

**NOTAS SOBRE A AVALIAÇÃO DA PROVA PERICIAL: RESGATANDO A  
CAUSALIDADE**

***NOTES ON EVALUATION OF EXPERT EVIDENCE: RESCUING CAUSALITY***

***Flávio Mirza***

Doutor em Direito Processual (UGF). Professor Adjunto de Direito Processual Penal (graduação, mestrado e doutorado) da UERJ. Professor Adjunto de Direito Processual Penal (graduação e mestrado - permanente) da UCP e Coordenador do PPGD/UCP. Visiting Professor na University of Connecticut School of Law (em fevereiro de 2008). Advogado - sócio do Escritório Mirza & Malan Advogados. Email: [flaviomirza@gmail.com](mailto:flaviomirza@gmail.com)  
Artigo recebido em 20/09/2014 e aprovado em 28/11/2014.

**Resumo:** O presente artigo parte da premissa de que a prova pericial é uma prova estatística. Demonstra que, muitas vezes, o juiz prescinde do exame da causalidade, substituindo-o pelas estatísticas e probabilidades. E, por mais que essas sejam elevadas, podem não espelhar, com clareza, o fato a ser provado. Dentre os sistemas de avaliação da prova, vigora, no Brasil, o sistema do livre convencimento motivado. É preciso que esse livre convencimento seja baseado na prova demonstrativa dos autos, ou seja, não se pode prescindir do exame do nexos causal, substituindo-o por meros dados estatísticos. A justiça da decisão depende desse criterioso exame, pois, do contrário, a decisão será arbitrária/ilegal.

**Palavras-chave:** Prova pericial – causalidade – estatística – probabilidade – sistemas de avaliação da prova – livre convencimento motivado

**Abstract:** The present article assumes that expert evidence is statistical evidence. It demonstrates that the judge often foregoes the analysis of causality, replacing it by statistics and odds. Those, even when elevated, might not entirely reflect the fact to be proven. Amongst the systems intended to scrutinize evidence, the free judicial discretion prevails in Brazil. Free judicial discretion must be based on analytical demonstration of causality and cannot be replaced by statistical data. The fairness of the

decision depends on its thorough evaluation, otherwise the decision will be arbitrary/illegal.

**Key words:** Expert evidence - causality - statistics - probability - systems of evaluation of evidence - free judicial discretion

### 1) Introdução: delimitando o estudo.

O presente estudo visa estudar a prova pericial e sua avaliação pelo juiz.

Focamo-nos na questão da causalidade, não raro “esquecida”, e dos dados estatísticos/probabilísticos, assumindo, praticamente, o posto de provas absolutas, irrefutáveis. Sem dúvida, algo nefasto para a justiça das decisões judiciais.

Diante desse quadro, o livre convencimento motivado corre o risco de ficar refém de dados pouco confiáveis, colocando em xeque tal sistema de avaliação das provas.

### 2) Prova pericial: causalidade, probabilidade e estatística

A prova pericial é, eminentemente, uma prova estatística.

A par de peremptória, tal afirmação merece considerações.

Com efeito, causalidade não é um conceito eminentemente, ou melhor, exclusivamente jurídico.<sup>1</sup> É, pois, usado, e transita, por diversas áreas do saber humano, sem que se possa cogitar de uma causalidade científica geral e outra de índole jurídica.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> No direito pátrio, à guisa de exemplo, temos o artigo 186 do Código Civil, que vincula o dever de indenizar a quem causou dano a outrem. Cf. “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

<sup>2</sup> Com muita propriedade, Federico Stella esclarece: “Proseguendo l’indagine sulla ‘causalità generale’, scopriremo ora che la **contrapposizione** tra causalità ‘scientifica’ (le ‘prove’ delle scienze naturali) e causalità ‘giuridica’ (le ‘prove’ del processo penale) – su cui tanto insistono la giurisprudenza (sentenza sul talidomide, sentenza sul processo del legno) e una parte della dottrina tedesca (1) – semplicemente **non esiste**, giacché è la stessa scienza a riconoscere, apertamente e senza riserve, che la ‘causalità generale’ non consente di collegare i **singoli eventi lesivi** all’uso di o all’esposizione a sostanze tossiche: ‘non c’è alcuna possibilità di distinguere – dicono gli studiosi del ‘rischio chimico’ – tra i casi esposti, chi non si sarebbe

