

é o fato que se coloca antes, para ser valorado segundo o *standard*, e depois qualificado pela norma. Daí concluir o mesmo autor que uma argumentação dedutiva nesse caso é insatisfatória, e, considerando a diferença entre a realidade da decisão e a sua motivação, poder-se-á dizer que a última é falsa ou fictícia.⁴¹

Tal característica também impõe que o juiz, na justificação interna, coloque em evidência os elementos da situação de fato que são particularmente relevantes para a aplicação do *standard*. Assim, por exemplo, para estabelecer que um comportamento é imprudente, é preciso indicar os elementos desse comportamento pelos quais ele pode ser assim considerado. Em seguida, deve ser indicada a premissa valorativa, que no caso não é dada pela norma, e sim pelo critério extrajurídico de valoração, que o juiz coloca no *standard* para decidir o caso. E, finalmente, deve ser demonstrada a congruência entre o fato e o *standard* concretizado no específico critério de valoração.⁴²

Na justificação externa, deve ser demonstrada, em síntese, a validade da mencionada premissa valorativa, que aqui não é dada diretamente pela norma, mas resulta da integração da última com o *standard*. Nessa situação, o juiz pode assumir três diferentes papéis, que são elencados por Taruffo: num primeiro caso, ocorre o que o autor denomina *juiz sociólogo*, ao qual incumbe constatar os valores e os critérios de valoração existentes na sociedade, para tornar o mais objetivo possível o emprego do *standard*, valendo especialmente o recurso a outros casos em que a jurisprudência utilizou antes o mesmo critério;⁴³ numa segunda situação, em que não se pode obter tais dados na forma acima indicada, admite-se que o juiz decida com fulcro nos valores individuais sustentados pelas partes, ou por uma delas, desde que a validade dessa escolha seja devidamente justificada; num último caso, não sendo possível fundar a decisão pelas formas mencionadas, cumpre então ao juiz formular pessoalmente os critérios de valoração, hipótese em que o seu poder criativo atinge o grau máximo e, por isso

(41) Michele Taruffo, *La giustificazione...*, cit., p. 156. Sobre motivação falsa ou fictícia, v. Taruffo, *La motivazione...*, cit., p. 265 e ss. e 551 e ss.

(42) Michele Taruffo, *La giustificazione...*, cit., p. 159-161.

(43) Como observa Zaccaria, quanto mais precisa a tipologia dos casos reunidos sob um único denominador da cláusula geral, tanto mais se restringe o espaço de discricionariedade da decisão do juiz (*Ermeneutica...*, cit., p. 86).

mesmo, demanda uma justificação ainda mais completa – tal justificação pode consistir tanto na referência a um sistema de valores aceitável como na indicação de que o critério adotado conduz a consequências aceitáveis, que possam sobre tudo ser universalizadas.⁴⁴

5. Motivação de fato: livre convencimento e justificação do juízo sobre os fatos

O exame da estrutura da motivação de fato sugere algumas observações de caráter introdutório, que evidenciam a natureza altamente problemática dessa parte do discurso justificativo judicial.

Acima de tudo, deve ser ressaltada a relativa indiferença da doutrina e dos aplicadores do direito em relação ao julgamento sobre os fatos, muito embora essa atividade seja não somente tão importante quanto a da escolha da norma, mas sobretudo porque é justamente aqui que se manifesta com maior amplitude a discricionariedade judicial, o que deve ensejar, em consequência, um cuidado maior em relação ao seu controle.

Tal indiferença tem como causas mais visíveis, de um lado, a falsa consciência de que os julgamentos sobre fatos constituem simples constatações de realidades que possuem existência própria e, por isso, não precisam ser justificadas; em outras palavras, os fatos são *evidentes* e, como tal, não reclamam justificação, ainda que a referida *evidência* tenha sido obtida indiretamente.⁴⁵

De outro lado, a desconsideração pela motivação de fato parece decorrer de uma equivocada concepção do que se deve entender por *libre convencimento* do juiz, até certo ponto explicável pela forma de sua adoção nos sistemas judiciários da Europa continental.

A liberdade de convicção, entendida como faculdade de estabelecimento de uma verdade sobre os fatos, isenta de qualquer controle

(44) Michele Taruffo, *La giustificazione...*, cit., p. 161-179.

(45) Perfecto Andrés Banaez, *Neuralidade ou pluralismo na aplicação do direito? Interpretação judicial e insuficiências do formalismo*, *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, 1:14, 1999; Mariña Gascón Abellán, *Los hechos en derecho: bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 7.

UNIDADE XIII

Leitura obrigatória
MAGALHÃES, A motivação das decisões
Penais, cap. VI, p. 145-169

ou revisão, constitui, com efeito, uma das principais características dos julgamentos confiados ao júri popular na Inglaterra, a partir do século XIII.⁴⁶ Essa mesma liberdade era compensada, entretanto, pelo estabelecimento de rigorosas regras de formação e seleção do material probatório colocado à disposição dos jurados (*law of evidence*).

Na Europa continental, tal princípio foi introduzido com as reformas revolucionárias empreendidas no final do século XVIII, que, sob o influxo dos ideais iluministas, substituíram o velho procedimento inquisitório do *ancien régime* (com o corolário das *provas legais*) por um modelo acusatório inspirado no sistema inglês de julgamento pelo júri.

Mas, como é sabido, essas inovações tiveram efêmera duração naquilo que lhes era essencial, ou seja, o julgamento popular com base em provas produzidas diante dos jurados,⁴⁷ ao passo que a liberdade de convencimento — elemento natural a um tipo de procedimento puramente acusatório, no qual a iniciativa probatória é quase exclusiva das partes — foi depois incorporada ao chamado *sistema misto* e passou

(46) Franco Cordato, La confessione nel quadro decisionario, in *La giustizia penale e la fluidità del sapere: ragionamento sul metodo*, Carlo Neuburger (org.), Padova, Cedam, 1988, p. 54; F. Jolton des Langrais, La preuve en Angleterre depuis 1066, *Recueils de la Société Jean Bodin*, 17-205-6, 1965.

(47) Introduzido pelo *décret* de 16-24 de agosto de 1790, o procedimento para o julgamento por jurados foi regulamentado pela lei de 16 de setembro de 1791. Nesse diploma eram previstos um júri de acusação, composto por oito cidadãos, ao qual cabia deliberar sobre a admissibilidade da acusação, e um tribunal criminal integrado por doze jurados, que decidiam sobre os fatos. Com o *Code des Délits et des Peines*, de 25 de outubro de 1795, foram reforçados os poderes de investigação da polícia e dos magistrados, e, em consequência, a instrução preparatória escrita e secreta readquiriu importância. Em 1801 introduziu-se a escritura no procedimento perante o júri de acusação, limitando-se os jurados a examinar depoimentos prestados na fase de informação. Finalmente, com o *Code d'Instruction Criminelle*, de 1808, instituiu-se o *sistema misto*, com a divisão do procedimento em duas fases: a primeira, secreta, escrita e sem participação da defesa, destinava-se à colheita do material probatório pelo juiz de instrução, cujas funções ganharam importância com a supressão do júri de acusação; na segunda fase, perante os jurados, eram discutidos em contraditório, em debate público e oral, os elementos até então obtidos, eis que possível a leitura aos jurados dos depoimentos colhidos na fase anterior (Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito...*, cit., p. 28-31).

a ser entendida como critério de valoração de dados probatórios obtidos inquisitorialmente, propiciando assim um verdadeiro arbítrio dos juízes na determinação dos fatos.⁴⁸

