncias superiores.

¹⁵⁸ KAHNEMAN, *op. cit.*, p. 162.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 413.

¹⁶⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 205.

Para além dos antecedentes, outro fato muitas vezes extraprocessual que pode desencadear vieses cognitivos no julgador é a tentativa preliminar de acordo entre as partes. Embora racionalmente o magistrado tenha ciência de que acordos ou as suas tratativas não fazem prova contra nenhuma das partes, a condenação no âmbito criminal pode ter a ver com o fato de o réu ter feito acordo no juízo cível, o que é interpretado como indicativo (senão uma falsa assunção) de culpabilidade.

Os vieses de confirmação forenses podem emanar igualmente de um autêntico desejo de resolução do caso, cujo gatilho pode ser, inclusive, a pressão por metas. Embora já saibamos que o processo justo deve encontrar um equilíbrio entre a busca pela verdade e a duração razoável do processo, não nos parece que os erros de avaliação sejam escusáveis nos casos em que o julgamento é precipitado.

No momento de valorar o depoimento de uma testemunha, pode haver a tendência, voluntária ou não, de subvalorar o conhecimento produzido por determinados grupos sociais (como negros, homossexuais e mulheres), fazendo com que o seu relato seja considerado menos importante (ou, sem tanta credibilidade) e, assim, não lhe seja conferido o peso probatório que mereceria, o que se denomina “injustiça epistêmica testemunhal”¹⁶¹ – o preconceito do ouvinte faz com que a credibilidade das afirmações do falante seja questionada.

Todos esses vieses e preconceitos devem ser deixados de lado na medida em que se baseiam no senso comum, e não no conjunto probatório disponível – “o juiz não pode fundar sua decisão em fatos simplesmente invocando fatores de que não tem condições de falar porque pertencem à sua impenetrável subjetividade”¹⁶².

Christine Jolls e Cass Sunstein, por sua vez, abordam frequentemente a heurística, atalhos mentais que podem levar a conclusões precipitadas e equivocadas, a partir de induções intuitivas. Em “*The Law of Implicit Bias*”, o exemplo de como funciona esse sistema automático de prejulgamentos é o seguinte: suponha que Linda, durante o Ensino Médio, tenha sido uma aluna engajada em assuntos de discriminação e justiça social. Logo, a maioria das pessoas conclui que seria mais provável em termos estatísticos que ela fosse uma “caixa de banco feminista” do que uma “caixa de banco”. O equívoco se encontra no fato de que, por

¹⁶¹ FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice**: Power and the Ethics of Knowing. New York: Oxford University Press, 2007. p. 30.

¹⁶² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 277.

evidente, quanto mais características pessoais incluirmos, menor será a probabilidade de que aquele seja o perfil atual de Linda. Em outras palavras, é estatisticamente mais provável que ela seja apenas uma “caixa de banco”¹⁶³.

A tradução literal da palavra “bias”, para o português, é “viés”, que deve ser entendido “como a representação de uma tendência ou propensão desvirtuada ou mesmo preconceituosa de observar ou de agir”¹⁶⁴.

Mas em que esses vieses influenciam no objeto de estudo do presente trabalho, ou seja, as provas testemunhal e pericial? Ora, não apenas a testemunha em si pode estar contaminada por esses vieses como o perito, quando da elaboração do laudo, ou o próprio julgador, no momento da valoração probatória ou na colheita do depoimento. Aprender como funcionam os dois sistemas do cérebro humano pode auxiliar o racional a minimizar os efeitos de nossa intuição, muitas vezes influenciada por esses vieses.

Dentro desta temática, no momento da valoração da prova, a maioria dos ordenamentos prevê a possibilidade da utilização de “máximas de experiência”, traduzidas como generalizações social e universalmente aceitas, um acervo de saber privado que todos nós temos, em maior ou menor grau.

As máximas de experiência são produtos da sociedade na qual estamos inseridos, sendo o Direito um “subsistema” abrangido por um conjunto mais amplo, a cultura¹⁶⁵. Direito e cultura influenciam-se dialeticamente, sendo aquele produto da sociedade em que se insere: expoente de tal afirmação é o processo adversarial norte-americano e seu caráter extremamente competitivo¹⁶⁶, calcado em uma despudorada disputa entre advogados em polos opostos com o intuito precípua de vencer.

Todos os seres humanos se inserem, assim, em uma realidade cultural, de maneira que qualquer pessoa que realize um trabalho intelectual (inclusive uma petição inicial ou uma decisão) acessa seu acervo intuitivo (senso comum) no momento de sua elaboração, o chamado *stock of knowledge*¹⁶⁷, também conhecido por regras de experiência. Por evidente que, por ser produto de um determinado contexto histórico-cultural, este acervo não é estático, variando ao longo do tempo

¹⁶³ JOLLS, *op. cit.*, p. 974.

¹⁶⁴ FERRARO, Felipe Waquil. **A prova testemunhal...** *op. cit.*, p. 64.

¹⁶⁵ FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. **Rivista di Diritto Civile**, p. 1-17, 1988.

¹⁶⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 128.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 78.

na medida em que a opinião pública sobre determinado assunto se torna hegemônica.

Ao contrário das presunções legais, tanto relativas quanto absolutas, já mencionadas neste trabalho, é possível que o magistrado invoque como fundamento da decisão algumas presunções judiciais, que têm função processual sem que se configurem como meios de prova¹⁶⁸.

Dentre as modalidades de saber privado do juiz, temos os fatos notórios. A melhor forma de conceituá-los é mediante um exemplo: em comarcas menores é usual que se saiba exatamente onde fica a casa do prefeito, o que poderia ser utilizado como argumento decisório ainda que não haja prova em tal sentido. Diferentemente, as regras de experiência são extraídas não dos fatos, mas da vivência diária, conforme o seguinte exemplo: “sem haver-se observado cada precipitação de chuva individualmente, pode-se garantir que chove menos na Região Nordeste do Brasil do que na Região Norte”¹⁶⁹. O julgador epistemicamente comprometido deve permanecer alerta para que a decisão não se afaste, por meio da utilização de excessivas regras de experiência, de sua necessária racionalidade, vez que é indesejável que esteja alicerçada em uma predominância de critérios subjetivos, enquanto estados mentais do julgador¹⁷⁰.

Até porque, não raro, este saber privado pertencente à esfera íntima do juiz também vem acompanhado de preconceitos e vieses, conforme bem pontua Michele Taruffo:

O senso comum é cheio de preconceitos sexuais, raciais, religiosos, étnicos e até mesmo profissionais, que – segundo Schauer – são convicções não justificadas sobre as pessoas; fundam-se, geralmente, em generalizações estatísticas, carentes de fundamento. Esses podem incidir acentadamente na construção das narrativas, sendo especialmente perigosos sobretudo porque podem ser eficazes no sentido de tornar as narrativas particularmente coerentes e confiáveis para aqueles que compartilham dos mesmos preconceitos. Desse modo, os fatos podem ser substancialmente distorcidos e manipulados, mas a narrativa pode parecer muito persuasiva a um público igualmente *biased*.¹⁷¹

Esses preconceitos geram inclusive a criação de falsas memórias, que abordamos no tópico anterior. As generalizações estatísticas também acabam por

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório... *op. cit.*

¹⁶⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. **Revista Forense**, v. 100, n. 376, p. 3-10, nov./dez. 2004. p. 6.

¹⁷⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba sin convicción**... *op. cit.*, p. 35.

¹⁷¹ TARUFFO, Michele. **A prova**... *op. cit.*, p. 236 (grifo no original).

influenciar de forma negativa não apenas um eventual depoimento testemunhal como também a sua valoração – alguém que já tenha sofrido um assalto em determinado bairro da cidade, certamente o identificará como mais perigoso, embora nem sempre o dado estatístico seja correspondente a essa impressão.

Até mesmo características pessoais do interlocutor, como o otimismo ou o pessimismo em excesso, levarão igualmente não apenas a uma vivência distinta da mesma situação, mas, sobretudo a um relato divergente sobre o mesmo fato.

Ter consciência sobre o funcionamento de nosso instinto, nem sempre racional e repleto de vieses involuntários (ou, ao menos, que deveriam ser involuntários, tendo em vista que mesmo pessoas que apoiam políticas antidiscriminatórias estão sujeitas a preconceções formadas ao longo de nossa experiência), é o primeiro passo para que possamos minimizar sua influência em nossos julgamentos.

Christine Jolls e Cass Sunstein fornecem outras estratégias para que possamos caminhar rumo a uma sociedade livre de preconceitos. Há formas diretas, como a instituição de políticas afirmativas, de representatividade e de leis antidiscriminação, que agem no preconceito explícito, mas, de forma indireta, atuam igualmente para diminuir os vieses implícitos¹⁷². Como sugestões de estratégias indiretas de *debiasing*, utilizadas para minimizar os riscos do preconceito inconsciente, temos a adoção, no âmbito de empresas ou na seleção de candidatos em instituições de ensino, por exemplo, de processos decisórios estruturados de modo a não permitir que a cor da pele, orientação sexual, gênero, deficiência física ou aparência em geral de uma pessoa influencie em sua contratação.

Enquanto isso não ocorre, nos resta fazer um exercício individual para que esses vieses não contaminem nossas avaliações profissionais. Diante de tais desafios, passaremos a abordar as ferramentas processuais, nacionais e alienígenas, disponíveis para que se obtenham provas mais fiéis à realidade fática, minimizando o impacto causado por falhas mnemônicas, condução de depoimentos, vieses cognitivos e outras influências externas que possam reduzir o peso epistêmico da prova, seja ela testemunhal ou pericial.

¹⁷² JOLLS, *op. cit.*, p. 980-985.

5. ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO DAS REGRAS DE EXCLUSÃO (EXCLUSIONARY RULES) SOB UMA PERSPECTIVA EPISTÊMICA

O presente capítulo tratará de aspectos epistêmicos da prova, especialmente testemunhal e pericial, com o intuito de colher elementos que possam ser aplicados à nossa realidade, a fim de aprimorar o estudo dos fatos e, por via de consequência, de sua valoração. Embora vise uma análise precipuamente de processo civil, também abordará, por vezes, precedentes e leis aplicáveis especificamente ao processo penal, já que ambos estão impregnados de objetivos epistêmicos. Apesar de abordarmos regras processuais de diversos países, entre os quais Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, União Europeia (tanto o bloco como individualmente, de alguns membros selecionados) e Brasil, o foco principal será a análise das regras de exclusão estadunidenses, a maioria delas com finalidades epistêmicas e sobre as quais sobejam estudos com elevado rigor técnico-metodológico há longa data.

As regras de Direito probatório nos Estados Unidos devem ser entendidas, por um operador do Direito que não seja nativo do *common law*, a partir de dois traços marcantes: as provas são introduzidas em um sistema adversarial, com cada testemunha sendo obrigatoriamente submetida ao exame cruzado (*cross-examination*) do advogado da outra parte, além de ter um caráter fortemente exclusionário, contendo diversas regras quanto à admissibilidade das provas¹⁷³, o que ocorre sobretudo porque o julgamento dos fatos se dá por um corpo de jurados não técnico em vereditos não motivados (ao contrário do que ocorre, por exemplo, no Brasil, onde o exame das provas é feito por um juiz togado em decisões necessariamente motivadas).

Se no Brasil os critérios para objeção quanto ao teor do depoimento das testemunhas são vagos, nos países do *common law*, há leis que tratam do assunto em detalhes.

As objeções às perguntas direcionadas às testemunhas nada mais são que um conjunto de regras de exclusão, que podem se dividir entre restrições de cunho político (como a impossibilidade de utilização de informações privilegiadas protegidas pelo sigilo profissional, a busca pela celeridade e a vedação à utilização

¹⁷³ HAACK, Susan. **Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito...** *op. cit.*, p. 14.

de provas obtidas por meios ilícitos, a título exemplificativo) ou de cunho epistêmico. As últimas buscam evitar inferências inadequadas, ou seja, que o intérprete, seja aqui um júri ou um magistrado, confira-lhes peso *probandi* desproporcional à sua real capacidade de demonstração de um enunciado – este fato se deve, sobretudo, em razão do veredito, nos Estados Unidos, ser proferido por um júri, composto por pessoas leigas, mesmo nos casos cíveis:

[...] quando a razão principal de se ter regras é a proteção contra o erro do decisor, há razões óbvias para não confiar no decisor para decidir se ele cometeu um erro, e, desse modo, igualmente óbvias razões para tratar as regras probatórias, incluindo regras excludentes, como tendo considerável, ainda que não absoluta, força para orientar as decisões.¹⁷⁴

Parte-se do pressuposto de que o jurado não teria discernimento suficiente para valorar corretamente uma prova com grande potencial de induzi-lo em erro. O júri teve origem na necessidade de se proteger os cidadãos de um julgamento arbitrário pelo Estado, já que o veredito é entregue pelos semelhantes do réu, enquanto representantes do povo¹⁷⁵, de maneira que “o sistema do *Common Law* desenvolveu uma série de regras destinadas a impedir que os jurados, porque leigos e sem o domínio da técnica, lancem mão de inferências indevidas”¹⁷⁶. Michele Taruffo se aprofunda nos motivos que levaram à criação das regras de exclusão, acrescentando que a ausência de motivação do veredito também foi preponderante:

[...] na tentativa de proteger os jurados contra os riscos de erro na valoração das provas, a *law of evidence* estadunidense acaba por prever a exclusão de muitas provas que seriam relevantes para a apuração dos fatos. Desse modo, o júri torna-se a causa de importantes limitações na produção das provas; acaba por formular suas decisões com base em um material probatório limitado, do qual são excluídas informações que poderiam ser determinantes para a apuração da verdade. A segunda razão é que a decisão do júri forma-se em uma espécie de *black box* em que acontecem coisas e se fazem escolhas que ninguém conhece, pela razão fundamental de que o veredito do júri nunca é motivado.¹⁷⁷

Embora não haja demonstração empírica da inferência segundo a qual um júri seria menos capaz do que um juiz togado de valorar corretamente as provas de

¹⁷⁴ SCHAUER, Frederick. Em defesa do direito probatório fundado em regras – e da epistemologia também. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 319-335, jul./dez. 2016. Tradução de Lucas Miotto. p. 327.

¹⁷⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...**, *op. cit.*, p. 214.

¹⁷⁶ FERRARO, Felipe Waquil. **A prova testemunhal...** *op. cit.*, p. 84.

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 215 (grifos no original).

modo a acolher ou afastar os enunciados fáticos que sustentam uma causa, há um inegável caráter epistêmico na existência de tais regras, já que “se amparam no pensamento que a inclusão e a exclusão de provas em linha com essas regras aumentarão a frequência com que a verdade é obtida”¹⁷⁸.

A impossibilidade de se formular uma avaliação racional sobre o caminho percorrido pelos jurados na valoração de cada prova faz com que não faltem críticas à decisão do júri, em um caráter quase ordálico, em que o “a voz do povo tomou o lugar da voz de Deus”¹⁷⁹.

Embora o seu objetivo principal seja o de preservar os jurados de valorar os fatos incorretamente, conferindo peso exacerbado a uma prova que tende a ter um valor epistêmico inferior (regras primárias), existem também regras secundárias, que “levam em consideração os atalhos epistêmicos dos magistrados, como em casos de ausência de conhecimento em assuntos técnico-científicos”¹⁸⁰, quando incorrem ao auxílio de um especialista para auxiliar a navegação em assuntos alheios à rotina do magistrado.

No Canadá, para que uma prova seja admitida em um julgamento, ela deve ser admissível, tanto por sua relevância quanto por não ser atingida por nenhuma regra de exclusão, e, em paralelo, o julgador não deve exercer o seu poder discricionário de excluí-la caso o seu efeito prejudicial seja superior ao seu valor probatório¹⁸¹.

Nos Estados Unidos, temos as *Federal Rules of Evidence*, que preveem parâmetros muito específicos de (in)admissibilidade das provas. Seu artigo I, subdividido entre as regras 101 e 106, trata das provisões gerais aplicáveis às cortes americanas, tendo como propósito que o procedimento seja conduzido de forma justa, e “elimine despesas e atrasos injustificáveis” (*Rule 102*¹⁸²), de modo a obter a verdade e a justiça na determinação dos fatos. Embora haja críticos do sistema

¹⁷⁸ ALLEN, *op. cit.*, p. 1501 (tradução nossa). No original: “Competency of witnesses, authentication of evidence, relevancy, expert testimony, and hearsay (including the exceptions) all rest on the thought that inclusion and exclusion of evidence in line with these rules will increase the frequency with which truth is ascertained.”.

¹⁷⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 218.

¹⁸⁰ ALLEN, *op. cit.*, p. 1502 (tradução nossa). No original: “Secondary epistemic rules take into account the epistemic shortcomings of judges, such as their general lack of expertise in scientific matters.”.

¹⁸¹ JOSEY, Alanah. Jeremy Bentham and Canadian Evidence Law: The Utilitarian Perspective on Mistrial Applications. **Manitoba Law Journal**, v. 42, n. 4, p. 291-313, 2019. p. 293.

¹⁸² Rule 102. These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.

adversarial, para quem o processo civil norte-americano seria quase equiparado a um jogo altamente competitivo no qual o único objetivo seria a vitória, ao menos a partir de uma interpretação teleológica fica claro o objetivo epistêmico das regras – não por acaso a previsão de que sua função é obter a “verdade e a justiça” está discriminada em um de seus primeiros dispositivos.

Dando continuidade à análise das normas de caráter geral, qualquer pretensão de nulidade posterior poderá ser arguida contanto que um direito da parte seja diretamente afetado e, caso a prova seja admitida, que o questionamento tenha sido tempestivo e fundamentado, ou, em caso de exclusão probatória, a parte informe acerca da relevância de seu conteúdo (*Rule 103*)¹⁸³. A marcante oralidade do processo torna imprescindível o conhecimento detalhado das regras de exclusão, vez que há preclusão das nulidades não arguidas na primeira oportunidade.

Ainda de forma preliminar, aplicável a todas as modalidades probatórias e como regra geral de admissibilidade, o artigo IV das FRE prevê que serão relevantes as provas que demonstrem simultaneamente que o enunciado fático alegado é mais ou menos provável, e que é determinante para o julgamento do mérito (*Rule 401*)¹⁸⁴. Constatada a relevância, há uma regra geral de admissibilidade a menos que excepcionada pela Constituição, lei federal, as FRE ou pela Suprema Corte (*Rule 402*)¹⁸⁵. A prova poderá, igualmente, ser considerada inadmissível caso o seu valor

¹⁸³ Rule 103. (a) Preserving a Claim of Error. A party may claim error in a ruling to admit or exclude evidence only if the error affects a substantial right of the party and:

(1) if the ruling admits evidence, a party, on the record:

(A) timely objects or moves to strike; and

(B) states the specific ground, unless it was apparent from the context; or

(2) if the ruling excludes evidence, a party informs the court of its substance by an offer of proof, unless the substance was apparent from the context.

(b) Not Needing to Renew an Objection or Offer of Proof. Once the court rules definitively on the record — either before or at trial — a party need not renew an objection or offer of proof to preserve a claim of error for appeal.

(c) Court’s Statement About the Ruling; Directing an Offer of Proof. The court may make any statement about the character or form of the evidence, the objection made, and the ruling. The court may direct that an offer of proof be made in question-and-answer form.

(d) Preventing the Jury from Hearing Inadmissible Evidence. To the extent practicable, the court must conduct a jury trial so that inadmissible evidence is not suggested to the jury by any means.

(e) Taking Notice of Plain Error. A court may take notice of a plain error affecting a substantial right, even if the claim of error was not properly preserved.

¹⁸⁴ Rule 401. Evidence is relevant if:

(a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and

(b) the fact is of consequence in determining the action.

¹⁸⁵ Rule 402. Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise:

- the United States Constitution;
- a federal statute;
- these rules; or

probatório seja “substancialmente” superado pela possibilidade de resultar em desperdício de recursos, tempo, caso induza em erro o júri e leve a confusão das questões fáticas, injustiças ou ainda se for redundante, dizendo respeito a um fato já provado (*Rule 403*)¹⁸⁶.

Neste último caso, a discricionariedade do juiz é preponderante e envolve um elevado grau de subjetividade, afinal, aos seus olhos, um fato pode parecer suficientemente demonstrado por uma prova específica, sendo, assim, desnecessário produzir provas adicionais no mesmo sentido, mas o júri pode ter uma opinião diferente e considerar o fato insuficientemente demonstrado. O caráter epistêmico da norma não seria tão prejudicado se o instrutor e o destinatário das provas fossem os mesmos, como ocorre no Brasil, haja vista que ao decidir que um fato está provado, fatalmente será considerado como tal no momento da valoração das provas e não implicará em prejuízos ao contraditório e à ampla defesa.

Parte da doutrina tece críticas a este trecho da *Rule 403* que veda a cumulatividade de provas, com base em seu caráter nitidamente contraepistêmico, uma vez que a “corroboração é uma ferramenta fundamental de persuasão”¹⁸⁷, isso porque “exige que o juiz avalie provas previamente admitidas e determine se a soma dessas provas já forneceu suporte epistêmico suficiente para justificar a crença de cada jurado na proposição sobre a qual a nova prova é oferecida”¹⁸⁸.

Não há como se negar que a convicção íntima de cada um possui graus distintos de confirmação dos enunciados. Então, especialmente em um sistema no qual um técnico preside o julgamento e um corpo de jurados leigo valora as provas produzidas e emite o veredito, não há sentido no fato de que o primeiro pré-valore se as provas anteriores produzidas são suficientes para demonstrar um enunciado, até porque não sabe, de antemão, o que se passa na convicção de quem avaliará as provas – sequer *a posteriori* será possível formar um juízo de valor acerca da demonstração ou não do enunciado, haja vista que as decisões do júri são

• other rules prescribed by the Supreme Court.

Irrelevant evidence is not admissible.

¹⁸⁶ Rule 403. The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence.

¹⁸⁷ KOOKER, *op. cit.*, p. 1759 (tradução nossa). No original: “Corroboration is a fundamental tool of persuasion”.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 1769 (tradução nossa). No original: “Rather, it calls for the judge to evaluate previously admitted evidence and determine whether the sum of that evidence has already provided enough epistemic support to justify each juror’s belief in the proposition for which the new evidence is offered.”.

imotivadas. Os prejuízos ao jurisdicionado e à verdade são evidentes e irremediáveis em caso de exclusão de uma prova que poderia corroborar um enunciado que foi posteriormente valorado como não provado pelo júri. Em todo o caso, caberá ao arbítrio do julgador a admissão de provas adicionais, ainda que redundantes, o que guarda íntima relação com o *standard* probatório aplicável ao caso.

Dando continuidade às regras mais gerais aplicáveis ao processo norte-americano, quanto à capacidade (*competency*) das testemunhas, de forma genérica, as FRE preveem que “toda pessoa é capaz de ser uma testemunha, a menos que as presentes regras afirmem o contrário” (*Rule 601*)¹⁸⁹, não fazendo qualquer distinção quanto à idade¹⁹⁰, e que o depoimento da testemunha deve se referir ao seu conhecimento pessoal dos fatos (*Rule 602*)¹⁹¹.

De caráter mais amplo, e aplicáveis também à fase preliminar ao julgamento (*pre-trial*), temos as *Federal Rules of Civil Procedure*, que preveem, sobretudo normas de caráter procedimental, como com relação ao momento das impugnações, forma de gravação da audiência de instrução e julgamento, modo de seleção dos jurados, prazo para disponibilização das declarações das testemunhas, e assim por diante. Contudo, como tais normas, na maior parte dos casos, limitam-se a padronizar e organizar o procedimento, não impactando diretamente nos fatores epistêmicos de colheita da prova, não farão parte do objeto de estudo do presente trabalho.

Embora nosso primeiro ímpeto, justificável em razão da formação sob a égide de um sistema de *civil law*, seja o de equiparar as *Federal Rules of Civil Procedure* com o nosso Código de Processo Civil, Felipe Waquil Ferraro chama atenção ao fato de que sequer podem ser consideradas como lei, “no sentido de norma jurídica emanada do Poder Legislativo de um país”, mas sim de “um conjunto de normas (*rules*) emitido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, através de uma

¹⁸⁹ Rule 601. Every person is competent to be a witness unless these rules provide otherwise. But in a civil case, state law governs the witness’s competency regarding a claim or defense for which state law supplies the rule of decision.

¹⁹⁰ No Brasil, por força do art. 447, § 1º, III, do CPC, as pessoas menores de 16 (dezesesseis) anos não podem, em tese, funcionar como testemunhas.

¹⁹¹ Rule 602. A witness may testify to a matter only if evidence is introduced sufficient to support a finding that the witness has personal knowledge of the matter. Evidence to prove personal knowledge may consist of the witness’s own testimony. This rule does not apply to a witness’s expert testimony under Rule 703.

delegação do Poder Legislativo americano”¹⁹². No entanto, é certo que as leis delegadas dos EUA possuem o mesmo caráter normativo que a lei federal brasileira, sendo, portanto, equiparadas para fins do presente estudo.

Delineados os aspectos gerais, a partir de agora passaremos a abordar individualmente, em caráter não exaustivo, dada a sua complexidade e extensão, as regras de exclusão do *common law* – sobretudo dos Estados Unidos –, comparando-as, quando pertinente e sempre de forma crítica e não deferencial, com o regramento de outros países, a fim de compreender qual das posturas possui maiores méritos epistêmicos.

5.1. TESTEMUNHOS SOBRE O CARÁTER/PERSONALIDADE DE UMA PESSOA

A primeira regra de exclusão explorada no presente trabalho abrange a impossibilidade, tanto no Direito inglês quanto no estadunidense, de utilização de provas que atestem sobre o caráter ou a personalidade do réu. Embora se trate de regra aplicada preponderantemente no processo penal, como corolário da presunção de inocência, trata-se de exclusão que visa a impedir que condutas anteriores influenciem na avaliação dos fatos *sub judice*, evitando-se a inferência de que o réu é culpado “por ter agido de uma particular maneira no passado”¹⁹³.

Tal regra de exclusão possui relação direta com os vieses cognitivos de que padecem os seres humanos, estudados em capítulo anterior – a ciência de uma condenação criminal prévia do réu poderia levar a um viés de confirmação por parte do juízo dos fatos que prejudica a racionalidade do processo, em razão da adoção de uma postura de busca ativa por respaldo probatório para uma convicção já formada interna e inconscientemente.

Richard Posner avalia que, de fato, a conduta anterior pode apontar indícios de comportamento em outra situação semelhante, mas que o seu “valor probatório é apenas fraco, porque ofensores habituais são punidos com mais rigor do que réus primários”¹⁹⁴. A preocupação, portanto, também possui caráter epistêmico, haja vista

¹⁹² FERRARO, Felipe Waquil. **A prova testemunhal...** *op. cit.*, p. 80.

¹⁹³ GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. *Law of evidence e common law: o sistema de provas e o sigilo no Direito inglês*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, p. 723-746, jan./dez. 2011/2012. p. 731.

¹⁹⁴ POSNER, Richard A. An Economic Approach to the Law of Evidence. **Stanford Law Review**, v. 51, p. 1477-1546, Jul. 1999. p. 1525 (tradução nossa). No original: “It is only weakly probative, because repeat offenders are punished more heavily than first-time offenders”.

que busca preservar o júri de conferir um valor probatório exacerbado, ou que condene o réu sem suporte probatório suficiente, sobretudo em casos no qual o *standard* aplicável seja “além da dúvida razoável”.

Apesar de sua aplicação ser mais tangível em casos criminais, a fim de evitar a avaliação sem qualquer respaldo probatório que um réu que já tenha cometido um assassinato seria mais propenso a, de fato, ter cometido também aquele do qual é acusado em um processo judicial, também pode ser utilizada em casos cíveis. Para facilitar a tangibilização de sua aplicabilidade prática, em um caso hipotético de ação indenizatória por culpa em acidente de trânsito, é inadmissível que o réu arrole testemunhas que relatem sobre a sua conduta habitualmente diligente enquanto motorista, no intuito de tentar demonstrar a inexistência de conduta negligente, imprudente ou imperita.

É o que se extrai da *Rule 404* das FRE¹⁹⁵, segundo a qual uma prova acerca de um traço da personalidade de uma pessoa não pode ser utilizada para demonstrar que, no caso específico, a pessoa agiu em conformidade ao que lhe era esperado. A segunda parte proíbe (b), também, a utilização dos antecedentes para demonstrar, no caso *sub judice*, que a conduta do réu foi semelhante à anterior. As

¹⁹⁵ Rule 404. (a) Character Evidence.

(1) Prohibited Uses. Evidence of a person’s character or character trait is not admissible to prove that on a particular occasion the person acted in accordance with the character or trait.

(2) Exceptions for a Defendant or Victim in a Criminal Case. The following exceptions apply in a criminal case:

(A) a defendant may offer evidence of the defendant’s pertinent trait, and if the evidence is admitted, the prosecutor may offer evidence to rebut it;

(B) subject to the limitations in Rule 412, a defendant may offer evidence of an alleged victim’s pertinent trait, and if the evidence is admitted, the prosecutor may:

(i) offer evidence to rebut it; and

(ii) offer evidence of the defendant’s same trait; and

(C) in a homicide case, the prosecutor may offer evidence of the alleged victim’s trait of peacefulness to rebut evidence that the victim was the first aggressor.

(3) Exceptions for a Witness. Evidence of a witness’s character may be admitted under Rules 607, 608, and 609.

(b) Other Crimes, Wrongs, or Acts.

(1) Prohibited Uses. Evidence of any other crime, wrong, or act is not admissible to prove a person’s character in order to show that on a particular occasion the person acted in accordance with the character.

(2) Permitted Uses. This evidence may be admissible for another purpose, such as proving motive, opportunity, intent, preparation, plan, knowledge, identity, absence of mistake, or lack of accident.

(3) Notice in a Criminal Case. In a criminal case, the prosecutor must:

(A) provide reasonable notice of any such evidence that the prosecutor intends to offer at trial, so that the defendant has a fair opportunity to meet it;

(B) articulate in the notice the permitted purpose for which the prosecutor intends to offer the evidence and the reasoning that supports the purpose; and

(C) do so in writing before trial—or in any form during trial if the court, for good cause, excuses lack of pretrial notice.

exceções são previstas logo em seguida e aplicam-se, sobretudo a casos criminais. Nessas hipóteses, as exceções previstas na *Rule 404* praticamente eclipsam a regra geral de inadmissibilidade, haja vista que possibilitam que a conduta anterior seja apresentada como prova da personalidade de uma vítima ou réu, contanto que se ofereça à parte contrária a possibilidade de rebatê-la. Quanto ao seu caráter epistêmico, “enquanto pode parecer que devemos perguntar se a exclusão da prova sobre o caráter maximiza valores epistêmicos, a pergunta real é se sua admissão o faz”¹⁹⁶. Em outras palavras, a admissão de tal prova é completamente ineficaz do ponto de vista epistêmico, não havendo motivos justificáveis para existência das exceções.

A exemplo do que ocorre com a *hearsay rule*, há diversas outras exceções à inadmissibilidade dos testemunhos de caráter. A *Rule 608* das *Federal Rules of Evidence*¹⁹⁷ permite que sejam utilizados outros relatos para questionar a credibilidade de uma testemunha, especialmente com relação à sua propensão para dizer a verdade ou a mentira. Outra exceção está presente na regra seguinte, a *609*¹⁹⁸, que prevê a possibilidade de utilização, tanto em casos cíveis ou criminais,

¹⁹⁶ ALLEN, *op. cit.*, p. 1537 (tradução nossa). No original: “Thus, while it might seem that we should ask whether excluding character evidence maximizes veritistic value, the real question is whether admitting it does.”

¹⁹⁷ Rule 608. (a) Reputation or Opinion Evidence. A witness’s credibility may be attacked or supported by testimony about the witness’s reputation for having a character for truthfulness or untruthfulness, or by testimony in the form of an opinion about that character. But evidence of truthful character is admissible only after the witness’s character for truthfulness has been attacked.

(b) Specific Instances of Conduct. Except for a criminal conviction under Rule 609, extrinsic evidence is not admissible to prove specific instances of a witness’s conduct in order to attack or support the witness’s character for truthfulness. But the court may, on cross-examination, allow them to be inquired into if they are probative of the character for truthfulness or untruthfulness of:

(1) the witness; or

(2) another witness whose character the witness being cross-examined has testified about.

By testifying on another matter, a witness does not waive any privilege against self-incrimination for testimony that relates only to the witness’s character for truthfulness.

¹⁹⁸ Rule 609. (a) In General. The following rules apply to attacking a witness’s character for truthfulness by evidence of a criminal conviction:

(1) for a crime that, in the convicting jurisdiction, was punishable by death or by imprisonment for more than one year, the evidence:

(A) must be admitted, subject to Rule 403, in a civil case or in a criminal case in which the witness is not a defendant; and

(B) must be admitted in a criminal case in which the witness is a defendant, if the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect to that defendant; and

(2) for any crime regardless of the punishment, the evidence must be admitted if the court can readily determine that establishing the elements of the crime required proving — or the witness’s admitting — a dishonest act or false statement.

(b) Limit on Using the Evidence After 10 Years. This subdivision (b) applies if more than 10 years have passed since the witness’s conviction or release from confinement for it, whichever is later. Evidence of the conviction is admissible only if:

de uma condenação criminal de fraude ou obtenção de vantagem ilícita mediante o prejuízo alheio¹⁹⁹ que tenha ocorrido nos 10 anos anteriores para questionar a credibilidade da testemunha.

5.2. EXCLUSÃO DAS PROVAS QUE INCLUAM MEDIDAS PARA PREVENIR DANOS SUBSEQUENTES OU O CUSTEIO DE DESPESAS MÉDICAS DA VÍTIMA

A regra de exclusão 407 das FRE²⁰⁰ está entre o rol daquelas que promovem, *a priori*, valores não epistêmicos, mas igualmente relevantes, haja vista que prevê que “quando medidas são tomadas que poderiam ter feito um dano ou prejuízo anterior menos provável de ocorrer, as medidas subsequentes não são admissíveis para provar negligência; conduta culposa; vício de produto ou design; ou a necessidade de aviso ou instrução”. Em termos práticos, significa, por exemplo, que caso um acidente tenha sido provocado por uma falha em série no freio de um determinado modelo de automóvel, e a montadora posteriormente convoque todos os proprietários para um *recall*, esta conduta não poderá ser utilizada como prova de culpa pela ocorrência do acidente.

(1) its probative value, supported by specific facts and circumstances, substantially outweighs its prejudicial effect; and

(2) the proponent gives an adverse party reasonable written notice of the intent to use it so that the party has a fair opportunity to contest its use.

(c) Effect of a Pardon, Annulment, or Certificate of Rehabilitation. Evidence of a conviction is not admissible if:

(1) the conviction has been the subject of a pardon, annulment, certificate of rehabilitation, or other equivalent procedure based on a finding that the person has been rehabilitated, and the person has not been convicted of a later crime punishable by death or by imprisonment for more than one year; or

(2) the conviction has been the subject of a pardon, annulment, or other equivalent procedure based on a finding of innocence.

(d) Juvenile Adjudications. Evidence of a juvenile adjudication is admissible under this rule only if:

(1) it is offered in a criminal case;

(2) the adjudication was of a witness other than the defendant;

(3) an adult’s conviction for that offense would be admissible to attack the adult’s credibility; and

(4) admitting the evidence is necessary to fairly determine guilt or innocence.

(e) Pendency of an Appeal. A conviction that satisfies this rule is admissible even if an appeal is pending. Evidence of the pendency is also admissible.

¹⁹⁹ O termo original é “*deceit*”, que significa literalmente “engano” – assim, parece-nos mais adequado equiparar ao crime de estelionato.