Assim, ela existe toda vez que a um fato anterior segue-se, necessariamente, outro posterior.<sup>3</sup> Paulo José da Costa Júnior aduz, após explanação, fazendo a distinção entre causa e causalidade, que “Este nexos, este movimento mental de relacionamento de causa e efeito, é o que se chama “causalidade”.”<sup>4</sup>

Obviamente, quando estamos diante de uma lei universal (p.ex. todo corpo solto a determinada altura, cai), podemos inferir que todos os fatos daí derivados, ou seja, com características específicas, tiveram como origem uma causa determinada. Logo, se o réu é acusado de empurrar a vítima do 10º andar, é óbvio que sua morte se deu em virtude da queda, mas isso não prova que ele a empurrou.<sup>5</sup> Não prova a causalidade. Aliás, na seara penal, como bem ressaltou Juarez Tavares, “(...) a única forma de causalidade jurídico-penalmente relevante é a que realiza um fato típico.”<sup>6</sup>

Igualmente, só que agora trabalhando em caráter geral, posto que o cigarro cause câncer no pulmão (ou melhor, seja um fator de risco que incremente as chances de se desenvolver a doença), não é possível dizer que determinada pessoa teve o câncer por causa do fumo. Mais uma vez, não se prova a relação de causa e efeito. Poder-se-ia argumentar que num grande número de casos o cigarro causa câncer. Aqui, estamos adentrando no terreno da probabilidade e dos estudos estatísticos.

---

ammalato in assenza di esposizione e chi, invece, si sarebbe ammalato (...) **egualmente**.” (grifo do autor). Cf. STELLA, Federico. **Giustizia e Modernità**, 3 ed., Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 291.

<sup>3</sup> No sentido, confira-se a lição de Max Ludwig Müller, *in verbis*: “Un hecho está condicionado por otro cuando sin este otro no habría sido tal como es.” Cf. MÜLLER, Max Ludwig. La Significación de la Relación Causal en el Derecho Penal y en el de Reparación de daños. In: Sancinetti, Marcelo A. (compilador). **Causalidad, riesgo e imputación**: 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. 1º capítulo, p. 39 – 104.

<sup>4</sup> Cf. Costa Júnior, Paulo José da. **Nexo Causal**, 4 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 75.

<sup>5</sup> Na seara penal, colhe-se a lição de Helmut Friester: “La causalidad en sí misma es entendida hoy, en general, en el sentido de la teoría de la equivalencia. Según la “*fórmula de la condicio sine qua non*” aplicada mayoritariamente en la jurisprudencia<sup>5</sup>, una acción es causa del resultado típico, si no puede ser suprimida mentalmente sin que ese resultado desaparezca.” Cf. FRISTER, Helmut. La causalidad de la acción respecto del resultado. In: Sancinetti, Marcelo A. (compilador). **Causalidad, riesgo e imputación**: 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. 16º capítulo, p. 479 – 502.

<sup>6</sup> Cf. TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito**: variações e tendências, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 29.

Não raro, recorre-se à probabilidade e à estatística. Incrivelmente, diversas vezes extraem-se conclusões baseadas em estudos estatísticos, ou em máximas da experiência, para demonstrar a causalidade. Nada mais errôneo.