Diante disso, como registra Massimo Nobile, há duas maneiras de entender-se o *libre convencimento* do juiz: a primeira, ligada a essa transposição equivocada da *trínima convicção* própria dos julgamentos populares, identifica a liberdade de valoração das provas com uma escolha intuitiva, obscura e irrefletida, que dispensa justificação; a segunda, representando uma corrente de pensamento que remonta ao século XVIII, propõe uma interpretação do princípio que não afasta o caráter *racional* do juízo sobre os fatos, vinculando-o não mais às regras da prova legal, mas a certas condições de admissibilidade e formação das provas e, especialmente, aos preceitos da lógica e da experiência no que toca à avaliação do material obtido.⁴⁹

No primeiro caso, é possível identificar uma ideologia autoritária do julgamento que, sob o rótulo da *certeza moral*, desvaloriza os aspectos lógicos e gnosiológicos das operações realizadas pelo juiz para chegar ao conhecimento dos fatos, desprezando em consequência as garantias de racionalidade e controlabilidade das escolhas por ele empreendidas no exercício da função de julgar.⁵⁰

Na última acepção, ao contrário, a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial sob sua responsabilidade, com base em critérios objetivos e de uma forma que seja repetível mentalmente e portanto controlável.⁵¹ Trata-se, assim, de uma liberdade de seleção e de

(48) Daí a justa observação de Ferrajoli no sentido de que tal transposição correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais (*Direito...*, cit., p. 118).

(49) Massimo Nobile, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 50-55, com amplas referências bibliográficas; idem, *Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 14-275-8, 1971; entre nós, por todos, José Frederico Marques, *Elementos de direito processual penal*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1965, v. 2, p. 298-299.

(50) Michele Taruffo, *La motivazione...*, cit., p. 245-246.

(51) Vittorio Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice, Rivista di Diritto Processuale*, 27(3):431, 1972.

valoração dos elementos probatórios obtidos que, à semelhança dos procedimentos consagrados pelas ciências empíricas, reclama sobretudo *controles* sobre a introdução das provas no processo e sobre a sua utilização pelo juiz na formação do convencimento.

Esses *controles* de racionalidade podem operar *ex ante*, pela seleção do material probatório, feita em caráter abstrato pelo legislador (pense-se, por exemplo, nas restrições legais à admissibilidade de certas provas) ou pelo próprio juiz – com a participação das partes em contraditório – nas situações concretas, tanto em relação à seleção como à avaliação das provas, ou *ex post*, quando a validade do raciocínio judicial pode ser verificada por outros sujeitos por meio do exame da motivação.⁵²

Nessa ótica, a motivação representa um eficiente antídoto contra o subjetivismo do juiz, pois por seu intermédio é que se exterioriza o raciocínio desenvolvido para se chegar à conclusão sobre a verdade fatural, permitindo controlar a objetividade e a correção das escolhas realizadas.⁵³ Mais do que isso, essa função de *control*e exercida pela motivação não se esgota naquela dimensão externa *a posteriori*, projetando-se também sobre o próprio procedimento de decisão, de modo a evitar a contaminação do julgamento por sugestões de “certeza subjetiva” – tão frequentes nessa matéria – que não possam ser depois justificadas.⁵⁴

6. Segue: linhas estruturais

Como foi antes observado, o nosso legislador processual pouco esclarece sobre a estrutura da motivação em geral e especialmente com relação à motivação de fato, limitando-se a fazer referência a “motivos de fato” (art. 381, III, do CPP), “fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato” (art. 458, II, do CPC) ou indicação dos “motivos que lhe formaram o convencimento” (art. 131 do CPC).⁵⁵

(52) Michele Taruffo, *La prova...*, cit., p. 395.

(53) Gerhard Walker, *Libre apreciación de la prueba*, trad. Tomás Banzhaf Bogotá, Temis, 1985, p. 358-359; Baldassarre Pastore, *Giustizia...*, cit., p. 259-260.

(54) Perfecto Andrés Ibañez, Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal, *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12:292, 1992; Marina Gascón Abellán, *Los hechos...*, cit., p. 202.

(55) V., *supra*, Capítulo V, n. 2.

A simplicidade dessas referências sobre a estrutura da justificação das escolhas do juiz na matéria ora tratada parece constituir a regra nas legislações contemporâneas,⁵⁶ com exceção do Código de Processo Penal italiano, de 1988, que contém disposições mais esclarecedoras.

Com efeito, no estatuto peninsular a correlação entre o *livre convencimento* e a exigência de motivação, como garantia da racionalidade do juízo sobre os fatos, encontrou particular acolhida, pois em suas disposições consagram-se tanto a liberdade de valoração como os imperativos de *legalidade decisória* que decorrem do sistema constitucional.⁵⁷

Assim, no art. 192, § 1.º, o Código determina que “o juiz valora a prova dando conta na motivação dos resultados obtidos e dos critérios adotados”, ao mesmo tempo em que, no art. 546, § 1.º, letra e, inclui entre os requisitos da sentença “a concisa exposição dos motivos de fato e de direito sobre os quais a decisão está fundada, com a indicação das provas adotadas como base da própria decisão e enunciação das razões pelas quais o juiz entende não aceitáveis as provas contrárias”. Com relação aos provimentos cautelares, exige-se ainda que contenham a exposição dos indícios que justificam a medida disposta, com indicação dos elementos de fato dos quais são extraídos e dos motivos por que assumem relevância, além da “exposição dos motivos pelos quais foram considerados irrelevantes os motivos apresentados pela defesa”.

Trata-se de inegável avanço, mas que ainda assim não expressa de forma completa a extensão e a estrutura lógica da motivação, sendo ressaltado pela melhor doutrina que outras indicações devem ser extraídas das normas que definem o âmbito da cognição do juiz, individualizando as questões sobre as quais ele deve pronunciar-se.⁵⁸

Para ser *completa* e atender às exigências de garantia anteriormente explicitadas, a motivação do juízo de fato deve abranger todas as

(56) Lei Processual Penal alemã, § 261; Código de Processo Penal português, art. 374.º, n. 2; Lei de Processo Criminal espanhola, art. 240, 2.º.

(57) V. especialmente Luigi Paolo Comoglio, Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo CPP, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 33(1): 138-40, 1990.

(58) Aniello Nappi, Il controllo della Corte di Cassazione sul ragionamento probatorio del giudice del merito, *Cassazione Penale*, 38:1261, 1998.

particulares opções assumidas pelo juiz no curso do procedimento probatório, o que implica a necessidade de justificação das decisões sobre a *admissibilidade*, *pertinência* ou *relevância* das provas e, principalmente, aquelas relacionadas ao momento final de *valoração* do material probatório reunido no processo.

7. Segue: a justificação sobre a admissibilidade, pertinência ou relevância das provas

Assim, num primeiro momento, a motivação do juízo de fato reclama a exteriorização das razões que determinaram a escolha do material probatório que será considerado na decisão, sempre que esta suponha uma constatação sobre os fatos.