²⁰⁰ Rule 407. When measures are taken that would have made an earlier injury or harm less likely to occur, evidence of the subsequent measures is not admissible to prove:

- negligence;
- culpable conduct;
- a defect in a product or its design; or
- a need for a warning or instruction.

But the court may admit this evidence for another purpose, such as impeachment or — if disputed — proving ownership, control, or the feasibility of precautionary measures.

Trata-se de traço cultural marcante dos Estados Unidos, onde o Direito é fortemente influenciado por fatores de eficiência econômica, prevalecendo o *duty to mitigate the loss*. O objetivo, aqui, é visivelmente estimular que sejam tomadas medidas preventivas, a partir da ocorrência de um ilícito civil que resulte em danos, com relação a eventos semelhantes futuros, evitando-se que o agente causador do ato ilícito seja negligente ao deixar de implementar melhorias necessárias para evitar novas ocorrências por receio de que tal fato se volte contra si em um julgamento. O prejuízo à descoberta da verdade, aqui, é evidente, afinal, se foram tomadas medidas preventivas em momento posterior à ocorrência de um ato ilícito, tal fato implica em uma assunção tácita – mas não absoluta – de culpabilidade, já que haveria outros fatores passíveis de avaliação, como a culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.

Trata-se de um exemplo formidável entre duas escolhas legislativas perfeitamente justificáveis de regras justas, mas em que não é possível escolher simultaneamente entre os valores conflitantes em jogo, especificamente o conflito entre objetivos epistêmicos e, de outro lado, a redução de acidentes²⁰¹, e, por via reflexa, também a redução da litigiosidade.

Em sentido semelhante, a *Rule 409*²⁰² exclui da apreciação do júri como prova de responsabilidade a oferta de pagamento de despesas médicas, hospitalares ou semelhantes da vítima. A política de redução de danos, em detrimento da busca pela verdade, se opera de modo idêntico ao primeiro exemplo. Caso um motorista atropela uma pessoa e resolva arcar com as despesas médicas para o tratamento da vítima, tal prova não poderá ser utilizada como fator de demonstração de sua culpabilidade.

Em ambos os casos, há, também, um motivo secundário para edição destas regras de exclusão: sob uma perspectiva de paternalismo epistêmico com relação ao júri, haveria o risco de supervalorização da conduta do réu ao implementar medidas preventivas para evitar danos semelhantes ao que se encontra em discussão; com a *ratio* aplicável ao custeio das despesas médicas da vítima. Assim,

²⁰¹ TUZET, Giovanni. **Epistemic and Practical Concerns**: When You Can't Meet Both. The Case of FRE 407. Dec. 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2887364>. Acesso em: 10 out. 2021.

²⁰² Rule 409. Evidence of furnishing, promising to pay, or offering to pay medical, hospital, or similar expenses resulting from an injury is not admissible to prove liability for the injury.

entra em ação a redação da anteriormente mencionada *Rule 403*, já que a admissão da prova aqui discutida poderia ser interpretada como injusta.

Em idêntico sentido, mesmo o juiz togado, ao ter acesso à negociação prévia de um acordo, embora não devesse, poderia ser induzido a pensar que se trataria de uma assunção de responsabilidade tácita por parte do réu, acionando os seus vieses cognitivos. Confiamos, no entanto, que tanto a política de mitigação de danos quanto a existência de tratativas preliminares de acordo não são valorados pelo magistrado togado como indicativos de culpabilidade, ainda que inconscientemente.

Apesar de ser uma norma cogente, não conferindo margem ao juiz para discricionariedade, parte da doutrina tece críticas a ela, sob o argumento de que, em alguns casos em que, de fato, há culpabilidade do agente ofensor, ele seria absolvido, gerando uma injustiça diante da inadmissibilidade como prova das medidas remediais posteriores (*ex post*) que visem remediar/minimizar as consequências do ato ilícito, além de desestimular a adoção de medidas preventivas *ex ante*. A solução defendida, assim, seria um meio termo, conferindo margem restrita de discricionariedade quanto à exclusão desta modalidade probatória²⁰³.

5.3. LAY WITNESS OPINION

A *Rule 701*²⁰⁴ (*lay witness opinion*) veda que pessoas leigas, sem conhecimento técnico, emitam opiniões sobre aspectos que dependam de conhecimentos específicos – em tais termos, há um visível caráter epistêmico, pois, do contrário, seriam admitidos em juízo “achismos” e opiniões enviesadas sem qualquer embasamento científico. A regra afirma o seguinte:

Se a testemunha não está depondo como perita, o depoimento em forma de opinião é limitado ao seguinte:

- (a) embasamento racional na percepção da testemunha;
- (b) utilidade para entender com clareza o depoimento da testemunha ou para determinar um fato em questão; e

²⁰³ TUZET, Giovanni. **Epistemic and Practical Concerns**... *op. cit.*

²⁰⁴ Rule 701. If a witness is not testifying as an expert, testimony in the form of an opinion is limited to one that is:

- (a) rationally based on the witness's perception;
- (b) helpful to clearly understanding the witness's testimony or to determining a fact in issue; and
- (c) not based on scientific, technical, or other specialized knowledge within the scope of Rule 702.

(c) não é baseado em conhecimento científico, técnico ou especializado no âmbito da Regra 702.

As restrições aplicadas às perguntas feitas às testemunhas nos países do *common law* são motivadas pelo intuito de privilegiar o contraditório e a ampla defesa. Algumas respostas, por não se basearem em percepções vivenciadas, devem ser vistas com melhor cautela, principalmente por afastarem o processo da busca pela verdade.

A doutrina entende que, especificamente neste caso, há um fundamento epistêmico para a exclusão de um depoimento pretensamente técnico fornecido por uma testemunha leiga:

[...] geralmente a testemunha ordinária (que não é especialista) não pode exprimir as suas valorações pessoais sobre os fatos que está narrando. Em termos mais genéricos, a relevância das provas é estabelecida com base na possibilidade de que essas forneçam informações relativas à veracidade ou à falsidade de um enunciado, o que implica que as provas devam ter relação com os fatos, não com valorações.²⁰⁵

A valoração dos fatos pela testemunha, a menos que se baseie em uma observação objetiva da realidade, é irrelevante: uma testemunha leiga, em um caso de infecção ocasionada por erro médico, pode relatar a partir de que momento o paciente passou a apresentar sinais de infecção (pus), mas não exprimir sua opinião sobre o nexo de causalidade entre a conduta médica e a infecção, ou então sobre o que originou a infecção. Essa seara ficará relegada, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, à prova técnica.

A relação entre a narrativa e os fatos vivenciados deve ser direta, e não inferencial – do contrário, as perguntas não serão permitidas. Contudo, tal como ocorre em outras regras de exclusão, há quem defenda que poderia ficar a critério do júri conferir o peso probatório adequado à opinião leiga que, caso suportada por outros elementos de prova, poderia funcionar como meio incidiário:

Na medida em se descobre que a declaração de uma testemunha se baseia em inferências de uma observação, ao invés de relatar a observação em si, seria preferível permitir que a testemunha reafirme as observações vivenciadas e deixar que o júri, tendo ouvido todas as demais testemunhas do caso, forme a sua própria opinião quanto à exatidão da inferência.²⁰⁶

²⁰⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 77.

²⁰⁶ JAMES, George F. The Contribution of Wigmore to the Law of Evidence. **The University of Chicago Law Review**, v. 8, p. 78-87, 1940. p. 86 (tradução nossa). No original: "To the extent that the

Tal ponderação parte do pressuposto de que o jurado, ainda que leigo, teria capacidade de discernir o valor epistêmico inferior da opinião de alguém sem qualquer respaldo científico.

Entretanto, vale fazer a ressalva que o perito, nos países do *common law*, é ouvido no *trial* como as demais testemunhas, apresentando-se como “exceção à regra geral de acordo com a qual uma testemunha não pode expressar sua opinião pessoal acerca dos fatos”²⁰⁷.

5.4. ESPECULAÇÕES

É certo que há objeções, nos Estados Unidos, não apenas ao depoimento indireto, mas também a especulações. A já mencionada *Rule 602* das FRE²⁰⁸ impede que as testemunhas forneçam relatos que transcendam o seu conhecimento pessoal sobre os fatos, o que poderá ser demonstrado por meio de seu próprio depoimento (no momento do *cross-examination*).

Por exemplo: quando uma testemunha não ocular de um acidente de trânsito, que chegou ao local quinze minutos após o sinistro, for prestar depoimento, deve limitar o seu relato a aspectos de seu conhecimento, como as condições climáticas, do asfalto, estado aparente de saúde (ou embriaguez) dos envolvidos e vestígios do impacto. Não é possível, entretanto, que a testemunha relate como ela acha que se deu o acidente, o que ocorreu no momento da colisão, sobre a velocidade dos veículos no momento do impacto, além de fazer qualquer juízo de valor acerca da culpabilidade, vez que não estaria depondo sobre fatos, mas apenas especulando sobre a dinâmica do acidente, o que não seria admitido.

Tal regra de exclusão é elementar, de fácil compreensão e possui, igualmente, caráter epistêmico, pois pretende excluir da apreciação do júri uma

witness' statement is found to rest upon inference from observation, rather than to recount the observation itself, it would seem preferable to require that the witness recount his actual observations and let the jury, with the advantage of having heard all other testimony in the case, form its own opinion as to the accuracy of the inference.”

²⁰⁷ TARUFFO, Michele. **A prova...** *op. cit.*, p. 89.

²⁰⁸ Rule 602. A witness may testify to a matter only if evidence is introduced sufficient to support a finding that the witness has personal knowledge of the matter. Evidence to prove personal knowledge may consist of the witness's own testimony. This rule does not apply to a witness's expert testimony under Rule 703.

prova que naturalmente possuiria baixo teor de fiabilidade, levando a riscos de sobreavaliação.

5.5. HEARSAY – A EXCLUSÃO DOS “BOATOS” OU DEPOIMENTOS INDIRETOS

Certamente a regra de exclusão mais emblemática nos países de *common law* é a *hearsay*, que exclui da apreciação do júri boatos ou depoimentos indiretos. Embora a regra possa parecer, à primeira vista, singela, possui incontáveis exceções que dificultam a sua plena compreensão e, como veremos, na prática, tornam praticamente qualquer depoimento referencial admissível caso o advogado que pretenda incluí-lo possua pleno domínio da norma. Por este motivo, cabe uma análise mais aprofundada de suas origens, objetivos e de sua evolução recente em ordenamentos que a adotam.

O histórico da vedação ao depoimento por ouvir dizer remonta à Inglaterra do século XVI – naquela época, embora a regra ainda não estivesse completamente desenvolvida, a doutrina pregava que o *hearsay testimony* apenas poderia ser considerado admissível se fosse utilizado para corroborar outro depoimento²⁰⁹.

No país europeu onde surgiu, o *Civil Evidence Act* de 1995²¹⁰, passou a admitir o depoimento por ouvir dizer no processo civil, contrariando um tradicional instituto de três séculos de existência – não por coincidência, a virtual eliminação desta regra de exclusão no processo civil inglês foi paralela à abolição do júri cível, pois o legislador de países nos quais a decisão é proferida por um juiz togado confia que será feita uma avaliação adequada da prova²¹¹.

Ainda assim, a lei inglesa fornece elementos para que o juiz possa corretamente valorar tal modalidade probatória, ao afirmar que, se for conferido algum grau de confirmação às hipóteses analisadas, o juízo deve considerar outras circunstâncias que suportem a confiabilidade do *hearsay*, claramente em razão de se considerar o seu peso epistêmico questionável. Alguns dos fatores que devem ser levados em consideração são os seguintes: a possibilidade de oitiva da testemunha original, se o relato original foi contemporâneo à época dos fatos em

²⁰⁹ WIGMORE, John Henry. The History of the Hearsay Rule. *Harvard Law Review*, vol. 17, n. 7, p. 437-458, May 1904. p. 446-447.

²¹⁰ O primeiro artigo não deixa qualquer margem para dúvidas: “em procedimentos civis, as provas não serão excluídas sob o fundamento de se tratar de depoimento indireto”.

²¹¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...* *op. cit.*, p. 176.

discussão, se havia motivos para que a fonte originária do relato falseasse o relato, e assim por diante. Dessa forma, em geral, o depoimento por ouvir dizer deve vir acompanhado de outros elementos probatórios que corroborem aquilo que foi afirmado. De forma isolada, dificilmente será suficiente para fundamentar uma condenação, ainda que se trate de algum *standard* aplicável ao processo civil.

A doutrina canadense afirma, por sua vez, que são consideradas *hearsay* (depoimento indireto) e, portanto, inadmissíveis:

[...] as declarações escritas ou orais ou comunicação feita por pessoa alheia àquele que concede o depoimento durante o processo, são inadmissíveis se tais declarações ou conduta forem apresentadas como prova de sua verdade ou como prova de afirmações implícitas nela.²¹²

Apesar de se tratar de regra de exclusão, as exceções a ela são tantas que, na prática, o depoimento indireto é admissível a menos que haja motivos determinantes para excluí-lo – trata-se de interpretação principiológica conferida pelas cortes canadenses em razão da complexidade da regra²¹³.

No precedente da Suprema Corte do Canadá *R. v. Khelawon*²¹⁴, julgado em 2006, foram fixados os parâmetros para flexibilização da *hearsay rule*. Estabeleceu-se que o critério de admissibilidade do depoimento indireto será atingido se não houver suspeitas sobre a sua veracidade ou quando ele puder ser testado mediante o confronto com outras provas sem a utilização do *cross-examination*.

Nos Estados Unidos, a seu turno, o *hearsay* encontra definição na *Rule 801* (c) das FRE²¹⁵: é uma declaração distinta daquela prestada pelo depoente no curso do processo ou audiência, e oferecida como prova para demonstrar a verdade do que foi afirmado na declaração.

Em termos práticos, a vedação ao *hearsay* prega o seguinte: se a testemunha “A” afirma que “B” lhe disse que “C” esteve no consultório do médico em uma determinada data, este depoimento é inadmissível e deverá ser

²¹² SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney N.; BRYANT, Alan. **The Law of Evidence in Canada**. Toronto: Butterworths, 1999. p. 173 (tradução nossa).

²¹³ EHRENBERG, *op. cit.*

²¹⁴ CANADA. Supreme Court of Canada. **R. v. Khelawon**, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2332/index.do>>. Acesso em: 23 set. 2021.

²¹⁵ Rule 801. [...]

(c) Hearsay. “Hearsay” means a statement that:

(1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and

(2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement. [...]

desconsiderado. Apenas “B” poderia relatar sobre a presença de “C” no consultório, por ser o único com vivência pessoal dos fatos. O *hearsay* é traduzido literalmente por “ouvir dizer”, ou seja, a testemunha relata fatos vivenciados por terceiros, que não chegaram ao seu conhecimento por sua própria experiência – a vedação deste subtipo de prova testemunhal tem relação com a observância de garantias processuais, especialmente a impossibilidade de se tomar o compromisso de quem efetivamente foi testemunha ocular dos fatos, além de inviabilizar o *cross-examination*²¹⁶ (interrogatório cruzado) e também por conta da ausência da testemunha original na corte para que se possa aferir o seu comportamento e credibilidade²¹⁷.

Entretanto, não há motivos para supor que o simples compromisso da testemunha com a verdade a impeça de mentir. É inequívoco que o crime de *perjury* nos Estados Unidos é levado a sério, mas tal fato poderia, inclusive, fazer com que aquele(s) que tiver(em) obrigação de valorar os fatos a pressupor sobre a fiabilidade do depoimento indireto simplesmente por ter sido colhido sob o compromisso de dizer a verdade, o que acabaria por reduzir o seu valor epistêmico²¹⁸.

A razão de existência da *hearsay rule* nos Estados Unidos remete à Sexta Emenda, datada de 1791, que assegura ao réu em um processo criminal a garantia de “confrontar a testemunha que depõe contra si”²¹⁹, o que é impossível no depoimento referencial.

Outro motivo que justifica a sua existência afasta por completo sua importação automática à realidade brasileira: conforme mais bem explorado no início do presente capítulo, o intuito é que não se corra o risco de que os jurados, sem formação técnica-legal, confirmem um valor exacerbado ao depoimento indireto, o que se configura em um “paternalismo epistêmico”²²⁰ por parte do legislador.

²¹⁶ Em tradução literal: “interrogatório cruzado”. Estas vedações têm íntima relação com o devido processo legal e a garantia ao contraditório, já que uma testemunha que não está presente para depor na corte, não pode ser inquirida pela parte adversária.

²¹⁷ SKLANSKY, David Alan. **Evidence**. Cases, Commentary and Problems. 2. ed. New York: Aspen Publishers, 2008.

²¹⁸ NANCE, Dale A. The Best Evidence Principle. **Iowa Law Review**, v. 73, p. 227-297, 1988.

²¹⁹ In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

²²⁰ LAI, Ho Hock. **A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 233.

Afirmar que há “paternalismo epistêmico” ao excluir da apreciação do juízo dos fatos determinadas provas cujo valor probatório se supõe inferior não é, do ponto de vista valorativo, nem bom nem ruim – mais do que isso, segundo Carmen Vázquez, a medida deveria ser justificável empiricamente no sentido da demonstração de uma incapacidade substancial por parte do juízo dos fatos de valorar corretamente a prova²²¹. Contudo, os diversos estudos produzidos sobre o assunto são contraditórios, não sendo possível chegar-se a uma conclusão definitiva cientificamente justificável se, de fato, jurados possuem capacidade inferior a um juiz técnico de valorar um depoimento cujo peso probatório é, supostamente, menor²²².

Um ponto relevante que deve ser considerado é o seguinte – se a exclusão do depoimento indireto existe no sistema americano para proteger os jurados de tomar conhecimento de provas com peso epistêmico questionável, em que medida se diferenciariam os juízes togados, sobretudo ao se levar em consideração que tais provas têm relação com os enunciados fáticos que se pretende demonstrar, e não com aspectos jurídicos? Diante desta reflexão, há quem defenda que tais regras “não deveriam ser vinculativas apenas aos jurados, mas também aos juízes, quando estes forem analisar fatos”²²³.

Sob qualquer aspecto, indubitável de que a *hearsay rule* se reveste de um caráter pretensamente epistêmico – a sua existência tem por intuito resguardar a busca pela verdade, quer pela impossibilidade de realização do depoimento cruzado, quer para preservar o júri de valorar provas que potencialmente o induziriam em erro.

Apesar de haver uma pressuposição de seu valor epistêmico inferior, a maior razão de existência da *hearsay rule* é a impossibilidade, em regra, de avaliar a sua fiabilidade mediante o confronto com outras provas:

O depoimento indireto é excluído não tanto com base em sua falta de confiabilidade (no sentido de que admiti-lo provavelmente levará o juízo dos fatos a se perder) mas que sua confiabilidade lhe é desconhecida (no sentido que há falta de informação, ou que há aspectos não explorados da

²²¹ VÁZQUEZ, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 147.

²²² VÁZQUEZ, Carmen. El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. **Revista Discusiones**, v. 24, n. 1, p. 29-60, 2020.

²²³ CABRAL, Gabriel. **Verdade, prova e processo**: o que os epistemólogos têm a dizer sobre as regras de exclusão do direito probatório. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=8286a932fdc96dc1>>. Acesso em: 18 set. 2021. p. 8.

prova que devem ser explorados, a fim de justificar a alegação de que o relato é verdadeiro).²²⁴

O *hearsay* possui uma posição quase folclórica no sistema de exclusões probatórias do *common law* e já foi estudado por parte de relevantes doutrinadores de tradição continental, como Michele Taruffo, para quem a existência da regra se dá para que os jurados não “cometam erros ao avaliar a veracidade das afirmações feitas por uma pessoa que não teve qualquer contato direto com o autor das afirmações em referência, sem ter ouvido este durante o interrogatório e o contrainterrogatório”²²⁵.

Contudo, o mesmo autor sustenta que as regras de exclusão seriam “epistemologicamente contraproducentes”, uma vez que eliminam a apreciação de provas potencialmente relevantes²²⁶. Apesar do intento epistemológico que justifica a existência da regra, acaba se afastando deste objetivo ao restringir as provas disponíveis ao júri.

John Henry Wigmore, em sentido muito semelhante, afirma que a impossibilidade de realização do *cross-examination* não deve pressupor uma automática imprestabilidade do depoimento indireto – do contrário, todo o estudo da história, por ser baseado em sua maioria em uma versão referencial dos fatos, seria inútil, o que não torna automaticamente os seus acontecimentos inverídicos ou questionáveis:

Ninguém pode defender uma regra que preveja que todos os depoimentos não submetidos ao depoimento cruzado são inúteis, vez que toda a verdade histórica é baseada em asserções não sujeitas ao depoimento cruzado e a experiência de vida cotidiana também nega tal exagero. O que a *hearsay rule* determina – com profunda crença – é que todas as declarações testemunhais devem, dentro do possível, ser testadas pelo *cross-examination*, de maneira que a regra não deve ser onerada com a implicação pedante de que todas as afirmações devem ser rejeitadas por sua inutilidade se o teste não for possível.²²⁷

²²⁴ LAI, *op. cit.*, p. 239 (tradução nossa). No original: “Hearsay evidence is excluded not so much on the basis that it is unreliable (in the sense that admitting it will probably lead the fact-finder astray) as that its reliability is unknown to her (in the sense that information is lacking, or that there are as yet unexplored aspects of the evidence that have to be explored, to justify the claim that the report is true).”

²²⁵ TARUFFO, Michele. **A prova...** *op. cit.*, p. 41.

²²⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 177.

²²⁷ WIGMORE, John Henry. **Evidence in trials at common law**. Boston: Little, Brown, 1970. § 1367.

O contrainterrogatório, diante de tal lógica, seria desejável, mas não imprescindível. Mesmo Jeremy Bentham, que se opunha à existência de regras excessivas de exclusão de provas, propagando a *free proof* em uma interpretação utilitarista, considerava o depoimento por ouvir dizer uma “prova inferior” – seu argumento é que não é possível tomar o depoimento por verdade por si só, vez que o relato original não foi colhido sob o compromisso de dizer a verdade (“*upon oath*”), além de ser potencialmente incompleto e não levar em consideração todo o contexto em que ocorreram os fatos²²⁸.

Embora Bentham sugira uma regra geral de exclusão da *hearsay*, a previsão de exceções quando a oitiva da testemunha original não for possível, ou ainda quando implicar em atrasos e despesas desproporcionais, ela seria admissível, o que praticamente anularia a regra de exclusão²²⁹. Para o utilitarista a questão se resolveria seja por sua irrelevância ou por sua confrontação com outras provas que a contradiriam ou confirmariam²³⁰: em última *ratio*, a avaliação sobre o seu peso ficaria a cargo do júri ou do magistrado, a partir de uma política de admissibilidade universal das provas, contanto que relevantes. Tal posicionamento se assemelha àquele defendido na recente mudança legislativa ocorrida na Inglaterra, já mencionada anteriormente.

Sua visão pode ser resumida da seguinte forma: “o prejuízo de uma ‘decisão equivocada’ baseada em informações incompletas é maior do que o prejuízo de uma ‘decisão equivocada’ baseada em informações imperfeitas”²³¹. Apesar de reconhecer que, potencialmente, o valor probatório do depoimento indireto seria inferior, não haveria motivos para uma pré-avaliação, ao partir do pressuposto que seria uma prova imprestável mediante a exclusão de sua avaliação por parte dos jurados. O legislador deveria prover o julgador dos fatos não com regras probatórias inflexíveis e tarifadas ou excluindo de seu conhecimento provas que podem se apresentar como relevantes, mas fornecer tão somente um critério aberto para valoração em determinados casos²³².

²²⁸ BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham**. Vol. VII. Rationale of Judicial Evidence. Edinburgh: William Tait, 1843.

²²⁹ EHRENBURG, *op. cit.*

²³⁰ BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham**... *op. cit.*

²³¹ EHRENBURG, *op. cit.*, p. 180 (tradução nossa). No original: “the harm of a ‘misdecision’ based on incomplete information is greater than the harm of a ‘misdecision’ based on imperfect information”.

²³² TWINING, *op. cit.*, p. 43.

Aliás, cabe fazer um apontamento com relação à visão utilitarista de Bentham. A essência de sua filosofia preconiza que nosso objetivo como sociedade deva ser o de propiciar a “felicidade”, de maneira que “o prazer e a ausência de dor” sejam “as únicas coisas desejáveis como fins”²³³. Sua aplicação no Direito e, especificamente às regras de exclusão traduz-se na necessidade de se buscar a verdade no processo, o que permite concluir que qualquer instrumento processual que limite as possibilidades de se atingi-la é indesejável, vez que as “leis de exclusão evidencial estão inerentemente em desacordo com o desiderato epistemológico da completude”²³⁴. Apenas com a abolição das regras de exclusão é que se poderia alcançar a tecnicidade que se espera do processo²³⁵.

Especificamente com relação à lei processual, a relação do magistrado com o utilitarismo é indireta, “no sentido em que objetiva maximizar a aplicação da lei material (utilitária)”²³⁶. Bentham exemplifica por que não seria ideal a exclusão automática do *hearsay*: se um homem deixar um carrinho com lixo em uma estrada, terá cometido uma infração que o sujeitará potencialmente a uma multa, mas se a única testemunha ocular, que referenciou a infração e o seu autor a outras pessoas, estiver morando no exterior, os custos, atrasos e esforços para ouvir a testemunha original não valerão a pena²³⁷. Neste caso, seriam plenamente admissíveis os depoimentos indiretos. A importância do “bem da vida” em jogo também deve ser sopesada: em um caso criminal, no qual o bem da vida em discussão é a liberdade, a preocupação com custos, atrasos e esforços diminuem proporcionalmente à sua relevância, o que possui direta relação com o *standard* probatório aplicável ao caso concreto.

Jeremy Bentham, citado por Francesco Ferraro, destacou sobre seu desenho de Código Processual que “das diversas regras previstas neste Código, não há nenhuma que tenha a pretensão de ser inflexível; nenhuma está lá para que,

²³³ MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Tradução e introdução de Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2020. p. 32.

²³⁴ HAACK, Susan. **Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito...** *op. cit.*, p. 166.

²³⁵ JUDSON, Frederick N. A Modern View of the Law Reforms of Jeremy Bentham. **Columbia Law Review**, v. 10, n. 1., p. 41-54, Jan. 1910.

²³⁶ FERRARO, Francesco. Direct and indirect utilitarianism in Bentham’s theory of adjudication. **Journal of Bentham Studies**, v. 12, p. 1-24, 2010. p. 6 (tradução nossa). No original: “In this respect the judge should be an indirect-utilitarian, not acting according to a direct application of the principle of utility, but in compliance with rules issued by the legislator – rules which are supposed to maximize utility.”

²³⁷ *Ibidem*, p. 7-8.

em caso de necessidade, o juiz não possa dela se afastar”²³⁸. O utilitarista confiava, pois, um enorme grau de discricionariedade ao juiz, que teria liberdade para decidir se as regras processuais (especialmente as regras de exclusão) seriam aplicáveis ou não, levando sempre em consideração o princípio da utilidade. As leis processuais, nesta ótica, equivaleriam a simples recomendações.

As ideias de Bentham parecem ter reverberado nos países de *common law*: a abolição ou, ao menos, redução de regras de exclusão, que avançaram com mais afinco na Inglaterra do que nos Estados Unidos e em casos cíveis do que criminais, demonstram de certa forma uma deferência às suas ideias utilitaristas²³⁹.

Por outro lado, em uma visão de “contextualismo epistêmico”, favorável à exclusão do depoimento referencial, a sua flexibilização levaria a uma diminuição dos critérios de rigidez do julgador, haja vista que se sustenta que quanto menos provas houver, maior será o esforço probatório das partes e, com isso, aumentará em igual proporção o nível do conhecimento intraprocessual produzido:

O ponto não é que a informação contida na *hearsay* seja inerentemente suspeita, mas que ao admitir até mesmo a *hearsay* confiável, dúvidas acerca desta e de outras provas podem ser ignoradas com uma frequência maior porque o investigador dos fatos (*fact finder*) usa um método normal e cotidiano de aquisição de conhecimento para avaliar a *hearsay*. O uso de tal método pelo investigador faz com que o *standard* epistêmico aplicável às demais provas diminua.²⁴⁰

A explicação do autor do artigo acima para que a mera presença do depoimento indireto seja capaz de reduzir a rigidez epistêmica do julgador é a que fora de um contexto judicial, é comum tomarmos por válidos “depoimentos indiretos”: se um amigo nos informa que a rainha da Inglaterra acaba de morrer, a partir do que leu no noticiário, não temos motivos para duvidar que esteja mentindo. Dessa forma, ao avaliar o depoimento indireto no contexto judicial, o rigor epistêmico naturalmente diminuiria, na medida em que, *a priori*, tomaríamos o depoimento automaticamente por verdadeiro, contaminando com um critério inferior toda a avaliação probatória

²³⁸ *Ibidem*, p. 15 (tradução nossa). No original: “of the several rules laid down in this code, there is not one that is meant to be regarded as inflexible; no on is there, from which, in a case of necessity, the judge may not depart”.

²³⁹ TWINING, *op. cit.*, p. 44.

²⁴⁰ EHRENBURG, *op. cit.*, p. 201 (tradução nossa). No original: “The point is not that the information contained in the hearsay itself is suspect, but that by admitting even reliable hearsay, doubts about this and other evidence can more properly be ignored because the fact finder uses a normal, everyday method of knowledge acquisition in assessing the hearsay. The fact finder’s use of that method then makes the epistemic standards for other evidence lower.”.

subsequente, seja composta por depoimentos indiretos ou outras modalidades mais robustas de prova. Do contrário, com a manutenção da inadmissibilidade do *hearsay*, o julgador tenderia a manter as suas ferramentas epistêmicas em um nível de alerta compatível com a seriedade de um julgamento.

É possível fazer um paralelo, aqui, com os nossos dois sistemas cognitivos, abordados em capítulo anterior: a ideia é que a admissibilidade da *hearsay* faria com que o juízo dos fatos acione o sistema rápido na valoração de todas as provas, por inconscientemente pressupor que se está diante de fatos cotidianos, o que levaria a um “relaxamento” do sistema cognitivo mais alerta e racional. Tal tese, contudo, parece-nos um tanto quanto exagerada – a admissibilidade do *hearsay* não é capaz de, automaticamente, contaminar toda a valoração probatória, haja vista que se continua interpretando essa modalidade probatória como epistemicamente suspeita.

Ainda que o objetivo da exclusão do depoimento indireto seja preponderantemente epistêmico, não se pode negar que há casos em que a colheita desta modalidade testemunhal seria desejável, sob pena de se resultar em um erro judicial. Um caso emblemático ocorreu na Inglaterra: uma vítima de atentado ao pudor, por ser menor de idade, não poderia, consoante as regras vigentes à época, depor em juízo. Contudo, havia relatado à sua mãe que o criminoso era negro. Em razão da *hearsay rule*, a mãe não pôde depor sobre tal fato, o que resultou na condenação equivocada de um avião branco (*Reino Unido vs Sparks*)²⁴¹. Se a criança tivesse deposto, ou ao menos o depoimento de sua mãe tivesse sido admitido, teria sido evitada uma condenação injusta. Diante desses impasses, atualmente, mesmo nos Estados Unidos, as exceções à *hearsay rule* provavelmente fariam com que um depoimento em contexto semelhante fosse admitido – a depender, é claro, da competência do advogado e de seu domínio sobre as exceções à *hearsay rule*.

Como visto, há relevantes posicionamentos doutrinários contrários e outros igualmente importantes favoráveis à regra geral de exclusão do depoimento referencial – ambos fundamentados em uma pretensão epistêmica plenamente justificável. De toda sorte, é impossível compreender a discussão sem analisar as diversas exceções à regra da inadmissibilidade do *hearsay*. Boa parte das críticas doutrinárias à exclusão do depoimento indireto se devem às complexas regras que o

²⁴¹ GUARDIA, *op. cit.*, p. 730.

permeiam, que acabam por favorecer grandes litigantes com poder econômico suficiente para contratar bons advogados – as exceções fazem com que, virtualmente, qualquer depoimento indireto possa ser considerado como admissível. Logo em seguida à sua conceituação, na *Rule 801 (c)*, dá-se início ao inciso intitulado “declarações que não são *hearsay*” (d), entre as quais se encontram depoimentos anteriores prestados em juízo que estejam em contradição com o atual (1), além daqueles apresentados pela parte contrária sobre declarações extrajudiciais manifestas por representantes ou porta-vozes de pessoas jurídicas²⁴².

A *Rule 803*, por sua vez, possui vinte e três parágrafos, todos enumerando exceções à regra contra o depoimento indireto. Não é nossa pretensão nos debruçarmos individualmente sobre a interpretação de cada uma das regras, mas sobretudo ilustrar a sua complexidade. Feita essa consideração, as exceções incluem: (1) descrições sobre um evento ou condição feitas imediatamente após a sua ocorrência; (2) declarações feitas sob a influência de stress ou emoção ocasionadas pelo evento ou condição. Em sentido semelhante e rememorando os conceitos de Psicologia do depoimento estudados em capítulos anteriores, uma das exceções previstas na *Rule 803 (3)* admite o *hearsay* nos casos em que a testemunha relata o ocorrido a terceiros imediatamente após a vivência de evento

²⁴² Rule 801. The following definitions apply under this article:

(a) Statement. “Statement” means a person’s oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if the person intended it as an assertion.

(b) Declarant. “Declarant” means the person who made the statement.

(c) Hearsay. “Hearsay” means a statement that:

(1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and

(2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement.

(d) Statements That Are Not Hearsay. A statement that meets the following conditions is not hearsay:

(1) A Declarant-Witness’s Prior Statement. The declarant testifies and is subject to cross-examination about a prior statement, and the statement:

(A) is inconsistent with the declarant’s testimony and was given under penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding or in a deposition;

(B) is consistent with the declarant’s testimony and is offered:

(i) to rebut an express or implied charge that the declarant recently fabricated it or acted from a recent improper influence or motive in so testifying; or

(ii) to rehabilitate the declarant’s credibility as a witness when attacked on another ground; or

(C) identifies a person as someone the declarant perceived earlier.

(2) An Opposing Party’s Statement. The statement is offered against an opposing party and:

(A) was made by the party in an individual or representative capacity;

(B) is one the party manifested that it adopted or believed to be true;

(C) was made by a person whom the party authorized to make a statement on the subject;

(D) was made by the party’s agent or employee on a matter within the scope of that relationship and while it existed; or

(E) was made by the party’s coconspirator during and in furtherance of the conspiracy.

The statement must be considered but does not by itself establish the declarant’s authority under (C); the existence or scope of the relationship under (D); or the existence of the conspiracy or participation in it under (E).

com forte cunho emocional, traumático, em casos em que sua saúde esteja ameaçada, ou ainda em situações de dor física ou mental, em razão dos compreensíveis prejuízos à memória causados por tais situações. A extensa lista de exceções prossegue com: (4) declarações sobre tratamentos ou diagnósticos médicos; (5) registros que dizem respeito a memórias que já não se apresentam de forma vívida; (6) registros sobre atividades rotineiras, seja por um profissional (A) ou como prática de negócio (B); (7) em alguns casos específicos mesmo quando não houver registros da atividade rotineira; (8) e (9) registros públicos; (10) depoimentos que atestem a inexistência de registros públicos após uma “busca diligente”; (11) registros de organizações religiosas sobre histórico pessoal ou familiar (como certidões de nascimento e casamento); (12) certificados de casamento, batismo, dentre outras; (13) registros familiares (como árvores genealógicas e até mesmo anotações em retratos); (14) e (15) registros públicos de documentos e declarações neles contidas que digam respeito a direitos reais; (16) declarações contidas em documentos antigos (anteriores a 1º de janeiro de 1998); (17) publicações comerciais de empresas; (18) declarações em tratados, periódicos ou panfletos de notoriedade; (19) histórico de uma pessoa concernente ao seu nascimento, divórcio, convivência, adoção ou outro histórico familiar; (20) relatos sobre fronteiras ou eventos históricos relevantes para a comunidade, estado ou nação; (21) relatos sobre a personalidade de uma pessoa atestada por seus sócios; (22) antecedentes, em alguns casos específicos; (23) decisões transitadas em julgado envolvendo histórico pessoal, familiar, fronteiras ou histórico em geral²⁴³.