Imagine-se que determinada pessoa foi agredida e vai a exame pericial (exame de corpo delito, no jargão jurídico). O perito, após o primeiro exame, manda que ela volte em 30 dias. Sua intenção é estabelecer a gravidade das lesões, verificando, por exemplo, se ficou impossibilitada de exercer suas funções por mais de 30 dias (nesse caso, a lesão seria classificada como de natureza grave). Sem realizar um exame criterioso, e baseando-se no “dia-a-dia”, ou seja, em situações em que lesões do tipo apresentado levam à incapacidade por longo período, “atesta” a gravidade das lesões. Será que essa probabilidade (médica) pode servir como prova idônea? Será que o fato de “sempre” ocorrer dessa forma, enseja tal conclusão? Certamente, que não.

Outra questão, agora baseada em estudos epidemiológicos e bastante interessante, também pode ensejar conclusões incorretas, senão vejamos.

Um número X de pessoas de uma vila alega que foi intoxicado por substâncias químicas, despejadas pela empresa Y. Tais indivíduos, que foram expostos ao material lançado, processam a empresa. Em juízo, produzem diversas provas, dentre elas, prova pericial. Apresentam, então, estudo comprobatório de sua alegação, ou seja, de que a exposição àquela substância provoca intoxicação. Em tal estudo, um grupo (X+X<sup>n</sup>) de pessoas foi examinado, concluindo-se que a exposição a tal substância o intoxicou. Como saber que o mesmo ocorreu com os moradores da vila? Será que isso prova causalidade? Será que a intoxicação adveio da exposição as tais substâncias lançadas pela empresa Y? Note-se que o grupo é menor, ou seja, a intoxicação pode ser verdade para X+X<sup>n</sup>, mas não para X. Diga-se de passagem, até a metodologia, bem como os percentuais do estudo, haveriam de variar em razão do diferente número de pessoas estudado. Aliás, o que teria acontecido aos outros moradores da vila que não se intoxicaram? Tal prova pericial, baseada em estatística frágil, e não no que Jasanoff chamou de “*significativit  statistica*”, pode ser aceita como absoluta? A resposta nos parece ser no sentido de que não está

provada a relação causal entre os fatos.<sup>7</sup> Acresça-se a isso, na feliz lembrança da mesma Sheila Jasanoff, que fatores outros podem ter causado a intoxicação.<sup>8</sup>

Deve-se ter em mente que a maior probabilidade da ocorrência de um fato do que de outro não impede o surgimento da hipótese contrária, ou seja, que o fato de menor probabilidade tenha ocorrido.<sup>9</sup> Assim, probabilidades associadas a estudos estatísticos não servem para provar a causalidade.<sup>10</sup> Por óbvio, não devem ser desprezadas e/ou ignoradas, pois podem (e devem) nortear políticas públicas, mas não servir de prova irrefutável de nexos causal.

Entretanto, além do que foi acima mencionado, não se pode negar valia a essa espécie de “causalidade” calcada nas probabilidades, até porque pode ela servir como importante meio de prova no que concerne à culpabilidade, por exemplo.

Repise-se: não é qualquer probabilidade que não deve ser aceita.<sup>11</sup> Com efeito, um exame de DNA (realizado com condições, aparelhagem e médicos tecnicamente

---

<sup>7</sup> Jasanoff, em lição que vem ao encontro da nossa, e após ressaltar a liberdade no exame de qualquer material probatório, aduz: “Il caso presentato dall’attore è solitamente costruito aggregando diversi tipi di prove, nessuno dei quali sarebbe da solo decisivo. Gli studi epidemiologici sono, in generale, i più utili perché si concentrano sui danni alla salute della popolazione. Essi però risultano spesso inaffidabili, o di difficile interpretazione, a causa di vizi metodologici. Uno dei vizi più comuni della ricerca epidemiologica è la ristretta dimensione numerica dei gruppi di popolazione scelti per lo studio, talvolta insufficiente a rilevare una correlazione effettivamente esistente, anche se rara, tra l’esposizione ad una data sostanza chimica e l’insorgere di una patologia.” E, a seguir, formula o seguinte exemplo: “Se, per esempio, l’esposizione ad una sostanza chimica provoca un caso addizionale di cancro ogni 1000 persone, uno studio su un campione di 100 persone probabilmente non rileverà la correlazione. Tali studi, secondo la terminologia in uso, non hanno la “significatività statistica” sufficiente a dimostrare la veridicità di un’affermazione causale in tema di effetti sulla salute di una determinata sostanza chimica.” Cf. JASANOFF, Sheila. **La Scienza Davanti Al Giudici**, Tradução de Marta Graziadei, Milano: Giuffrè Editore, 2001, p. 209.