Tal exigência resulta, de um lado, daquelas limitações a que está sujeita a liberdade de apreciação do juiz, pois dentre elas têm precedência lógica as relacionadas à aquisição dos elementos colocados à sua disposição, até porque o *livre convencimento* não significa em absoluto *liberdade de prova*, mas diz respeito à ausência de vínculos quanto à *valoração* de um material obtido e introduzido no processo segundo critérios de legalidade e racionalidade.⁵⁹

De outro lado, liga-se à constatação de que as garantias do contraditório e a ampla defesa pressupõem que às partes seja assegurada não somente uma possibilidade abstrata de participar das atividades processuais, mas o concreto exercício de direitos, faculdades e prerrogativas tendentes a influir de modo positivo no convencimento do juiz; e isso, especialmente, por meio da introdução de *provas* que demonstrem a verdade de suas afirmações; esse *direito à prova* não estaria assegurado se o juiz pudesse rejeitar, sem motivos, as postulações instrutórias formuladas pelos participantes do contraditório.⁶⁰

A tarefa de seleção das provas obedece a critérios jurídicos (*admissibilidade*) ou lógicos (*pertinência* e *relevância*), cabendo ao juiz decidir a esse respeito tanto no curso do procedimento, em pronunciamentos específicos a respeito de propostas de produção de provas, como no momento da valoração, uma vez que os atos de aquisição probatória não produzem efeitos imediatos, mas têm a sua

eficácia diferida para a fase final, em que existe um vínculo do juiz à valoração só das provas regularmente adquiridas.⁶¹

Nas decisões sobre *admissibilidade*, compete ao juiz verificar a presença de determinadas exigências feitas pelo legislador para o ingresso da prova no processo e sua posterior valoração ou, na formulação mais habitual, a inexistência de *proibições*, que acarretam a *inadmissibilidade* ou *inutilizabilidade* da prova.⁶²

Os fundamentos de tais proibições tanto podem ser *epistemológicos*, visando a evitar que determinados meios de prova, reputados indôneos para a reconstrução de certos fatos, sejam utilizados no processo, *63* como *políticos*, quando se pretende proscrever práticas ilegais realizadas com o pretexto de obtenção de provas. No primeiro caso, a proibição terá uma finalidade *processual*, ao passo que no segundo caso o objetivo é a tutela do direito material.⁶⁴

Disso resulta que nas decisões sobre a *admissibilidade* da prova — que integram inequivocamente o juízo de fato —, a justificação pode envolver tanto aspectos relacionados aos fatos, que podem caracterizar uma eventual ilicitude, como também questões jurídicas ligadas à determinação da regra jurídica violada, à sua interpretação, à ponderação de interesses quando isso possa ser decisivo para a admissão etc.

Mais delicada e problemática é a justificação das decisões que dizem respeito à seleção do material probatório por exigências de

⁽⁵⁹⁾ Vittorio Deati, Perizic, nullità e contraddittorio, *Rivista di Diritto Processuale*, 22:401, 1967.

⁽⁶⁰⁾ Novella Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, Cedam, 1992, p. 49.

⁽⁶¹⁾ Esses casos de exclusão de provas ditadas pelo interesse de uma correta apuração da verdade são bastante comuns no sistema anglo-americano (*exclusionary rules of intrinsic policy*), mas também podem ser encontrados em outros sistemas, como o nosso, em que certos fatos só podem ser comprovados por determinado meio de prova; exemplo disso é a exigência de exame pericial nas infrações que deixam vestígios (art. 158 do CPP) (v. Magalhães Gomes Filho, *Direito*..., cit., p. 96-98).

⁽⁶²⁾ Mirjan Damaska, Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study, *University of Pennsylvania Law Review*, 121:513, 1973; no mesmo sentido, Giulio Ubertis, La ricerca della verità giudiziale, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Ubertis (org.), Milano, Giuffrè, 1992, p. 31.

⁽⁵⁹⁾ Magalhães Gomes Filho, *Direito*..., cit., p. 162.

⁽⁶⁰⁾ Michele Taruffo, *La motivazione*..., cit., p. 439.

caráter lógico, que se traduzem nos critérios de *pertinência* e *relevância*. Trata-se, então, de verificar se as provas a ser introduzidas no processo são efetivamente úteis ao julgamento ou, ao contrário, representam perda de tempo ou fator de confusão para o espírito do julgador.⁶⁵

Conquanto relacionados à mesma exigência geral, expressa pela regra tradicional *frusta probatur quod probatum non relevat*, e muitas vezes empregados indistintamente, esses critérios lógicos não se confundem: a *pertinência* (ou *materiality*, na tradição jurídica anglo-americana) expressa uma relação direta entre o fato sobre o qual versa o meio ou fonte de prova e o fato objeto de prova no processo (*thema probandum*), ao passo que a noção de *relevância* (*relevancy*) aplica-se à chamada prova *indireta*, revelando a aptidão do meio ou fonte de prova para demonstrar um fato secundário, do qual possa ser inferido o fato principal que se quer demonstrar.⁶⁶

No sistema da *law of evidence*, a exclusão de provas por motivos dessa ordem é entendida como fundamental à correção dos julgamentos realizados pelos jurados, pessoas comuns e não habitadas às artimanhas da dialética processual, que poderiam ter a atenção desviada da questão principal a ser decidida.⁶⁷

Nos ordenamentos ligados à tradição continental, em que a decisão em regra está afeta a juízes técnicos, essa preocupação é mais ligada à economia processual,⁶⁸ objetivando-se evitar que a realização de atividades probatórias desnecessárias possa contribuir para a indevida procrastinação da solução da causa. À vista disso, e também diante daquela concepção equivocada do *livre convencimento*, muitas vezes tais critérios acabam por constituir uma válvula para a arbitrariedade judicial na apreciação sobre a admissão de provas propostas pelas partes, com violação do *direito à prova*.

(65) Magalhães Gomes Filho, *Direito*..., cit., p. 131.

(66) Mason Ladd, *Determination of relevancy*, *Tulane Law Review*, 31(1):83-5, 1956; Michele Taruffo, *La prova*..., cit., p. 338-339; Joan Picó I Junoy, *El derecho*..., cit., p. 43-48.

(67) Alessandro Giuliani, *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 16:656, 1962.

(68) Michele Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, Cedam, 1970, p. 87-97; Luigi Paolo Comoglio, *Il principio di economia processuale*, Padova, Cedam, 1980, v. 1, p. 194 e ss.

Daf a imprescindível necessidade de uma adequada fundamentação sempre que esses critérios lógicos de seleção do material probatório venham a ser utilizados para indeferir requerimentos de prova formulados no curso do procedimento; ou, então, quando, sob o mesmo título, elementos probatórios já incorporados não sejam efetivamente levados em consideração no momento do julgamento.

Na primeira situação, trata-se de justificar uma valoração preliminar e hipotética sobre a relação entre um fato ainda não provado e o *thema probandum*, o que supõe um duplo prognóstico: acerca da eventualidade de que a prova tenha um êxito positivo e também da sua aptidão de trazer elementos que permitam conhecer o fato a ser verificado, seja diretamente (prova direta), seja por via de uma inferência (prova indireta).⁶⁹

No segundo caso, a justificação sobre a *pertinência* ou *relevância* é mais simples, pois não exige aquele juízo hipotético antes mencionado, uma vez que a prova já foi produzida; assim, na prática, a avaliação judicial é realizada no mesmo contexto da valoração conjunta das provas, devendo o juiz indicar expressamente as razões por que descon siderou determinadas provas para a formulação do *juízo de fato*.⁷⁰

De qualquer modo, na análise da estrutura da motivação relacionada a esses critérios lógicos de seleção de provas, não se pode desprezar a circunstância, ressaltada por Denti, de que se trata de um julgamento que já contém uma escolha valorativa antecipada sobre a *fatispecie*, visto que a determinação dos temas de prova está intimamente ligada ao próprio julgamento de mérito.⁷¹

A importância de uma justificação que leve em conta essa circunstância, em sede penal, parece evidente nas situações em que o magistrado indefere o pedido de realização de uma prova sob o fundamento de ser o seu possível resultado *irrelevante* em face da qualificação jurídica dada ao fato pela denúncia. É o que sucede, v.g., na realização de exame de dependência toxicológica postulada pela defesa de réu acusado de tráfico de substância entorpecente (Lei 6.368/

(69) Taruffo, *La prova*..., cit., p. 339-340.