²⁴³ Rule 803. The following are not excluded by the rule against hearsay, regardless of whether the declarant is available as a witness:

- (1) Present Sense Impression. A statement describing or explaining an event or condition, made while or immediately after the declarant perceived it.
- (2) Excited Utterance. A statement relating to a startling event or condition, made while the declarant was under the stress of excitement that it caused.
- (3) Then-Existing Mental, Emotional, or Physical Condition. A statement of the declarant’s then-existing state of mind (such as motive, intent, or plan) or emotional, sensory, or physical condition (such as mental feeling, pain, or bodily health), but not including a statement of memory or belief to prove the fact remembered or believed unless it relates to the validity or terms of the declarant’s will.
- (4) Statement Made for Medical Diagnosis or Treatment. A statement that:
 - (A) is made for — and is reasonably pertinent to — medical diagnosis or treatment; and
 - (B) describes medical history; past or present symptoms or sensations; their inception; or their general cause.
- (5) Recorded Recollection. A record that:
 - (A) is on a matter the witness once knew about but now cannot recall well enough to testify fully and accurately;
 - (B) was made or adopted by the witness when the matter was fresh in the witness’s memory; and
 - (C) accurately reflects the witness’s knowledge.

If admitted, the record may be read into evidence but may be received as an exhibit only if offered by an adverse party.

(6) Records of a Regularly Conducted Activity. A record of an act, event, condition, opinion, or diagnosis if:

(A) the record was made at or near the time by — or from information transmitted by — someone with knowledge;

(B) the record was kept in the course of a regularly conducted activity of a business, organization, occupation, or calling, whether or not for profit;

(C) making the record was a regular practice of that activity;

(D) all these conditions are shown by the testimony of the custodian or another qualified witness, or by a certification that complies with Rule 902(11) or (12) or with a statute permitting certification; and

(E) the opponent does not show that the source of information or the method or circumstances of preparation indicate a lack of trustworthiness.

(7) Absence of a Record of a Regularly Conducted Activity. Evidence that a matter is not included in a record described in paragraph (6) if:

(A) the evidence is admitted to prove that the matter did not occur or exist;

(B) a record was regularly kept for a matter of that kind; and

(C) the opponent does not show that the possible source of the information or other circumstances indicate a lack of trustworthiness.

(8) Public Records. A record or statement of a public office if:

(A) it sets out:

(i) the office's activities;

(ii) a matter observed while under a legal duty to report, but not including, in a criminal case, a matter observed by law-enforcement personnel; or

(iii) in a civil case or against the government in a criminal case, factual findings from a legally authorized investigation; and

(B) the opponent does not show that the source of information or other circumstances indicate a lack of trustworthiness.

(9) Public Records of Vital Statistics. A record of a birth, death, or marriage, if reported to a public office in accordance with a legal duty.

(10) Absence of a Public Record. Testimony — or a certification under Rule 902 — that a diligent search failed to disclose a public record or statement if:

(A) the testimony or certification is admitted to prove that

(i) the record or statement does not exist; or

(ii) a matter did not occur or exist, if a public office regularly kept a record or statement for a matter of that kind; and

(B) in a criminal case, a prosecutor who intends to offer a certification provides written notice of that intent at least 14 days before trial, and the defendant does not object in writing within 7 days of receiving the notice — unless the court sets a different time for the notice or the objection.

(11) Records of Religious Organizations Concerning Personal or Family History. A statement of birth, legitimacy, ancestry, marriage, divorce, death, relationship by blood or marriage, or similar facts of personal or family history, contained in a regularly kept record of a religious organization.

(12) Certificates of Marriage, Baptism, and Similar Ceremonies. A statement of fact contained in a certificate:

(A) made by a person who is authorized by a religious organization or by law to perform the act certified;

(B) attesting that the person performed a marriage or similar ceremony or administered a sacrament; and

(C) purporting to have been issued at the time of the act or within a reasonable time after it.

(13) Family Records. A statement of fact about personal or family history contained in a family record, such as a Bible, genealogy, chart, engraving on a ring, inscription on a portrait, or engraving on an urn or burial marker.

(14) Records of Documents That Affect an Interest in Property. The record of a document that purports to establish or affect an interest in property if:

(A) the record is admitted to prove the content of the original recorded document, along with its signing and its delivery by each person who purports to have signed it;

(B) the record is kept in a public office; and

(C) a statute authorizes recording documents of that kind in that office.

Caso a testemunha original não esteja mais disponível (*Rule 804*)²⁴⁴, o que pode ocorrer por diversos motivos, entre os quais por morte ou ainda caso tenha se

(15) Statements in Documents That Affect an Interest in Property. A statement contained in a document that purports to establish or affect an interest in property if the matter stated was relevant to the document's purpose — unless later dealings with the property are inconsistent with the truth of the statement or the purport of the document.

(16) Statements in Ancient Documents. A statement in a document that was prepared before January 1, 1998 and whose authenticity is established.

(17) Market Reports and Similar Commercial Publications. Market quotations, lists, directories, or other compilations that are generally relied on by the public or by persons in particular occupations.

(18) Statements in Learned Treatises, Periodicals, or Pamphlets. A statement contained in a treatise, periodical, or pamphlet if:

(A) the statement is called to the attention of an expert witness on cross-examination or relied on by the expert on direct examination; and

(B) the publication is established as a reliable authority by the expert's admission or testimony, by another expert's testimony, or by judicial notice.

If admitted, the statement may be read into evidence but not received as an exhibit.

(19) Reputation Concerning Personal or Family History. A reputation among a person's family by blood, adoption, or marriage — or among a person's associates or in the community — concerning the person's birth, adoption, legitimacy, ancestry, marriage, divorce, death, relationship by blood, adoption, or marriage, or similar facts of personal or family history.

(20) Reputation Concerning Boundaries or General History. A reputation in a community — arising before the controversy — concerning boundaries of land in the community or customs that affect the land, or concerning general historical events important to that community, state, or nation.

(21) Reputation Concerning Character. A reputation among a person's associates or in the community concerning the person's character.

(22) Judgment of a Previous Conviction. Evidence of a final judgment of conviction if:

(A) the judgment was entered after a trial or guilty plea, but not a nolo contendere plea;

(B) the conviction was for a crime punishable by death or by imprisonment for more than a year;

(C) the evidence is admitted to prove any fact essential to the judgment; and

(D) when offered by the prosecutor in a criminal case for a purpose other than impeachment, the judgment was against the defendant.

The pendency of an appeal may be shown but does not affect admissibility.

(23) Judgments Involving Personal, Family, or General History, or a Boundary. A judgment that is admitted to prove a matter of personal, family, or general history, or boundaries, if the matter:

(A) was essential to the judgment; and

(B) could be proved by evidence of reputation.

²⁴⁴ Rule 804. (a) Criteria for Being Unavailable. A declarant is considered to be unavailable as a witness if the declarant:

(1) is exempted from testifying about the subject matter of the declarant's statement because the court rules that a privilege applies;

(2) refuses to testify about the subject matter despite a court order to do so;

(3) testifies to not remembering the subject matter;

(4) cannot be present or testify at the trial or hearing because of death or a then-existing infirmity, physical illness, or mental illness; or

(5) is absent from the trial or hearing and the statement's proponent has not been able, by process or other reasonable means, to procure:

(A) the declarant's attendance, in the case of a hearsay exception under Rule 804(b)(1) or (6); or

(B) the declarant's attendance or testimony, in the case of a hearsay exception under Rule 804(b)(2), (3), or (4).

But this subdivision (a) does not apply if the statement's proponent procured or wrongfully caused the declarant's unavailability as a witness in order to prevent the declarant from attending or testifying.

(b) The Exceptions. The following are not excluded by the rule against hearsay if the declarant is unavailable as a witness:

(1) Former Testimony. Testimony that:

(A) was given as a witness at a trial, hearing, or lawful deposition, whether given during the current proceeding or a different one; and

recusado a depor apesar de ter sido devidamente intimada para tanto, o depoimento por ouvir dizer também será admitido.

Outra exceção seria na inexistência de provas diretas²⁴⁵, caso o depoimento seja corroborado por outras provas (o que se assemelha à regra de admissibilidade introduzida na Inglaterra) e sua credibilidade seja passível de verificação/confirmação ou ainda na hipótese de seu valor probante ser superior ao das demais provas (*Rule 807*)²⁴⁶.

Por evidente, cada uma das exceções previstas acima possui discussões específicas quanto ao seu cabimento e questionamentos quanto ao seu caráter epistêmico – é possível sustentar, inclusive, que as exceções também têm por objetivo levar ao conhecimento dos jurados fatos que, de outro modo, não fariam parte da realidade processual.

A complexidade da *hearsay* e suas diversas exceções ocasiona, por vezes, assimetrias probatórias que são contraepistêmicas. Dale Nance, sustentando a

(B) is now offered against a party who had — or, in a civil case, whose predecessor in interest had — an opportunity and similar motive to develop it by direct, cross-, or redirect examination.

(2) Statement Under the Belief of Imminent Death. In a prosecution for homicide or in a civil case, a statement that the declarant, while believing the declarant's death to be imminent, made about its cause or circumstances.

(3) Statement Against Interest. A statement that:

(A) a reasonable person in the declarant's position would have made only if the person believed it to be true because, when made, it was so contrary to the declarant's proprietary or pecuniary interest or had so great a tendency to invalidate the declarant's claim against someone else or to expose the declarant to civil or criminal liability; and

(B) is supported by corroborating circumstances that clearly indicate its trustworthiness, if it is offered in a criminal case as one that tends to expose the declarant to criminal liability.

(4) Statement of Personal or Family History. A statement about:

(A) the declarant's own birth, adoption, legitimacy, ancestry, marriage, divorce, relationship by blood, adoption, or marriage, or similar facts of personal or family history, even though the declarant had no way of acquiring personal knowledge about that fact; or

(B) another person concerning any of these facts, as well as death, if the declarant was related to the person by blood, adoption, or marriage or was so intimately associated with the person's family that the declarant's information is likely to be accurate.

(5) [Other Exceptions.] [Transferred to Rule 807.]

(6) Statement Offered Against a Party That Wrongfully Caused the Declarant's Unavailability. A statement offered against a party that wrongfully caused — or acquiesced in wrongfully causing — the declarant's unavailability as a witness, and did so intending that result.

²⁴⁵ TARUFFO, Michele. **A prova...** p. 42.

²⁴⁶ Rule 807. (a) In General. Under the following conditions, a hearsay statement is not excluded by the rule against hearsay even if the statement is not admissible under a hearsay exception in Rule 803 or 804:

(1) the statement is supported by sufficient guarantees of trustworthiness—after considering the totality of circumstances under which it was made and evidence, if any, corroborating the statement; and

(2) it is more probative on the point for which it is offered than any other evidence that the proponent can obtain through reasonable efforts.

(b) Notice. The statement is admissible only if the proponent gives an adverse party reasonable notice of the intent to offer the statement—including its substance and the declarant's name—so that the party has a fair opportunity to meet it. The notice must be provided in writing before the trial or hearing—or in any form during the trial or hearing if the court, for good cause, excuses a lack of earlier notice.

eficácia de um princípio geral de “melhor prova” (*best evidence*²⁴⁷), fornece um exemplo curioso: o oponente pretende apresentar um depoimento testemunhal sobre transcrições feitas por uma pessoa que não se recorda do que escreveu. Segundo as exceções da *hearsay*, o proponente poderia apresentar tanto o relato testemunhal sobre a transcrição quanto a transcrição em si, ao passo que o oponente estaria impedido de apresentar a transcrição original (sendo, portanto, epistemicamente superior) em razão da “indisponibilidade da exceção de admissões”. Neste caso, é plenamente possível que o proponente não esteja interessado em apresentar a declaração original, a depender de quem a prova favoreça.

Esperamos que esteja claro, neste momento do trabalho, que não se pretende, por meio dele, fazer uma defesa da importação irrestrita das regras de exclusão do depoimento por ouvir dizer do *common law*, até porque, como bem observa Richard Posner, elas são indissociáveis do sistema adversarial²⁴⁸ (cuja principal característica talvez seja o *cross-examination*) que permeia, sobretudo, a cultura jurídica dos Estados Unidos. O que se aproveita são as extensas e aprofundadas discussões doutrinárias sobre a existência ou não de caráter epistêmico, discussão ainda incipiente no Brasil.

A complexidade da regra ganha contornos especiais, na medida em que, se for oferecida como “prova circunstancial”, e não como “verdade de seu conteúdo”, pode ser aceita, ainda que se trate de *hearsay*.

Richard Posner sustenta que há muitas exceções à regra (24% das 117 páginas das *Federal Rules of Evidence* são compostas pela *hearsay rule*), o que toma muito tempo dos julgamentos com impugnações (*objections*) e decisões acerca delas. Assim, tais regras comportariam não apenas redução, mas também simplificação em suas exceções – apesar disso, como já observamos, a reflexão é válida. Segundo o estudioso da Análise Econômica do Direito, “a prova por ouvir dizer deveria ser admissível quando for confiável [...], e quando materialmente possibilitar um resultado correto sem tomar muito tempo do julgamento”²⁴⁹, o que se alinharia com a exceção prevista pela *Rule 807*. Por evidente, em razão de a

²⁴⁷ NANCE, *op. cit.*

²⁴⁸ POSNER, Richard A. On Hearsay. *Fordham Law Review*, Chicago, v. 84, p. 1465-1471, 2016. p. 1465.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 1467 (tradução nossa). No original: “hearsay evidence should be admissible when it is reliable [...], and when it will materially enhance the likelihood of a correct outcome without taking up too much time at trial”.

sugestão ter sido feita por um dos principais estudiosos de *Law & Economics*, a análise é permeada por uma racionalidade eminentemente econômica, a partir das premissas de duração razoável e rapidez do processo, sem uma reflexão mais cuidadosa do ponto de vista epistêmico.

Mas mesmo as inúmeras exceções à *hearsay* devem a sua razão de existência a objetivos epistêmicos – é dever do advogado que pretende a admissibilidade de um depoimento indireto argumentar que a sua exclusão poderia implicar em um prejuízo substancial à descoberta da verdade, o que será avaliado conforme a discricionariedade do juiz. A pretensão de admissibilidade face às extensas exceções à regra de exclusão, permitiriam até mesmo questionar se a *hearsay* seria uma “regra”, na acepção literal da palavra enquanto sinônimo de “obrigatório” ou “modelo a ser seguido”. Em resumo, o depoimento por ouvir dizer poderia ser admitido “desde que tenha por objetivo provar fatos principais se seu valor probatório for particularmente alto e se sua admissão parecer ser do interesse da justiça”²⁵⁰.

Após compreendermos como o instituto da *hearsay rule* opera em seu berço de origem, ou seja, os países de *common law*, é pertinente estudar se há regramento específico ou entendimento jurisprudencial nos países de *civil law* que determinem ou a sua exclusão ou a sua tarifação enquanto prova com valor epistêmico reconhecidamente interior. Nesta senda, não há consenso quanto à exclusão expressa do depoimento por ouvir dizer.

O artigo 199 do *Code de Procédure Civile* da França, afirma que “quando a prova testemunhal é admissível, o juiz pode receber declarações de terceiros sobre os fatos em litígio de que tenham conhecimento pessoal”²⁵¹ – conclui-se, portanto, que o depoimento indireto é admitido em circunstâncias especiais. Na Alemanha, embora não haja dispositivo semelhante, presume-se que o relato da testemunha seja fiel à sua percepção pessoal²⁵².

²⁵⁰ TARUFFO, Michele. **A prova...** *op. cit.*, p. 42.

²⁵¹ Article 199. Lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir des tiers les déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance. Ces déclarations sont faites par attestations ou recueillies par voie d'enquête selon qu'elles sont écrites ou orales.

²⁵² TARUFFO, Michele. **A prova...** *op. cit.*, p. 41.

Na Itália, confere-se expressamente o poder de ofício ao magistrado para ouvir a testemunha original – o art. 257 do *Codice di Procedura Civile*²⁵³ preceitua que “se alguma das testemunhas se referir, em razão do conhecimento dos fatos, a outra pessoa, o juiz instrutor poderá determinar de ofício que ela seja intimada a depor”. Como visto, trata-se de faculdade do julgador, o que, por via de consequência, conduz à admissibilidade do depoimento indireto no Direito italiano.

No âmbito comunitário, de forma indireta, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem reconhece que o *hearsay* é um depoimento cuja fiabilidade é questionável e que não pode fundamentar uma condenação criminal de forma isolada. O artigo 6º, 3, “d”, afirma que o acusado tem o direito de “interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”.

Embora não se extraia do dispositivo acima, de forma direta, uma regra de exclusão do depoimento por ouvir dizer, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Schatschaschwili v. Germany*²⁵⁴ e em diversos outros, embora reconheça que a existência de testemunhos indiretos não implique automaticamente em um julgamento sem a observância do contraditório e, que seria, portanto, nulo, afirma igualmente que caso a condenação tenha sido baseada primordialmente em depoimentos de testemunhas que não estavam presentes durante o julgamento, haverá fortes indicativos de violações a direitos fundamentais. Um dos trechos principais da decisão do caso *Schatschaschwili*, citando outro precedente, é o seguinte:

Em sua decisão no caso *Al-Khawaja e Tahery*, a Corte concluiu que a admissibilidade como prova da declaração de uma testemunha ausente do julgamento e cujo depoimento preliminar foi a única ou decisiva prova contra o réu não resulta automaticamente em uma violação ao Artigo 6, §1. Se argumenta que ao aplicar de uma forma inflexível a assim chamada “regra única e decisiva” (sob a qual um julgamento é considerado injusto se a condenação foi baseada unicamente ou de forma decisiva em provas produzidas por uma testemunha que o acusado não pôde confrontar em nenhuma etapa dos procedimentos – *ibid.*, §§ 128 e 147) seria contrária ao posicionamento tradicional no qual a Corte abordou o direito a um julgamento justo sob o Artigo 6 §1, notadamente o exame se o procedimento como um todo foi justo. Contudo, a admissão de tal prova, em

²⁵³ Art. 257. Se alcuno dei testimoni si riferisce, per la conoscenza dei fatti, ad altre persone, il giudice istruttore può disporre d'ufficio che esse siano chiamate a deporre.

²⁵⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. **Case of Schatschaschwili v. Germany**. Application no. 9154/10. 15/12/2015. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-159566%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-159566%22])>. Acesso em: 19 set. 2021.

razão de seus riscos e ameaças inerentes à justiça do julgamento, constitui um fator muito relevante para ser valorado (ibid. §§ 146-47).²⁵⁵

O precedente europeu é relevantíssimo, pois de forma simples e direta, sintetiza anos de discussões doutrinárias no sistema anglo-americano sobre a relevância e o peso epistêmico do depoimento por ouvir dizer. É desnecessária a sua exclusão automática, o que elimina a necessidade de previsão de intrincadas exceções que permitam a sua admissibilidade. Por outro lado, caso admitido, deve ser corroborado por outras provas, não apenas por seu peso epistêmico inferior, mas principalmente em razão da impossibilidade de que a parte contra a qual foi utilizado interroge a fonte original do depoimento. Tal simplificação é possível graças à existência de decisões motivadas por juízes técnicos, pois, do contrário, erros de valoração não poderiam ser corrigidos, o que justifica a manutenção da regra de exclusão em locais nos quais ainda vigore o julgamento por jurados leigos em vereditos imotivados.

Em última análise, o grau de subjetividade defendido por acadêmicos do *common law*, nada mais é que deixar a cargo do juízo dos fatos a possibilidade de conferir ao depoimento testemunhal indireto o grau adequado de confiabilidade, a partir de distintos critérios como a existência de outras provas convergentes ou mesmo a completa ausência de qualquer outra modalidade probatória, dispensando-a quando não se verificar a sua credibilidade, o que sempre deve ser feito de forma devidamente motivada.

5.6. A *EXPERT WITNESS* – PARÂMETROS PARA AVALIAÇÃO DA CONFIABILIDADE DA PROVA TÉCNICA E OS PRECEDENTES *FRYE*, *DAUBERT*, *JOINER* E *KUMHO TIRES*

²⁵⁵ In its judgment in *Al-Khawaja and Tahery*, the Court concluded that the admission as evidence of the statement of a witness who had been absent from the trial and whose pre-trial statement was the sole or decisive evidence against the defendant did not automatically result in a breach of Article 6 § 1. It reasoned that applying in an inflexible manner the so-called “sole or decisive rule” (under which a trial was unfair if a conviction was based solely or to a decisive extent on evidence provided by a witness whom the accused had been unable to question at any stage of the proceedings – ibid., §§ 128 and 147) would run counter to the traditional way in which the Court approached the right to a fair hearing under Article 6 § 1, namely to examine whether the proceedings as a whole had been fair. However, the admission of such evidence, because of the inherent risks for the fairness of the trial, constituted a very important factor to balance in the scales (ibid., §§ 146-47).

No presente capítulo, tratamos, até agora, das regras de exclusão aplicáveis à prova testemunhal pura. Como o objetivo do trabalho é a análise epistêmica da prova em sentido mais amplo a partir de parâmetros de Direito comparado, também analisaremos as peculiaridades e a evolução da *ratio decidendi* de diversos precedentes aplicáveis à *expert witness*, tratada, para fins comparativos, não como uma literal e equivocada tradução para “testemunha técnica”, mas como sendo equivalente ao perito judicial.

A prova pericial impõe ao magistrado desafios adicionais de valoração quando comparada a outras modalidades probatórias, como a documental e a testemunhal. Isso porque o juiz, leigo na seara técnica sobre a qual a prova versa, deve efetuar uma dupla valoração: quanto à sua fiabilidade, como critério preliminar, o que se desdobra, dentre outros fatores, na avaliação do respaldo acadêmico do perito e dos métodos utilizados para que se atinja a conclusão; e quanto à sua capacidade de demonstração dos fatos sobre os quais versa.

Não é tarefa fácil distinguir *junk science* de ciência boa, sobretudo porque, frequentemente, a primeira se reveste de uma roupagem de legitimidade acadêmica. Isso porque, a partir de observações empíricas, um dos principais problemas com a prova pericial que podem levar a condenações errôneas seria a utilização de opiniões com questionável rigor metodológico²⁵⁶. Mas existem critérios objetivos para que um leigo possa avaliar o rigor metodológico utilizado por alguém que tenha, supostamente, um nível de conhecimento maior? É sobre essa problemática que nos debruçaremos no presente capítulo.

Karl Popper denominou o dilema exposto acima de “problema da demarcação”, que se desdobra em uma complexa discussão. Nicolau Copérnico propôs uma ideia que à época era simultaneamente ousada²⁵⁷ e não aceita de que a Terra não era o centro do universo, e sim o Sol – apesar de, atualmente, termos conhecimento para rechaçar que o Sol seja o centro do universo, sua contribuição foi relevante para a compreensão de que nosso planeta gira ao redor de seu próprio eixo e de uma estrela, o que é correto, provado e aceito como verdade científica

²⁵⁶ DUCE, Mauricio. Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema. **Polít. Crim.**, v. 13, n. 25, p. 42-103, jul. 2018.

²⁵⁷ Ousadia, aqui, seria entendida simultaneamente como “a distância entre o mundo da aparência e a realidade conjecturada, a hipótese explanatória” e, sobretudo, a possibilidade de que a conjectura seja testada cientificamente e seja incompatível com a realidade (POPPER, Karl. The problem of demarcation. In: WARBURTON, Nigel (ed.). **Philosophy**. Basic Readings. London: Routledge, 1999. p. 250).

atualmente, o que demonstra que não é correspondência à verdade que delimita o caráter científico de uma teoria²⁵⁸: atualmente sabemos que não é verdade que o Sol seja o centro do universo, o que não torna a teoria copernicana menos científica.

O interesse deve ser na demonstração da premissa desde que corresponda à verdade, ou seja, no aprendizado. Caso o interesse seja a demonstração de que a premissa está certa, em uma perspectiva eminentemente dogmática, há um claro prejuízo epistêmico que coloca em xeque a cientificidade das conclusões produzidas.

Diante de tais dificuldades, o empenho da jurisprudência norte-americana em estabelecer critérios que permitam conferir maior objetividade a essa identificação da *junk science* é evidente, sempre sob um enfoque epistêmico. No entanto, antes de nos debruçarmos sobre a *case law*, para melhor compreensão dos precedentes, é indispensável prosseguir com uma análise dogmática das *Federal Rules of Evidence*.

A já mencionada *Rule 602* dispõe que pessoas leigas devem se limitar a depor sobre conhecimento de “primeira mão” – afinal, permitir que pessoas leigas emitam opiniões sobre assuntos técnicos equivaleria a admitir como prova meras especulações. Assim, tal regra possui, igualmente, inegável caráter epistêmico. Ela é complementada pela *Rule 702*²⁵⁹, que foi modificada no ano 2000 para conformar-se aos parâmetros *Daubert*, que serão abordados com maior profundidade na sequência, tendo em vista que, antes, “a regra discutia apenas a qualificação do perito, que ele ou ela devem ser qualificados pelo conhecimento, técnica, experiência, treinamento ou estudo”²⁶⁰.

A regra atual permite, a seu turno, que a “testemunha técnica” deponha sobre fatos dentro de sua área do conhecimento, na forma de uma “opinião”, desde que qualificada como perita por seu “conhecimento, habilidade, experiência,

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 248.

²⁵⁹ Rule 702. A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

(a) the expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;
 (b) the testimony is based on sufficient facts or data;
 (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and
 (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.

²⁶⁰ AMERICAN BAR ASSOCIATION. Section of Antitrust Law. **Antitrust Evidence Handbook**. 2. ed. Chicago: American Bar Association, 2003. p. 179 (tradução nossa). No original: “Previously, the rule discussed only the expert’s qualifications, that he or she be qualified by knowledge, skill, experience, training or education”.

treinamento ou educação”. A mesma regra determina que o conhecimento “científico, técnico ou especializado” deve ajudar na determinação dos fatos litigiosos, sendo mandatório que a opinião tenha embasamento satisfatório em fatos ou dados (b), seja “produto de princípios e métodos confiáveis” (c), e, por fim, sejam aplicados diretamente para avaliação dos fatos da causa (d).

De toda sorte, a opinião deve ser tecnicamente embasada, até porque o método aplicado está sujeito ao *cross-examination* (*Rule 705*²⁶¹). É necessário dar ênfase ao caráter técnico-científico conferido como premissa necessária de admissibilidade ao depoimento do *expert*, haja vista que, conforme será exposto posteriormente, a Suprema Corte Estadunidense repisou tais conceitos, interpretando o que eles pressupõem.

Destaca-se, que, simultaneamente às *Federal Rules of Evidence*, são igualmente aplicáveis, como mencionado anteriormente, as *Federal Rules of Civil Procedure*, com cunho eminentemente procedimental. O conhecimento de algumas dessas regras é imprescindível para uma correta avaliação do caráter epistêmico ou não da prova testemunhal técnica nos Estados Unidos. A *Rule 26* das *Federal Rules of Civil Procedure* (2)²⁶² prevê a necessidade de disponibilização, ao menos noventa dias antes da data designada para o julgamento (D), de quem será a testemunha técnica que irá depor (A). O *expert* deverá apresentar um laudo escrito (B), que

²⁶¹ Rule 705. Unless the court orders otherwise, an expert may state an opinion — and give the reasons for it — without first testifying to the underlying facts or data. But the expert may be required to disclose those facts or data on cross-examination.

²⁶² Rule 26. [...] (2) Disclosure of Expert Testimony.

(A) In General. In addition to the disclosures required by Rule 26(a)(1), a party must disclose to the other parties the identity of any witness it may use at trial to present evidence under Federal Rule of Evidence 702, 703, or 705.

(B) Witnesses Who Must Provide a Written Report. Unless otherwise stipulated or ordered by the court, this disclosure must be accompanied by a written report—prepared and signed by the witness—if the witness is one retained or specially employed to provide expert testimony in the case or one whose duties as the party’s employee regularly involve giving expert testimony. The report must contain:

(i) a complete statement of all opinions the witness will express and the basis and reasons for them;
(ii) the facts or data considered by the witness in forming them;
(iii) any exhibits that will be used to summarize or support them;
(iv) the witness’s qualifications, including a list of all publications authored in the previous 10 years;
(v) a list of all other cases in which, during the previous 4 years, the witness testified as an expert at trial

or by deposition; and

(vi) a statement of the compensation to be paid for the study and testimony in the case. [...]

(D) Time to Disclose Expert Testimony. A party must make these disclosures at the times and in the sequence that the court orders. Absent a stipulation or a court order, the disclosures must be made:

(i) at least 90 days before the date set for trial or for the case to be ready for trial; or
(ii) if the evidence is intended solely to contradict or rebut evidence on the same subject matter identified by another party under Rule 26(a)(2)(B) or (C), within 30 days after the other party’s disclosure. [...]

obrigatoriamente deverá conter: (i) toda a opinião²⁶³ que será manifestada no depoimento, devidamente fundamentada; (ii) os fatos ou dados considerados para formação da opinião; (iii) provas utilizadas como suporte; (iv) as credenciais da testemunha, discriminando as publicações dos últimos 10 anos; (v) a lista de todas as demandas judiciais em que atuou como perito no 4 anos anteriores; (vi) uma declaração discriminando o valor que será pago pelo estudo e depoimento.

Como se vê, o laudo escrito fornece importantes nortes epistêmicos para que seja feita a avaliação preliminar de fiabilidade da prova, vez que, hipoteticamente, a partir das publicações dos dez últimos anos, será possível analisar se a conclusão a que chegou o perito é coerente com a sua vida acadêmica, ou, ao contrário, que o conhecimento foi produzido exclusivamente para o litígio. A mesma pista pode ser fornecida pela lista das demandas judiciais em que o perito atuou nos quatro últimos anos. É curial observar que há um dever de motivação, de modo a permitir a avaliação da racionalidade e dos métodos utilizados.

Embora as *Federal Rules of Evidence* digam respeito ao momento do depoimento propriamente dito (*trial day*), como visto nas *Federal Rules of Civil Procedure*, a fase preliminar ao julgamento (*pretrial*) também é de extrema relevância, pois será o momento no qual a parte contrária tomará conhecimento, por meio do laudo escrito e devidamente fundamentado, do que será defendido no momento do depoimento, para que haja tempo hábil de verificação das credenciais do perito e de seus trabalhos anteriores em juízo (até mesmo para que seja possível avaliar se a opinião não é contraditória com outras), assim como para contratação de um assistente técnico que poderá elaborar um contralaudo e fornecer respaldo ao advogado para o *cross-examination*.

Pode parecer que o *pretrial* e o *trial* sejam redundantes e impliquem em gastos desnecessários. Entretanto, a observação empírica demonstra que, durante o *discovery*, quando ambas as partes têm o dever de *disclosure*, ou seja, de disponibilizar todas as provas que suportam os *particulars of claim*, é comum que as disputas se encerrem em autocomposição²⁶⁴. Isso ocorre porque, os advogados

²⁶³ A palavra “opinião” deve ser compreendida, aqui, como sinônimo de parecer, ou laudo.

²⁶⁴ AVELINO, Murilo Teixeira. Admissibilidade da prova pericial na jurisprudência norte-americana: o que podemos aprender com os casos Frye, Daubert e Kumho. **Revista ANEP de Direito Processual**, v. 1, n. 1, p. 68-81, jan./jun. 2020.

fazem uma pré-avaliação epistêmica das provas da contraparte, avaliando, no caso de provas periciais, o grau de suporte dos enunciados apresentados.

De toda sorte, há diversos fatores claramente contraepistêmicos na forma como a prova técnica é produzida nos Estados Unidos: o fato de a contratação do perito ser feita e paga pela parte faz com que haja questionamentos quanto à sua imparcialidade. Ademais, por se tratar de um depoimento técnico, o *cross-examination* não seria tão eficaz para encontrar “falhas” nas conclusões apresentadas, fazendo com que seja mais fácil induzir o júri em erro²⁶⁵, seja por falta de compreensão do assunto discutido ou pela impossibilidade de valorar corretamente a prova. Novamente, aqui, fazemos remissão ao capítulo dos vieses cognitivos – uma vez que esteja perante a tribuna, o perito buscará atuar em um viés confirmatório das conclusões a que chegou, influenciando diretamente os jurados a partir de sua autoridade.

Richard Posner sustenta que as críticas são infundadas pelos seguintes fatores: 1) o perito tem uma reputação a zelar e não se sujeitaria a arriscar a sua carreira por apenas um caso; 2) o histórico acadêmico de publicações do perito fará com que ele se mantenha fiel ao seu objeto de estudo; 3) como sustentado acima, o sistema adversarial exige que o perito disponibilize a prova na fase pré-processual (*pretrial*), fazendo com que seja submetida a rigorosos testes de validação; 4) a *expert witness* será inadmissível caso não satisfaça os critérios metodológicos de sua área de conhecimento²⁶⁶.

O mesmo autor defende que a segunda crítica é parcialmente infundada, haja vista que um perito que não consiga se fazer entender, abordando um assunto essencialmente técnico de forma não palatável a um público leigo, fatalmente a prova terá uma relevância inferior à que se pretende, por não ser suficientemente persuasiva²⁶⁷.

A *Rule 706*²⁶⁸ confere a possibilidade de que a própria corte indique o perito, a requerimento da parte ou de ofício, nos moldes do que ocorre no Brasil, cuja

²⁶⁵ POSNER, Richard A. *An Economic Approach to the Law of Evidence... op. cit.*

²⁶⁶ *Idem.*

²⁶⁷ *Idem.*

²⁶⁸ Rule 706. (a) Appointment Process. On a party's motion or on its own, the court may order the parties to show cause why expert witnesses should not be appointed and may ask the parties to submit nominations. The court may appoint any expert that the parties agree on and any of its own choosing. But the court may only appoint someone who consents to act.

nomeação estará sujeita a impugnação. Embora se confira a prerrogativa de indicação de um perito do juízo, tal faculdade raramente é exercida²⁶⁹, em razão do marcante traço cultural do sistema adversarial, que interpreta que o exercício de poderes instrutórios por parte do juiz o aproximaria de uma postura inquisitorial, antiliberal e o afastaria de sua imprescindível imparcialidade.

Seja em caso de apontamento pelas partes ou pela corte, a Epistemologia jurídica deve se questionar sobre a fiabilidade da prova pericial, o que ganha especial relevância se considerarmos que o conhecimento produzido por um *expert* será fatalmente avaliado por um leigo (não havendo distinção entre o júri e o juiz togado). A partir dessa reflexão, há duas abordagens possíveis. A perspectiva internalista sustenta que uma crença autêntica somente poderá ser tomada por conhecimento caso embasada em motivos racionais da pessoa que sustenta a afirmação. A perspectiva externalista, por sua vez, exige, para que a crença autêntica seja considerada conhecimento, que ela tenha sido gerada por um processo confiável²⁷⁰.

Com o passar do tempo, foi-se questionando as credenciais de alguns peritos e a fiabilidade de algumas informações fornecidas por eles como se conhecimento científico fossem, sem apresentar um embasamento amplamente aceito por outros profissionais da área. Assim, analisaremos como se comportou a *case law* dos Estados Unidos no que tange ao estabelecimento de critérios para valoração da prova pericial.