<sup>8</sup> “Gli studi epi epidemiologici possono riverlarsi non decisivi anche nei casi in cui hanno individuato una correlazione significativa tra l’esposizione chimica e la patologia, a causa di difetti quali l’aver trascurato altri fattori di disturbo, vale a dire fattori diversi dall’esposizione alla sostanza chimica incriminata, suscettibili di produrre in ugual modo gli effetti osservati.” *Ibid.*, p. 210.

<sup>9</sup> Isso já foi notado por Maria Lúcia KARAN, ao afirmar que: “(...) quando se trabalha com probabilidades, se está, implicitamente, admitindo uma possibilidade da realidade ter tido um contorno diverso.” Cf. KARAN, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 35, p. 55-73, jul./set. 2001, p. 62.

<sup>10</sup> No sentido do texto Federico Stella (*op. cit.*, p. 294), *in verbis*: “La causalità generale secondo l’epidemiologia. – Entrerò subito in medias res, spiegando – per iniziare – le ragioni per le quali la causalità generale di cui parla l’epidemiologia, cioè la scienza da tutti considerata come il fondamento della valutazione del rischio chimico, non può essere utilizzata per stabilire la causalità individuale.”

<sup>11</sup> Diversas teorias procuraram robustecer, depurar e objetivar a ideia da causalidade probabilística quantitativa. Além da Evidentiary Value Model, talvez a mais famosa delas seja a bayesiana. Como bem salienta Taruffo (cf. TARUFFO, Michele. **La Prueba de los Hechos**, Tradução de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 195): “La teoría bayesiana no es, en realidad, una doctrina de la prueba; es un método de cálculo sobre la base del cual, frente a la necesidad de valorar la aceptabilidad de la hipótesis

preparados)<sup>12</sup>, onde a probabilidade beira os cem por cento (100%) pode (e é até recomendável que seja!), ser visto como importante meio de prova da causalidade fática.<sup>13</sup> Igualmente, a identificação datiloscópica baseia-se em métodos probabilísticos, pois a probabilidade de que duas pessoas possuam doze pontos iguais em cada dedo é baixíssima.

Outra construção que pode ser alvitrada na busca da valoração da prova, notadamente da prova pericial, é a da probabilidade lógica.<sup>14</sup> Ainda que mais atraente, pois o grau de probabilidade é medido não por bases numéricas (matemáticas), mas pelo grau de sustentação que os elementos de confirmação fornecem à hipótese, não se resolve o problema da causalidade.

Assim, nos parece corretíssima a afirmação de Gian Antonio Micheli e Michele Taruffo no sentido de que é preciso

“(...) distinguir-se os casos em que a ciência não chega a estabelecer uma prova suficientemente crível, e os casos em que seu resultado tem, necessariamente, a forma de percentagem. Nos primeiros casos, a incerteza da ciência implica um obstáculo à

---

sobre el hecho X, se establece la probable frecuencia de X dentro de una clase determinada de eventos, teniendo en cuenta la distribución precedente de los X en esa clase. El teorema de Bayes permite atribuir a esa frecuencia probable un valor numérico fraccionario comprendido entre 0 y 1: este valor representa el grado de convencimiento racional sobre X.”

<sup>12</sup> Leonardo Greco nos dá notícia de que inúmeros exames de DNA são feitos sem método apropriado, conduzindo a possíveis erros: “Em recente artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, Luiz Fernando Jobim, professor de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, denunciou a inobservância do método apropriado em inúmeros exames de DNA realizados no Brasil e possíveis erros em seus resultados.” Cf. GRECO, A prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código. In: Estudos..., *op. cit.*, p. 390.