(70) V., *infra*, Capítulo VI, n. 9.

(71) Vittorio Denti, *La verificazione delle prove documentali*, Torino, UTET, 1957, p. 9-10.

76). Mesmo sem entrar na discussão sobre possível violação do *direito à prova*,⁷² o mínimo que se pode exigir na hipótese é uma indicação sobre os motivos que autorizam entender correta a qualificação provisoría dos fatos feita pela acusação.

8. A motivação sobre a valoração das provas: a avaliação sobre a idoneidade dos elementos de prova

Superada essa fase prévia de seleção daquilo que pode servir de base à formação do convencimento judicial, e depois de efetivamente produzidas as provas admissíveis, pertinentes e relevantes (o momento *heurístico* a que se refere Ubertis),⁷³ o procedimento probatório chega a seu momento final e mais importante, o da *valoração*, no qual cabe ao juiz analisar os elementos obtidos e deles extrair as suas conclusões quanto às afirmações sobre os fatos da causa. É aqui, claro, que se impõe com maior rigor a justificação das escolhas do juiz nessa matéria.

Nessa fase da *valoração* cumpre distinguir também dois momentos: o primeiro é constituído por uma apreciação isolada sobre a aptidão de cada elemento obtido para servir de fundamento ao convencimento judicial (*atenibilidade, idoneidade, credibilidade, autenticidade* da prova); o segundo é representado pelo conjunto de operações inferenciais, realizadas a partir do material informativo reputado idóneo, com o objetivo de atingir o *resultado* da prova, que é a reconstrução dos fatos sobre os quais incidirá a decisão.⁷⁴

Assim, e até porque não seria razoável que o raciocínio decisório pudesse ser realizado a partir de dados falsos ou de outra forma inaceitáveis, o passo inicial do procedimento da valoração consiste numa nova *selecção* das provas já reputadas admissíveis, pertinentes e relevantes, agora com a finalidade de determinar-lhes a *credibilidade racional*.

É certo que essa tarefa de selecção também é realizada ou facilitada pelo próprio legislador, de forma preventiva e abstrata, ao estabelecer

⁷² Sobre o tema, v. Magalhães Gomes Filho, *Direito...*, cit., p. 132-133, especialmente nota 120.

⁷³ Giulio Ubertis, *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*, Torino, UTET, 1995, p. 77.

⁷⁴ Giulio Ubertis, *La prova...*, cit., p. 80.

determinados procedimentos e técnicas de controle quando da introdução do material probatório no processo. Pense-se, como exemplos, na proibição de certos depoimentos, no compromisso que devem prestar as testemunhas e peritos, na vedação do compromisso quando se tratar de pessoas de alguma forma suspeitas, as contraditas, as acareações, os esclarecimentos dos peritos, as arguições de falsidade de documento etc.

Do mesmo modo, deve ser igualmente considerado o controle *in fieri* da idoneidade probatória, realizado no próprio contexto da aquisição do material instrutório: as constatações imediatas sobre a espontaneidade, a rapidez e a segurança nas respostas, a não-contradição nos depoimentos das testemunhas são exemplos claros de como isso ocorre. Aliás, nessa espécie de controle assume importância fundamental o *contraditório*, pois não só a presença, mas especialmente a ativa participação dos interessados nos atos de instrução, com contraditas e perguntas, muito contribui para a determinação do valor dos elementos produzidos.⁷⁵

Mas, sem embargo disso, é ao magistrado que cabe apreciar concretamente a credibilidade dos diversos dados apurados, por meio da *crítica da prova*,⁷⁶ atividade em que começa a manifestar-se o seu *livre convencimento*. Cuida-se, com efeito, de um juízo discricionário em que o juiz não somente faz constatações, mas também formula as proposições valorativas ou prescritivas de que irá valer-se para concluir sobre a idoneidade ou não de cada informação obtida no curso da instrução.⁷⁷

Oreste Dominioni descreve com minúcia as diferentes técnicas utilizadas pelo juiz nessa tarefa, que vale mencionar, ainda que de forma resumida, especialmente à vista das características estruturais da motivação em cada uma das situações.⁷⁸

A primeira, que denomina *técnica da confirmação*, consiste na aquisição de outras provas que forneçam a representação do mesmo fato, pois nada melhor para demonstrar a veracidade de um elemento

⁷⁵ Oreste Dominioni, *La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti*, *Rivista di Diritto Processuale*, 41(4):750-3, 1986.

⁷⁶ Sobre tal atividade, v. especialmente François Gorphe, *La critique judiciaire des preuves*, *La Giustizia Penale*, 46:737-42, 1935.

⁷⁷ Vittorio Denti, *La verificaione...*, cit., p. 10-14.

⁷⁸ Oreste Dominioni, *La valutazione...*, cit., p. 745-749.

de prova do que a circunstância de estar ele conforme à informação proveniente de outra fonte. Com essa técnica, o juiz formula o juízo de veracidade da prova mediante constatações sobre os resultados das diversas provas realizadas, empregando máxima de experiência muito simples, segundo a qual o fato atestado por várias provas é geralmente verdadeiro;⁷⁹ assim, fica bastante reduzida a necessidade de argumentação, pois a força persuasiva decorre basicamente do conteúdo empírico do procedimento realizado.

Um segundo método, empregado quando não estão disponíveis dois ou mais meios representativos do mesmo fato, leva o juiz a socorrer-se dos chamados *elementos de confronto*, que são fatos que nada têm que ver com o tema histórico do processo, mas que, se demonstrados, podem autorizar a conclusão sobre a veracidade do elemento probatório; é o caso da testemunha que, ao narrar um fato de interesse para o processo, revela determinada circunstância que só poderia ter percebido juntamente com o fato relevante; reconhecida a ocorrência daquela circunstância, pode-se deduzir a verdade da afirmação ou, em caso contrário, a sua falsidade.

Outra técnica importante é representada pelo *controle sobre as características da declaração* ou *atenibilidade intrínseca* da declaração, que se apóia na identificação de uma série de elementos capazes de levar a uma conclusão, positiva ou negativa, sobre a idoneidade das informações trazidas ao processo. São exemplos mencionados pelo autor a espontaneidade e tempividade da declaração, sua reiteração em sucessivas oportunidades, a presença ou ausência de um interesse, a coerência, a precisão, a integridade e a verossimilhança da narração etc.

Um ulterior procedimento consiste no *controle sobre as condições do declarante*, como os aspectos morais de sua personalidade, o seu nível cultural ou social, a capacidade profissional (esta sobretudo em relação aos peritos) e, ainda, eventuais constatações acerca da verdade ou falsidade de suas declarações no mesmo ou em outros processos.