(b) Expert's Role. The court must inform the expert of the expert's duties. The court may do so in writing and have a copy filed with the clerk or may do so orally at a conference in which the parties have an opportunity to participate. The expert:

- (1) must advise the parties of any findings the expert makes;
- (2) may be deposed by any party;
- (3) may be called to testify by the court or any party; and
- (4) may be cross-examined by any party, including the party that called the expert.

(c) Compensation. The expert is entitled to a reasonable compensation, as set by the court. The compensation is payable as follows:

- (1) in a criminal case or in a civil case involving just compensation under the Fifth Amendment, from any funds that are provided by law; and
- (2) in any other civil case, by the parties in the proportion and at the time that the court directs — and the compensation is then charged like other costs.

(d) Disclosing the Appointment to the Jury. The court may authorize disclosure to the jury that the court appointed the expert.

(e) Parties' Choice of Their Own Experts. This rule does not limit a party in calling its own experts.

²⁶⁹ TARUFFO, Michele. **A prova...** *op. cit.*, p. 111.

²⁷⁰ WARD, Tony. English Law's Epistemology of Expert Testimony. **Journal of Law and Society**, v. 33, n. 4, p. 572-595, Dec. 2006.

Os parâmetros para aferição da confiabilidade da prova técnica foram estabelecidos primeiramente em casos criminais. Em 1923, o emblemático caso *Frye v. United States* estabeleceu que o depoimento pericial deve ser baseado em “métodos científicos que sejam suficientemente estabelecidos e aceitos”²⁷¹, passando a ser conhecido como *Frye standard* enquanto teste de admissibilidade geral de provas científicas.

Em resumo, James Alphonzo Frye foi condenado por homicídio. Durante a instrução, o advogado da defesa arrolou uma *expert witness* para corroborar os resultados de um detector de mentiras aplicado sobre o réu – sustentava-se que a pressão sanguínea sofre alterações a partir de mudanças no humor da testemunha, com a demonstração de que sentimentos como raiva e dor produzem um aumento na pressão sistólica, aplicando-se a mesma conclusão caso a testemunha minta ou oculte fatos, diante do receio de detecção, o que não ocorreria se o relato fosse o retrato da verdade.

O réu foi submetido ao teste previamente ao julgamento, conduzido justamente pela testemunha técnica, que pretendia afirmar os resultados obtidos diante do júri. A acusação impugnou a prova, que foi acolhida pela instrução. A defesa, então, pleiteou de forma alternativa a submissão do réu ao detector de mentiras perante o júri, o que também foi negado. A Corte do Circuito do Distrito de Columbia²⁷² decidiu pela manutenção do indeferimento, tendo em vista que a conclusão apresentada pelo depoimento científico, para que seja admissível, deve “estar suficientemente estabelecida a ponto de ter aceitação geral no campo particular a que pertence” – tal hipótese ainda não teria ocorrido com a apresentação das alterações da pressão sanguínea sistólica como prova de que uma afirmação seria verdadeira ou falsa, ao menos não a ponto de ser admitida como prova em juízo. Trata-se de um critério objetivo que não abre muita margem interpretativa: há aceitação geral na comunidade científica? Se a resposta for negativa, o depoimento técnico não será admitido.

Apesar de antigo, o precedente possui relevância inegável até hoje, mesmo após o julgamento da trilogia *Daubert*, tendo em vista que importantes Estados,

²⁷¹ UNITED STATES. Court of Appeals of the District of Columbia. **Frye v. United States**. 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923). Disponível em: <https://casetext.com/case/frye-v-united-states-7/?PHONE_NUMBER_GROUP=P>. Acesso em: 12 out. 2021.

²⁷² Algo similar a um Tribunal Regional Federal no Brasil.

como Califórnia e Nova Iorque²⁷³, ainda utilizam integral ou ao menos parcialmente o *standard Frye* como regra geral de admissibilidade e fiabilidade da prova testemunhal técnica.

Quando a decisão foi proferida, em 1923, talvez a ciência não caminhasse a passos tão largos como ocorre atualmente. Assim, a aplicabilidade de tal critério poderia ser suficiente como critério epistêmico de fiabilidade naquela época. Hoje, a manutenção do *standard Frye* como único e exclusivo limitaria as possibilidades de introdução de inovações científicas em juízo – com isso, a *case law* evoluiu para estabelecer critérios adicionais.

Em 1993, o emblemático precedente da Suprema Corte Estadunidense *Daubert v. Merrell Dow Pharmac. Inc.*²⁷⁴ instituiu relevantes parâmetros sobre a confiabilidade do depoimento técnico, ao reconhecer que as *Federal Rules of Evidence* teriam substituído o *standard Frye* como padrão de admissibilidade da prova testemunhal técnica.

Em resumo, a senhora Daubert fez uso de um medicamento para enjoos durante a gravidez chamado de Bendectin, produzido pelo laboratório Merrell Dow Pharmaceuticals. Seu filho, Jason Daubert, nasceu com malformações (especificamente, a ausência de três dedos em sua mão direita, além de não ter um dos ossos no antebraço, sem contar outros problemas secundários), atribuídas, supostamente, ao uso do fármaco durante a gestação, o que motivou a família a ajuizar uma demanda indenizatória em face da indústria farmacêutica.

A família Daubert deveria provar, portanto, que o medicamento era teratogênico, ou seja, que causava defeitos de nascença e, para tanto, contratou peritos científicos para testemunhar em seu favor. Todos os estudos científicos preliminares não haviam demonstrado que o Bendectin aumentava os riscos de malformação se ministrado durante a gravidez, então foram utilizados estudos laboratoriais, sobretudo com testes em animais e análises químicas. Na primeira instância, as testemunhas técnicas foram excluídas, tendo em vista a inexistência de consenso na comunidade científica quanto aos malefícios causados pelo fármaco em análise. O tribunal confirmou o julgamento.

²⁷³ FUNK, Christine. **Daubert Versus Frye: A National Look at Expert Evidentiary Standards**. Expert Institute. August 9, 2021. Disponível em: <<https://www.expertinstitute.com/resources/insights/daubert-versus-frye-a-national-look-at-expert-evidentiary-standards/>>. Acesso em: 12 out. 2021.

²⁷⁴ UNITED STATES. US Supreme Court. **Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.**, 509 U.S. 579 (1993). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/>>. Acesso em: 12 out. 2021.

Finalmente, ao chegar na Suprema Corte, entendeu-se que as *Federal Rules of Evidence*, aplicáveis às cortes federais, preveem expressamente os parâmetros para admissibilidade do testemunho científico na *Rule 702*, superando (*overruling*) o entendimento de *Frye*. Segundo a Corte, o rígido parâmetro de “aceitação geral” estabelecido por *Frye* não encontraria suporte nas FRE, estando em descompasso com o espírito liberal das regras, já que impediria que o júri tivesse acesso a inovações científicas de grande credibilidade (*good science*²⁷⁵), mas que ainda não gozam de aceitação geral entre a comunidade científica. Foi determinado que o juiz deve atuar como um guardião (*gatekeeper*), impedindo que *junk science* seja utilizada como fundamento decisório pelo júri.

Remetendo à *Rule 702*, a Corte afirma que é imprescindível que o depoimento do perito pertença “ao ‘conhecimento científico’, vez que o adjetivo ‘científico’ implica no embasamento em métodos e procedimentos da ciência, enquanto a palavra ‘conhecimento’ denota um corpo de fatos conhecidos [...] aceitos como verdade”.

Estabeleceu-se, portanto, cinco fatores (não necessariamente cumulativos e apenas exemplificativos) para aferir a fiabilidade da metodologia utilizada pelo perito:

- 1) A teoria ou técnica empregada pelo especialista é geralmente aceita na comunidade científica?
- 2) Foi submetida à publicação e revisão pelos pares?
- 3) Pode ser e foi testada?
- 4) A taxa de erro conhecida ou potencial é aceitável?; e
- 5) A pesquisa foi realizada independentemente do litígio específico ou na intenção de fornecer a conclusão apresentada?²⁷⁶

Não apenas aceitação científica, critério suficiente em *Frye*, o magistrado pode também decidir pela fiabilidade da prova pericial se constatar que o método inferencial utilizado pelo perito possa ser testado e se foi revisado de forma isenta por pares. As margens de erro também podem ser analisadas, além, é claro, do critério estabelecido em *Frye*, de aceitação da comunidade científica relevante. Na mesma década do julgamento de *Daubert*, a Suprema Corte decidiu em outros casos a possibilidade de que o juiz examine, de forma discricionária, a conclusão da prova pericial – segundo Rachel Herdy, migrou-se de um entendimento de

²⁷⁵ FUNK, *op. cit.*

²⁷⁶ SILVA, Fernando Quadros da. O juiz e a análise da prova pericial. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 9, p. 11-30, 2018. p. 23.

deferência²⁷⁷ do juiz sobre a prova técnica produzida para um modelo de educação²⁷⁸.

Avaliar a taxa de erro é um critério de substancial relevância, pois pode fornecer um elemento de probabilidade mais concreto e passível de verificação que, se corroborado pelas demais provas, pode indicar uma conclusão específica. Carmen Vázquez, comentando a decisão em *Daubert*, afirma que uma margem de erro de 4% para mais ou para menos, em um exemplo no qual um radar em uma rodovia mediu a velocidade de um automóvel como sendo de 125 km/h, fará com que na realidade esteja, com certa margem de segurança, entre 120 km/h e 130 km/h²⁷⁹. Caso o limite seja de 110 km/h, teríamos uma prova conclusiva do excesso de velocidade, além da margem de erro. No entanto, caso o limite seja de 124 km/h não se poderia afirmar com certeza que o automóvel estava acima da velocidade (embora seja mais provável do que sim). Por evidente também entrarão na equação sobre a valoração da prova os *standards* probatórios.

O quinto fator, por sua vez, é de suma importância para avaliar se algum viés cognitivo influencia a conclusão pericial: caso se trate de estudo anterior ao litígio e conclusões à qual o perito já havia chegado independente de sua atuação em juízo, maior será a sua fiabilidade²⁸⁰. Do contrário, a prova seria epistemicamente suspeita.

A importância do caso *Daubert* foi tamanha que induziu à alteração da *Rule 702* das *Federal Rules of Evidence*, no sentido de introduzir o dever de que os tribunais apreciem simultaneamente não apenas a relevância (conforme *Rule 104* (a)) como também a confiabilidade das provas técnicas, em uma clara restrição às suas condições de admissibilidade²⁸¹. Além de ser aplicada nas cortes federais, boa das cortes estaduais também adotam o precedente *Daubert*, em graus distintos²⁸².

²⁷⁷ Neste contexto específico, afirmar que o magistrado adota uma postura de deferência em relação à prova pericial produzida equivale a afirmar que o julgador se abstém de avaliar a conclusão da prova pericial, delegando a um terceiro (o perito) a decisão.

²⁷⁸ HERDY, Rachel. Ni educación, ni deferencia ciega. Hacia un modelo crítico para la valoración de la prueba pericial. *Revista Discusiones*, v. 24, n. 1, p. 87-112, 2020.

²⁷⁹ VÁZQUEZ, Carmen. La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso *Daubert*. *Jueces para la democracia*, n. 86, p. 92-112, 2016.

²⁸⁰ VÁZQUEZ, Carmen. *De la prueba científica a la prueba pericial...* *op. cit.*, p. 125.

²⁸¹ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade...* *op. cit.*, p. 246.

²⁸² CAPPELLINO, Anjelica. *Daubert vs. Frye: Navigating the Standards of Admissibility for Expert Testimony*. Expert Institute. September 7, 2021. Disponível em <<https://www.expertinstitute.com/resources/insights/daubert-vs-frye-navigating-the-standards-of-admissibility-for-expert-testimony/>>. Acesso em: 12 out. 2021.

No entanto, a dúvida que persiste é a seguinte: de que maneira o magistrado, enquanto leigo na seara específica do *expert*, poderia exercer o controle que lhe foi atribuído pelo precedente mencionado acima sem uma dupla verificação científica do método? Michele Taruffo esclarece este ponto:

[...] em realidade não se espera que o juiz repita aquilo que o perito já fez (experimentos, investigações, cálculos), e nem mesmo que avalie o conteúdo das valorações que ele formulou. O dever do juiz é verificar a validade científica e a correção do método aplicado pelo perito, ou seja, verificar o fundamento racional e epistêmico daquilo que esse fez. O juiz não deve – nem mesmo poderia – tomar o lugar do perito, mas deve ter condições de verificar a confiabilidade científica da atividade por ele desempenhada e dos resultados obtidos.²⁸³

O que se fez em *Daubert* foi relegar, em última análise, à discricionariedade do juiz, a decisão acerca da admissibilidade ou não da prova técnica (regra da não adstrição do juiz ao laudo pericial). Mais uma vez, vemos que há uma convergência entre os dois grandes sistemas jurídicos de atribuir ao *arbitrium boni viri* do magistrado a decisão final. A diferença para *Frye* é que, ao invés de um critério objetivo (aceitação científica geral), os parâmetros em *Daubert* são mais maleáveis, cabendo ao juiz, e não à comunidade científica, avaliar se a prova científica produzida goza de credibilidade a ponto de ser admitida.

A princípio, os diversos critérios adicionais estabelecidos por *Daubert* podem parecer mais rígidos do que em *Frye* – entretanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos forneceu um claro parâmetro hermenêutico ao consignar que a regra de admissibilidade geral de *Frye* se configurava em um critério deveras rígido e contrário a princípios liberais, que tolheria a introdução de avanços científicos em juízo. Com isso, forneceu elementos indicativos de que os critérios estabelecidos não são cumulativos, além de meramente exemplificativos, e que a análise será sempre casuística, sendo indesejável que se busque um critério objetivo, definitivo e estanque.

Outro caso sobre a fiabilidade da prova técnica analisado pela Suprema Corte foi o de Robert K. Joiner contra a Monsanto, General Electric e Westinghouse Electric. O demandante, em razão de seu ofício como eletricista, era constantemente exposto a materiais cancerígenos presentes em insumos utilizados por ele no trabalho e fabricados pelos réus, o que, segundo se sustentou, levou ao

²⁸³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 248.

desenvolvimento de câncer de pulmão. As *expert witness*, com base em estudos anteriores, relataram que, ao menos, a exposição a essas substâncias “havia contribuído significativamente” para o desenvolvimento da doença²⁸⁴. Em primeira instância o processo foi julgado sumariamente improcedente, em razão de os estudos terem exposto os ratos de laboratório a doses extraordinárias das substâncias cancerígenas, que foram injetadas diretamente nos órgãos afetados.

O tribunal reformou a decisão por considerar que a decisão concluiu de forma diametralmente oposta ao perito, extrapolando a avaliação acerca da fiabilidade, além de ter retirado o poder decisório do júri. Finalmente, o caso subiu para a Suprema Corte, que avaliaria os limites do poder discricionário do juiz quanto à admissibilidade das provas. A decisão foi no sentido de ser impossível isolar por completo as conclusões da metodologia utilizada, não havendo demonstração específica com relação ao demandante, motivo pelo qual se decidiu que a prova pericial não era conclusiva com relação ao nexo de causalidade entre a exposição às substâncias nocivas e o desenvolvimento do câncer de pulmão²⁸⁵. A indissociável relação entre o método e sua conclusão se dava não por conta da incorreção metodológica isoladamente, sobretudo porque o método específico utilizado parecia adequado para demonstrar que as substâncias seriam nocivas em concentrações elevadíssimas, o que não permitira concluir que seriam causa do câncer.

Posteriormente, em 1999, outro precedente relevante do ponto de vista epistemológico foi decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Em *Kumho Tire Co. v. Carmichael*²⁸⁶, Patrick Carmichael dirigia seu automóvel quando o pneu traseiro direito explodiu, levando um dos passageiros a óbito e causando ferimentos severos nos demais. Em vista disso, ajuizou demanda indenizatória em face do fabricante, Kumho Tire. O *expert* arrolado pelos autores da ação atribuiu a explosão do pneu a falhas do fabricante – o que concluiu a partir de uma “inspeção visual e tátil no pneu”. A empresa, por evidente, discordou, questionando a (falta de) metodologia aplicada pelo perito, pleiteando sua exclusão com base na *Rule 702*.

A Corte Distrital, invocando o precedente *Daubert*, decidiu que os métodos aplicados pelo perito não eram cientificamente válidos, determinando a sua exclusão. Ao apelar, o décimo primeiro circuito, cassou a decisão, aplicando a

²⁸⁴ VÁZQUEZ, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial...** *op. cit.*, p. 128.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 130.

²⁸⁶ UNITED STATES. US Supreme Court. **Kumho Tire Co. v. Carmichael**, 526 U.S. 137 (1999). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/526/137/>>. Acesso em: 12 out. 2021.

técnica de *distinguishing* para concluir que o precedente *Daubert* não seria aplicável, tendo em vista que o depoimento em *Kumho Tire* diria respeito não a um depoimento técnico-científico, mas a uma observação empírica baseada na experiência. *Kumho Tire* recorreu, então, à Suprema Corte, para que esta decidisse se o precedente *Daubert* seria aplicável apenas às provas científicas ou também às aquelas baseadas em observação da realidade, a partir da experiência. A decisão foi convergente com a da Corte Distrital, ou seja, no sentido da exclusão da prova técnica por não resistir aos parâmetros de admissibilidade estabelecidos em *Daubert*, haja vista que a *Rule 702* não aplica distinções entre o conhecimento científico ou técnico, com a ressalva de que não há uma fórmula para aplicação em todos os casos se a prova técnica é admissível ou não: a aplicabilidade dos critérios estabelecidos em *Daubert* dependeriam das “circunstâncias particulares do caso particular em questão”, mas que a menção neste precedente de forma específica à cientificidade da prova se dava em razão do caso concreto, sendo inadequada a utilização da técnica de *distinguishing* para excluí-lo da aplicação de casos baseados na observação empírica e habilidades decorrentes da experiência.

Em suma, a decisão sobre a admissibilidade das provas técnicas é casuística: “a decisão de *Kumho Tire* por fim reconhece que o que realmente importa não é saber se o testemunho pericial possui base científica, e sim se é confiável – mas parece deixar todas as questões delicadas à discricção dos tribunais”²⁸⁷, o que se configura em “um importante avanço epistemológico”²⁸⁸.

O relevante aqui é que houve uma ampliação dos casos em que, potencialmente, os critérios estabelecidos pelo precedente *Daubert* seriam aplicáveis, vez que não ficariam restritos às provas científicas, mas igualmente em técnicas ou “observações baseadas na experiência”.

Isso não significa que os fatores para avaliação metodológica em *Daubert* tenham perdido relevância, mas apenas que deve ser feita uma maior reflexão quanto à sua aplicabilidade ou não: “os tribunais podem usar qualquer um, todos ou nenhum dos fatores de *Daubert*, e/ou outros fatores mais apropriados à tarefa do

²⁸⁷ HAACK, Susan. **Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito...** *op. cit.*, p. 180 (grifo no original)

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 214.

momento – confirma que esse assunto delicado deve ser deixado ao arbítrio dos tribunais”²⁸⁹.

Os parâmetros estabelecidos na trilogia *Daubert* parecem ter servido de fonte de inspiração à postura adotada pelo artigo 417 do *Código de Procedimiento Penal* colombiano²⁹⁰, que trata do interrogatório do perito. Adota-se uma postura reducionista, ou seja, segundo a qual deve haver “razões positivas que justifiquem o que afirma”²⁹¹ o perito. O magistrado, ao interrogar o *expert*, deverá obrigatoriamente abordar assuntos que permitam avaliar a fiabilidade do método, o que pode servir de inspiração para a realidade brasileira, muito semelhante à da Colômbia.

No contexto inglês, também há um precedente paradigmático que estabelece parâmetros de avaliação para a admissibilidade do depoimento técnico: Em *R. v. Bonython*, foi estabelecido que o assunto sobre o qual versará a opinião deve pertencer a uma classe em que o *expert testimony* é admitido e que a testemunha deve ter conhecimento suficiente acerca do assunto²⁹². A primeira premissa se subdivide em dois outros critérios: o assunto sobre o qual versa a opinião deve ser técnico, fugindo ao conhecimento comum de um leigo sobre a matéria, além de pertencer a uma área do conhecimento que seja suficientemente organizada e reconhecidamente aceitável²⁹³. Este, contudo, não é um critério de

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 242 (grifo no original).

²⁹⁰ Artículo 417. Instrucciones para interrogar al perito. El perito deberá ser interrogado en relación con los siguientes aspectos:

1. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto.
2. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto.
3. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables.
4. Sobre los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación.
5. Sobre los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso.
6. Sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza.
7. La corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaran también en el mismo juicio, y
8. Sobre temas similares a los anteriores.

El perito responderá de forma clara y precisa las preguntas que le formulen las partes.

El perito tiene, en todo caso, derecho de consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta.

²⁹¹ PÁEZ, *op. cit.*, p. 103 (tradução nossa). No original: “razones positivas que justifiquen lo que afirma el testigo”.

²⁹² WARD, *op. cit.*

²⁹³ *Idem*.

valoração, apenas de admissibilidade – é um juízo de cognição sumária acerca do potencial *probandi* da prova técnica.

Ainda no âmbito de Inglaterra e País de Gales, há muito se discutia a necessidade de inclusão de barreiras de admissibilidade para evitar que provas periciais sem embasamento científico levassem a condenações injustas. Assim, em 2014, foi introduzida a necessidade de que o perito inclua também informações sobre o método e referências utilizadas de modo que se possa avaliar se a opinião é suficientemente confiável para que seja admitida como prova²⁹⁴.

A conclusão parcial deste capítulo é a seguinte: o *civil law* tem muito a aprender com a análise e melhor compreensão das regras exclusionárias de cunho epistemológico no sistema adversarial, ao passo que, por outro lado, há um claro movimento nos países de *common law* em geral e, mais especificamente, nos Estados Unidos, de reduzir a complexidade das regras exclusionárias, que contêm diversas exceções, para conferir ao magistrado a decisão final sobre a admissibilidade das provas.

Embora os casos *Daubert*, *Joiner* e *Kumho Tire* sejam relevantes ao relegar à corte a avaliação sobre a confiabilidade dos depoimentos, cria-se, na prática, um duplo ônus probatório para o demandante, uma vez que deve demonstrar não apenas o seu pleito como também a confiabilidade dos meios probatórios eleitos para demonstrá-lo. Tal crítica, sobretudo na realidade dos Estados Unidos, onde os custos envolvidos em um litígio são substancialmente mais elevados do que no Brasil, tende a favorecer grandes réus corporativos²⁹⁵. Outro ponto de atenção é que, em geral, os magistrados carecem “do conhecimento essencial para uma avaliação séria do valor de um testemunho científico”²⁹⁶, em razão do intercâmbio com áreas nas quais não são fluentes, como a medicina e a engenharia. Embora as credenciais acadêmicas de um perito sejam indícios da fiabilidade de sua tese, confiar unicamente em tal fato é cognitivamente suspeito²⁹⁷.

A confiabilidade da prova está relacionada a diversos fatores, entre os quais a sua correta produção – é necessário avaliar a cadeia de custódia e aspectos

²⁹⁴ DUCE, Mauricio. Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. **Revista Ius et Praxis**, a. 24, n. 2, p. 223-262, 2018.

²⁹⁵ HAACK, Susan. **Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito...** *op. cit.*, p. 215.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 216.

²⁹⁷ DAMAŠKA, Mirjan. Epistemology and legal regulation of proof. **Law, Probability and Risk**, v. 2, p. 117-130, 2003.

técnicos relacionados para garantir que a prova não tenha sido contaminada e perca o seu valor probatório²⁹⁸. Nesse quesito, o maior desafio preliminar segue sendo o “problema da demarcação” mencionado no início deste capítulo, pois para um exercício pleno do convencimento motivado é necessário que os métodos utilizados sejam científicos. Apesar disso, os critérios estabelecidos em *Daubert* abrem caminho para que se faça um exercício de aplicação à realidade brasileira, cabendo, antes, um breve estudo sobre o regramento das provas testemunhal e pericial em nosso país.

²⁹⁸ ABELLÁN, Marina Gascón. Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema). **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 39, p. 347-365, 2016.

6. O REGRAMENTO DAS PROVAS TESTEMUNHAL E PERICIAL NO BRASIL E SUA VALORAÇÃO JURISPRUDENCIAL

6.1. O DIREITO SUBJETIVO À PRODUÇÃO DA PROVA NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os tipos de prova enumerados pelo ordenamento jurídico brasileiro são os seguintes: as pessoas (nas modalidades de prova testemunhal e depoimento pessoal), os documentos, as coisas, a perícia ou prova técnica, a inspeção judicial e as provas atípicas, expressamente admitidas nos termos do art. 369 do CPC, segundo o qual as partes “têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

O ingresso da prova será admitido enquanto “requisito de legalidade e constitucionalidade” contanto que não esteja “em conflito com nenhum outro bem ou valor assegurado na Constituição ou nas leis que impeçam o ingresso da prova em juízo”²⁹⁹. A relevância, a seu turno, equivaleria a um juízo preliminar de mérito, já que deve haver um nexo de causalidade entre os enunciados fáticos, suportados pelas provas que se pretendem produzir sobre eles, e as consequências jurídicas pretendidas pelas partes³⁰⁰.

É dizer: em nosso ordenamento jurídico há ampla liberdade probatória, contanto que se obedeçam a parâmetros éticos em sua produção, sendo mandatória a observância a direitos fundamentais. Nos aproximamos, assim, de um sistema de *free proof* muito mais permissivo do que o sistema fortemente exclusionário dos Estados Unidos. Embora haja diversos dispositivos que prevejam como serão regulados os meios próprios de prova, não há muitas restrições impostas às partes, deixando a cargo do magistrado a valoração do conjunto probatório produzido.

Trata-se de um direito à produção de provas que está intimamente relacionado às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e se desdobra, segundo Jordi Ferrer Beltrán, em quatro elementos: 1) direito à utilização de todas as provas hábeis a fundamentar a pretensão; 2) à efetiva utilização

²⁹⁹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. Prefácio de Michele Taruffo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 262.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 266.

(prática) das provas no processo, vez que a inexecução equivaleria à inadmissibilidade; 3) o direito a uma valoração racional das provas; 4) o dever de motivação das decisões judiciais³⁰¹.

Sob essa ótica, há um direito subjetivo à introdução da prova no processo³⁰², que garante não apenas a sua produção, mas a sua utilização, do que se extrai que, ainda que não sirva como suporte suficiente do enunciado fático que sustenta, deve ser valorada com a exposição dos motivos pelos quais não foi suficiente para cumprir com a sua função.

A possibilidade de utilização de todas as provas possíveis para demonstração de um enunciado fático pode ser interpretada como um “princípio epistêmico”, segundo o qual “quando se busca acertar a veracidade de um enunciado fático, deve se poder utilizar todas as informações úteis para tal finalidade”³⁰³. Destarte, “analisando a admissão da prova sob o prisma da busca da verdade, tem-se que devem utilizar no processo todos os elementos de conhecimento possíveis”³⁰⁴. Nada impede, embora haja dispositivos que restrinjam a produção de provas adicionais sobre fatos já provados ou sobre os quais haja confissão (cf. art. 443, I, CPC), que se produzam diferentes provas, inclusive de distintas modalidades, para aumentar o grau de corroboração da hipótese fática. No entanto, “pode-se falar de um rendimento decrescente de cada nova prova trazida se comparada a que lhe antecedeu, até o momento em que uma prova já não tenha mais qualquer relevância”³⁰⁵.

O assunto não é tão elementar quanto parece, já que o indeferimento da produção de uma prova sobre fato supostamente já demonstrado implica necessariamente em uma pré-valoração dos fatos pelo julgador, ferindo “pois, o núcleo duro do direito fundamental”³⁰⁶ à prova, o que não pode ser admitido.

³⁰¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales... *op. cit.*

³⁰² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 84.

³⁰³ BADARÓ, Gustavo. **Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879501/mod_resource/content/1/U9%20-%20Badaro%20-%20Direito%20a%20prova%20e%20os%20limites%20logicos.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2021. p. 5.

³⁰⁴ RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, v. 224, p. 41-61, out./2013.

³⁰⁵ MATIDA, Janaina Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Orientador: Noel Struchiner. 2009. 111 p. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. p. 53.

³⁰⁶ RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à prova. (...) *op. cit.*

Ainda que vigore, na prática, uma produção probatória fluída, é imperativa a paridade de armas, fornecendo às partes as mesmas oportunidades de demonstrar os seus pleitos, além de utilização de critério idêntico para avaliação, pelo magistrado, do conjunto probatório à sua disposição, como corolário de sua imparcialidade³⁰⁷.

Tais conclusões decorrem das cláusulas pétreas insertas no art. 5º, LIV, LV e LVI da Constituição da República³⁰⁸, que, respectivamente, asseguram o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e, por fim, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos. Essa última talvez seja a única regra de exclusão absoluta em nosso ordenamento jurídico, já que não permite sequer que uma prova obtida por meios ilícitos seja apreciada pelo juízo dos fatos, o que garante a observância de direitos fundamentais, ainda que com certo prejuízo epistêmico.

Como visto, nossa legislação instrumental limita-se a exigir que as provas sejam legais e moralmente legítimas. A despeito deste último ser um critério deveras vago, o CPC autoriza a utilização de meios de prova atípicos, isto é, aqueles não previstos expressamente pela legislação. Dispensável afirmar que as diversas espécies de provas típicas, como a documental, o depoimento pessoal, a testemunhal e a perícia, como já afirmado, são expressamente admitidas como meios para demonstração dos fatos narrados.

Embora seja inequívoco que discussões epistêmicas emanam de qualquer modalidade probatória, até mesmo da documental, nossa opção metodológica foi por restringir o presente estudo às provas testemunhal e pericial, em razão do elevado grau de subjetividade que permeia a sua valoração e da experiência totalmente diversa produzida, em especial, nos países de *common law*, com profícua doutrina e *case law*.

Feitas essas brevíssimas considerações, passaremos a abordar algumas provas em espécie, notadamente a prova testemunhal e a prova pericial, inicialmente a partir de aspectos procedimentais, para, então, tecer comentários críticos sobre a sua valoração a partir de parâmetros epistemológicos.

³⁰⁷ CARDOSO, Oscar Valente. O direito à prova como um direito fundamental. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 74, p. 64-75, maio 2009.

³⁰⁸ Art. 5º [...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...].

6.2. A PROVA TESTEMUNHAL E PARÂMETROS PARA A SUA VALORAÇÃO NO PROCESSO JURISDICIONAL BRASILEIRO

Não há maiores discussões quanto à relevância da prova testemunhal. Não raro, é a única modalidade probatória disponível para demonstração dos enunciados fáticos apresentados em juízo, sendo imprescindível para a solução de diversas controvérsias eminentemente fáticas. Entretanto, conforme estudamos em capítulos anteriores, qualquer ser humano (inclusive quando funciona como testemunha), pode apresentar falhas mnemônicas, além de vieses cognitivos que fazem com que, de forma involuntária, não seja capaz de relatar com precisão os fatos vivenciados. A importância desta modalidade probatória é patente na medida em que seu relato possui “forte pretensão de veracidade”³⁰⁹, o que se distingue da anteriormente mencionada função precipuamente contraepistêmica do advogado, que busca a confirmação de sua tese.

Já a partir das observações de Direito comparado, pudemos perceber que, nos ordenamentos de *common law* nos quais a valoração dos fatos é feita por jurados leigos, em vereditos não motivados, é comum que diversos questionamentos lançados às testemunhas não sejam sequer permitidos, por motivos que variam desde a possibilidade de especulação até por conta da ausência de vivência pessoal dos fatos, na maioria dos casos a partir de uma perspectiva epistêmica. Em razão de o presente estudo ter abordado as origens e motivações para continuidade da existência dessas regras de exclusão em outros países, nossa opção metodológica foi por analisar as normas atinentes à inquirição de testemunhas no Brasil ao final do trabalho, a fim de que nossa postura seja essencialmente propositiva e crítica, já de posse de uma bagagem maior de Direito comparado.

Como afirmado, no Brasil, há uma regra geral de exclusão de provas obtidas por meios ilícitos, prevista no texto constitucional. Assim, quando houver provas inadmitidas por regras formais, por evidente que não poderão ser utilizadas pelo juiz como elemento de convicção³¹⁰. Existem, ademais, outras regras de exclusão específicas, subdivididas entre aquelas baseadas em critérios subjetivos e objetivos. Entretanto, a maioria delas não é absoluta e, tal como a *hearsay rule*, pode ser flexibilizada.

³⁰⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 70.

³¹⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito...** *op. cit.*, p. 95.

Segundo Aury Lopes Junior, a prova testemunhal se reveste de três características principais: a) a oralidade, sendo que, inclusive, no CPP, é vedado que consultem apontamentos escritos durante o depoimento; b) a objetividade, vez que é impedida de emitir opiniões ou expressar juízos valorativos, sendo desejáveis filtros quando houver excesso de adjetivação no relato; c) a retrospectividade, em razão de a testemunha narrar fatos passados e já vivenciados por si³¹¹.

Em nossa legislação processual, as regras atinentes à prova testemunhal, encontram-se previstas a partir do art. 442 do Código de Processo Civil³¹²: ela será sempre admissível, a menos que os fatos que se pretendam demonstrar por meio dela já tenham sido provados por documentos ou tenham sido objeto de confissão (art. 443, I) ou ainda que somente possam ser demonstrados por documento ou exame pericial (art. 443, II)³¹³. Ainda que de maneira mais sutil do que ocorre nos Estados Unidos, os dispositivos legais mencionados se configuram em regras de exclusão de caráter objetivo, vedando, de forma indireta, que a testemunha leiga preste depoimento sobre conhecimentos técnicos que não são de seu domínio, seara relegada exclusivamente ao perito.

A ampla permissividade em nosso ordenamento fica ainda mais evidente, pois, mesmo em relações contratuais, nas quais prepondera a prova documental, as testemunhas podem ser utilizadas para demonstrar simulação (art. 446, I, do CPC) e vícios de consentimento (art. 446, II, do CPC)³¹⁴.

Há também regras de exclusão de ordem subjetiva, na medida em que o art. 447 do CPC³¹⁵ impede o depoimento de testemunhas “incapazes, impedidas ou

³¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 477.

³¹² Art. 442. A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso.

³¹³ Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:

I - já provados por documento ou confissão da parte;

II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

³¹⁴ Art. 446. É lícito à parte provar com testemunhas:

I - nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada;

II - nos contratos em geral, os vícios de consentimento.

³¹⁵ Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse

suspeitas”. Em tese, são impedidos de depor como testemunhas o cônjuge, o ascendente ou descendente em qualquer grau e colaterais até o terceiro grau (art. 447, § 2º, I), além daqueles que são partes na causa e “o que intervém em nome de uma parte” (como tutor ou representante legal) (art. 447, § 2º, III). Em sentido semelhante temos a redação do art. 228 do Código Civil³¹⁶ que, por meio de seu inciso IV, inadmite o depoimento de inimigo capital das partes. Aliás, no âmbito da legislação material, houve alteração legislativa no art. 228, § 2º, do Código Civil, introduzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que passou a permitir o depoimento da pessoa com deficiência. O art. 448 do CPC³¹⁷, por sua vez, possibilita que a testemunha deixe de depor sobre fatos prejudiciais a parentes próximos ou protegidos por sigilo profissional.