<sup>13</sup> É certo que alguns autores são contrários a esse critério matemático, mesmo com probabilidades altas. Cf. IACOVIELLO, Francesco Mauro. **La Motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione**, Milano: Giuffrè Editore, 1997, p.122. Em sentido diverso, não negando por completo o uso da prova estatística, mas sua generalização, Taruffo (*op. cit.*, p. 221-222) salienta, para depois advertir, que: “La prueba estadística o, más general, el empleo de probabilidades estadísticas a efectos probatorios tiene, pues, un papel importante que cresce con la extensión del uso de metodologías científicas em sectores probatorios específicos. Pero parece excesivo sostener que ésa se a o vaya a ser el tipo de prueba prevaleciente si se tiene en cuenta que sólo en determinadas condiciones es utilizable correctamente el dato estadístico y resulta apto para producir resultados realmente significativos. Así pues, parece infundada cualquier tesis que pretenda generalizar el empleo de las frecuencias estadísticas hasta convertirlas en una especie de modelo general de prueba, por las razones, ya mencionadas, que se oponen al uso generalizado de modelos probabilísticos de tipo cuantitativo.”

<sup>14</sup> TARUFFO, *op. cit.*, p. 223-228.

utilização da prova; nos segundos, pode ser utilizada se a certeza existe sobre a possibilidade dos fatos que elas demonstram.”<sup>15</sup>

Contudo, em linha de princípio, não se pode abandonar a prova da causalidade no que pertence aos fatos, ao nexo de causalidade. Isso porque, do contrário, os direitos e as garantias fundamentais, tão caros ao Estado Democrático de Direito, também seriam abandonadas.

Diante de tal quadro, como o juiz irá valorar a prova? Como irá se comportar?

Passemos ao estudo dos sistemas de valoração da prova para, alfinim, unir os dois vetores e chegar a uma conclusão.

### **3) Valoração da prova – sistemas de apreciação**

Reflexo da garantia constitucional do contraditório, as partes têm verdadeiro direito à prova (gênero do qual a prova pericial é espécie). Assim, por conseguinte, possuem direito as suas apreciação e valoração, sob pena de tornar inócuo o direito à prova.<sup>16</sup>

Passada a instrução da causa, competirá ao juiz julgá-la conforme sua convicção, nascida da prova dos autos.

As provas não são uma verdade em si (evidentes por si mesmas), tanto que podem contradizer-se, de maneira que compete ao juiz sopesá-las e privilegiar uma em detrimento - ou corroboração - à outra.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova, Tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim, **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 16, p. 155-168, out./dez. 1979, p. 164.

<sup>16</sup> “Por isso, todas as provas e alegações das partes, garantidas, como são, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de acurada análise e avaliação, sob pena de infringência ao referido princípio”. Vale também citar: “Evidentemente, de nada serviria assegurar às partes o direito à prova, se o juiz pudesse deixar de apreciá-la e valorá-la, no momento do julgamento” Cf. GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO, **As nulidades no processo penal**, 8 ed., São Paulo: RT, 2004, p. 349.

<sup>17</sup> Nas palavras de Amaral Santos, *in* **Primeiras linhas de direito processual civil**, v.II, 10 ed., São Paulo: Saraiva, 1985, p. 381, aduz: “Na avaliação se desenvolve trabalho intelectual do juiz. É ato seu. É ele quem pesa e estima as provas. Ele, que as coligiu, dirigiu, inspecionou, é quem delas vai extrair a verdade.

Repise-se que dita avaliação consiste na valoração das provas que estão nos autos.<sup>18</sup>

Interessante atentar à diferenciação feita por Amaral Santos no que toca aos conceitos de exame da prova<sup>19</sup> e sua valoração.<sup>20</sup>

A rigor, todo exame já contém uma valoração, mas a ideia de valoração jurídica da prova consiste na atividade desenvolvida, em consonância com a disciplina legal, de sopesamento dos elementos probatórios. Trata-se, assim, de atender ao sistema de valoração de provas adotado pelo ordenamento jurídico e suas eventuais limitações legais.