Como ressalta finalmente Dominioni, nessas três últimas técnicas de verificação probatória o juiz conclusivo sobre a veracidade ou

falsidade depende da formulação de uma regra de experiência que funcione como premissa maior do raciocínio dedutivo, cuja adoção deve ser adequadamente justificada, devendo o juiz não só demonstrar que ela corresponde a um efetivo *id quod plerumque accidit*, mas também que não comporta exceção no caso específico.⁸⁰

Como facilmente se percebe, não se trata de operações simples, que possam ser reduzidas a um esquema único de justificação, pois resultam de atividades diferenciadas e complexas, como a constatação de certos comportamentos, o emprego de conhecimentos científicos, o apelo a noções do senso comum, e até mesmo avaliações apoiadas na própria experiência pessoal e profissional do juiz.

Mas isso não implica, entretanto, que tais valorações devam ser confiadas à intuição ou a um julgamento subjetivo do magistrado, dando lugar ao indevido ingresso de preconceitos ou idiossincrasias pessoais no juízo sobre os fatos; ao contrário, todas essas escolhas não podem deixar de ser explicitadas, pela exteriorização de todo o processo intelectual realizado, de forma a permitir o indispensável *controle* das partes, dos órgãos judiciários superiores e da opinião pública.⁸¹

9. Segue: o segundo momento da valoração

A atividade de valoração das provas — e com ela o próprio *juízo de fato* — somente se completa numa fase logicamente sucessiva em que, partindo dos elementos obtidos e considerados idôneos à formação do convencimento, o juiz realiza as operações inferenciais necessárias à determinação do enunciado factual que será adotado como premissa do raciocínio decisório final.

Trata-se, então, de um procedimento em que o *valor* de cada um dos elementos de prova não mais será considerado isoladamente, mas em relação à conexão que possa existir entre a informação que ele contém e a hipótese de fato a ser comprovada no processo,⁸² por isso, nessa atividade final de avaliação das provas, o juiz deve utilizar todo

(79) V., especialmente a respeito do cânone *unus testis nullus testis* e sua

aplicação na prática judiciária, Ettore Dosi, *La prova testimoniale: struttura e funzione*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 135-7; Marta Bargis, *Profilo sistematico della testimonianza penale*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 12.

(80) Oreste Dominioni, *La valutazione...*, cit., p. 748.

(81) Michele Taruffo, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 51(3): 555-6, 1997.

(82) Michele Taruffo, *La prova...*, cit., p. 234.

o conjunto de dados probatórios, realizando uma apreciação completa do patrimônio cognitivo introduzido no processo, com a finalidade de tomar certa (*acertamento*) a situação de fato estabelecida como base para o julgamento.⁸³

Como observa Bullygin, o juiz não só tem o *poder*, mas também o *dever* de definir *autoritativamente* se um certo enunciado factual está provado ou não, e tal decisão, pelo menos no âmbito do processo, estabelece a *verdade* desse enunciado.⁸⁴ Mas isso não significa — nem mesmo à luz do *libre convencimento* — que tal atividade possa ser arbitrária, cuidando-se, ao contrário, de um procedimento racional, realizado exclusivamente com base nas provas e em regras de inferência válidas.

Daí a evidente necessidade de que, em primeiro lugar, o autor da decisão leve em consideração *todas* as provas regularmente introduzidas no processo e que sejam relevantes para o estabelecimento dos fatos, não sendo racional utilizar-se apenas daquelas que confirmem uma conclusão pré-estabelecida, simplesmente desconsiderando outras que poderiam invalidar um resultado que se quer a todo custo alcançar.⁸⁵

Por outro lado, a mesma exigência de racionalidade deve impedir que no processo mental da decisão sejam sopesados elementos de ordem psicológica, suspeitas, impressões, avaliações pessoais do juiz etc., que não encontrem sustentação em elementos probatórios existentes nos autos.⁸⁶

Em relação à estrutura da motivação, isso significa que nela devem estar mencionadas todas as provas utilizadas para a fixação dos fatos discutidos no processo, sem o que não será possível conhecer as bases a partir das quais se desenvolveu o raciocínio judicial, constatando-se, assim, o atendimento àquelas exigências de racionalidade e objetividade.

Do mesmo modo, e principalmente tendo em vista a natureza dialéctica do processo, devem ser igualmente expostas as razões pelas quais

determinadas provas introduzidas a pedido das partes não foram consideradas, pois só assim será viável constatar o atendimento do *direito à prova* dos participantes do contraditório.⁸⁷ Com efeito, ao direito à introdução de provas corresponde não somente um direito à valoração destas, mas sobretudo um *direito à motivação* que exprima e justifique, de forma expressa e completa, a avaliação realizada, ainda que para reconhecer a sua inidoneidade para a formação do convencimento.⁸⁸

10. Segue: o esquema lógico da valoração conjunta das provas (dedução, indução e abdução)

A tarefa de avaliação conjunta das provas não se esgota, é óbvio, nessa simples indicação das provas consideradas como base da decisão, até porque o ponto nevrálgico do julgamento sobre os fatos é consubstanciado pelo procedimento intelectual que o juiz realiza, a partir dessas provas, para chegar à conclusão sobre a verdade (ou probabilidade) da hipótese factual discutida no processo.

Ainda que não seja esse o objetivo deste trabalho, não parece possível tratar da motivação do juízo de fato sem fazer uma referência — ainda que arriscadamente sucinta — sobre as teorias que buscam explicar a natureza desse procedimento.

Consoante uma tradicional corrente doutrinária, cuja referência mais expressiva é a clássica obra de Carnelutti *La prova civile*, e que corresponde ao já apontado modelo de decisão judicial sustentado pelo positivismo jurídico, o esquema lógico do juízo de fato é *dedutivo*.

Nessa concepção, com efeito, a estrutura do raciocínio judicial corresponde à de um *silogismo* no qual a premissa menor é representada pelo fato percebido por intermédio da prova, ao passo que a premissa maior é constituída por uma *norma* identificada com as chamadas “máximas de experiência”, sendo possível assim fazer uma ligação sobre a verdade ou falsidade do fato objeto de prova.⁸⁹

(87) No CPP italiano de 1988 a exigência de tais indicações é expressamente prevista pelo art. 546, letra e, como requisito da sentença.

(88) Michele Taruffo, Il diritto alla prova nel processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*, 39(1):111-4, 1984; Magalhães Gomes Filho, *Direito...*, cit., p. 160.

(89) Francesco Carnelutti, *La prova civile*. Parte generale: Il concetto giuridico della prova, Milano, Giuffrè, 1992, p. 62; Chiara Besso-Marcheis, Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 45(4):1128-31, 1991.

(83) Giulio Ubertis, *La prova...*, cit., p. 83.

(84) Eugenio Bullygin, Sull'interpretazione..., cit., p. 25.

(85) Michele Taruffo, *La prova...*, cit., p. 399; Ubertis, *La prova...*, cit., p. 83.

(86) Giuseppe Gianzi, Il dibattito: la valutazione della prova e la decisione, in *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, Canzio, Ferranti e Pascoli (orgs.), Milano, Giuffrè, 1989, p. 251.