Mesmo assim, a dilação probatória é amplamente permissiva, não se tratando propriamente de uma exclusão, já que, nos termos do § 4º do art. 447 do CPC, “sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas”³¹⁸. Em sentido idêntico, o Código Civil confere ao juiz discricionariedade para admitir o depoimento de testemunhas incapazes (que, para efeitos da nossa legislação são os menores de 16 anos). Tais acréscimos indicam, tanto na legislação instrumental quanto material, sob uma interpretação

público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º São suspeitos:

I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;

II - o que tiver interesse no litígio.

§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

³¹⁶ Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos;

IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

§ 1º Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

§ 2º A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva.

³¹⁷ Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:

I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

³¹⁸ DINAMARCO, *op. cit.*, p. 100.

teleológica, o pleno exercício do direito à prova, deixando claro que as limitações devem ser as menores possíveis.

Até mesmo os critérios para valoração de testemunhas menores, impedidas ou suspeitas são extremamente vagos, já que o art. 447, § 5º, do novo CPC, se limita a afirmar que “o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer”. Embora possa parecer lacônica, a previsão deixa novamente clara a intenção do legislador de que o magistrado – e não a lei – seja o responsável por valorar a prova.

Como visto, há, no que tange a essa modalidade probatória, poucos limitadores quanto ao seu objeto e aos seus sujeitos (havendo apenas impedimentos e suspeições). A legislação instrumental brasileira confere, portanto, nos dispositivos introdutórios que tratam da prova testemunhal, grandes poderes instrutórios e valorativos ao juiz, conclusão de grande relevância que será rememorada mais adiante.

É quase contraditório o fato de que, em nosso sistema de *civil law*, existam poucas normas no que tange à imposição de restrições ou, melhor dizendo, de regras preestabelecidas quanto às perguntas que podem ser endereçadas às testemunhas, ao passo que, nos Estados Unidos, adepto do *common law*, haja infindáveis regras dispondo sobre a (in)admissibilidade das provas. Contudo, neste passo do estudo já sabemos que tal fato se deve devido a um paternalismo epistêmico com relação ao júri, para que não lhe seja dado supervalorar provas com valor probatório duvidoso.

Dando continuidade à análise dos dispositivos atinentes à prova testemunhal na legislação processual pátria, há um que chama atenção: a obrigação de dizer a verdade prevista no art. 458 do CPC³¹⁹, apesar de desejável, gera uma presunção de veracidade que recai sobre a prova testemunhal, em um caráter nitidamente contraepistêmico. Ao tomar o compromisso de dizer a verdade da testemunha, o juiz não deve jamais adotar uma postura deferencial ao depoimento, instigando questionamentos que possam levar a contradições e incongruências no relato.

Há, ademais, outro regramento no que tange ao tratamento conferido às testemunhas, exposto no art. 459, *caput*, do CPC, que determina que o juiz não admitirá perguntas “que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as

³¹⁹ Art. 458. Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado.
Parágrafo único. O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz afirmação falsa, cala ou oculta a verdade.

questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida” – teor idêntico ao do art. 212 do Código de Processo Penal. O § 2º do mesmo dispositivo recomenda o tratamento com urbanidade e que não lhes sejam feitas “perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias”. A legislação processual penal acrescenta, ainda, de forma acertada, a previsão de que o juiz não permitirá a manifestação de apreciações pessoais da testemunha, “salvo quando inseparáveis da narrativa do fato” (art. 213 do CPP).

Apesar de não haver restrições mais enfáticas quanto às perguntas direcionadas às testemunhas – e tampouco reprimendas às suas respectivas respostas –, o que se observa é que as provas, em sentido amplo, possuem um valor altamente subjetivo com relação ao ponto que pretendem demonstrar. Em tal medida, sua relevância dependerá “de quão boas eram as circunstâncias de quaisquer observações relevantes, e de quão bem a afirmação em pauta se encaixa num relato explicativo com os outros fatos relevantes presumidamente conhecidos”³²⁰.

No Brasil, os magistrados possuem, de forma geral, alta tolerância quanto à natureza e ao conteúdo das indagações endereçadas às testemunhas, sendo poucos aqueles que fazem um controle mais detido, indeferindo perguntas ou rechaçando eventual direcionamento, até mesmo pela ausência de parâmetros mais objetivos por parte da legislação, seja instituindo regras de exclusão (que são pouquíssimas e ainda podem ser facilmente excepcionadas) ou mesmo parâmetros de valoração preestabelecidos. Assim, nos aproximamos de um sistema de *free proof*, em consonância com as diretivas gerais do Código de Processo Civil, que relega ao magistrado a valoração simultânea da fiabilidade e da relevância do conjunto probatório.

A melhor doutrina reconhece tal problemática e recomenda impor limites – Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini afirmam que a testemunha “não deve emitir juízos de valor, opiniões, mas limita-se a relatar os fatos que sabe”, complementando, em seguida, que “a testemunha deporá sobre fatos, sendo vedadas as perguntas de cunho subjetivo ou que importem juízo de valor”³²¹.

³²⁰ HAACK, Susan. **Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito...** *op. cit.*, p. 155.

³²¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. v. 1. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 591 e 622.

Segundo este escólio, não deveria haver margem para relatos testemunhais sobre especulações.

Vitor de Paula Ramos, em sua tese “Prova Testemunhal”, defende que não deve ser admitido o depoimento quando versar sobre questões técnico-científicas:

[...] a prova testemunhal deverá ser indeferida se o sucesso positivo ou negativo da prova não puder, *em tese*, influenciar o resultado. Isto é, questões que sejam comprovadamente impossíveis de serem sabidas mediante a prova testemunhal. Por exemplo, não se deve admitir prova testemunhal a respeito de questões técnicas científicas, assim como não se deve admitir prova pericial para situações em que não há questões técnicas a serem dirimidas. A questão do valor da prova testemunhal deverá ser enfrentada na fase de valoração [...].³²²

Há também outros instigantes problemas que decorrem da prova testemunhal que são tratados com maior seriedade pela doutrina processual penal, como os casos de falsas memórias e falso testemunho. A primeira não é conduta típica, mas caso seja confirmada, deve ter seu valor probatório no mínimo relativizado, nos termos expostos anteriormente neste trabalho. O falso testemunho, por sua vez, é crime tipificado no art. 342 do CP.

No que tange ao depoimento por ouvir dizer, embora não haja qualquer regra que preveja algo semelhante a uma “hierarquia qualitativa dos meios de prova”³²³, a inexistência da regra nos países de *civil law* ocorre porque os legisladores “confiam, na verdade, na capacidade do juiz de distinguir o valor de um testemunho indireto ou de um testemunho direto”³²⁴. A lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, por sua vez, aborda as ressalvas impostas aos depoimentos prestados por testemunha referencial (também denominado de “depoimento indireto” – *hearsay*):

[...] a testemunha referencial, que é aquela que relata algo que ouviu de outra pessoa, a rigor, nada prova quanto à alegação de fato debatida no processo, provando apenas o relato em si. O depoimento da testemunha referencial serve ao processo como indício. A testemunha, de resto, apenas

³²² RAMOS, Vitor Lia de Paula. **Prova Testemunhal**. Do Subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. 2018. 171 f. Tese (Doutorado em Direito e Doutorado em Direito, Economia e Empresa) – Programa de Pós-Graduação em Direito e Programa de Doctorat en Dret, Economia i Empresa, Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universitat de Girona, Porto Alegre e Girona, 2018. p. 122-123 (grifos no original).

³²³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 173.

³²⁴ *Ibidem*, p. 176.

tem de enunciar o fato em juízo, abstendo-se de qualificá-lo, valorá-lo ou demonstrar o seu significado no contexto do litígio.³²⁵

No que diz respeito ao depoimento por “ouvir dizer”, quando o depoente fizer menção a terceiro, deve-se privilegiar a oitiva da fonte original, de ofício ou a requerimento da parte, tal como autorizado pelo art. 461, I, do novo CPC³²⁶. O mesmo dispositivo prevê, logo em seguida, a possibilidade de acareação de testemunhas que apresentem relatos conflitantes.

Não há embasamento legal para que se busque, no Direito pátrio, a inadmissibilidade do depoimento referencial. No entanto, ao conferir a possibilidade de que o juiz, de ofício, determine a oitiva da testemunha original, o legislador, em uma interpretação teleológica, indica de forma clara que, no momento da valoração, deve-se partir do pressuposto que o depoimento referencial possui peso probatório inerentemente inferior ao relato direto acerca dos fatos vivenciados. A valoração sobre se determinado meio de prova foi capaz de demonstrar com elevado grau de probabilidade que um enunciado fático de fato ocorreu, deve ter como critério exclusivo a sua relevância lógica.

Há poucas menções nos precedentes nacionais a vedações ou relativização do valor probatório do depoimento indireto – naturalmente, isso ocorre porque há pouquíssima discussão quanto ao tema, carecendo de análises aprofundadas quanto à eficácia epistêmica de cada meio de prova na realidade brasileira. Quando muito, mais comumente em casos criminais, há uma relativização do valor probatório do depoimento indireto (tratado aqui como “testemunho por ouvir dizer”), como se percebe no precedente abaixo do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 2. [...] não se pode admitir, em um Estado Democrático de Direito, a pronúncia sem qualquer lastro probatório, mormente quando os testemunhos colhidos na fase inquisitorial são, nas palavras do Tribunal a quo, “relatos baseados em testemunho por ouvir dizer, [...] que não amparam a autoria para efeito de pronunciar os denunciados” (fl. 1.506).

³²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado...** *op. cit.*, p. 453.

³²⁶ Art. 461. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte:

I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas;
 II - a acareação de 2 (duas) ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.
 § 1º Os acareados serão reperegrados para que expliquem os pontos de divergência, reduzindo-se a termo o ato de acareação.
 § 2º A acareação pode ser realizada por videoconferência ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

3. O Tribunal de origem, ao despronunciar os ora recorridos, entendeu “ausentes indícios de autoria e insuficiente o ‘hearsay testimony’ (testemunho por ouvir dizer)” (fl. 1.506), razão pela qual, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ, torna-se inviável, em recurso especial, a revisão desse entendimento, para reconhecer a existência de prova colhida sob o contraditório judicial apta a autorizar a submissão dos recorridos a julgamento perante o Tribunal do Júri. [...].³²⁷

Como visto, o depoimento por ouvir dizer colhido exclusivamente na fase pré-processual e não corroborado posteriormente em juízo não foi suficiente para embasar a decisão de pronúncia em processo criminal – segundo o STJ, embora não haja regra específica no Direito brasileiro rechaçando o depoimento indireto, “a testemunha deve depor pelo que sabe *per proprium sensum et non per sensum alteris*” – a valoração sobre o peso relativo desta prova foi feita de forma motivada pelo magistrado do caso.

Em sentido semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, também em julgado criminal, confirmou a rejeição de denúncia que se embasava unicamente no relato da mãe da vítima, visto que “não estava presente no local e momento dos fatos”:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RÉU DENUNCIADO PELO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, §2º, IV, DO CP). DECISÃO DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA (ART. 395, II, DO CPP). INSURGÊNCIA MINISTERIAL. PLEITO DE RECEBIMENTO DA EXORDIAL. NÃO ACOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO A DAR SUPORTE À TESE DA AUTORIA DELITIVA. RELATO ISOLADO DA MÃE DA VÍTIMA. MEROS BOATOS ACERCA DA DINÂMICA DO FATO DELITUOSO. TESTEMUNHA QUE APENAS “OUVIU DIZER” (“HEARSAY TESTIMONY”). NARRATIVA ISOLADA NOS AUTOS. INDÍCIO INSUFICIENTE PARA INICIAR A PERSECUTIO CRIMINIS. ALTERAÇÃO, EX OFFICIO, DO FUNDAMENTO LEGAL PARA O ART. 395, III, DO CPP. ACOLHIDO PEDIDO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO DEFENSOR DATIVO. APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES. RECURSO NÃO PROVIDO.³²⁸

Por evidente, em razão de o *standard* probatório em matéria criminal ser mais rígido, os critérios de valoração da prova testemunhal caminham de forma proporcional – a admissão do depoimento indireto em tais casos implicaria em flagrante violação ao princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, da CF), pois

³²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1373356/BA**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 28/04/2017.

³²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - 1ª C. Criminal – **Recurso em Sentido Estrito 0001438-90.2008.8.16.0024** - Almirante Tamandaré - Rel.: DESEMBARGADOR NAOR RIBEIRO DE MACEDO NETO - J. 20.04.2020.

devem ser interpretados como meros indícios que devem necessariamente contar com o suporte de outras provas.

Em julgados cíveis, a dificuldade de se encontrar precedentes que se prestem a valorar ou desconsiderar provas testemunhais com base em depoimento indireto ou especulação é uma tarefa muito mais difícil. Contudo, curioso observar que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região considerou em matéria previdenciária que o depoimento por ouvir dizer é insuficiente para demonstrar a atividade pesqueira para fins de aposentadoria por idade³²⁹.

Novamente no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, embora não tenha havido qualquer restrição na colheita dos depoimentos das testemunhas quanto às perguntas e respostas que lhes foram direcionadas, foi conferido o peso adequado pela Corte no momento da valoração das provas. No caso concreto, a autora pretendia demonstrar um comodato verbal. Contudo:

[...] todas as pessoas ouvidas ao longo do processo não passam de testemunhas indiretas ou de “ouvir dizer”, pois elas não presenciaram a formação do negócio de comodato, mas apenas ouviram o que a própria autora relatou a respeito desse suposto negócio; muito pouco, portanto.³³⁰

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes recentemente determinou o arquivamento de investigação que corria contra o senador Aécio Neves. Fundamentou, para tanto, que não haveria lastro probatório mínimo capaz de justificar a continuidade da investigação, tendo em vista que fora instaurada embasada no relato de dois delatores que “ouviram dizer” sobre a ocorrência de recebimento de propina por parte do senador Aécio Neves de pessoas que, ou já haviam falecido, ou negaram o teor das afirmações. Concluiu, assim, que o depoimento indireto, como teste de sua validade, deveria ser acompanhado de algum “elemento externo de corroboração capaz de sustentar, minimamente, a hipótese investigativa inicialmente delineada”³³¹.

³²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. ApCiv - **APELAÇÃO CÍVEL / MS 5000422-79.2016.4.03.9999**. Rel.: Desembargadora Federal ANA LUCIA JORDAO PEZARINI. 9ª Turma. Julgado em 30/03/2017, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 25/04/2017.

³³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - 17ª C. Cível – **Apelação Cível 0006352-38.2015.8.16.0030** - Foz do Iguaçu - Rel.: DESEMBARGADOR FERNANDO PAULINO DA SILVA WOLFF FILHO - J. 14.02.2019.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **INQ 4244**, Relator(a): GILMAR MENDES, decisão monocrática, julgado em 19/03/2021, DJe-55 DIVULG 22-03-2021 PUBLIC 23-03-2021.

O ponto convergente entre todos os precedentes trazidos acima é que a colheita do depoimento por ouvir dizer foi livremente permitida durante a fase instrutória, não havendo, ao que parece, qualquer reprimenda por parte do magistrado que conduziu os depoimentos, o que, conforme estudamos, não merece críticas, tendo em vista que não há critério objetivo e vinculante em nossa legislação que desautorize tais questionamentos.

Como visto, de forma incipiente e muito pulverizada, a jurisprudência pátria, ainda que de forma intuitiva, busca valorar o depoimento por ouvir dizer em conjunto com outras provas, sendo dever desconsiderá-lo por completo quando se estiver diante de *standards* de prova mais rígidos, como em casos criminais. Contudo, ainda que, em casos cíveis, vigore a regra da inferência da melhor explicação ou, conforme o caso, da prova preponderante, não menos importante é a discussão sobre a valoração do depoimento por ouvir dizer, já que não raro dizem respeito a discussões que, ainda que de cunho patrimonial, são capazes de gerar efeitos por décadas.

No âmbito cível, um pleito baseado unicamente em depoimentos por ouvir dizer ou especulações, sem qualquer suporte adicional de uma perícia ou prova documental, comporta, *a priori*, decisão com base nas regras ordinárias de distribuição do ônus da prova: a improcedência por não ter o autor se desincumbido de seu ônus *probandi*, equivalente a uma decisão “negativa acerca da veracidade dos enunciados fáticos”³³². Uma hipotética demanda indenizatória por acidente de trânsito que se baseie em prova consistente na opinião de testemunha não ocular acerca de como se deu a dinâmica do acidente, assim, não pode ser suficiente para embasar reparação civil da contraparte.

Por outro lado, se este hipotético acidente tiver sido presenciado por testemunha ocular que repassou seu relato a terceiro minutos antes de morrer, e tal prova estiver em consonância com outros indícios de culpabilidade, não há como deixar de se valorar a prova, mediante a atribuição do peso correspondente com todas as restrições que implicam o depoimento por ouvir dizer – trata-se da inferência da melhor explicação a partir do convencimento motivado, que, como leciona Michele Taruffo, não é cálculo nem arbítrio³³³.

³³² TARUFFO, Michele. **A prova...** *op. cit.*, p. 130.

³³³ Hablar de criterios para una elección racional de la hipótesis sobre el hecho, que se asume como “verdadera” porque es más aceptable sobre la base de las pruebas, no significa, por tanto, hacer

A lição de Frederick Schauer ilustra o nosso posicionamento sobre o assunto – neste avançado passo, já é possível afirmar que há, na legislação brasileira, ampla permissividade na produção das provas, o que não significa arbítrio no momento de sua valoração, que não deve jamais se afastar da racionalidade:

[...] um sistema de prova livre trataria a falta de fiabilidade de boatos tanto como uma questão de grau, quanto como uma decisão a ser tomada levando em consideração o contexto de afirmações extra-juízo específicas apresentadas para propósitos específicos. De acordo com essa abordagem, a prova por boatos seria raramente excluída, embora o seu peso seria normalmente diminuído pelo percebido grau de infiabilidade da específica prova por boatos em questão.³³⁴

A conclusão parcial deste subcapítulo é a seguinte: não há qualquer dispositivo legal que permita a adoção de regras de exclusão no Direito brasileiro – o indeferimento indiscriminado de perguntas em audiências, a menos que plenamente justificado, pode se configurar inclusive como cerceamento de defesa. Ainda que perguntas com peso probatório questionável sejam admitidas, a questão se resolverá no momento da valoração, por meio do reconhecimento que determinadas provas possuem eficácia epistêmica duvidosa na demonstração dos enunciados a que se referem. Não podemos olvidar que, se tal análise escapar ao juízo singular, será sempre possível a sua reavaliação pelo colegiado em segunda instância.

6.3. A PROVA PERICIAL E PARÂMETROS PARA A SUA VALORAÇÃO NO PROCESSO JURISDICIONAL BRASILEIRO

A legislação processual civil brasileira prevê, a partir de seu art. 464³³⁵, critérios essencialmente procedimentais sobre a prova pericial. Para efeitos deste

referencia a reglas precisas y estrictamente obligatorias sino a estándares capaces de orientar las elecciones sin determinarlas. La elección de la “mejor” alternativa, por ser más racional, no está completamente predeterminada ni es enteramente libre: no es cálculo ni arbitrio (TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos...** *op. cit.*, p. 294-295).

³³⁴ SCHAUER, *op. cit.*, p. 322.

³³⁵ Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando:

I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;

II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;

III - a verificação for impraticável.

§ 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§ 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

estudo, abordaremos exclusivamente os dispositivos que impliquem em alguma consequência ou reflexão epistêmica sobre a prova técnica, deixando de lado aspectos exclusivamente procedimentais, como prazos.

Logo no art. 156/CPC, o legislador previu taxativamente que “O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico”. Não se trata de faculdade por uma razão singela: o juiz, caso decidisse questões de fato atinentes a outras searas do conhecimento que não são de seu domínio, se afastaria da necessária racionalidade de que devem se reverter as decisões judiciais. A previsão, portanto, tem nítido intuito epistêmico. Leonardo Greco bem caminhou ao definir a distinção entre conhecimento técnico e científico: o primeiro seria “aplicado ao desempenho de uma atividade prática [...]. Existe, por exemplo, uma técnica para dirigir automóveis e outra para pilotar aviões; uma para fazer bolo de fubá e outra para fazer pão, e assim por diante”, ao passo que o conhecimento científico, mais profundo, seria aquele que se atinge por meio de métodos e parâmetros de pesquisa previamente estabelecidos e consolidados, para que se lhes possa conferir credibilidade e segurança³³⁶.

É relevante destacar que a exigência de que se trate de prova que dependa de conhecimento técnico automaticamente exclui conceitos estritamente jurídicos, desautorizando a produção de prova pericial em tais casos. Exemplo emblemático é a discussão acerca de “marca de indústria e comércio”, uma vez que “os conceitos de imitação, reprodução ou confusão”³³⁷ são jurídicos.

Já na seção correspondente à prova pericial, precisamente no art. 464 do CPC, percebe-se que ela não se resume, no Brasil, exclusivamente a aspectos científicos, abrangendo também assuntos que dependam de conhecimento técnico, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos a partir do precedente *Kumho Tires v. Carmichael*. O §1º prevê o indeferimento da prova, como regra de exclusão, caso a prova do fato não dependa de conhecimento técnico (I); caso outras provas já sejam suficientes para demonstrar o fato (II); ou, ainda, por questões relativas aos custos e tempo gastos, ou seja, quando “a verificação for impraticável” (III).

§ 4º Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa.

³³⁶ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. v. 2. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 222.

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 795.

Os §§ 2º e seguintes do mesmo dispositivo legal mencionado acima facultam ao juiz “a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade”. Trata-se de dispositivo que permite a substituição da perícia, em regra custosa e demorada, pelas testemunhas técnicas, conferindo maior rapidez e dinamismo ao processo³³⁸, em linha com o que ocorre na oitiva do *expert witness* na cultura processual norte-americana. Trata-se de simples inquirição ocorrida em audiência, sem a entrega de um laudo escrito.

A ressalva é que o fato de se tratar de perícia exclusivamente oral acrescida dos documentos técnicos apresentados pelas partes que a embasaram, com perguntas feitas em audiência, tal como abordamos com maior profundidade em tópico anterior, pode levar o perito a agir com vieses cognitivos e heurísticas, assumindo uma postura defensiva e lançando mão de inferências irrefletidas.

O art. 470 do CPC³³⁹, embora possa parecer trivial, traz importantes orientações que permitem refletir sobre o raciocínio do legislador. Ao prever que incumbe ao juiz o indeferimento de quesitos impertinentes, abre a possibilidade de que aqueles que induzam o perito a conclusões jurídicas sejam indeferidos³⁴⁰. O inciso II do mesmo dispositivo, a seu turno, abre a possibilidade de que o próprio juízo formule quesitos, o que reforça os já mencionados poderes instrutórios do juiz.

Após alguns dispositivos de ordem procedimental, o art. 473 do CPC³⁴¹ traz diversas informações relevantes para que se possa aferir a fiabilidade do laudo do

³³⁸ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 128.

³³⁹ Art. 470. Incumbe ao juiz:

I - indeferir quesitos impertinentes;

II - formular os quesitos que entender necessários ao esclarecimento da causa.

³⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 224.

³⁴¹ Art. 473. O laudo pericial deverá conter:

I - a exposição do objeto da perícia;

II - a análise técnica ou científica realizada pelo perito;

III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou;

IV - resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

§ 1º No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões.

§ 2º É vedado ao perito ultrapassar os limites de sua designação, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.

§ 3º Para o desempenho de sua função, o perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia.

expert, de forma muito semelhante aos critérios estabelecidos no precedente *Daubert*, da Suprema Corte dos Estados Unidos. A obrigação de que o laudo contenha a indicação do método utilizado, com o seu esclarecimento em “linguagem simples e com coerência lógica”, somada à necessidade de aceitação geral pelos pares da área técnica ou científica de que faz parte, nada mais é que uma réplica do critério discriminado no precedente *Frye* e uma das regras de *Daubert*, o que deixa patente a influência norte-americana e evidencia a relevância do estudo comparado.

Nos termos do art. 477 do CPC³⁴², a possibilidade de que os assistentes técnicos das partes apresentem os seus pareceres equivale praticamente a um *cross-examination* das conclusões exaradas no laudo, sendo dever do perito esclarecer eventuais divergências.

No que tange aos parâmetros para valoração da prova pericial, o art. 479 do CPC³⁴³ deixa claro que o juiz não está obrigado a curvar-se às suas conclusões, efetuando, na sentença, uma dupla valoração, inicialmente quanto à sua fiabilidade em si, já que pode “deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”, e, superada a fiabilidade, com relação à prova dos enunciados fáticos em si. O mesmo dispositivo faz remissão ao já mencionado art. 371 do CPC, que trata da valoração racional da prova. Fica claro que a valoração não será preliminar, nos moldes de uma regra de exclusão, cabendo à sentença avaliar tanto a fiabilidade quanto o grau de confirmação do enunciado sobre o qual se debruça a perícia: “O código não contempla regra prévia de valoração da perícia, porque isso equivaleria ao sistema da prova legal. O prestígio é do convencimento

³⁴² Art. 477. O perito protocolará o laudo em juízo, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º As partes serão intimadas para, querendo, manifestar-se sobre o laudo do perito do juízo no prazo comum de 15 (quinze) dias, podendo o assistente técnico de cada uma das partes, em igual prazo, apresentar seu respectivo parecer.

§ 2º O perito do juízo tem o dever de, no prazo de 15 (quinze) dias, esclarecer ponto:

I - sobre o qual exista divergência ou dúvida de qualquer das partes, do juiz ou do órgão do Ministério Público;

II - divergente apresentado no parecer do assistente técnico da parte.

§ 3º Se ainda houver necessidade de esclarecimentos, a parte requererá ao juiz que mande intimar o perito ou o assistente técnico a comparecer à audiência de instrução e julgamento, formulando, desde logo, as perguntas, sob forma de quesitos.

§ 4º O perito ou o assistente técnico será intimado por meio eletrônico, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência da audiência.

³⁴³ Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

racional do juiz. A lei libera o magistrado do absolutismo da perícia, proclamando-o *peritus peritorum*³⁴⁴.

O magistrado atua, portanto, como *peritus peritorum*, podendo decidir contrariamente às conclusões do laudo pericial, contanto que de forma fundamentada e amparado por outros elementos de prova. Em nossa leitura, o legislador nacional bem caminhou, assim, ao prever de forma expressa a adoção de um modelo deferencial crítico³⁴⁵. O que se busca, aqui, é combater uma tendência que se verifica de sobrevalorização da prova pericial, vez que, em regra, o magistrado deposita uma confiança exacerbada no perito nomeado por si³⁴⁶.

O Código de Processo Penal, a seu turno, possui previsões mais detalhadas especialmente com relação à cadeia de custódia³⁴⁷, em recentes alterações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime). A preocupação não deixa de ter justificação epistêmica, vez que objetiva que se evitem a manipulação e a contaminação dos insumos, materiais e vestígios que servirão como objeto de análise da prova científica.

No mais, há previsões semelhantes à legislação processual civil no que tange à possibilidade de apresentação de assistentes técnicos (art. 159, § 5º, II, do CPP) ou mesmo para esclarecer a prova, por meio de quesitos ou de oitiva do perito (art. 159, § 5º, I, do CPP)³⁴⁸. Essa última hipótese, no Brasil, é pouco utilizada na prática, e sua eficácia epistêmica é apenas limitada, dado que o perito responderá a quesitos elucidativos previamente elaborados após a entrega do laudo escrito – não há, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, uma inquirição cruzada mais veemente.

³⁴⁴ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo de Conhecimento. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 623 (grifos no original).

³⁴⁵ HERDY, Rachel. Ni educación... *op. cit.*

³⁴⁶ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 69.

³⁴⁷ Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

³⁴⁸ Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. [...]

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

Há, também, regramento específico incidente sobre algumas subespécies de provas periciais, com previsões adicionais no que tange à autópsia, exames de corpo de delito e perícias laboratoriais, a título exemplificativo.

Passando à análise jurisprudencial, vale rememorar que nossas cortes superiores são, em regra, vedadas de repisar premissas fáticas estabelecidas nas instâncias inferiores. Assim, como a valoração sobre a fiabilidade de provas periciais envolve juízos eminentemente fáticos, nossa pesquisa analisará algumas *ratios* de tribunais estaduais, com recorte específico para o Estado do Paraná.

Em precedente que trata de erro médico, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná determinou a produção de nova prova pericial uma vez que a anterior se mostrou “inconclusiva”³⁴⁹. A autora ajuizou ação de indenização de danos morais por erro médico, julgada improcedente vez que a perícia teria concluído que seria “impossível determinar quando e como ocorreu a lesão do plexo braquial em razão da ausência de juntada dos prontuários médicos”. Em vista disso, apelou alegando cerceamento de defesa e pleiteando a confecção de um novo laudo a partir da análise dos documentos faltantes. O TJPR deu provimento à apelação, sob o fundamento de que “o laudo pericial trouxe conjecturas a respeito do momento em que poderia ter ocorrido a lesão e de quais poderiam ter sido suas causas, sem, contudo, apresentar de forma fundamentada o que efetivamente ocorreu”, sendo considerado nulo por não ter explicitado minimamente as informações técnicas necessárias.

Em outro precedente, também da Corte Paranaense, novamente se entendeu que a prova seria “inconclusiva”. O caso envolve demanda por erro médico no bojo da qual foi produzido laudo pericial utilizado como fundamento principal para a improcedência. A autora apelou, sustentando que o *expert* não tinha conhecimento específico da área médica sobre a qual versava a demanda (ortopedia), além de que as respostas aos quesitos foram genéricas. O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná anulou a sentença determinando a produção de nova prova pericial, desta vez por conta da ausência de menção, por parte do perito, “a nomes de livros, sites

³⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - 8ª C. Cível – **Apelação Cível 0000759-36.2003.8.16.0034** - Piraquara - Rel.: DESEMBARGADOR CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO - J. 13.10.2021.

ou mesmo dos profissionais estudados para a elaboração da perícia³⁵⁰, não sendo possível aferir a fiabilidade do método utilizado, com o descumprimento dos requisitos contidos no art. 473 do CPC.

Como se vê, em ambos os casos trazidos acima, o juízo dos fatos em grau recursal bem caminhou ao anular os laudos periciais – apesar de o magistrado ser leigo na área sobre a qual versa a perícia, nem por isso deve atrelar a sua decisão ao laudo, mormente quando se está diante de laudos inconclusivos ou mesmo diante da ausência flagrante de requisitos previstos legalmente, como o dever de fundamentação e a obrigação de indicação do método (inclusive a bibliografia sobre a qual o laudo se sustenta).

Não raro o laudo apresenta indicativos de que o seu prolator foi atingido por vieses cognitivos ou mesmo que está imbuído de um voluntarismo corporativista que acaba por nebulizar a racionalidade do estudo com vistas a preservar um colega de profissão de uma provável condenação cível ou criminal – em qualquer dos casos, afasta-se de uma postura epistemicamente isenta, o que contamina as conclusões da prova técnica e deve ser rechaçado pelo magistrado, seja mediante a declaração de nulidade do laudo produzido, ou, caso as demais provas não sejam suficientes para formação de um juízo de convencimento, determinando a produção de um novo laudo, por diferente perito. Tal posicionamento se ampara na previsão de realização de uma segunda perícia caso a matéria não tenha sido “suficientemente esclarecida” (art. 480 do CPC).

No âmbito constitucional, nossa Corte Suprema assentou precedentes emblemáticos na temática da prova técnica. Em recurso extraordinário com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal excepcionalmente decidiu pela relativização da coisa julgada em ação de investigação de paternidade que havia sido julgada improcedente por falta de provas, já que o autor era, então, beneficiário da justiça gratuita e não tinha condições de custear o exame de DNA.

O voto-vista do Ministro Luiz Fux tece relevantes comentários sobre o caráter praticamente definitivo do exame de DNA, invocando, inclusive, o precedente *Daubert*, da Suprema Corte Estadunidense, para defender a excepcionalidade da relativização da coisa julgada após um rígido controle de racionalidade da prova

³⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - 9ª C. Cível – **Apelação Cível 0018642-78.2016.8.16.0021** - Cascavel - Rel.: DESEMBARGADOR DOMINGOS JOSÉ PERFETTO - J. 17.02.2020.

pericial, sobretudo quanto ao seu elevado índice estatístico de acerto. Convergente com a postura crítica de que o juízo dos fatos deve se revestir ao analisar as conclusões da prova pericial, afirma que não há espaço para uma deferência cega:

Com efeito, há um grande risco de que o julgador simplesmente se demita da prestação da jurisdição, delegando-a ao *expert*, sem que tome em consideração a prova técnica produzida em seus devidos termos, isto é, como um componente da instrução processual, e que, para lastrear uma decisão de mérito, deve se submeter, como qualquer outro material probatório, ao dever de motivação inerente ao sistema do livre convencimento motivado de valoração da prova civil (CPC, art. 131). Foi diante desses riscos, que se concretizam muitas vezes com a utilização, por peritos, de supostas técnicas que sequer gozam de aceitabilidade nos respectivos campos do conhecimento humano (*junk science*), que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América impôs aos juízes, principalmente a partir do célebre caso *Daubert vs. Merrell*, de 1993, um controle sobre a racionalidade da prova pericial a ser valorada em juízo. [...] Esses novos questionamentos em torno da prova pericial não são capazes de pôr em xeque, *em abstrato*, a confiabilidade do exame de DNA para a definição da paternidade biológica. Com efeito, tal exame, que ostenta a natureza de prova estatística, é dotado de ampla aceitação na comunidade científica e de altíssimo grau de probabilidade de acerto, mencionado pelos estudiosos do tema como de 98-99% de chance de alcançar um resultado que corresponda à verdade. No entanto, a verdade é que os índices abstratos de acerto do teste de DNA, para que se reflitam em uma prova técnica realizada em um processo judicial, dependem da confiabilidade *in concreto* do método científico realizado pelo laboratório especificamente designado pelo magistrado para a feitura do exame.³⁵¹

A discussão acima traz um exemplo emblemático acerca das reflexões que devem ser feitas pelo magistrado ao valorar racionalmente a prova pericial. Observa-se que foram aplicados simultaneamente e de forma expressa, dois dos parâmetros de confiabilidade estabelecidos em *Daubert*: a aceitação do exame de DNA perante a comunidade científica; e o baixíssimo percentual de erro incidente sobre a prova. O Ministro Luiz Fux deixa claro que a prova em análise resistiu ao teste estabelecido no precedente *Daubert*, o que pavimenta a continuidade de seu raciocínio para justificar a excepcionalidade da relativização da coisa julgada.

No entender do Ministro Luiz Fux, a partir dessas considerações, apesar de legítimas as preocupações com relação à observância do princípio da segurança jurídica, que acaba por ser atingido com a relativização da coisa julgada, o advento de avanço tecnológico superveniente justifica a propositura de nova demanda, desde que observado o prazo de dois anos para ajuizamento de ação rescisória,

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 363889**, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011 RTJ VOL-00223-01 PP-00420.

contado, neste caso, não do trânsito em julgado da decisão anterior, mas a partir do momento em que se tornou viável o exame de DNA, cabendo ao demandante o ônus de demonstrar o termo *a quo* da viabilidade de produção desta modalidade probatória.

A deferência cega, por óbvio, é indesejável, haja vista que inexoravelmente leva a uma sobrevalorização de uma prova com inferências potencialmente questionáveis, o que levaria o perito a substituir o papel do magistrado enquanto julgador dos fatos e possibilitaria, em alguns casos, que a decisão fosse baseada em pseudociência³⁵², hipótese na qual se daria, nas palavras do Ministro Luiz Fux, uma “demissão do julgador da prestação jurisdicional”. É salutar que haja uma desconfiança, traduzida por uma postura estritamente cética, não apenas quanto à conclusão, mas, sobretudo quanto ao método aplicado e a forma de coleta dos dados, o que servirá como filtro prévio da confiabilidade da prova pericial.