A insuficiência desse esquema explicativo do raciocínio probatório foi há muito ressaltada pela doutrina processual, especialmente a partir da obra de Calogero, que demonstrou a impossibilidade de reduzir-se a atividade judicial a um simples esquema de lógica formal, pois o caminho percorrido pelo juiz para chegar à decisão é, ao contrário, um procedimento de pesquisa, inclusive para a identificação da *máxima de experiência*, que assim não pode ser tomada como verdade absoluta capaz de servir à formulação de uma dedução.⁹⁰

Mais do que isso, do ponto de vista epistemológico, o raciocínio dedutivo é absolutamente inútil, porquanto a sua *validade* lógica não assegura a correção do resultado obtido, uma vez que a verdade da conclusão somente poderia ser aceita sob a condição de serem verdadeiras as premissas; assim, mesmo que fosse possível adotar como premissa maior uma regra universal e incontestável, restaria sempre o problema da eventual falsidade da premissa menor.⁹¹

Uma segunda orientação, cuja bases remontam à obra de Pescatore, de meados do século XIX, e que recentemente foi reproposta nos trabalhos de Piras⁹² e Taruffo, sustenta, ao contrário, que o procedimento lógico seguido pelo juiz para a determinação dos fatos é o *indutivo*, pois é a partir do resultado das diversas provas colhidas durante a instrução que se obtêm os dados para o estabelecimento da própria *regra geral* que vai funcionar como premissa maior do raciocínio probatório.⁹³

Outra tentativa de esclarecer a natureza lógica do juízo de fato, superando a contraposição entre dedução e indução, é sustentada nos trabalhos recentes sobre a prova judiciária de Fassone, Nappi e Pastore, que apontam para o modelo da *abdução* desenvolvido especialmente pela semiologia contemporânea.⁹⁴

(90) Guido Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1937, p. 99-102; Besso-Marcheis, *Probabilità...*, cit., p. 1.130-1.131.

(91) Marina Gascón Abellán, *Los hechos...*, cit., p. 99-100.

(92) Aldo Piras, *Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente*, *Jus - Rivista di Scienze Giuridiche*, 4(1):79-121, 1955.

(93) Michele Taruffo, *Studi...*, cit., p. 203-207; Besso-Marquês, *Probabilità...*, cit., p. 1.132-1.133.

(94) Especialmente Umberto Eco, *Chifres, cascos, sapatos: três tipos de abdução*, in *Os limites da interpretação*, trad. Pérola de Carvalho, São Paulo, Perspectiva, 1995, p. 194-218.

A estrutura do raciocínio *abdução* permite inferir "para trás" um antecedente do consequente.⁹⁵ Consiste basicamente na adoção provisória de uma inferência explicativa passível de verificação experimental e que visa a encontrar, junto com o caso, também a regra.⁹⁶ Assim, por meio da *abdução* procura-se reconstituir e explicar um acontecimento passado em duas etapas: na primeira, tenta-se elencar todas as possíveis causas do evento, delimitando as hipóteses mais prováveis para a sua ocorrência; na segunda, trata-se de selecionar, entre tais hipóteses, aquela que parece ser a *mais provável* diante das diversas causas possíveis.⁹⁷

Como mostra Umberto Eco, com exemplos tirados das histórias policiais de Sherlock Holmes, é possível distinguir quatro formas de raciocínio abdução: a) em alguns casos, a regra é dada de modo automático ou semi-automático, segundo códigos de conhecimento geral (*abdução hipercodificada*); b) em outros, a regra deve ser selecionada dentre uma série de regras equiprováveis postas à nossa disposição pelo conhecimento corrente no mundo (*abdução hipocodificada*); c) há situações, entretanto, em que a regra deve ser inventada *ex novo*, como ocorre nas descobertas "revolucionárias" que mudam um paradigma científico estabelecido (*abdução criativa*); d) finalmente, também podem ocorrer casos em que o conhecimento do mundo comum autorize a pensar que certa regra já foi reconhecida, muito embora se trate, na verdade, de uma inovação criativa (*metaabdução*).⁹⁸

Para Fassone, na atividade judiciária criminal a abdução ocupa um lugar central, o que ilustra com alguns exemplos: da presença de uma impressão digital deduz-se, com base num princípio científico, que determinado indivíduo tocou o objeto; de um testemunho sobre um fato se compreende a realidade desse mesmo fato, aplicando um critério de credibilidade do declarante; da posse de certos objetos é possível depreender os antecedentes causais, com base em regras de conduta; assim, é a *abdução* que possibilita passar de um ou mais elementos de prova à conclusão afirmativa de que o acusado é o autor de um crime.⁹⁹

(95) Baldassare Pastore, *Giudizio...*, cit., p. 192.

(96) Umberto Eco, *Chifres...*, cit., p. 201-202.

(97) Aniello Nappi, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, 3. ed., Milano, Giuffrè, 1992, p. 118.

(98) Umberto Eco, *Chifres...*, cit., p. 202-203.

(99) Elvío Fassone, Dalla "certezza" all'"ipotesi preferibile": un metodo per la valutazione, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 38(4):1113-4, 1995.

11. O papel da argumentação no raciocínio decisório

Embora não permitam estabelecer uma conclusão definitiva sobre a real natureza do raciocínio desenvolvido pelo juiz na atividade de valoração conjunta das provas, com o objetivo de chegar à "verdade processual" sobre os fatos — o que, como ficou dito, não constitui preocupação deste trabalho —, essas referências servem para evidenciar não somente a complexidade daquela tarefa, mas principalmente ressaltam a importância da *argumentação* também (e sobretudo) nesse aspecto da decisão.

Ao contrário do que sucede no domínio das ciências exatas, em que a prova de determinadas asserções é obtida pela *demonstração*, que *autoriza definitivamente* a proposição de um axioma ou de outras proposições já antes comprovadas, e portanto de forma irrecusável — e também diversamente das ciências experimentais, cujas asserções se referem a fenômenos que podem ser reproduzidos e observados —, na atividade judiciária a aceitação dos resultados do procedimento probatório depende de uma *argumentação* mais ou menos eficaz, que justifique as diversas opções realizadas.¹⁰⁰

Não é possível menosprezar, com efeito, o preponderante caráter social dos procedimentos probatórios judiciários, que não visam exclusivamente a formar um convencimento na mente do juiz, mas se destinam também a obter o *consenso* do grupo em nome do qual será pronunciada a decisão;¹⁰¹ nessa linha, a prova constitui sobretudo um mecanismo de *legitimação* da decisão judicial.¹⁰² É diante dessa peculiaridade que se ressalta a exigência de conformidade a determinados padrões e rituais pelos quais a coletividade possa reconhecer-se, o que surge a *comunicação*, por meio da linguagem comum, das experiências cognitivas realizadas no curso desse procedimento.¹⁰³

(100) Chaim Perelman, *La spécificité de la preuve juridique*, in *Ethique e droit*, Bruxelles, Editions de l'Université, 1990, p. 693-696; Jerzy Wróblewski, *La preuve juridique: axiologie, logique et argumentation*, in *La preuve en droit*, Perelman e Fontiers (orgs.), Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 331 e ss.

(101) Henry Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire: étude de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière, 1964, p. 29.

(102) Xavier Lagarde, *Reflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ, 1994, p. 17; Mireille Delmas-Marty, *La prova penale, L'indice Penale*, 30(3):610, 1996.

(103) Vittorio Denti, *Scientificità...*, cit., p. 415; Laurence H. Tribe, *Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process*, *Harvard Law Review*, 84(6):1391, 1971; Baldassare Pastore, *Giudizio...*, cit., p. 246.

Isso vale principalmente no momento da *valoração*, em que as avaliações do juiz não podem ser expressões de opções pessoais ou de visões particulares do mundo, mas devem ser justificadas com base em experiências e valores compartilhados e aceitos pela sociedade.¹⁰⁴

Assim, se a exigência de motivação — como ficou *supra* ressaltado — é inafastável em relação às decisões parciais sobre a admissibilidade, a pertinência, a relevância e de aprecação sobre a credibilidade dos diversos elementos probatórios, com redobradas razões deve ser insuportável quando se trata de definir, no momento final da valoração, os enunciados fáticos acertados.