Em outros precedentes, mais recentes, o Supremo Tribunal Federal utilizou a existência de “consenso médico-científico” para: 1) fundamentar a favor da constitucionalidade da obrigatoriedade de imunização por meio de vacina, já que prevalece o interesse de toda a sociedade em detrimento de uma suposta liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais³⁵³; 2) reconhecer a nocividade do amianto tanto ao meio ambiente quanto à saúde humana, inclusive enquanto agente catalisador para a ocorrência de determinados tipos de câncer³⁵⁴. Tais conclusões, vale lembrar acompanham a determinação contida no art. 473, III, do CPC, segundo a qual o laudo pericial deve indicar o método utilizado e demonstrar a aceitação científica na área específica em que se originou.

Após o estudo do regramento de produção de provas em diferentes sistemas jurídicos sob uma perspectiva epistêmica, não há dúvidas de que é possível extrair ideias construtivas de ambos os lados: é dizer, o diálogo entre as diferentes tradições indica uma relação simbiótica, com a extração de parâmetros de valoração aplicáveis à nossa realidade processual.

³⁵² ABELLÁN, Marina Gascón. Conocimientos expertos y deferencia del juez... *op. cit.*

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1267879**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-064 DIVULG 07-04-2021 PUBLIC 08-04-2021.

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4066**, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018.

7. ANÁLISE COMPARADA DO PROCESSO JURISDICIONAL NACIONAL A PARTIR DE CRITÉRIOS EPISTÊMICOS

Tal como anteriormente exposto, a concreção da justiça exige não apenas a observância às garantias processuais fundamentais e uma correta interpretação da lei, mas também a verdade como pressuposto, ainda que utópico, que confere sentido ao processo, o que leva a questionamentos sobre critérios objetivos de validação da busca pela verdade – em outras palavras: as provas disponíveis aproximam ou distanciam a busca pela verdade?

Em um processo em que se discute a culpa pela ocorrência de um acidente de trânsito, nos quais a matéria fático-probatória muitas vezes se sobrepõe à discussão jurídica, não há dúvidas de que a existência de uma filmagem que demonstre que um dos veículos envolvidos no acidente avançou o sinal vermelho apresenta uma indicação objetiva da verdade superior a um relato testemunhal, que é composto por lembranças facilmente contamináveis.

Da mesma forma, um exame de alcoolemia, partindo do pressuposto de que não haja nenhum fator de contaminação da cadeia de custódia, também fornece uma prova mais robusta da embriaguez do que um relato testemunhal sobre os sinais aparentes, que podem ser facilmente confundidos com nervosismo. Como último exemplo, em casos de discussão acerca da paternidade, não há dúvidas de que o exame de DNA fornece um relato praticamente definitivo e seguro sobre a filiação, resistente ao critério estipulado no precedente *Daubert* quanto às taxas de erro e bem observadas pelo STF.

É de se destacar, contudo, ao contrário dos exemplos acima, a superioridade epistêmica de um meio de prova sobre o outro, de forma mais ampla, dificilmente será objetivamente apurável, envolvendo discussões de cunho estritamente subjetivo. A dificuldade aumenta quando, ao invés de se analisar um caso concreto, a verificação sobre a eficácia epistêmica é feita sobre normas abstratas. Essa é justamente a dificuldade do presente trabalho: aferir quais elementos presentes em ordenamentos jurídicos alienígenas, especialmente dos Estados Unidos, marcado pela existência de diversas regras de exclusão e o *cross-examination*, aproximam ou afastam o processo da busca pela verdade, e, ainda, se podem servir como fonte de melhoria à realidade brasileira.

Para além disso deve ser feita uma análise sistêmica, buscando entender as razões de existência de alguns institutos em seus respectivos ordenamentos, a fim de perquirir se sua importação faria sentido, o que deve ser visto com extrema cautela, sob pena de se configurar uma “supervalorização de modelos estrangeiros”³⁵⁵. Seria inconstitucional a imposição de restrições indevidas ao direito à produção de provas pelas partes, por meio da importação de regras de exclusão, o que é “fruto de reflexão tanto quanto possível objetiva, de que a pretendida inovação é [in]compatível com o tecido do ordenamento no qual se quer enxertá-la”³⁵⁶.

Outros fatores devem ser levados em consideração: se, na Inglaterra, foi abolida a tradição de séculos do júri cível, e nos Estados Unidos há uma tendência de simplificação das regras de exclusão, por outro lado, nos países de *civil law*, os precedentes ganham cada vez mais importância, com a atribuição, em alguns casos, de força vinculante (art. 927 do CPC³⁵⁷). Não é exagero afirmar que “se está numa tendência evolutiva de convergência entre as grandes famílias (*Civil Law* e *Common Law*)”³⁵⁸.

Essa análise cultural e de sistemas será feita da maneira mais isenta possível, já que nada seria mais contraepistêmico do que patrocinar, por meio deste trabalho, uma “guerra cultural”, por meio da qual se buscassem elementos para afirmar a superioridade de uma cultura jurídica ou de outra, em uma postura maniqueísta e xenófoba, impregnada de vieses confirmatórios, além de pouco racional. Propõe-se, assim, um modelo dialógico, que requer um reconhecimento mútuo da relatividade de cada cultura³⁵⁹, e, sobretudo, de seus respectivos vícios e virtudes sob o ponto de vista epistêmico.

³⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 1, n. 6, p. 36-44, jul./ago. 2000, p. 40.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 41.

³⁵⁷ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

³⁵⁸ FERRARO, Felipe Waquil. **A prova testemunhal...** *op. cit.*, p. 75 (grifos no original).

³⁵⁹ GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Juger en Amérique et en France**. Paris: Odile Jacob, 2003. p. 14.

7.1. PROPOSTA DE *LEGE FERENDA* PARA A VALORAÇÃO DO DEPOIMENTO INDIRETO (*HEARSAY*)

Como visto, o Direito probatório estadunidense é permeado por intrincadas regras de exclusão, que conferem ao magistrado o papel de *gatekeeper*, de modo a preservar os jurados do acesso a provas com peso epistêmico supostamente inferior ou a fim de garantir a observância de outros valores caros (como a vedação ao uso de provas ilícitas). O Brasil, em contrapartida, optou por um processo jurisdicional amplamente permissivo, o que se aproximaria de um sistema de *free proof*, ficando ao *arbitrium boni viri* a valoração do conjunto probatório conforme critérios de convencimento motivado.

Em ambos os casos, não faltam nomes relevantes que defendem, em polos diametralmente opostos, que o sistema “A” ou o sistema “B” teria superioridade epistêmica em relação ao outro. Em sentido semelhante, tanto os defensores quanto os críticos das regras de exclusão buscam justificativas epistêmicas para suportar os seus pontos de vista. Embora essa reflexão seja um dos objetivos do presente trabalho, qualquer diagnóstico simples e direto deve ser visto com ressalvas, uma vez que as diferenças no tratamento da prova em cada ordenamento se devem a uma multiplicidade de fatores históricos e culturais, que interagem de forma dialética e cambiante, tornando a análise da qualidade epistêmica casuística. Devemos partir do pressuposto de que “ambas as estratégias têm benefícios e prejuízos”³⁶⁰.

Susan Haack explica melhor como se influenciam mutuamente os fatores que tornam um método epitemicamente superior ao outro:

Em geral, é claro, qual meio legal de determinação da verdade funcionará melhor em determinado local ou tempo provavelmente dependerá, de maneira complexa, de questões históricas, culturais, econômicas e de costumes; e para o nosso próprio sistema legal, mas também no contexto maior dentro do qual opera.³⁶¹

³⁶⁰ HAACK, Susan. Epistemology Legalized: or, Truth, Justice, and the American Way. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 49, p. 43-61, 2004. p. 58 (tradução nossa). No original: “Both strategies have benefits; both have drawbacks.”.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 61 (tradução nossa). No original: “In general, of course, what legal way of determining the truth will work best at a given place or time is likely to depend in complicated ways on matters of history, culture, economics and social mores; and for our legal system itself, but also in the larger context in which it operates.”.

Felipe Waquil Ferraro³⁶², que estuda a diferença entre a prova testemunhal nos sistemas de Brasil e Estados Unidos, afirma, em síntese, que diversos fatores explicariam essa abordagem distinta: a) o julgamento por júri, mesmo em demandas cíveis, nos Estados Unidos, ao invés de um julgamento técnico pelo magistrado togado, como ocorre no Brasil; b) a prevalência, em nosso país, da escrita em detrimento da oralidade, embora a recente alteração legislativa de 2015 tenha buscado conferir maior visibilidade a esta última; c) o sistema adversarial, que predomina nos Estados Unidos, e torna o processo praticamente um “jogo”, do qual decorre o *cross-examination*, com amplo protagonismo das partes, tendo como contraponto o sistema inquisitorial nos países de *civil law*, nos quais o julgamento gravita em torno do juiz. Outro ponto de divergência, que explica as abordagens distintas, é que, ao contrário de nossa legislação, que é simultaneamente abrangente e específica, “normas processuais americanas são redigidas em uma linguagem desconcertantemente ampla, deixando uma larga margem de discricionariedade ao juiz de primeiro grau”³⁶³.

Cada um dos pontos mencionados acima se decompõe em diversos outros traços com grande potencial de influência sobre a dinâmica do processo jurisdicional. É certo que o sistema adversarial, de forma inequívoca, é permeado por uma noção privatista do processo, segundo a qual a “batalha” deve ser resolvida entre as partes com a menor intervenção possível por parte do magistrado, sob pena de influenciar indevidamente no resultado do jogo. Por outro lado, quando invocamos o sistema inquisitorial, fazemos remissão, não por acaso, à Inquisição, período conhecido por rompantes autoritários e perseguição a inocentes, o que não faz jus ao que ocorre na prática atualmente. É bem verdade que o papel do magistrado no processo inquisitorial é outro – ao invés de se comportar como mero árbitro do julgamento nos moldes do que ocorre no processo adversarial, por ser o destinatário das provas, um conjunto probatório mais robusto facilitará o seu trabalho, o que não significa que tal prática ocorrerá ao atropelo de garantias fundamentais do jurisdicionado.

Não se pode afirmar, portanto, que uma modalidade de processo jurisdicional seja mais democrática nem de maior qualidade do ponto de vista epistêmico do que a outra – há diferentes abordagens que dizem respeito,

³⁶² FERRARO, Felipe Waquil. **A prova testemunhal...** *op. cit.*, p. 89-92.

³⁶³ *Ibidem*, p. 90.

sobretudo, aos protagonistas na produção e no tratamento das provas, que podem ser as partes ou o juiz:

[...] *adversarial* é usado como sinônimo de liberdade, iniciativa individual, democracia, igualdade, justa competição e julgamento imparcial, enquanto que *inquisitorial* é compreendido como sinônimo de autoritarismo, privação de liberdade, paternalismo, parcialidade e intervenção do poder público na vida privada. Em verdade, utilizam-se esses rótulos, na maioria dos casos, sem que haja uma correspondência efetiva com a realidade dos sistemas processuais. [...] Com o objetivo de enfrentar esses problemas, pode-se empregar uma distinção mais correta e menos carregada de ideologia: a distinção entre sistemas probatórios “centrados nas partes” e “centrados no juiz”.³⁶⁴

A coleta das provas nos sistemas adversariais é encargo das partes, enquanto os sistemas não adversariais possuem um caráter publicista, com uma atribuição ativa ao julgador enquanto interessado na busca pela verdade – já defendemos anteriormente que a proatividade na determinação de produção de provas de ofício não retira do magistrado a sua imparcialidade, haja vista que não há como saber, de antemão, a qual das partes determinada prova beneficiará. Ao menos neste aspecto, o sistema inquisitorial parece se aproximar de uma maior qualidade epistêmica.

Isso porque deixar essa tarefa exclusivamente a cargo das partes, diretamente interessadas no resultado, pode ser pernicioso – da mesma forma, a cultura enraizada no processo adversarial de preparar as testemunhas previamente ao julgamento pode contaminar memórias e distorcer a verdade³⁶⁵.

Michele Taruffo entende que tanto o modelo inquisitorial quanto o adversarial possuem características desejáveis do ponto de vista epistemológico, que poderiam ser combinadas ao mesmo tempo em que regras contraepistêmicas sejam eliminadas, surgindo um novo sistema por meio do qual as partes possam “inquirir e contrainquirir todas as testemunhas sobre todos os fatos da controvérsia, e também em que o juiz tenha o poder de inquirir todas as testemunhas, sobre todas as circunstâncias relevantes para a decisão”³⁶⁶.

Susan Haack, por sua vez, defende que, consideradas as limitações temporais impostas ao processo, o sistema adversarial seria um bom meio de se buscar a verdade, mormente em razão do interrogatório cruzado, tendo em vista que

³⁶⁴ TARUFFO, Michele. **A prova...** *op. cit.*, p. 108 (grifos no original).

³⁶⁵ DAMAŠKA, *op. cit.*

³⁶⁶ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 188.

sendo o objetivo principal do advogado vencer, apresentará provas favoráveis ao seu pleito e, por outro lado, questionará e apontará falhas nas provas produzidas pela parte contrária³⁶⁷. A autora faz a ressalva, entretanto, que tal raciocínio parte do pressuposto de que há equivalência de recursos entre as partes, o que, sobretudo na realidade norte-americana, raramente acontece. No Brasil, não raro os recursos são poucos para ambos os lados, havendo que se considerar, inclusive, a deficiência no assessoramento legal das partes – neste caso, uma postura mais ativa do magistrado é desejável. Assim, ao menos para a realidade socioeconômica brasileira, um processo no qual o julgador tenha maiores poderes instrutórios parece ser desejável.

Outro ponto sensível de distinção é que sistemas hierarquizados de tradição continental são baseados em um processo escrito repleto de provas documentais, ao passo que os sistemas não hierarquizados de tradição anglo-americana, compostos simultaneamente por magistrados e júri, possuem na oralidade uma de suas principais características, estando sujeitos a influências de um evento único consistente na oitiva de testemunhas e no subsequente julgamento, tornando mais dificultosa a correta delimitação dos fatos relevantes³⁶⁸.

Parece-nos, destarte, salvo melhor juízo, que do ponto de vista epistêmico novamente o sistema inquisitorial apresenta uma leve vantagem, uma vez que a análise mais detida do conjunto probatório, fora de um ambiente de pressão e rapidez do *trial* e que facilmente induz vieses cognitivos, favorece análises mais refletidas e ponderadas.

Os esforços concentrados no *trial day* fazem com que a prova testemunhal possua pesos diferentes nos dois sistemas, compreensão necessária para uma correta comparação entre eles, tendo em vista que o peso exacerbado da oralidade no *common law* faz com que a prova testemunhal tenha um papel central que, nos sistemas de *civil law*, pode ser substituído ou, ao menos ofuscado, por outras modalidades probatórias, em especial a documental.

Ao contrário do que ocorre nos sistemas de *civil law*, nos Estados Unidos a testemunha é *party-centered*³⁶⁹, o que significa que, apesar de haver regras rígidas contra o cometimento de *perjury* (equivalente ao crime de falso-testemunho), ela

³⁶⁷ HAACK, Susan. Epistemology Legalized... *op. cit.*, p. 51.

³⁶⁸ DAMAŠKA, *op. cit.*

³⁶⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**... *op. cit.*, p. 70.

serve como elemento probatório confirmatório dos enunciados da parte que as arrolou, sendo preparadas previamente ao *trial*. Outro ponto de curial relevância é que, nos Estados Unidos, a parte que tiver indicado determinada testemunha delimitará os fatos passíveis de menção por parte dela, haja vista que a parte adversa, no momento do *cross-examination* não poderá ampliar o objeto de prova para além do que fora delimitado.

Relacionado a este traço de competição exacerbada que permeia o julgamento, sobretudo nos Estados Unidos, é muito comum, na fase preliminar do *discovery*, como afirmado acima, que as testemunhas sejam treinadas pela equipe legal da parte que as arrolou. Embora tenham o dever de dizer a verdade, não há uma expectativa de que as testemunhas “sejam neutras e imparciais”, do que resulta uma “tensão entre a obrigação de dizer a verdade e a inclinação da testemunha a contar a história mais favorável à parte que a chamou para depor”³⁷⁰.

No que diz respeito ao *cross-examination*, sua importância cultural e processual é tamanha que talvez a citação mais repetida nos tratados sobre Direito probatório norte-americano seja a célebre frase de John Henry Wigmore, para quem ela seria “a maior ferramenta legal jamais inventada para a busca pela verdade”³⁷¹. O *cross-examination* está tão arraigado na cultura jurídica adversarial que a utilização de uma prova testemunhal colhida em um processo anterior, ainda que submetida à inquirição pela contraparte e sob o compromisso de dizer a verdade, não poderá ser “emprestada” para que seja utilizada contra uma parte, em outro processo, a quem o depoimento cruzado não tenha sido oportunizado³⁷².

Embora, de fato, o domínio de técnicas de depoimento possibilite a descoberta de mentiras e contradições, também servem como ferramenta intimidatória que pode servir de gatilho a vieses cognitivos, tendo em vista que, na cultura jurídica estadunidense, ao que parece, “vencer a disputa é muito mais importante do que descobrir a verdade”³⁷³.

Aliás, mais do que isso, são frequentes as tentativas de assassinar a reputação de testemunhas, a fim de buscar incessantemente a sua descredibilização, o que é permitido e encorajado pelas FRE, haja vista que a *Rule*

³⁷⁰ TARUFFO, Michele. **A prova...** *op. cit.*, p. 228.

³⁷¹ *Cross-examination is the greatest legal engine ever invented for the search of truth.*

³⁷² MORGAN, Edmund P. The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence. **The University of Chicago Law Review**, v. 4, n. 2, p. 247-258, 1937.

³⁷³ TARUFFO, Michele. **A prova...** *op. cit.*, p. 125.

607³⁷⁴ prevê expressamente que “qualquer parte, incluindo a que arrolou a testemunha, pode atacar a sua credibilidade”.

Essa tentativa a qualquer custo de descredibilização do depoimento da testemunha não passa despercebida pela doutrina norte-americana, sendo cada vez mais comuns questionamentos quando há um *cross-examination* mais agressivo, notadamente quando já se parte do pressuposto de que a testemunha está mentindo mesmo sem haver indícios fáticos ou probatórios em tal sentido, já que o advogado naturalmente encara como um de seus deveres de ofício a obtenção do *impeachment* da testemunha:

Wellborn aponta que outras evidências empíricas indicam que uma inquirição suspeitosa (como aquela no depoimento cruzado) e o stress (um subproduto de um depoimento cruzado mais agressivo) tendem a fazer com que os depoentes “vejam suas respostas como enganosas mesmo quando estão sendo honestos, o que aumenta substancialmente os erros em detectores de mentira”.³⁷⁵

Em contrapartida, obviamente há também opiniões dissonantes que sustentam que o “assassinato de reputações” de testemunhas não é tão frequente quanto se propaga, o que tornaria o caráter epistêmico do *cross-examination* inegável, por dissuadir testemunhas de lançar relatos apócrifos da tribuna:

A importância do *cross-examination* é, com frequência, mal compreendida, e o seu valor social conseqüentemente subvalorizado, em decorrência da desconsideração do efeito dissuasor do direito ao depoimento cruzado. Em razão de o *cross-examination* ter a *possibilidade* de destruir a credibilidade de uma testemunha, na prática isso raramente acontece, o que acaba por manchar o instituto de forma errônea. A testemunha cuja credibilidade seria destruída pelo *cross-examination* não será intimada a depor ou tentará diminuir a hostilidade³⁷⁶ da contraparte por meio do reconhecimento, no depoimento direto, dos fatos que supostamente seriam abordados por ela.³⁷⁷

³⁷⁴ Rule 607. Any party, including the party that called the witness, may attack the witness's credibility.

³⁷⁵ ALLEN, *op. cit.*, p. 1542 (tradução nossa). No original: “Wellborn points out that other empirical evidence shows that suspicious questioning (like that in a cross-examination) and stress (a by-product of an aggressive cross-examination) tend to make even mock jurors “view their responses as deceptive even when they are honest, which significantly increases [lie] detection errors.”.

³⁷⁶ A expressão original utilizada foi “*pull the sting of the cross-examiner*”, que literalmente significa “tirar o ferrão do examinador cruzado”.

³⁷⁷ POSNER, Richard A. *An Economic Approach to the Law of Evidence...* *op. cit.*, p. 1490 (tradução nossa). No original: “The significance of cross-examination is often misunderstood, and its social value consequently underappreciated, because of failure to consider the deterrent effect of the right of cross-examination. Because cross-examination *can* destroy a witness's credibility, it rarely does so in practice, and so is mistakenly denigrated. The witness whose credibility would be destroyed by cross-examination will not be called at all, or will try to pull the sting of the cross-examiner by acknowledging on direct examination the facts that a cross-examiner could be expected to harp on.”.

Richard Posner sustenta assim, sem referências empíricas, vale dizer, que a mera possibilidade de enfrentamento de um depoimento cruzado faz com que a testemunha que esteja disposta a mentir em juízo reflita melhor sobre a sua conduta, sendo possível, até mesmo, que admita os fatos no depoimento direto, a fim de reduzir a hostilidade do advogado da contraparte. Pelo exposto, um depoimento cruzado mais enfático é desejável quando se sabe que a testemunha está claramente faltando com a verdade.

Deve-se ter em conta que a *Rule 611*³⁷⁸, (a), (3), inclui entre os seus objetivos “proteger a testemunha de assédio ou constrangimento indevido”. A mesma regra determina que o *cross-examination* deve ficar restrito aos limites do depoimento traçados pela parte que arrolou a testemunha (b), mas possibilita, durante o *cross-examination*, inclusive perguntas indutivas – as famosas *leading questions* (c, 1). Novamente entra em ação o caráter marcadamente privatista do processo estadunidense, vez que é raro que o magistrado intervenha no depoimento, ainda que conduzido com hostilidade tangível.

Parece-nos razoável presumir, aplicando a *ratio* de Richard Posner, que a ciência de que a testemunha não enfrentará, em regra, quando inquirida em juízo no Brasil, um depoimento cruzado mais enfático e que, caso minta durante o depoimento, possivelmente não irá se confrontar com qualquer consequência criminal, faz com que se sinta encorajada a mentir, caso esteja imbuída deste propósito. Aliás, foi somente a partir do CPC de 2015 que se introduziu no Direito brasileiro a possibilidade de que os advogados interroguem diretamente as testemunhas, diante da inspiração do depoimento cruzado³⁷⁹.

³⁷⁸ Rule 611. (a) Control by the Court; Purposes. The court should exercise reasonable control over the mode and order of examining witnesses and presenting evidence so as to:

(1) make those procedures effective for determining the truth;
 (2) avoid wasting time; and
 (3) protect witnesses from harassment or undue embarrassment.

(b) Scope of Cross-Examination. Cross-examination should not go beyond the subject matter of the direct examination and matters affecting the witness's credibility. The court may allow inquiry into additional matters as if on direct examination.

(c) Leading Questions. Leading questions should not be used on direct examination except as necessary to develop the witness's testimony. Ordinarily, the court should allow leading questions:

(1) on cross-examination; and
 (2) when a party calls a hostile witness, an adverse party, or a witness identified with an adverse party.

³⁷⁹ GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. **Revista de Processo**, v. 34, n. 178, p. 123-152, dez. 2009.

Nossa proposta se assemelha àquela de Andrés Páez, segundo a qual deveremos adotar uma postura reducionista pontual³⁸⁰, ou seja, de questionar a veracidade do depoimento testemunhal em casos específicos, nos quais se parte do pressuposto de que se trata de prova de qualidade epistêmica inferior ou quando houver indicativos de mentira.

Pelo exposto, o *cross-examination* possui inquestionável qualidade epistêmica, contanto que não seja utilizado como fator intimidatório, o que certamente poderá ser coibido pelo magistrado quando da colheita do depoimento caso perceba que o advogado da contraparte, mesmo sem qualquer elemento que permita atacar a veracidade do relato testemunhal, o faz meramente como ferramenta de coação.

Fica claro, assim, que a análise epistêmica do processo jurisdicional deve levar em consideração uma multiplicidade de fatores. Dentre eles, não há como negar que a maior influência sobre o tratamento da prova no âmbito dos Estados Unidos seja decorrente, ainda hoje, de júri não apenas em casos criminais, como também em demandas cíveis. O júri teve origem como garantia de que o povo julgasse os seus réus, a fim de evitar arbitrariedades. Contudo, atualmente a grande crítica é que houve uma migração de um processo místico e inquisitorial para um processo em que “a verdade é aquilo que o júri diz, portanto sem a preocupação na descoberta da verdade real”³⁸¹.

Outro fator passível de questionamentos é a inexistência de um dever de motivação que permita traçar o caminho lógico percorrido para se chegar ao veredito. O convencimento motivado, ainda que com um elevado grau de discricionariedade e subjetividade, permite aferir se a hipótese mais provável foi decidida de forma motivada a partir do conjunto probatório produzido. Eventuais erros de valoração são passíveis de correção, ainda, pela garantia do duplo grau de jurisdição, que não é automático, nem na Inglaterra e nem nos Estados Unidos. Todavia, essa reavaliação não é possível quando há apenas a comunicação da decisão final por meio de um veredito, até porque sequer se sabe o teor das discussões ocorridas entre os jurados para se chegar a uma determinada conclusão. Nos julgamentos por júri, não há como se avaliar o compromisso epistêmico do(s) jurado(s). Em contrapartida, nos julgamentos proferidos por magistrados togados,

³⁸⁰ PÁEZ, *op. cit.*

³⁸¹ FERRARO, Felipe Waquil. **A prova testemunhal...** *op. cit.*, p. 93.

ainda que, hipoteticamente, se afastem, por qualquer motivo, do dever de motivar racionalmente as razões de decidir, será possível reverter tal conduta ao se analisar os motivos da decisão (ou, em alguns casos, a falta de motivação).

Há quem sustente que, nos Estados Unidos, apesar de a *Rule 611* (a, 1), deixar claro que o papel do juiz é controlar a produção de provas de modo que “o interrogatório e a produção da prova sejam efetivos para a determinação da verdade”, este seria um objetivo secundário, com a legitimidade do processo jurisdicional sendo outorgada pelo *fair trial* – “trata-se de legitimação pelo procedimento, e não de uma técnica preocupada com a busca da verdade”³⁸².

De toda sorte, a maioria das numerosas e complexas regras de exclusão nos países do *common law* tem por objetivo, ao menos na teoria, evitar erros de valoração³⁸³, possuindo, portanto, natureza pretensamente epistêmica. Há duas abordagens possíveis quando se trata de jurados leigos: permitir a avaliação da prova, com a ressalva de que poderia induzir a conclusões equivocadas, ou a exclusão da prova em razão do grande risco de superavaliação³⁸⁴, em uma perspectiva de paternalismo epistêmico. Neste ponto, estamos diante de um dilema, tendo em vista “normas que parecem endereçadas a realizar uma finalidade epistêmica mas, em realidade, são epistemicamente contraproducentes, porque impedem a possibilidade de utilização de informações úteis”³⁸⁵. Gustavo Badaró prossegue em sua análise ao afirmar que o direito à prova pressupõe um regime de exclusão em caráter excepcional:

Nos sistemas probatórios em que às partes é assegurado um verdadeiro direito à prova, os critérios de admissibilidade devem ser concebidos a partir de um *regime de inclusão*: a regra é que os meios de prova requeridos pelas partes devem ser admitidos. Somente haverá exclusão nos casos de manifesta irrelevância ou impertinência do meio probatório requerido pelas partes. Inverter os sinais dessas premissas seria trabalhar com um *regime de exclusão*: em regra não se admite a prova, salvo se a parte demonstrar que a mesma é pertinente e relevante. Num sistema com esse cariz, o direito à prova não passaria de uma falsa promessa.³⁸⁶

Em contraposição à ideia acima, há um relevante princípio que suporta a existência das regras de exclusão nos países de *common law*, sejam elas

³⁸² TESHEINER, José Maria. Regras de exclusão no Direito probatório norte-americano. **Civil Procedure Review**, v. 5, n. 3, p. 75-100, Sep./Dec. 2014. p. 82.

³⁸³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 174.

³⁸⁴ DAMAŠKA, *op. cit.*

³⁸⁵ BADARÓ, *op. cit.*, p. 7.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 20 (grifos no original).

vinculadas às garantias constitucionais ou de caráter epistêmico, denominado de *best evidence principle*. A “melhor prova”, apesar de nos depararmos novamente com um conceito com elevado grau de subjetividade, pode ser conceituada como a informação a qual, dentro de um leque de informações razoavelmente disponíveis ao litigante, seja avaliada pelo juízo dos fatos – técnico ou não – como a mais útil na resolução da questão fática³⁸⁷. A remissão à razoabilidade, no conceito, está intimamente relacionada aos custos para produção da melhor prova – caso os custos para produção desta sejam superiores aos valores (se tangíveis) em discussão, sua produção deve ser deixada de lado.

A regra da exclusão do depoimento referencial seria uma aplicação indireta do princípio da melhor prova, haja vista que a oitiva da testemunha original, contanto que não implique em atrasos e custos exacerbados, teria um valor epistemicamente superior ao do depoimento indireto³⁸⁸.

O princípio da melhor prova poderia facilmente substituir, assim, a partir da ótica de seus defensores, diversas regras que governam a exclusão de provas e suas exceções. John Henry Wigmore criticou o princípio, sob o argumento de que o *best evidence principle* seria uma nomenclatura solta e cambiante para inúmeras regras específicas³⁸⁹. A complexidade de tais regras, assim, possui uma justificativa histórico-social que não pode ser reduzida a uma simplificação grosseira. Para o mesmo autor, a única regra da melhor prova existente no Direito probatório seria a que exige a apresentação de documentos originais.

Ainda em defesa da permanência das regras de exclusão, o “contextualismo epistêmico”, já mencionado em um capítulo anterior, defende, enquanto corrente doutrinária, que provas relevantes, e até mesmo confiáveis, devem ser excluídas a fim de prevenir câmbios no contexto epistêmico³⁹⁰. O que se pretende afirmar é que confiar nas capacidades epistêmicas do julgador (leigo ou técnico) no momento da valoração de uma prova com peso questionável relega a questão a um grau de subjetivismo exacerbado e imprevisível, o que acaba por reduzir a régua epistêmica do julgamento como um todo, levando, em última análise, a insegurança jurídica. É preferível, portanto, que não haja flexibilização de regras de exclusão nem que se confira maior discricionariedade ao julgador, para que o ônus da prova não seja

³⁸⁷ NANCE, *op. cit.*

³⁸⁸ *Idem.*

³⁸⁹ WIGMORE, John Henry. **Evidence in trials at common law...** *op. cit.*, § 1173.

³⁹⁰ EHRENBURG, *op. cit.*

cambiante e as partes se esforcem em uma instrução a contento, tendo ciência inequívoca de que provas por assim dizer inferiores serão automaticamente excluídas.

Apesar de todos os argumentos favoráveis, alguns dos principais estudiosos anglófonos do Direito probatório, como Thayer e Wigmore, relacionam a origem e continuidade das regras de exclusão com a sobrevivência do júri³⁹¹ – ao menos as mais clássicas, como a paradigmática *hearsay rule*. Destoando desta ideia, cabe lembrar que algumas restrições não estão relacionadas diretamente com o júri: o sigilo profissional entre cliente e advogado é uma garantia de ordem processual para que o cliente não se sinta inclinado a omitir fatos de seu procurador, o que objetiva, em última análise, a apresentação da melhor defesa técnica. Da mesma forma, as garantias contra a autoincriminação tiveram origem como forma de evitar as caçadas eclesásticas contra os hereges³⁹². Ambas, apenas para ficar em dois exemplos, são regras de exclusão ligadas a políticas sociais e garantias fundamentais que não têm qualquer objetivo epistêmico – o que ocorre, aliás, em tais casos, é justamente o contrário.

No entanto, não faria sentido replicar as regras de exclusão para a nossa realidade, indeferindo perguntas que possam levar a respostas com baixo grau de confiabilidade epistêmica? Richard Posner sustenta que as regras de exclusão não existem nos sistemas inquisitoriais porque não haveria mecanismos para aplicar as *rules of evidence* contra juízes³⁹³, isso porque, caso a produção da prova fosse permitida e posteriormente excluída, provavelmente o juiz seria influenciado por sua produção em uma medida de influência muito semelhante à de um jurado leigo³⁹⁴.

Mirjan Damaška faz uma ponderação interessante ao apontar que o ato de julgar rotineiramente também pode influenciar na qualidade da decisão, vez que um julgador técnico, em comparação com um leigo, tende a encarar o julgamento de forma profissional, o que leva à rotina, acionando portanto o sistema cognitivo que é rápido e irrefletido, em contraste com a excepcionalidade de um julgador ocasional

³⁹¹ TWINING, *op. cit.*, p. 61.

³⁹² MORGAN, *op. cit.*

³⁹³ POSNER, Richard A. *An Economic Approach to the Law of Evidence... op. cit.*

³⁹⁴ *Idem.*

(jurado), o que confere a esses últimos a capacidade de “perceber cada caso como um drama humano único”³⁹⁵.

Apesar disso, há uma diferença sensível entre o juiz e o jurado – o magistrado possui uma compreensão mais fiel sobre os motivos da existência de regras de exclusão que protegem garantias fundamentais, aplicando-as com maior tecnicidade. Ademais, a possibilidade de *accountability*, seja por meio da revisão das decisões dos magistrados togados ou de punições administrativas/criminais em casos nos quais houver excessos, também os diferencia. Some-se a isso o fato de o juiz poder ser treinado tecnicamente para compreender por que determinadas provas têm peso epistêmico superior. Todos esses fatores fazem com que haja uma gritante superioridade epistêmica do magistrado técnico em comparação com o jurado leigo.

O convencimento motivado, por meio da qual o juiz deve buscar, na sentença, a relação lógica entre os elementos de prova e a verdade dos enunciados fáticos apresentados pelas partes, desemboca na conclusão de que as regras de exclusão no Direito probatório devam se restringir ao mínimo possível³⁹⁶. A existência de excessivas regras de exclusão reduziria a qualidade da decisão, na medida em que excluem de sua apreciação provas potencialmente aproveitáveis, distanciando-se do conceito de justiça da decisão:

[...] um processo no qual existem distintas regras de prova legal e muitas regras de exclusão de provas relevantes será especialmente inadequado para permitir a adoção de decisões justas, enquanto que para essa finalidade será mais funcional um processo no qual se admitem todas as provas relevantes, sendo essas valoradas pelo juiz de acordo com critérios racionalmente válidos.³⁹⁷

Michele Taruffo é um ferrenho crítico da maioria das limitações impostas à atividade probatória, sobretudo das regras de exclusão, nos moldes do que ocorre mais especificamente nos Estados Unidos. O autor sustenta que a relevância é que deveria determinar a admissibilidade ou não de uma prova, tendo em vista que qualquer limitação em tal sentido tornaria o processo, ao menos em parte, contraepistêmico³⁹⁸.

³⁹⁵ DAMAŠKA, *op. cit.*, p. 119 (tradução nossa). No original: “[...] they retain the morning freshness of the capacity to perceive each case as a unique human drama”.

³⁹⁶ TARUFFO, Michele. **A prova...** *op. cit.*, p. 24.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 204.

³⁹⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade...** *op. cit.*, p. 171.