Daí a necessária indicação e justificação das diversas e complexas inferências realizadas pelo julgador para a adoção das conclusões sobre a realidade histórica discutida no processo.

Nesse sentido, a motivação do juízo de fato consiste fundamentalmente em argumentar com a indicação dos *critérios de inferência*, ou seja, das regras que autorizam passar do fato constatado (elemento de prova) à afirmação sobre a real ocorrência (ainda que em termos de probabilidade ou de probabilidade acima de uma dúvida razoável) da hipótese fática debatida no processo (resultado de prova).¹⁰⁵

A natureza de tais *regras de inferência* é diversificada: podem ser disposições legais, regras técnicas e científicas, noções consagradas pela experiência comum ou mesmo regras estabelecidas criativamente no próprio procedimento da *abdução* antes referido.¹⁰⁶

No primeiro caso, o raciocínio do juiz para chegar ao resultado da prova é prefixado pelo próprio legislador, ao estabelecer normativamente a consequência de determinados elementos de prova; são os casos da chamada *prova legal*, que mesmo depois de superado o sistema de avaliação tarifada ainda são previstos, inclusive no processo penal. Pense-se, como exemplo, na prova do casamento (art. 155 do CPP, c/c o art. 202 do CC) ou do óbito para fins de extinção da punibilidade (art. 62 do CPP). Nessas situações, verificada a autenti-

(104) Aniello Nappi, *Il controllo...*, cit., p. 1.266.

(105) Iacoviello, *La motivazione...*, cit., p. 124 e 178.

(106) V. especialmente Vicente Greco Filho, *Regras de inferência, Plural — Boletim Informativo do CEA/Escola Superior do Ministério Público*, 4(18):9-14, 1999.

cidade da certidão no primeiro momento de avaliação probatória, nada mais restará ao juiz senão reconhecer tais fatos, sendo aqui aplicada uma inferência de tipo dedutivo,¹⁰⁷ que normalmente dispensa outra justificação que não seja a referência ao texto legal.

Já com relação às regras técnicas ou leis consagradas pelas ciências, o empenho justificativo deverá ser maior ou menor, segundo o grau de aceitabilidade do paradigma utilizado na consciência do homem comum.

Há, com efeito, certos enunciados técnicos ou científicos cujo conhecimento faz parte da cultura normal (v.g., a lei da gravidade)¹⁰⁸ e cuja simples menção será suficiente para justificar sua adoção como regra para inferir-se o fato. Em outros casos, certamente mais numerosos, quando isso não ocorre, a justificação será feita sobretudo a partir de informes periciais incorporados e discutidos no processo, por meio dos quais será possível conhecer e avaliar o grau de validade da regra utilizada.

Cabe entretanto ressaltar, em relação a este último ponto, e especialmente diante da crescente utilização da chamada *prova científica*, que o emprego desses conhecimentos especializados no processo não pode dispensar uma atividade justificativa do juiz capaz de traduzir aos destinatários da motivação, notadamente o homem comum, as informações obtidas por esse tipo de prova e que tenham sido utilizadas na formação do convencimento.¹⁰⁹

12. Segue: as "máximas de experiência"

A necessidade de justificação das regras de inferência utilizadas pelo juiz cresce de intensidade quando se trata de fundar o raciocínio decisório em noções da experiência comum, as chamadas *máximas de experiência*.¹¹⁰

(107) Marina Gascón Abellán, *Los hechos...*, cit., p. 98.

(108) Greco Filho, Regras..., cit., p. 12; José I. Caffarata Nores, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 49.

(109) Baldassare Pastore, *Giudizio...*, cit., p. 157-159.

(110) Conquanto de origem histórica mais remota, deve-se especialmente a Stein a formulação do conceito processual de *máxima de experiência* (*Erfahrungssätze*), que, ao lado do *fato notório*, constitui uma exceção à

É que, ao contrário das regras técnicas e científicas, cuja utilização pelo juiz supõe geralmente uma prévia introdução e discussão no processo, por meio das informações trazidas pela prova pericial, as *máximas de experiência* são noções ministradas pela cultura média da sociedade, em relação às quais — até em razão de sua definição como dados do conhecimento privado do juiz — não se exige prova.

Além do mais, e justamente por serem regras fundadas em conhecimentos comuns, incluem na sua formulação elementos vagos, heterogêneos, mutáveis e ambíguos, confundindo-se muitas vezes com generalizações sem qualquer fundamento, preconceitos, julgamentos morais, vulgarizações pseudocientíficas, que hoje em dia são difundidos com frequência pelos meios de comunicação, assumindo indelicadamente a condição de regras certas e universais, qualidades que em alguns casos não possuem.¹¹¹

Assim, sem chegar ao extremo de negar a utilidade da aplicação dessas regras no processo,¹¹² é forçoso reconhecer, pelo menos, a necessidade de se distinguir, em cada caso, entre as verdadeiras e as falsas máximas de experiência, evitando que sob esse título tenham ingresso no processo e sirvam de base ao raciocínio probatório, sem o indispensável controle, suposições equivocadas ou avaliações puramente subjetivas do juiz.¹¹³

proibição de utilização de conhecimentos privados do juiz no processo. Para esse autor, as máximas de experiência "são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desvinculados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, além desses casos, pretendem ter validade para outros casos novos" (Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, 2. ed., trad. Andrés de la Oliva Santos, Bogotá, Temis, 1999, p. 27).

(111) Michele Taruffo, *Funzione...*, cit., p. 558. Suggestivo exemplo desses preconceitos, que acabam sendo utilizados com frequência no juízo penal, é dado por Greco Filho ao referir-se ao julgamento com base em simples antecedentes criminais (Vicente Greco Filho, Regras..., cit., p. 13).

(112) Michele Massa, *Contributo...*, cit., p. 87; idem, *Motivazione (TV) Motivazione della sentenza* — dir. proc. pen., in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani, 1990, p. 5.

(113) Massimo Nobili, *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime d'esperienza"*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 12(1):182, 1969.

Como observa Taruffo, tal controle deve ser realizado tanto com relação à atendibilidade quanto ao correto emprego dessas regras pelo juiz.

No primeiro caso, cumpre constatar a presença de três condições mínimas: primeiro, se se trata com efeito de noções aceitas sem restrições no ambiente social e cultural em que a decisão é proferida, até porque uma asserção não é verdadeira ou correta somente pelo fato de que algumas pessoas assim acreditam; segundo, se tais regras não são desmentidas ou contrariadas pelos conhecimentos científicos; finalmente, se elas não estão em contradição com outras máximas, uma vez que o denominado *sensu commun* não é certamente um conjunto de conhecimentos coerentes, não sendo razoável possa o juiz escolher arbitrariamente uma regra em detrimento de outra.¹¹⁴

Com relação ao emprego dessas regras de senso comum ao raciocínio probatório, o mesmo autor adverte para a necessidade de que se trate de *regras específicas e congruentes* com os fatos aos quais são referidas. À vista disso, noções muito genéricas, que possam ser aplicadas em qualquer caso, ou a fatos contraditórios, não são evidentemente úteis para a decisão; e o mesmo ocorre com inferências não congruentes com os fatos, diante do baixo ou nulo valor para o conhecimento das hipóteses a que se referem.¹¹⁵

Dá a fundamental importância, para o referido controle, da enunciação expressa não só da máxima de experiência adotada, mas também de razões que justificaram a sua escolha (especialmente a existência de um consenso difuso em relação ao seu fundamento), bem como dos critérios racionais que presidiram a aplicação no caso decidido.¹¹⁶ Sem uma completa justificação a respeito do procedimento intelectual realizado pelo juiz para chegar a essas opções será inviável controlar a correção e a racionalidade do juízo de fato fundado nesse tipo de regra.