Um dos pilares que sustentaria a liberdade de prova, aos olhos dos que a defendem, seria a capacidade racional de juízes valorarem adequadamente os fatos com suporte no conjunto probatório produzido. Alex Stein, em contraponto a tal argumento, sustenta que “o direito probatório deve conferir aos litigantes uma série de direitos contra os riscos, que devem assumir a forma de imunidades contra a imposição judicial do risco de erro”³⁹⁹. Em outras palavras: a valoração probatória por parte do juiz está impregnada de valores de cunho altamente subjetivo, o que os afasta de uma decisão epistemicamente hígida e sujeita o jurisdicionado a erros inaceitáveis de privação de bens da vida extremamente caros, como a propriedade. O autor sustenta que os depoimentos por ouvir dizer, relatos sobre a conduta prévia e relatos científicos controvertidos não deveriam ser permitidos contrariamente ao acusado no processo penal⁴⁰⁰. Embora seja feita a ressalva de que a objeção mais veemente seria quanto à inaplicabilidade no processo penal, lógica similar se aplica ao processo civil, já que parte do pressuposto que tais provas seriam epistemicamente inferiores.

Embora os Estados Unidos ainda estejam muito longe de uma realidade processual sem a existência de regras de exclusão, o presente estudo demonstrou que há uma tendência contínua de declínio de sua importância e de generalizada simplificação⁴⁰¹, sendo inequívoco que, “desde Thayer, a tendência moderna foi a de ver o Direito probatório majoritariamente como uma coleção de restrições disparatas à liberdade de prova e livre avaliação da prova”⁴⁰². A visão de William Twining, portanto, é condizente com a aplicação de um princípio de prova livre submetido a princípios inferenciais de uma racionalidade prática⁴⁰³.

Jeremy Bentham também se filia a essa corrente ao afirmar que impor demasiadas restrições à produção da prova (especialmente por meio de numerosas regras de exclusão) seria equivalente a desprestigiar a verdade⁴⁰⁴. O autor defende,

³⁹⁹ STEIN, Alex. Contra la “prueba libre”. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 26, n. 2, p. 245-261, dec. 2013. p. 251 (tradução nossa). No original: “El derecho de prueba debe conferir a los litigantes una serie de derechos contra los riesgos, los que deben asumir la forma de inmunidades contra la imposición judicial del riesgo de error.”

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 255.

⁴⁰¹ TWINING, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 75 (tradução nossa). No original: “since Thayer, the modern tendency has been to see the Law of evidence largely as a collection of disparate constraints on freedom of proof and free evaluation of evidence”.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 424.

⁴⁰⁴ BENTHAM, Jeremy. **Rationale of Judicial Evidence**. Vol. I. New York: Garland, 1978. p. 196.

portanto, que a produção probatória deveria se aproximar da naturalidade⁴⁰⁵, afastando-se, com isso, da tecnicidade de um emaranhado de regras que restrinjam o acesso de quem as valorará, seja um juiz togado ou um jurado.

Ao menos nos *bench trials*, ou seja, aqueles nos quais o juízo dos fatos será proferido por um magistrado técnico, há um crescente abandono das regras de exclusão. Há quem defenda também que o paternalismo epistêmico em relação ao júri já não se justifica, na medida em que não há razões científicas para duvidar do discernimento do jurado com relação à distinção de provas com peso epistêmico inferior:

[...] a maior parte dos argumentos contemporâneos seguem os de Wigmore ao defender um relaxamento significativo, senão um completo abandono, das *rules of evidence* técnicas em procedimentos julgados por juízes⁴⁰⁶, decisões administrativas, e outras audiências fora do júri. Por outro lado, alguns comentários sugerem que a ausência de uma boa razão para duvidar acerca das competências de descoberta dos fatos do júri leigo moderno remove o principal obstáculo para a completa eliminação das regras de exclusão até mesmo em procedimentos do júri.⁴⁰⁷

Diante de tal conclusão, não há sentido na aplicação de intrincadas e confusas regras de exclusão a procedimentos que não sejam decididos por um júri leigo. Mas então, se as regras exclusionárias têm sido severamente criticadas e até caído em desuso, qual a relevância de sua compreensão no Brasil? A grande lição do estudo das regras de exclusão para a nossa realidade é que, apesar de, a essa altura, ficar muito claro que não há a menor necessidade de sua importação, as reflexões que delas emanam sobre os objetivos epistêmicos da prova preenchem uma lacuna no ensino jurídico brasileiro, onde não há uma disciplina probatória autônoma e sequer existe uma análise filosófica sobre a matéria. As críticas às regras de exclusão têm origem em uma reflexão, ao longo de séculos, sobre a sua eficácia enquanto instrumento facilitador da descoberta da verdade.

A “tropicalização” de institutos de outro sistema legal, portanto, deve ser vista com cautela, seja por incompatibilidade com o ordenamento jurídico, seja

⁴⁰⁵ CABRAL, *op. cit.*

⁴⁰⁶ A expressão original utilizada foi “*bench trial*”, que é justamente um procedimento no qual a decisão é proferida por um juiz técnico, ao invés de um júri leigo.

⁴⁰⁷ NANCE, *op. cit.*, p. 279-280 (tradução nossa). No original: “[...] much contemporary argument follows Wigmore in advocating a significant relaxation, if not wholesale abandonment, of the ‘technical’ rules of evidence in bench trials, administrative adjudications, and other nonjury hearings. Conversely, some commentary suggests that the absence of any good reason to doubt the fact-finding competency of the modern lay jury removes the principal obstade to the wholesale elimination of exclusionary rules even in jury trials.”.

porque, em alguns casos, as definições são aplicadas sem a sua compreensão conceitual ou “sem [...] estudar suas peculiaridades e controvérsias no país de origem”⁴⁰⁸. Ana Lara Camargo de Castro sustenta, em seu artigo intitulado de “*Hearsay* tropicalizado”, que a tradução literal do instituto por “depoimento indireto” não retrata a sua enorme complexidade, tendo em vista que o seu conceito é restrito e, como vimos acima, há incontáveis exceções que permitem a sua admissão como prova. Ao fim e ao cabo, “em ambos os sistemas, [...] prova relevante e crível é passível de admissão”⁴⁰⁹. Tal sugestão seria semelhante ao que ocorre atualmente no Brasil, onde, conforme técnicas de decisão, há uma dupla valoração da prova, tanto no campo de sua fiabilidade, quanto com relação à demonstração do fato em si (grau de corroboração da hipótese).

A existência de incontáveis regras de exclusão às perguntas direcionadas às testemunhas no Direito estadunidense, em contraposição às regras de natureza mais genérica presentes no ordenamento jurídico brasileiro, permite concluir que, aqui, confia-se ao juiz a prerrogativa, por sua formação técnica, de saber separar as provas que possuam valor epistêmico inferior. Contudo, é de se observar que não há em nossa cultura jurídica preparo para separar as regras epistêmicas daquelas de cunho exclusivamente político ou processual. Dessa maneira, o estudo das *exclusionary rules* tem o condão de fornecer ao operador do Direito brasileiro – sobretudo ao julgador – ferramentas que lhe permitam valorar corretamente a prova, isolando-se “as regras epistêmicas, que têm valor universal, utilizável por qualquer sistema probatório racional”⁴¹⁰.

Apesar de não haver regras objetivas que permitam, no Brasil, o indeferimento de perguntas às testemunhas sobre especulação ou sobre fatos relatados por terceiros, tais fatores devem ser levados em consideração no momento da valoração da prova. Isso porque se afasta da necessária racionalidade uma decisão que condena com base unicamente em uma especulação ou em um depoimento indireto isolado, não corroborado por outras provas, qualquer que seja o *standard* probatório aplicável. Moacyr Amaral Santos converge com a ideia de que o

⁴⁰⁸ CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Hearsay* tropicalizado: a dita prova por ouvir dizer. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, Porto Alegre/RS, a. 3, n. 6, p. 241-256, 2017. p. 241.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 256.

⁴¹⁰ TESHEINER, *op. cit.*, p. 99.

convencimento do magistrado deve tomar por base a melhor prova, privilegiando-se a oitiva de testemunhas com ciência pessoal dos fatos⁴¹¹.

Eventual incorporação dessas objeções em nosso ordenamento, por simples importação, não traria qualquer consequência prática, tendo em vista que não há, em nossas faculdades de Direito, qualquer preparo com relação à inquirição de testemunhas e ao *cross-examination* – é inerente à nossa cultura jurídica fazer perguntas de toda ordem, muitas delas livremente permitidas.

Mesmo em vantagem com relação ao ensino jurídico nos países de tradição continental, a *evidence law* anglo-americana acaba por focar seu objeto de estudo nas regras de admissibilidade e suas complexas nuances, em detrimento de uma compreensão mais ampla sobre a determinação dos fatos em juízo. É bem verdade que as regras de exclusão sempre arrastam relevantes debates quanto aos fundamentos epistemológicos de sua existência, o que por si só é capaz de trazer benefícios, lançando reflexões acerca de aspectos centrais da tradição racionalista, como a justiça das decisões, materialidade, relevância, admissibilidade, valoração, inferências, probabilidades, presunções e ônus e *standards* probatórios⁴¹².

A admissibilidade da prova testemunhal deve responder, portanto, a dois questionamentos simultâneos: 1) é relevante para demonstração de algum dos enunciados fáticos controvertidos? 2) viola algum valor fundamental não epistêmico, como a vedação à admissibilidade de provas ilicitamente produzidas? Caso a resposta à primeira pergunta seja afirmativa e à segunda negativa, a prova deverá então ser admitida, cabendo ao julgador dos fatos valorar o seu peso epistêmico na sentença, a partir de critérios racionais.

Definitivamente, nosso processo jurisdicional está bem equipado do ponto de vista epistemológico: a necessidade de motivação racional das decisões, por um magistrado técnico, e um julgamento que, embora demorado, proporciona uma análise mais cuidadosa e detida do conjunto probatório, é vantajosa em relação aos vereditos prolatados por jurados.

Em contrapartida, é salutar buscarmos inspiração em algumas práticas no *common law*, especificamente com relação à prova testemunhal, que possuem superioridade epistêmica em relação ao que ocorre no Brasil, por motivos que já

⁴¹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 12.

⁴¹² TWINING, *op. cit.*, p. 243.

foram explicitados no presente capítulo, notadamente as seguintes: a) um depoimento cruzado (*cross-examination*) mais enfático, quando houver algum indicativo de que a testemunha está mentido; b) o estudo e a reflexão sobre aspectos epistemológicos da prova, algo ainda incipiente em nossa cultura jurídica, que privilegia a análise dogmático-procedimental da matéria; c) a compreensão dos motivos que sustentam algumas regras de exclusão com cunho epistêmico nos países de *common law*, notadamente a *hearsay rule*, para que se proponha *lege ferenda* não a fim de tarifar a prova, mas de estabelecer critérios mínimos para a sua valoração, para que não se corra o risco de uma indesejada superavaliação capaz de violar garantias processuais.

O Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 – que dispõe sobre o novo Código de Processo Penal –, em trâmite na Câmara dos Deputados na forma do Projeto de Lei nº 8.045/2010, traz, sobre a temática da prova, alguns artigos especialmente relevantes para o presente estudo, mas que não excluem da valoração do juiz ou atribuem critérios para valoração de provas como o depoimento indireto. Os arts. 166, 167, 168 e 180⁴¹³ preveem, como destaque, que os principais critérios de admissibilidade serão a pertinência, relevância e a ausência de caráter protelatório, além, é claro, da inadmissibilidade das provas ilícitas, o que, como já vimos, nada tem a ver com a Epistemologia. Há vedação, nos moldes do que ocorre nos Estados Unidos, à manifestação das apreciações pessoais da testemunha, em sentido semelhante ao que já ocorre no atual CPP, em seu art. 213.

É igualmente salutar a previsão de que a existência dos fatos não pode ser inferida a partir de indícios, o que de certa forma fornece elementos de convicção para subvalorar provas com peso epistêmico questionável. No entanto, a lacuna

⁴¹³ Art. 166. O juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes, irrelevantes ou protelatórias.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 167. São inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos e as delas derivadas.

Parágrafo único. A prova declara inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

Art. 168. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação todos os elementos utilizados e os critérios adotados, resguardadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas.

§1º A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes.

§2º As declarações do coautor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova colhidos em juízo que atestem sua credibilidade. [...]

Art. 180. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

sobre o depoimento indireto não é suprida, razão pela qual prevalece a pertinência da sugestão de acréscimo de dispositivo que preveja parâmetros para valoração do depoimento indireto.

Quanto a essa última proposição, não haveria uma regra de exclusão com relação ao depoimento indireto, mas a previsão, tanto no Código de Processo Penal quanto no Código de Processo Civil, de previsão semelhante àquela incorporada pela Inglaterra, onde “O depoimento indireto, entendido como aquele referenciado por terceiro que não está depondo, não é vedado e pode ser utilizado como meio de prova, mas os seguintes fatores devem ser considerados no momento de sua valoração: I – a possibilidade de oitiva da testemunha original, que deverá ser privilegiada; II – a contemporaneidade do relato à época de ocorrência dos fatos; III – a existência de motivos para que o relato original tenha sido adulterado; IV – a adoção como prova indiciária que deve ser suportada por outras provas convergentes. Parágrafo único. A utilização do depoimento indireto, como um dos elementos de convencimento de um juízo condenatório, não implica automaticamente na nulidade do julgamento. Entretanto, caso a condenação tenha sido baseada primordialmente em depoimentos de testemunhas que não estavam presentes durante o julgamento, haverá fortes indicativos de violações a direitos fundamentais”.

Tal proposta, vale dizer, também está em linha com a interpretação conferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em precedente citado em capítulo anterior, já que a utilização de um depoimento referencial como argumento decisório não implica, *de per se*, em uma decisão violadora do contraditório – contudo, caso tenha sido o único, ou principal fundamento, não poderá fundamentar um juízo condenatório, seja cível ou criminal.

Por fim, a proposta ora apresentada não violaria qualquer outro dispositivo de nossa legislação, pelo contrário, vez que prestigia princípios constitucionais caros, com o exercício do efetivo contraditório e da ampla defesa, além de aproximar nosso processo jurisdicional de atingir o seu declarado objetivo epistêmico, sem contrariar a tônica de liberdade na produção de provas que vigora no processo jurisdicional brasileiro.

7.2. PROPOSTA DE *LEGE FERENDA* PARA A VALORAÇÃO DA FIABILIDADE DA PROVA PERICIAL

No Brasil, tal como ocorre nos Estados Unidos, há uma dupla valoração da prova, primeiro quanto à sua fiabilidade e, após quanto à sua capacidade de demonstração dos enunciados fáticos em litígio – a diferença é que, aqui, a avaliação é feita no momento da sentença. Os problemas que emanam da avaliação preliminar são os mesmos em ambos os ordenamentos jurídicos: de que maneira o magistrado, leigo na área técnica sobre a qual a prova é produzida, poderá avaliar o conhecimento produzido sem ter treinamento científico para tanto? Assim, a experiência norte-americana é valiosa ao fornecer critérios mínimos e exemplificativos para que se possa superar o “problema da demarcação”, já mencionado anteriormente, termo cunhado por Karl Popper para separar a ciência boa da ciência de qualidade duvidosa (*junk science*).

A *case law* dos Estados Unidos passou por anos de evolução até chegar à trilogia *Daubert*, que, vale dizer, ainda não é aceita em muitos estados relevantes, que ainda utilizam o critério *Frye*, segundo o qual o conhecimento intraprocessual produzido pela *expert witness* deve ter aceitação geral na sua área de origem. Visivelmente inspirado pelos precedentes *Frye* e *Daubert*, o legislador brasileiro bem caminhou ao prever, no art. 473, III, do CPC, que o laudo pericial obrigatoriamente deverá conter a demonstração de que é “predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou”. Observa-se que não se trata de parâmetro direto de fiabilidade que permita a exclusão da prova, mas sim de requisito que deve necessariamente estar presente no laudo pericial – diante de sua ausência, há três caminhos possíveis: a) o próprio perito que o produziu poderá ser intimado a complementá-lo; b) poderá ser produzido um novo laudo, por outro perito; c) caso as demais provas permitam uma conclusão independente do laudo, ainda que divergente, ele deixará de ser observado, por não fornecer critérios suficientes para avaliação de sua fiabilidade.

Essa inovação legal já demonstra uma inequívoca evolução em relação ao CPC de 1973, que não trazia qualquer previsão quanto à exigência de que o laudo explicitasse os métodos utilizados, nem tampouco quanto ao critério de aceitação geral na comunidade científica – embora o art. 436 do CPC revogado contivesse a previsão de que o juiz não estaria adstrito ao laudo pericial, na prática, a ausência de preocupação do legislador quanto à inadmissibilidade de *junk science* favorecia a

deferência ao laudo. Havia, pois, praticamente uma presunção quanto à fiabilidade e à cientificidade do laudo produzido, o que não mais subsiste e deve ser festejado.

De crítica ao método *Frye*, fazemos remissão a capítulo anterior que analisou tais parâmetros, tendo em vista que, nem sempre, a aceitação geral do método pela comunidade científica poderá ser adotada como critério único e suficiente de fiabilidade. Isso porque acaba por barrar a introdução de métodos científicos inovadores em juízo, vez que não estariam suficientemente consolidados para gozar de aceitação geral.

Outra experiência marcante do *common law* que pode ser analisada para buscar elementos que forneçam maior eficácia epistêmica à produção da prova pericial é a oralidade. Temos aqui, por evidente, a possibilidade de que o depoimento do perito incorra mais facilmente em vieses cognitivos do que com a existência de um laudo escrito, no qual deve haver a explicitação do método utilizado, em uma análise mais demorada e cuidadosa. Assim, os caminhos não se eliminam, sendo desejável uma maior oralidade nos sistemas continentais em geral em paralelo ao que já ocorre.

Apesar de a entrega do laudo pericial escrito favorecer a verificação dos métodos utilizados, das fontes citadas e de suas conclusões, uma etapa por meio da qual o perito, em audiência, fosse submetido ao contraditório, com esclarecimentos pelas partes e pelo juiz, aumentaria sobremaneira o intercâmbio epistêmico⁴¹⁴ para melhor compreensão de aspectos técnicos sobre os quais, se supõe, tanto as partes quanto o juiz sejam leigos.

Tal solução é semelhante à experiência australiana denominada de “*hot-tubbing*”, consistente em um debate entre perito, juiz, assistentes técnicos e advogados das partes, cujo intuito é o esclarecimento de desacordos – 83% dos magistrados e 84% dos advogados ouvidos em uma pesquisa sobre o método afirmaram que a experiência “é sumamente positiva” e que melhorava a qualidade das provas periciais⁴¹⁵. O depoimento cruzado mais veemente atua em caráter complementar a essa iniciativa, já que uma inquirição mais incisiva pode fazer com que argumentos que careçam de suporte técnico não resistam e sejam expostas as suas fragilidades.

⁴¹⁴ RIMOLDI, Florencia. Comunidad y contexto epistémico en la prueba pericial. **Revista Discusiones**, v. 24, n. 1, p. 61-85, 2020.

⁴¹⁵ VÁZQUEZ, Carmen. El diseño normativo de las pruebas periciales... *op. cit.*

Se a técnica mencionada acima fosse aceita, não haveria sequer necessidade de mudanças procedimentais, já que essa é a previsão contida no art. 473, § 3º, do CPC: caso após a apresentação da conclusão por parte do perito, permaneçam divergências devidamente fundamentadas apresentadas pelos assistentes técnicos e, não sendo possível chegar a um consenso, a existência de debates orais poderia fornecer ferramentas ao magistrado sobre qual das conclusões apresenta maior grau de probabilidade e de fiabilidade. Embora tal previsão exista, sua ocorrência é de difícil verificação na prática.

Outra solução interessante adotada por alguns ordenamentos é a nomeação de um terceiro perito, que atuaria quase como um árbitro, quando a dúvida do juiz permanecer ou ainda quando haja um desacordo entre perito e assistentes técnicos⁴¹⁶. Neste caso, o magistrado tampouco estaria sujeito a uma deferência cega, apenas por contar com um outro perito para opinar quanto à divergência técnica entre as partes, haja vista que, em nossa compreensão, o novo laudo estaria sujeito à observância dos mesmos parâmetros do anterior. Eventuais deficiências quanto à especificação de seus critérios metodológicos, igualmente resultariam em sua desconsideração.

Em linha com o que defendemos no subcapítulo anterior, no qual explicitamos que, diante de uma análise de Direito comparado, nosso ordenamento jurídico possui superioridade epistêmica com relação a diversos pontos, entre os quais a existência de um magistrado técnico em detrimento de um corpo de jurados leigo, o mesmo ocorre com relação à prova pericial. Isso porque é possível formar e educar o primeiro para que seja capaz de realizar inferências mais técnicas⁴¹⁷, o que não ocorre com o segundo.

Uma das possibilidades para superação deste problema seria o fornecimento de uma educação técnica maior para os atores do sistema legal, notadamente os magistrados⁴¹⁸. Por evidente, não se defende aqui que sejam iniciados nas mais diversas áreas do conhecimento humano, mas, sobretudo no âmbito dos tribunais estaduais e federais, a especialidade das câmaras pode ser uma solução satisfatória.

⁴¹⁶ *Idem.*

⁴¹⁷ VÁZQUEZ, Carmen. La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas. **Revista Discusiones**, v. 24, n. 1, p. 113-140, 2020.

⁴¹⁸ DUCE, Mauricio. Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema. **Polít. Crim.**, v. 13, n. 25, p. 42-103, jul. 2018.

A própria formação superior fornece ao magistrado ferramentas culturais que permitem aferir com maior precisão se as inferências utilizadas pelo perito possuem cientificidade ou não. Até por isso, a atuação do magistrado, nos Estados Unidos, se dá como *gatekeeper*, a partir de uma perspectiva de paternalismo epistêmico, a fim de proteger o jurado de ter acesso a provas com peso epistêmico questionável. Entretanto, quando essa atuação do juiz enquanto “porteiro” falhar, o jurisdicionado ficará vulnerável à deferência cega a crenças e argumentos de autoridade dos jurados em relação ao perito. Aqui, ao menos, caso as barreiras epistêmicas do julgador falhem, temos o duplo grau de jurisdição para que a prova possa ser revalorada de forma adequada, tal como ocorreu nos precedentes do TJPR que analisamos.

Contudo, Carmen Vázquez defende que a submissão a um “argumento de autoridade”, é, na maioria das vezes, adequada, a menos que a área de conhecimento objeto da prova pericial seja questionável, ou, da mesma maneira, quando a autoridade em si das credenciais do *expert* for duvidosa⁴¹⁹. Isso não quer dizer que o magistrado será refém da prova pericial, mas apenas que deve conferir certa credibilidade às credenciais apresentadas pelo perito, reconhecendo, de certa forma, a partir de uma postura humilde e realista, as suas próprias limitações técnicas. As partes possuem papel preponderante para mitigar esse caráter deferencial e equilibrá-lo caso as inferências do perito sejam deficientes, em uma divisão do trabalho cognitivo⁴²⁰.

Igualmente, iniciativas como o Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário, desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça, que pretende fornecer informações técnicas por profissionais médicos “para a tomada de decisão com base em evidência científica nas ações relacionadas com a saúde, pública e suplementar”⁴²¹, são bem-vindas, já que viabilizam que a valoração de aspectos de áreas específicas possua adequado respaldo, sem onerar excessivamente o jurisdicionado.

Qualquer análise de Direito comparado deve sempre ser muito cuidadosa ao avaliar as peculiaridades de cada sistema jurídico, sobretudo levando em consideração o contexto brasileiro, no qual são comuns litígios que corram sob os auspícios da gratuidade de custas e onde o acesso à justiça é garantido

⁴¹⁹ VÁZQUEZ, Carmen. La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial... *op. cit.*

⁴²⁰ *Idem.*

⁴²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema e-NatJus**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude-3/e-natjus/>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

constitucionalmente (art. 5º, XXXV, da CF) e tão necessário. Assim, sob uma análise sistêmica, sobretudo em casos nos quais esteja em discussão um bem da vida caro (como em discussões acerca do fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde, seja pelo Poder Público ou por planos de saúde), a iniciativa será salutar, pois confere cientificidade à decisão, ao mesmo tempo em que reduz custos da produção da prova técnica, viabilizando-a em casos nos quais possivelmente não seria produzida.

Por evidente, os mesmos critérios de valoração da fiabilidade devem ser aplicados a um eventual parecer emitido pelo Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário – não deve haver qualquer presunção de fiabilidade que leve, por se tratar de perícia emitida por núcleo vinculado ao Poder Judiciário, a um sobrepeso ou deferência cega da prova. Se ausente a indicação da metodologia, ou conflitante com outros elementos probatórios, nada impede que a decisão seja proferida em contrariedade ao parecer do referido Núcleo.

Tal discussão ganha especial relevância se considerarmos que, recentemente em nosso país, muitos médicos, hospitais, acadêmicos e planos de saúde renderam-se à utilização de medicamentos cuja eficácia já havia sido rechaçada por estudos científicos. Para além disso, o uso da cloroquina e da ivermectina para tratamento da covid-19 já havia sido desautorizado pelas principais agências reguladoras de medicamentos do mundo, organizações supranacionais (Agência Europeia de Medicamentos, *Food and Drug Administration*, dos Estados Unidos, além da Organização Mundial de Saúde⁴²²), e até mesmo pelo próprio fabricante da droga⁴²³, quando agentes governamentais e médicos por todo o Brasil ainda propagavam o seu uso.

Uma das pesquisas utilizadas para respaldar o seu uso fez o que qualquer iniciante em Epistemologia rechaçaria: partiu da conclusão e rompeu todas as barreiras éticas para buscar justificativas, ocultando mortes e utilizando métodos questionáveis (para fins do estudo, ainda que o paciente viesse a falecer, se fosse

⁴²² CNN BRASIL. **OMS, Europa e Anvisa não recomendam cloroquina para tratar a Covid-19**. 25 maio 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/entenda-as-recomendacoes-das-instituicoes-de-saude-contra-o-uso-de-cloroquina/>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

⁴²³ UOL. **Própria fabricante diz que ivermectina não tem eficácia contra a covid-19**. 05 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/02/05/fabricante-ivermectina-eficacia-covid-19.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

após 14 dias do contágio pela covid-19, a morte não seria mais considerada como decorrente dessa doença)⁴²⁴.

De toda sorte, o foco do presente estudo não é a análise da eficácia da cloroquina ou a politização de seu uso, mas apenas demonstrar que tal situação pode servir de laboratório sobre a avaliação de fiabilidade da prova técnica. Os pseudoestudos sobre a eficácia do medicamento para tratamento da covid, sob uma análise percuciente, não resistiriam a diversos dos critérios estabelecidos em *Daubert*, como a aferição dos métodos utilizados, a avaliação dos pares e aceitação perante a comunidade científica da qual faz parte. Há demonstração empírica, portanto, da aplicabilidade dos critérios para valoração da fiabilidade da prova pericial a casos concretos, com eficácia demonstrada para que se possa distinguir *junk science*. Talvez esse acontecimento tenha tangibilizado a importância do estudo da Epistemologia – o critério *Frye*, replicado pelo art. 473, III, de nosso CPC, seria suficiente para barrar, no âmbito do Poder Judiciário, eventual recomendação de uso da cloroquina para tratamento da covid, ainda que feita por médico, por carecer de aceitação na comunidade científica da qual faz parte.

Nossa legislação processual civil bem caminhou ao prever, no art. 479, a possibilidade de avaliação dos métodos utilizados pelo perito – tais critérios são complementares e não se eliminam. Sobre essa interpretação conjunta de ambos os dispositivos, Danilo Knijnik assim se manifesta:

[...] uma interpretação sistemática dos artigos 473, III, e 479 do CPC, também indica a adoção pelo legislador brasileiro da chamada ‘revisão e aceitação pelos pares’, como um dos critérios a ser utilizado na valoração da prova, ao lado de outros, como testabilidade, falseabilidade, possibilidade de erro e de revisão pelos pares e pela comunidade científica, sempre que possível.⁴²⁵

Com o perdão do trocadilho, diante da eficácia comprovada do teste *Daubert*, não parece despropositada a importação de seus critérios exemplificativos para valoração acerca da fiabilidade da prova pericial no Brasil, algo que o legislador poderia ter previsto em complementariedade aos dispositivos mencionados acima.

⁴²⁴ EL PAÍS. **Prevent Senior, em busca do macabro milagre da cura pela cloroquina que alimentou Bolsonaro**. 22 set. 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-09-23/prevent-senior-em-busca-do-macabro-milagre-da-cura-pela-cloroquina-que-alimentou-bolsonaro.html>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

⁴²⁵ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 205.

Não se trata de pré-avaliação (tarifação) da prova técnica, mas do estabelecimento de critérios que servirão como critério valorativo ao julgador, dando-lhe maior segurança ao decidir.

Assim, para além das comemoradas iniciativas mencionadas acima e, de forma semelhante ao que foi feito no subcapítulo que abordou a prova testemunhal, propomos, igualmente, *lege ferenda*, nos seguintes termos: “Ao avaliar a fiabilidade da prova pericial, o magistrado, para além de considerar a presença dos requisitos do art. 473, poderá observar os seguintes critérios, não cumulativos e apenas exemplificativos: I – se a teoria ou o método aplicados para se chegar à conclusão, total ou parcial, do laudo pericial, são predominantemente aceites pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou; II – se a teoria ou o método aplicados foram submetidos à publicação e revisão por pares; III – se a teoria ou o método aplicados foram testados em um ambiente extraprocessual; IV – se a taxa de erro é conhecida e, se for, deve ser avaliado o seu grau de aceitabilidade; V – se a pesquisa foi produzida exclusivamente para o litígio, ou se suas conclusões já haviam sido previamente publicadas independente de sua existência”. Os critérios enunciados podem ser utilizados isoladamente ou combinados – sua aplicação será casuística e atraída conforme a peculiaridade da prova pericial produzida.

Com isso, esperamos ter contribuído para a análise dos fundamentos epistemológicos da prova. Como vimos, a importação irrefletida de institutos de Direito estrangeiro, sobretudo quando se trata de outro macrossistema, deve ser combatida. No entanto, não se pode ignorar que alguns aspectos ainda incipientes no Brasil, como o estudo da Epistemologia e, a partir dela, reflexões sobre a eficácia das provas testemunhal e pericial enquanto meios para a descoberta da verdade, são há muito estudados pela *case law* e pela doutrina alienígenas, lançando necessárias reflexões sobre o aproveitamento de alguns aspectos culturais e jurídicos, desde que consideradas as peculiaridades de cada local.

8. CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi analisar as regras de exclusão existentes nos países do *common law* em relação às provas testemunhal e pericial, a partir de uma análise macrocomparativa, sobretudo nos Estados Unidos, a fim de buscar elementos que possam aprimorar a qualidade epistêmica das provas produzidas no processo jurisdicional brasileiro. Também analisamos como a matéria é tratada por alguns países de tradição continental, a partir de uma análise microcomparativa, para aferir como ordenamentos de *civil law*, como o francês, o italiano e o colombiano, avaliam a fiabilidade do depoimento testemunhal e da prova pericial.

Para tanto, verificamos a importância do conhecimento dos fatos ao julgamento de uma demanda. Todo processo jurisdicional, independente do grande sistema ao qual pertence, deve se orientar pela busca pela verdade dos fatos juridicamente relevantes a fim de que possua legitimidade. Embora seja inequívoco que a busca pela verdade constitua um fator epistêmico fundamental para uma decisão justa, é utópico e ineficaz afirmar que o que se estabeleceu no processo corresponde ao mundo dos fatos, ou mesmo buscar incessantemente essa correspondência. Assim, toda decisão se resumirá a um grau maior ou menor de confirmação das hipóteses formuladas (probabilidade). Nesta toada, elementos de prova devem ser valorados não como um retrato do mundo dos fatos, mas como indícios que suportam, em variados graus, determinado enunciado fático.

A justiça de uma decisão se verifica quando uma lei é aplicada a uma fixação dos fatos correspondentes à verdade, com a observância a garantias fundamentais e a utilização de inferências racionais justificadas nas provas produzidas. Deve-se buscar, assim, que as ferramentas disponíveis para fixação dos fatos (meios de prova) tenham qualidade epistêmica e, simultaneamente, sejam produzidas em quantidade suficiente para que se atinja o *standard* probatório estabelecido. Contudo, não se pode olvidar que a busca pela verdade deve ceder espaço a valores igualmente caros em um processo jurisdicional democrático, como a razoável duração do processo e a observância a garantias fundamentais, como a vedação à utilização de provas obtidas por meios ilícitos.

A apuração dos fatos em juízo evoluiu de uma prova tarifada, quando as ordálias lançavam réus à própria sorte a partir de critérios irracionais e arbitrários de aferição de culpabilidade, rumo à tradição racionalista da prova – embora haja

liberdade de convicção, ela deve ser justificada em inferências racionais extraídas do conjunto probatório, de forma devidamente motivada. O raciocínio inferencial do juiz deve servir de elemento lógico de ligação entre os enunciados fáticos lançados pelas partes e o conjunto probatório produzido, tendo o trabalho focado exclusivamente na premissa menor do silogismo decisional, especificamente quanto à avaliação sobre a fiabilidade da prova individualmente considerada.

Na decisão, o juiz deverá avaliar ainda se o grau de probabilidade atingido por meio do conjunto probatório produzido, enquanto juízo de corroboração, atende ao *standard* aplicável ao caso concreto, que, em julgamentos cíveis, poderá ser tanto a inferência da melhor explicação, segundo a qual será vencedora a hipótese que melhor explicar os fatos, ou da prova preponderante – em ambos os casos, parte-se do pressuposto de que as partes estejam na mesma condição fático-jurídica, ou seja, quando os prejuízos em jogo forem os mesmos, prevalecerá uma escolha binária que irá coroar a tese vencedora cuja ocorrência é mais provável do que não. Vale dizer que em casos criminais, prepondera o critério mais rígido que vá além da dúvida razoável.

Tais conhecimentos são essenciais no momento da valoração, uma vez que é perfeitamente possível que as provas que demonstram os mesmos enunciados fáticos suportem um pleito condenatório cível, mas não um criminal – é salutar a compreensão de que tais decisões não seriam contraditórias e, se suficientemente fundamentadas, não se afastariam de sua necessária racionalidade, a partir de uma perspectiva contextualista.

Em seguida, observamos que diversos fatores podem prejudicar as memórias dos seres humanos ou induzir o surgimento de falsas memórias, além de estarmos sujeitos a vieses cognitivos, preconceitos e heurísticas de raciocínio que podem nebular o juízo não apenas de testemunhas, como também de advogados, peritos e juízes, conhecimento elementar quando se avalia a qualidade epistêmica dos meios de prova.

Todos estão impregnados por sua bagagem de vida pregressa, respondendo aos mesmos estímulos de formas distintas, havendo observações que demonstram empiricamente diversos fenômenos que possuem relação direta ou indireta com o presente estudo, como o comportamento de manada, que justifica o isolamento entre testemunhas em um depoimento, a fim de que uma não contamine o relato da outra. Da mesma forma, temos que permanecer alertas a vieses confirmatórios que

podem ter como gatilho a existência de antecedentes criminais de um réu ou mesmo relatos testemunhais sobre o seu caráter – em tais casos, o magistrado buscará, muitas vezes de forma inconsciente, elementos confirmatórios nas demais provas para um convencimento que já foi formado, o que deve ser combatido, visto que, em agindo de tal maneira, a motivação se afastaria de sua necessária racionalidade, por se embasar em critérios essencialmente subjetivos. Assim, tais conceitos são primordiais para uma reflexão epistêmica da colheita do depoimento, para a produção do laudo pericial, e, finalmente, no momento da valoração das provas.

A ciência de tais fatos influencia a condução de um depoimento epistemicamente isento, já que há demonstração empírica que a mera substituição de uma palavra tem o condão de cambiar a resposta de uma testemunha, além de ser o primeiro passo para que não sejam realizadas inferências irrefletidas que possam afastar uma decisão de sua necessária racionalidade. Os conceitos aprendidos a partir dessa interseção entre Direito e Psicologia passam, a partir de então, a ser aplicados em conjunto com a análise epistêmica das regras de exclusão.