⁽¹¹⁴⁾ Michele Taruffo, *Funzione...*, cit., p. 561-563.

⁽¹¹⁵⁾ Idem, p. 563.

⁽¹¹⁶⁾ Idem, p. 280; Juan Carlos Cabañas García, *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*, Madrid, Trivium, 1992, p. 248. Sobre a relação entre a motivação e o controle do emprego das máximas de experiência pela Corte de Cassação italiana, v. especialmente Nicola Mannarino, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1993, especialmente p. 115 e ss.

13. A valorção dos indícios

Uma observação final, mas não menos importante, deve ser feita sobre a motivação do juízo de fato quando de trata de justificar uma decisão fundada em *indícios*, até porque essa expressão vem utilizada pelo legislador processual penal como requisito probatório mínimo para determinadas decisões.

É fundamental esclarecer, desde logo, que a expressão *indício*, freqüentemente utilizada no plural, não possui um significado unívoco na linguagem comum e às vezes na própria terminologia processual.

Assim, numa acepção que parece estar ainda ligada ao velho sistema da prova legal, em que o valor do *indício* não se igualava ao da prova fornecida diretamente por um testemunho ou documento, *indício* significa prova dotada de eficácia persuasiva atenuada, não sendo apta, por si, a estabelecer a verdade sobre um fato. É com tal sentido que o nosso estatuto processual penal a emprega no art. 408, estabelecendo que para a *pronúncia* o juiz deve estar convencido da existência do crime (juízo de certeza, portanto) e de *indícios* de autoria (mera probabilidade).

A utilização do termo com esse significado não teria maiores inconvenientes se, a partir disso, não fossem extraídas, na prática, algumas conclusões equivocadas, especialmente sob a ótica das garantias processuais. É comum afirmar-se, por exemplo, que certos elementos informativos, colhidos fora do contraditório, não são provas, mas simples indícios, e, com isso, admite-se o seu ingresso no processo, com o que fatalmente acabarão por ser valorados pelo juiz ou, pior, pelos jurados, que decidem sem motivar.¹¹⁷

Na terminologia processual mais moderna, essa expressão deve ser entendida como uma espécie do gênero *prova*, a *prova indireta* (ou *prova crítica*), em contraposição à noção de *prova direta* (ou *prova histórica*), segundo uma distinção que não está fundada na eficácia

⁽¹¹⁷⁾ A propósito da utilização de uma "confissão" prestada aos meios de comunicação e gravada em vídeo, posteriormente apresentada em julgamento perante o Tribunal do Júri, a 6.ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu não haver nisso ilicitude, ressaltando: "Na verdade não é bem uma prova e sim um indício contra o réu, uma vez que lá confessou os fatos de forma espontânea" (Apelação Criminal 154.151-3/9).

persuasiva, mas sim na relação entre o *fato a ser provado* no processo e o *objeto da prova*. Assim, mediante uma *prova direta* é possível conhecer, por um único procedimento inferencial, o fato que deve ser demonstrado no processo; a *prova indireta*, diversamente, permite conhecer um fato que, depois de uma segunda inferência, autoriza chegar ao fato que interessa à decisão.¹¹⁸

Não há, portanto, uma diferença ontológica ou estrutural entre *prova direta* e *prova indireta* (ou *indício*), mas tão-só uma distinção fundada na relação entre o fato que cada uma delas permite conhecer e o *thema probandum*. Daí observar Taruffo que não existem *meios de prova diretos* ou *indiretos*; a prova testemunhal, por exemplo, será direta ou indireta, segundo o tipo de informação que possa fornecer: em alguns casos o seu objeto coincidirá com o fato a ser provado no processo, caracterizando uma *prova direta*; em outros, dará a conhecer um fato diverso, mas por meio do qual será possível obter, pela via de outra inferência, o fato que interessa ao processo.¹¹⁹

Essas observações permitem constatar a maior complexidade que envolve a valoração da prova indiciária, já que na verdade são necessários pelo menos dois procedimentos inferenciais para se alcançar o *resultado da prova*, o que, de certo modo, explica a tendência antes referida de confundir-se a própria noção de prova indireta com a de prova de menor eficácia persuasiva.¹²⁰

É preciso mencionar, ainda, que em geral tais inferências são realizadas a partir de uma pluralidade de elementos fornecidos pela prova indireta. Pois, se de um indício é possível inferir um fato determinado, a certeza sobre o fato investigado resulta, quase sempre, de todo um conjunto de indícios,¹²¹ aumentando sem dúvida a menção nada complexidade.

¹¹⁸ Paolo Ferrua, *La formazione delle prove nel nuovo dibattito: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Studi sul processo penale*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 105-106; Michele Taruffo, *La prova...*, cit., p. 426-32.

¹¹⁹ Michele Taruffo, *La prova...*, cit., p. 430.

¹²⁰ Alessandra Bassi, *Il controllo del giudice di legittimità sulla valutazione della prova indiziaria: una nuova invasione di campo*, *Cassazione Penale*, 32:1017-8, 1992.

¹²¹ Maria Thereza Rocha de Assis Moura, *A prova por indícios no processo penal*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 90.

Diante disso, fica evidente a necessidade de um maior empenho argumentativo por parte do juiz ao sustentar, na motivação, a correção de todas as operações realizadas para chegar ao acerto da hipótese de fato debatida no processo. Mas, em contrapartida, é com uma justificação completa e congruente que se poderá superar o mencionado *deficit* de persuasão que normalmente se atribui à prova indiciária.

Foram por certo essas exigências que levaram o legislador italiano de 1988 – consagrando orientação antes fixada na jurisprudência, e depois de prescrever no art. 192, § 1.º, do CPP a necessidade de indicação, na motivação, dos critérios adotados para a valoração das provas – a prescrever que “l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti”.

Do ponto de vista das garantias processuais, trata-se de disposição salutar, pois ao estabelecer tais requisitos a lei fixou não apenas os parâmetros da valoração, mas também forneceu um *modelo* para a argumentação judicial, que pode ser proveitosamente adotado entre nós, mesmo na falta de uma expressão previsão normativa.

Assim, na motivação do juízo de fato fundado em indícios, cabe ao juiz demonstrar: a) que as inferências empregadas foram realizadas com base em máximas de experiência de reconhecida validade, resultando daí um elevado grau de relevância e pertinência em relação ao fato a ser provado, o que acarreta uma apreciável intensidade persuasiva dos elementos obtidos (*gravidade*); b) que o fato constatado pela prova indireta tem um sentido único e definido, autorizando uma só conclusão a respeito do fato que deve ser provado, ao contrário do que sucederia com um indício vago ou equívoco (*precisão*); c) finalmente, quando há mais de um indício, que todos os elementos obtidos convergem para uma reconstrução unitária do fato a que se referem (*concordância*).¹²²

14. A qualificação jurídica dos fatos

A análise da estrutura da motivação de direito e de fato não pode ser encerrada sem uma referência ao seu momento de síntese das

¹²² Giulio Ubertis, *La prova...*, cit., p. 92; Alessandra Bassi, *Il controllo...*, cit., p. 1.019; Angelo Alessandro Sammarco, *Sui requisiti della prova indiziaria nella nuova disciplina processuale penale*, *La Giustizia Penale*, 1991, p. 274.