A existência da maioria das folclóricas regras de exclusão de países do *common law* possui justificativa epistêmica, muito em razão de um paternalismo epistêmico com relação aos jurados, a fim de evitar que, no momento da deliberação do veredito, que não é motivado, façam inferências indevidas a partir de provas com qualidade inferior. A partir daí, abordamos individualmente as diversas regras de exclusão em espécie, buscando analisar as *Federal Rules of Evidence*, não apenas do ponto de vista estanque da norma em si, mas a partir de reflexões epistêmicas.

A vedação à emissão de opiniões por testemunhas leigas, por exemplo, relega ao perito a prerrogativa de formar inferências sobre assuntos técnico-científicos. A vedação à *character witness*, a seu turno, evita que os jurados formem um juízo condenatório sobre o réu sem que haja outros elementos de prova convergentes em tal sentido.

Especificamente com relação à *hearsay rule*, ela determina que a testemunha apenas deve relatar fatos vivenciados por si, com a exclusão de situações referenciadas por terceiros (depoimento indireto). Tal regra está intimamente relacionada ao sistema adversarial e ao interrogatório cruzado (*cross-examination*), marcas que não se encontram presentes nos países de tradição continental.

Contudo, há dúvidas inclusive se pode verdadeiramente ser compreendida como uma “regra”, tendo em vista que a *Rule 803* das FRE possui 23 parágrafos, todos tratando das exceções à *hearsay rule*. Assim, do ponto de vista prático, um bom advogado é capaz de argumentar no sentido da admissão de praticamente qualquer depoimento indireto, o que esvazia o seu sentido e favorece grandes litigantes, com capacidade econômica suficiente para contratar procuradores de renome.

Mas as críticas não param por aí: não há estudos empíricos que sustentem que os jurados teriam capacidade de valoração inferior à dos juízes togados, de maneira que há quem defenda que a existência da regra da vedação ao depoimento indireto se funda em um paternalismo epistêmico injustificado. Grandes doutrinadores da tradição anglo-americana e da continental, John Henry Wigmore e Michele Taruffo, respectivamente, são ferrenhos críticos das regras de exclusão, pois entendem que qualquer restrição à iniciativa probatória é contraepistêmica. Bentham, enquanto expoente do utilitarismo, propagava a prova livre, ainda que considerasse o depoimento indireto como epistemicamente inferior – no máximo, deveriam ser fornecidos elementos para valoração dessa modalidade de prova. Diante de tais fatos, há robustos posicionamentos doutrinários que defendem que a regra seja abolida por completo e, de outro lado, que promovem a sua manutenção – o curioso é que ambos, embora diametralmente opostos, possuem fundamentos epistêmicos.

Talvez aí resida o grande trunfo da existência das regras exclusionárias: instigam o debate acerca de aspectos filosóficos do processo jurisdicional que são completamente negligenciados no ensino jurídico do Brasil. Nos países de *common law*, a seu turno, há autonomia do Direito probatório: embora, é bem verdade, as cadeiras ainda dediquem tempo considerável ao estudo das regras de exclusão, de forma tangencial também estão constantemente debatendo e questionando o seu caráter epistêmico. No Brasil, ao contrário, há pouco ou nenhum esforço para compreensão da importância que a descoberta dos fatos tem, já que, direta ou indiretamente, toda a lei processual deve a sua existência à apuração correta dos fatos e sua justificação racional.

Por outro lado, percebemos, mesmo entre profissionais tecnicamente preparados, uma completa ausência de preocupação com regras básicas que contaminam a fiabilidade do depoimento testemunhal. É salutar que haja uma

melhor compreensão, sobretudo daquelas regras de exclusão que tenham função epistêmica.

Percebemos, já na conclusão do capítulo, que há uma tendência de simplificação ou abolição das regras de exclusão. Na Inglaterra, onde não há mais júri cível, o *hearsay* passou a ser admitido, com a previsão de critérios mais objetivos para a sua valoração. Nos Estados Unidos, afirma-se que a continuidade de sua existência se dá unicamente em razão da insistência na realização do *trial by jury*.

De toda sorte, ainda que haja uma tendência de redução da importância ou de gradual abandono da *hearsay rule*, o seu valor epistêmico inferior parece ser consensual mesmo entre os seus críticos, o que leva à seguinte conclusão: a utilização de um depoimento por ouvir dizer como fundamento bastante para uma condenação cível não alcança os *standards* mínimos probatórios para uma decisão exauriente (inferência da melhor explicação) a menos que acompanhado de outras provas que corroborem a afirmação.

Se sequer para processos civis ela é suficiente, quem dirá para processos criminais, com réguas probatórias ainda maiores. Em sentido semelhante caminhou a Corte Europeia de Direitos Humanos, ao concluir que nada impede que o depoimento indireto seja utilizado como um dos fundamentos de suporte de um juízo condenatório, situação que se difere quando a condenação se basear primordialmente em depoimentos de testemunhas ausentes do julgamento, ocasião em que se concluirá pela existência de fortes indícios de violações a direitos fundamentais, diante da impossibilidade de confrontação da testemunha original.

No que diz respeito à *expert witness*, havia preocupações nas cortes estadunidenses, há longa data, quanto à utilização em juízo de pseudociência (*junk science*), em laudos encomendados unicamente com o intuito de suportar determinada tese em um litígio. Essa problemática foi denominada por Karl Popper de “problema da demarcação”, surgindo a necessidade de uma pré-valorização acerca da fiabilidade da prova pericial, novamente a fim de evitar que os jurados valorassem prova de qualidade inferior.

No entanto, como os juízes, leigos na área do conhecimento em que a pseudociência foi produzida, teriam capacidade técnica para avaliar corretamente a metodologia utilizada pelo perito? O precedente *Frye*, de 1923, proferido no âmbito de uma corte distrital, foi o primeiro a apresentar uma solução: para ser aceito em juízo, o conhecimento produzido no âmbito da prova técnica deveria ser

majoritariamente aceito na área da qual se originou. Embora sua *ratio* seja utilizada até hoje, não dá conta de abranger todas as modalidades de prova pericial, além de limitar a utilização de conhecimento inovador em juízo, o que iria contra a tônica liberal que marca a cultura norte-americana.

Após longo período de soberania absoluta, a partir de 1993, a Suprema Corte Estadunidense analisou três casos que substituíram (*overruled*) o *standard Frye*, ao menos nas cortes federais. *Daubert*, *Joiner* e *Kumho Tires* estabeleceram cinco critérios para valoração da fiabilidade da prova pericial, não cumulativos e apenas exemplificativos: i) a replicação da metodologia de *Frye*, ou seja, se há aceitação geral da teoria na comunidade científica da qual se origina; ii) se o trabalho foi sujeito a revisão por pares; iii) se foi ou pode ser testado; iv) se as taxas de erro são conhecidas e aceitáveis; v) se a pesquisa foi produzida independentemente da existência do litígio. *Daubert* foi complementado por *Joiner*, cuja relevância se dá pelo reconhecimento de que as conclusões do laudo pericial são indissociáveis de sua metodologia. Dessa maneira, é perfeitamente possível que se decida de forma diametralmente oposta à conclusão do perito caso o método não seja confiável. No precedente *Kumho Tires*, a seu turno, a importância foi que se decidiu que o teste *Daubert* se aplica não apenas à prova científica, como também à meramente técnica, baseada na observação empírica e na experiência.

Em seguida à compreensão de como se operam as regras de exclusão, passamos a analisar como se dá o regramento das provas testemunhal e pericial no Brasil, além de como se comporta a jurisprudência sobre tais temáticas. Concluímos que vige no Brasil um sistema de ampla permissividade quanto à produção de provas, um verdadeiro direito subjetivo, que, apesar de não ser inerentemente contraepistêmico, apresenta desafios adicionais de valoração. Vimos que, em regra, os poucos precedentes que abordam o depoimento indireto lhe conferiram o valor adequado, vez que, carente de suporte de outras provas, não há que se falar em juízo condenatório.

Por sua vez, no que diz respeito à prova pericial, o art. 473, III, do CPC bem caminhou ao incluir como um de seus requisitos o critério *Frye* de aceitabilidade geral, enquanto o art. 479 previu a necessidade de avaliação dos métodos utilizados pelo perito. Com isso, abriu-se caminho para que os precedentes sobre o tema considerem inconclusiva a prova pericial que não traga elementos suficientes para avaliação de sua metodologia. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, em mais de

uma oportunidade já foi utilizada como *ratio* a necessidade de “consenso médico-científico”, além de haver menção, inclusive, ao precedente *Daubert*.

Finalmente, após analisar como se operam as provas testemunhal e pericial no Brasil e em outros países, passamos a uma análise da qualidade epistêmica de nossas normas processuais. Embora doutrinadores de peso lancem pesadas críticas ao sistema adversarial, chegando a sustentar que se resumiria em um “jogo” por meio do qual o que importa é sair-se vencedor, tendemos a considerar que há, nos Estados Unidos, uma preocupação epistêmica mais avançada, vez que boa parte das regras de exclusão possuem justificção epistêmica. De igual maneira, para que a prova técnica produzida pela *expert witness* (o nosso perito) seja fiável, não basta que possua um extenso currículo acadêmico, sendo igualmente necessário que a tese científica defendida seja minimamente aceita no meio científico da qual faz parte. Por evidente, a avaliação sobre a fiabilidade também envolve certo grau de subjetividade, mas o mero questionamento quanto à validade da ciência produzida implica na produção de um raciocínio epistêmico mais apurado do que ocorre no cotidiano brasileiro.

Por outro lado, não há como se afirmar que um sistema possui superioridade epistêmica em relação ao outro. De nossa parte, apresentam-se como vantagens epistêmicas a existência de um julgador dos fatos técnico, que profere decisões racionalmente fundamentadas e fora de um ambiente indutor de heurísticas e raciocínios irrefletidos como o *trial*. Talvez tenhamos que aprimorar nas universidades brasileiras as técnicas de depoimento em juízo, já que uma inquirição mais enfática da testemunha, nos moldes do que ocorre com o *cross-examination*, seria desejável contanto que haja indícios de que falta com a verdade.

A solução, assim, não passa pela importação de regras de exclusão pertencentes a uma cultura jurídica totalmente distinta da brasileira, e que certamente seriam declaradas inconstitucionais, mas pela correta valoração da prova por intermédio do convencimento motivado. Ainda que sejam cometidos equívocos na valoração da prova, há, ainda o duplo grau de jurisdição, que permite que os tribunais, capazes de apreciar em última instância a matéria fática, revalorem juízos que se mostrem equivocados. Nesta seara, felizmente a jurisprudência brasileira aparenta, ainda que de forma intuitiva, seguir tal lógica no momento da valoração do depoimento por ouvir dizer, rechaçando-os, quando isolados, tanto em

processos criminais quanto cíveis. Em sentido idêntico caminha com relação à análise da prova pericial.

O processo, em sentido amplo, deve ser um equilíbrio constante entre o respeito às regras procedimentais, que garantam um julgamento justo, e a busca pela verdade, dentro das limitações éticas que as primeiras impõem. As regras de exclusão tomam tempo de discussão no processo e são, especialmente nos Estados Unidos, uma intrincada rede que contém diversas exceções – a ideia crescente de deixar a decisão a critério do julgador é desejável.

A busca pela verdade deve refletir, portanto, em uma constante evolução que permita aprimorar a qualidade epistêmica das provas, sempre que não conflitar com valores fundamentais ou com limitadores temporais. Não por acaso, temos apenas uma regra de exclusão absoluta no CPC, que é aquela das provas obtidas por meios ilícitos. Até mesmo o depoimento das testemunhas impedidas de depor pode ser admitido, de maneira que há ampla margem de discricionariedade ao juiz ao afirmar que ele “lhes atribuirá o valor que possam merecer”. Pelo exposto, qualquer iniciativa de *lege ferenda* deve ter o cuidado de não desvirtuar os objetivos do legislador ao tecer previsões genéricas à valoração das provas e seguir permitindo a ampla produção probatória.

Propomos, assim, duas iniciativas de *lege ferenda*, não instituindo regras de exclusão, mas prevendo critérios de valoração para que o juiz tenha melhores ferramentas para decidir. Quanto ao depoimento indireto, no âmbito da prova testemunhal, a experiência inglesa e da Corte Europeia de Direitos Humanos caminham bem ao admiti-lo, mas prevendo, respectivamente, critérios para a sua valoração e estipulando que não pode ser a única prova hábil a fundamentar uma condenação. Quando muito, o depoimento por ouvir dizer funcionaria como prova indiciária, conferindo um peso maior às demais provas convergentes no caderno processual e, assim, um grau mais elevado de probabilidade do direito da parte que a produziu. Por sua vez, com relação à prova pericial, sugere-se a adoção expressa dos critérios estipulados em *Daubert*, nos moldes do que já ocorreu na Colômbia, uma vez que fornecem elementos suficientes para valoração de sua fiabilidade.

As soluções propostas não tolhem, de maneira alguma, a iniciativa probatória amplamente permissiva das partes, que visa fornecer o maior respaldo decisório possível ao juízo dos fatos, mérito epistêmico reconhecido de nosso ordenamento jurídico. Entretanto, em razão da incipiência de discussões de cunho

epistemológico e sobre o conhecimento dos fatos em nossas universidades, ao menos por ora, parece salutar fornecer elementos de valoração mínimos ao julgador, a fim de evitar que se corra o risco de supervalorar provas com qualidade epistêmica reconhecidamente inferior.

REFERÊNCIAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema). **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 39, p. 347-365, 2016.
- ABELLÁN, Marina Gascón. ¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita. *In*: ALCALÁ, Humberto Nogueira *et al.* **Reflexiones en torno al Derecho Procesal Constitucional**. Bogotá: Universidad El Bosque, 2012. p. 75-99.
- ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho**. Bases argumentales de la prueba. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- ALLEN, Ronald J.; LEITER, Brian. Naturalized Epistemology and the Law of Evidence. **Virginia Law Review**, v. 87, n. 8, p. 1491-1550, Dec. 2001.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. Section of Antitrust Law. **Antitrust Evidence Handbook**. 2. ed. Chicago: American Bar Association, 2003.
- ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**. Tradução de Manuel Alberto. The New Yorker: Nova Iorque, 1967.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em 08 abr. 2021.
- AVELINO, Murilo Teixeira. Admissibilidade da prova pericial na jurisprudência norte-americana: o que podemos aprender com os casos Frye, Daubert e Kumho. **Revista ANNEP de Direito Processual**, v. 1, n. 1, p. 68-81, jan./jun. 2020.
- BADARÓ, Gustavo. **Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879501/mod_resource/content/1/U9%20-%20Badaro%20-%20Direito%20a%20prova%20e%20os%20limites%20logicos.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2021.
- BARBOSA, Márcio Englert *et al.* Falsas memórias e diferenças individuais. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 133-154.
- BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **A colheita da prova testemunhal em juízo no Brasil: uma visão antropológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BELLO, Marcello Di. Plausibility and probability in juridical proof. **The International Journal of Evidence & Proof**, v. 23, p. 161-167, 2019.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. **Jueces para la democracia**, n. 47, p. 27-34, 2003.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba sin convicción**. Estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021.

BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham**. Vol. VII. Rationale of Judicial Evidence. Edinburgh: William Tait, 1843.

BENTHAM, Jeremy. **Rationale of Judicial Evidence**. Vol. I. New York: Garland, 1978.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Origem: PLS 156/2009. Autor: Senado Federal - José Sarney - PMDB/AP. Apresentação: 22/12/2010. Ementa: Código de Processo Penal. Dados Complementares: Revoga o Decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006. Forma de Apreciação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário. Regime de Tramitação: Especial. Inteiro teor disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0oam4zu7rq7ontwc9p3psddgh25828436.node0?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 09 dez. 2021.

BRASIL. Childhood Brasil (Instituto WCF/Brasil), Conselho Nacional de Justiça - CNJ e Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF. **Protocolo brasileiro de entrevista forense com crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência**. Organização de Benedito Rodrigues dos Santos, Itamar Batista Gonçalves e Reginaldo Torres Alves Júnior. São Paulo e Brasília: Childhood - Instituto WCF-Brasil: CNJ: UNICEF, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 299, de 05 de novembro de 2019**. Dispõe sobre o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, de que trata a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. DJe/CNJ nº 250/2019, em 03/12/2019, p. 4-7.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sistema e-NatJus**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/forum-da-saude-3/e-natjus/>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Resolução nº 169, de 13 de novembro de 2014**. Dispõe sobre a proteção dos direitos de

crianças e adolescentes em atendimento por órgãos e entidades do Sistema de Garantia de Direitos, em conformidade com a política nacional de atendimento da criança e do adolescente prevista nos arts. 86, 87, incisos I, III, V e VI e 88, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, Publicado em 10/12/2014, Edição 239, Seção 1, Página 2.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/10/1988, Página 1 (Publicação Original).

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União - Seção 1 - 31/12/1940, Página 23911 (Publicação Original).

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União - Seção 1 - 13/10/1941, Página 19699 (Publicação Original).

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União - Seção 1 - Suplemento - 17/1/1973, Página 1 (Publicação Original).

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Diário Oficial da União - Seção 1 - 30/3/1990, Página 6285 (Publicação Original).

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - Suplemento - 12/9/1990, Página 1 (Publicação Original).

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União - Seção 1 - 11/1/2002, Página 1 (Publicação Original).

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União - Seção 1 - 17/3/2015, Página 1 (Publicação Original).

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União - Seção 1 - 7/7/2015, Página 2 (Publicação Original).

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/4/2017, Página 1 (Publicação Original).

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União - Seção 1 - Edição Extra - A - 24/12/2019, Página 1 (Publicação Original).

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento**

Pessoal e aos Depoimentos Forenses. Série Pensando o Direito, nº 59. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1286273/SP**, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 22/06/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1373356/BA**, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 28/04/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4066**, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 24/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277**, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1267879**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-064 DIVULG 07-04-2021 PUBLIC 08-04-2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **INQ 4244**, Relator(a): GILMAR MENDES, decisão monocrática, julgado em 19/03/2021, DJe-55 DIVULG 22-03-2021 PUBLIC 23-03-2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 363889**, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011 RTJ VOL-00223-01 PP-00420.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - 1ª C. Criminal – **Recurso em Sentido Estrito 0001438-90.2008.8.16.0024** - Almirante Tamandaré - Rel.: DESEMBARGADOR NAOR RIBEIRO DE MACEDO NETO - J. 20.04.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - 8ª C. Cível – **Apelação Cível 0000759-36.2003.8.16.0034** - Piraquara - Rel.: DESEMBARGADOR CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO - J. 13.10.2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - 9ª C. Cível – **Apelação Cível 0018642-78.2016.8.16.0021** - Cascavel - Rel.: DESEMBARGADOR DOMINGOS JOSÉ PERFETTO - J. 17.02.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - 17ª C. Cível – **Apelação Cível 0006352-38.2015.8.16.0030** - Foz do Iguaçu - Rel.: DESEMBARGADOR FERNANDO PAULINO DA SILVA WOLFF FILHO - J. 14.02.2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. ApCiv - **APELAÇÃO CÍVEL / MS 5000422-79.2016.4.03.9999**. Rel.: Desembargadora Federal ANA LUCIA JORDAO

PEZARINI. 9ª Turma. Julgado em 30/03/2017, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 25/04/2017.

BRUST, Priscila Goergen *et al.* Procedimentos experimentais na investigação das falsas memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 42-68.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Gabriel. **Verdade, prova e processo**: o que os epistemólogos têm a dizer sobre as regras de exclusão do direito probatório. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=8286a932fdc96dc1>>. Acesso em: 18 set. 2021.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução de Ary dos Santos. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1943.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. Prefácio de Michele Taruffo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014.

CAMMACK, Mark E. The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule in the United States. **The American Journal of Comparative Law**, v. 58, p. 631-658, 2010.

CANADA. Supreme Court of Canada. **R. v. Khelawon**, [2006] 2 S.C.R. 787, 2006 SCC 57. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2332/index.do>>. Acesso em: 23 set. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLINO, Anjelica. **Daubert vs. Frye**: Navigating the Standards of Admissibility for Expert Testimony. Expert Institute. September 7, 2021. Disponível em <<https://www.expertinstitute.com/resources/insights/daubert-vs-frye-navigating-the-standards-of-admissibility-for-expert-testimony/>>. Acesso em: 12 out. 2021.

CARDOSO, Oscar Valente. O direito à prova como um direito fundamental. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 74, p. 64-75, maio 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Apêndice de Giacomo P. Augenti. Tradução de Lisa Pary Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Parte geral. O conceito jurídico da prova. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Pílares, 2016.

CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da Prova no Novo CPC**. Do Estático ao Dinâmico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Hearsay* tropicalizado: a dita prova por ouvir dizer. **Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região**, Porto Alegre/RS, a. 3, n. 6, p. 241-256, 2017.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1057-1073, ago. 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: as relações processuais: a relação ordinária de cognição. Tradução de Paolo Capitanio. Anotações de Enrico Tullio Liebman. v. 1. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CLERMONT, Kevin M. Standards of Proof Revisited. **Vermont Law Review**, v. 33, p. 469-487, 2009.

CNN BRASIL. **OMS, Europa e Anvisa não recomendam cloroquina para tratar a Covid-19**. 25 maio 2021. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/entenda-as-recomendacoes-das-instituicoes-de-saude-contra-o-uso-de-cloroquina/>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

COLOMBIA. **Ley 906 de 2004**. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Disponível em: <<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787#:~:text=Libertad.&text=Toda%20persona%20tiene%20derecho%20a,previamente%20defini dos%20en%20la%20ley.>>>. Acesso em: 19 set. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 19 set. 2021.

DAMAŠKA, Mirjan. Epistemology and legal regulation of proof. **Law, Probability and Risk**, v. 2, p. 117-130, 2003.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

DUCE, Mauricio. Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. **Revista Ius et Praxis**, a. 24, n. 2, p. 223-262, 2018.

DUCE, Mauricio. Los reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora. **Polít. Crim.**, v. 12, n. 23, p. 291-379, jul. 2017.

DUCE, Mauricio. Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema. **Polít. Crim.**, v. 13, n. 25, p. 42-103, jul. 2018.

EHRENBERG, Kenneth M. Less Evidence, Better Knowledge. **McGill Law Journal**, v. 60, n. 2, p. 173-214, Jan. 2015.

EL PAÍS. **Prevent Senior, em busca do macabro milagre da cura pela cloroquina que alimentou Bolsonaro**. 22 set. 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-09-23/prevent-senior-em-busca-do-macabro-milagre-da-cura-pela-cloroquina-que-alimentou-bolsonaro.html>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Grand Chamber. **Case of Schatschaschwili v. Germany**. Application no. 9154/10. 15/12/2015. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-159566%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-159566%22]})>. Acesso em: 19 set. 2021.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. **Revista Forense**, v. 100, n. 376, p. 3-10, nov./dez. 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. **Rivista di Diritto Civile**, p. 1-17, 1988.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 209-227.

FERRARO, Felipe Waquil. **A prova testemunhal**. Uma distinção entre os sistemas do *Civil Law* e do *Common Law*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FERRARO, Francesco. Direct and indirect utilitarianism in Bentham's theory of adjudication. **Journal of Bentham Studies**, v. 12, p. 1-24, 2010.

FLAGG, Barbara; GOLDWASSER, Katherine. Fighting for Truth, Justice, and the Asymmetrical Way. **Washington University Law Quarterly**, v. 76, p. 105-112, 1998.

FRANCE. **Code de procédure civile**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/>. Acesso em: 19 set. 2021.

FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing**. New York: Oxford University Press, 2007.

FUNK, Christine. **Daubert Versus Frye: A National Look at Expert Evidentiary Standards**. Expert Institute. August 9, 2021. Disponível em: <<https://www.expertinstitute.com/resources/insights/daubert-versus-frye-a-national-look-at-expert-evidentiary-standards/>>. Acesso em: 12 out. 2021.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo de Conhecimento. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Juger en Amérique et en France**. Paris: Odile Jacob, 2003.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Prefácio de J. Gilissen. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. v. 2. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUARAGNI, Fábio André; TANAKA, Caroline Mayumi. Falsas memórias no processo penal: a incidência de falsas memórias na prova testemunhal. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v. 2, n. 59, p.181-209, 2020.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. *Law of evidence e common law: o sistema de provas e o sigilo no Direito inglês*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, p. 723-746, jan./dez. 2011/2012.

GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. **Revista de Processo**, v. 34, n. 178, p. 123-152, dez. 2009.

HAACK, Susan. Epistemology Legalized: or, Truth, Justice, and the American Way. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 49, p. 43-61, 2004.

HAACK, Susan. **Perspectivas Pragmatistas da Filosofia do Direito**. Tradução de André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

HERDY, Rachel. Formas de acudir a los expertos en las cortes constitucionales: una reflexión a partir de la experiencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *In:*

ROJAS, Carmen Vázquez (coord.). **Ciencia y justicia**. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021. p. 93-128.

HERDY, Rachel. Ni educación, ni deferencia ciega. Hacia un modelo crítico para la valoración de la prueba pericial. **Revista Discusiones**, v. 24, n. 1, p. 87-112, 2020.

ITALIA. **Codice di Procedura Civile**. Disponível em: <<https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/proceduraCivile>>. Acesso em: 19 set. 2021.

JAMES, George F. The Contribution of Wigmore to the Law of Evidence. **The University of Chicago Law Review**, v. 8, p. 78-87, 1940.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. The Law of Implicit Bias. **California Law Review**, v. 94, n. 4, p. 969-996, Jul. 2006.

JOSEY, Alanah. Jeremy Bentham and Canadian Evidence Law: The Utilitarian Perspective on Mistrial Applications. **Manitoba Law Journal**, v. 42, n. 4, p. 291-313, 2019.

JUDSON, Frederick N. A Modern View of the Law Reforms of Jeremy Bentham. **Columbia Law Review**, v. 10, n. 1., p. 41-54, Jan. 1910.

LAI, Ho Hock. **A Philosophy of Evidence Law: Justice in the Search for Truth**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**. Duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KEANE, Adrian; GRIFFITHS James; MCKEOWN, Paul. **The Modern Law of Evidence**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KNIJNIK, Danilo. **Os “standards” do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2021.

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

KOOKER, Nathan. An Epistemological Argument Against Federal Rule of Evidence 403's Cumulative Evidence Clause. **Iowa Law Review**, v. 103, p. 1753-1776, 2018.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. *Standards* de prova no processo civil brasileiro. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, a. 14, v. 17, p. 221-258, maio 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MATIDA, Janaina; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 73, p. 133-155, jul./set. 2019.

MATIDA, Janaina Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Orientador: Noel Struchiner. 2009. 111 p. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

MATIDA, Janaína; VIEIRA, Antônio. Para além do Bard: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. **Revista de Processo**, v. 156, p. 221-248, jun./2019.

MENUZZI, Jean Mauro; CENCI, Alisson Plaziat. A (in)segurança da prova testemunhal no processo penal: falsas memórias. **Revista Jurídica – Direito e Cidadania na Sociedade Contemporânea**, Frederico Westphalen, v. 2, n. 1, p. 76-87, 2018.

MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Tradução e introdução de Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v. 1, n. 6, p. 36-44, jul./ago. 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo**. Disponível em: <[http://www.idclb.com.br/revistas/04/revista4%20\(12\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/04/revista4%20(12).pdf)>. Acesso em: 20 set. 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MORGAN, Edmund P. The Jury and the Exclusionary Rules of Evidence. **The University of Chicago Law Review**, v. 4, n. 2, p. 247-258, 1937.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

NANCE, Dale A. The Best Evidence Principle. **Iowa Law Review**, v. 73, p. 227-297, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEUFELD, Carmen Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 21-41.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 8. ed. Salvador: JusPodium, 2016.

NICOLSON, Donald. Taking epistemology seriously: "truth, reason and justice" revisited. **The International Journal of Evidence and Proof**, v. 17, p. 1-46, 2013.

NICOLSON, Donald. Truth, Reason and Justice: Epistemology and Politics in Evidence Discourse. **The Modern Law Review**, v. 57, n. 5, p. 726-744, Sep. 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3 ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Presunções e ficções no direito probatório. **Revista de Processo**, São Paulo, a. 36, v. 196, p. 13-20, jun. 2011.

PÁEZ, Andrés. La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. **Isonomía**, n. 40, p. 95-118, abr. 2014.

PARK, Roger C. *McCormick on Evidence* and the Concept of Hearsay: A Critical Analysis Followed by Suggestions to Law Teachers. **Minnesota Law Review**, v. 65, p. 423-458, 1981.

PAULO, Rui M.; ALBUQUERQUE, Pedro B.; BULL, Ray. A Entrevista Cognitiva Melhorada: Pressupostos teóricos, investigação e aplicação. **Revista Psicologia**, v. 28, n. 2, p. 21-30, 2014.

PELUSO, Luis Alberto. **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alínea, 1998.

POPPER, Karl. The problem of demarcation. *In*: WARBURTON, Nigel (ed.). **Philosoph**. Basic Readings. London: Routledge, 1999.

POSNER, Richard A. An Economic Approach to the Law of Evidence. **Stanford Law Review**, v. 51, p. 1477-1546, Jul. 1999.

POSNER, Richard A. On Hearsay. **Fordham Law Review**, Chicago, v. 84, p. 1465-1471, 2016.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. **Revista de Processo**, v. 224, p. 41-61, out./2013.

RAMOS, Vitor Lia de Paula. **Prova Testemunhal. Do Subjetivismo ao Objetivismo, do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia**. 2018. 171 f. Tese (Doutorado em Direito e Doutorado em Direito, Economia e Empresa) – Programa de Pós-Graduação em Direito e Programa de Doctorat en Dret, Economia i Empresa, Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universitat de Girona, Porto Alegre e Girona, 2018.

RIBEIRO, Alex. **Caso Escola Base**. Os abusos da imprensa. Prefácio de Carlos Brickmann. São Paulo: Editora Ática, 1995.

RIMOLDI, Florencia. Comunidad y contexto epistémico en la prueba pericial. **Revista Discusiones**, v. 24, n. 1, p. 61-85, 2020.

ROKENKOHL, Gustavo *et al.* Emoção e falsas memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 87-100.

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e Formação da Convicção do Juiz**. 2. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2019.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983.

SANTOS, Renato Favarin dos; STEIN, Lilian Milnitsky. A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 415-434, jul./set. 2008.

SCHAUER, Frederick. Em defesa do direito probatório fundado em regras – e da epistemologia também. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 319-335, jul./dez. 2016. Tradução de Lucas Miotto.

SILVA, Fernando Quadros da. O juiz e a análise da prova pericial. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 9, p. 11-30, 2018.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SKLANSKY, David Alan. **Evidence**. Cases, Commentary and Problems. 2. ed. New York: Aspen Publishers, 2008.

SOPINKA, John; LEDERMAN, Sidney N.; BRYANT, Alan. **The Law of Evidence in Canada**. Toronto: Butterworths, 1999.

STEIN, Alex. Contra la “prueba libre”. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 26, n. 2, p. 245-261, dec. 2013.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Entrevistas forenses e reconhecimento pessoal nos processos de criminalização: um diagnóstico brasileiro. **Boletim de Análise Político-Institucional**, n. 17, p. 45-51, dez. 2018.

TALAMINI, Eduardo. O valor das espécies probatórias e os mecanismos de dispensa de prova no processo civil romano. **Gêneseis: Revista de Direito Processual Civil**, v. 7, n. 26, p. 821-855, dez. 2002.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 26, n. 2, p. 195-208, jul./dez. 2010.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TESHEINER, José Maria. Regras de exclusão no Direito probatório norte-americano. **Civil Procedure Review**, v. 5, n. 3, p. 75-100, Sep./Dec. 2014.

THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**. Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução de Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TOMÁS, Aline Vieira. Resultados alcançados pelo projeto Adoce: acordos após ingestão de glicose observados em conciliações judiciais (processuais) e extrajudiciais (pré-processuais). **Revista CNJ**, v. 4, n. 2, p. 212-232, jul./dez. 2020.

TUZET, Giovanni. **Epistemic and Practical Concerns**: When You Can't Meet Both. The Case of FRE 407. Dec. 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2887364>. Acesso em: 10 out. 2021.

TUZET, Giovanni. **Filosofia della prova giuridica**. 2. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2016.

TWINING, William. **Rethinking Evidence**. Exploratory Essays. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

UNITED KINGDOM. **Civil Evidence Act 1995**. Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/38/section/4>>. Acesso em: 12 out. 2021.

UNITED STATES. **Constitution of the United States**. Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 18 set. 2021.

UNITED STATES. Court of Appeals of the District of Columbia. **Frye v. United States**. 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923). Disponível em: <https://casetext.com/case/frye-v-united-states-7/?PHONE_NUMBER_GROUP=P>. Acesso em: 12 out. 2021.

UNITED STATES. Department of Justice. **Eyewitness Evidence**. A Guide for Law Enforcement. Washington: U.S. Department of Justice, 1999.

UNITED STATES. **Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_-_december_2020_0.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

UNITED STATES. **Federal Rules of Evidence**. Disponível em: <<https://www.rulesofevidence.org/>>. Acesso em: 09 out. 2021.

UNITED STATES. US Supreme Court. **Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.**, 509 U.S. 579 (1993). Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/>>. Acesso em: 12 out. 2021.

UNITED STATES. US Supreme Court. **Kumho Tire Co. v. Carmichael**, 526 U.S. 137 (1999). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/526/137/>>. Acesso em: 12 out. 2021.

UOL. **Própria fabricante diz que ivermectina não tem eficácia contra a covid-19**. 05 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/02/05/fabricante-ivermectina-eficacia-covid-19.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A Ilícitude da Prova**. Teoria do testemunho de ouvir dizer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VÁZQUEZ, Carmen. **De la prueba científica a la prueba pericial**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

VÁZQUEZ, Carmen. El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y la comprensión judicial. **Revista Discusiones**, v. 24, n. 1, p. 29-60, 2020.

VÁZQUEZ, Carmen. La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas. **Revista Discusiones**, v. 24, n. 1, p. 113-140, 2020.

VÁZQUEZ, Carmen. La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert. **Jueces para la democracia**, n. 86, p. 92-112, 2016.

VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual.

Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1035-1056, ago. 2018.

VIEIRA, Marcio. Os resquícios de prova tarifada no processo civil brasileiro e sua influência no livre convencimento do magistrado. **Revista da ESMESC**, v. 17, n. 23, p. 371-398, 2010.

WALKER, Vern R. Epistemic and Non-epistemic Aspects of the Factfinding Process in Law. **The Journal of Philosophy, Science & Law**, v. 5, p. 37-47, May 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. v. 1. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WARD, Tony. English Law's Epistemology of Expert Testimony. **Journal of Law and Society**, v. 33, n. 4, p. 572-595, Dec. 2006.

WELTER, Carmen Lisbôa Weingärtner; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 157-185.

WIGMORE, John Henry. **Evidence in trials at common law**. Boston: Little, Brown, 1970.

WIGMORE, John Henry. The History of the Hearsay Rule. **Harvard Law Review**, vol. 17, n. 7, p. 437-458, May 1904.

WILKES JR., Donald E. A Critique of Two Arguments Against the Exclusionary Rule: The Historical Error and the Comparative Myth. **Washington and Lee Law Review**, v. 32, n. 4, p. 881-917, 1975.

WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque *et al.* Investigação de suspeita de abuso sexual infantojuvenil: o Protocolo NICHHD. **Temas em Psicologia**, Ribeirão Preto, v. 22, n. 2, p. 415-432, dez. 2014.