Nessa toada, Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, distinguem as regras legais sobre a avaliação judicial<sup>21</sup> das regras de admissibilidade e exclusão de meios de prova. Enquanto aquelas buscavam aperfeiçoar a pesquisa judicial da verdade, trazendo um *valor de verdade*, estas buscam dar às partes um *valor de garantia*, transformando-se em uma exigência ética, em um instrumento de garantia para o indivíduo.

---

Certamente, as partes poderão, mesmo deverão, elucidar, fornecer subsídios para a avaliação, mas é o juiz quem a faz e, errada ou certa, é a única admissível no processo.” No mesmo sentido, Camargo Aranha, *in Da prova no processo penal*, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 72, leciona: “Embora as partes possam influenciar oferecendo elementos para a apreciação (por meio de alegações, razões, debates ou memoriais), a única avaliação válida no processo é a do juiz. Certa ou errada, concludente ou duvidosa, só a avaliação do juiz prevalece no feito”.

<sup>18</sup> Como ressalta Dinamarco, a valoração da prova “(...) é a avaliação da capacidade de convencer, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo.” Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. III, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 101.

<sup>19</sup> Diz ele: “(...) exame da prova é a atividade intelectual consistente em buscar, nos elementos probatórios resultantes da instrução processual, pontos que permitam tirar conclusões sobre os fatos de interesse para o julgamento.” Outrossim, ressalta que “(...) reexame da prova é outro exame, agora feito por um tribunal em grau de recurso”. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>20</sup> No que tange à valoração *jurídica* das fontes e meios de prova produzidos nos autos, “(...) não se trata de exercer o poder de livre convencimento para captar as radiações informativas captadas das fontes, mas de atribuir a cada uma destas e aos meios de prova o valor que em alguns casos a lei estabelece.” *Ibid.*, p. 111-112.

<sup>21</sup> Cuida-se de referência ao sistema da prova legal, que impõe ao juiz uma escala de valores fixos, a serem dados às provas colhidas, previstas em hipóteses legais.

Os sistemas de valoração da prova nada mais são do que regras probatórias que estabelecem critérios de ponderação dos elementos de prova.<sup>22</sup> A afirmação talvez pareça estranha, diante do fato de que alguns sistemas dispensam ao juiz ampla liberdade na valoração da prova. Ainda assim, o critério adotado é a própria convicção do juiz.

Segundo Mittermaier, o legislador parte do pressuposto de que o juiz decidirá sobre o fato de acordo com sua íntima convicção. Por isso mesmo, para cercá-lo de garantias, a ponto de fazer coincidir sua decisão à percepção dos cidadãos, e dotar a pena de máxima eficácia, busca o legislador instituir algum sistema de certeza legal.<sup>23</sup>

A doutrina destaca três sistemas de valoração das provas.

O primeiro deles é o sistema da prova legal ou tarifada, atualmente em notório desuso. Por esse método, cada prova possui um valor, disposto previamente em lei, não sendo possível ao juiz valorar a prova conforme suas próprias impressões. Cabia-lhe apenas observar os exatos termos da lei quando da avaliação do conjunto probatório, desconsiderando, totalmente, os fatores racionais que poderiam formar seu convencimento. Nesse contexto, a confissão, por exemplo, era tida como a “rainha das provas”, sendo considerada a prova plena da culpabilidade; enquanto a prova testemunhal, por sua vez, era chamada de “prostituta das provas”.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> CARREIRA ALVIM, in **Teoria Geral do Processo**, 8 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 273, aduz: “O juiz procederá, então, a uma avaliação ou valoração da prova, trabalho de raciocínio e de inteligência, que deve seguir um determinado critério. Na busca de melhor critério, tem-se notícia de pelo menos três sistemas de avaliação das provas: a) sistema positivo (ou legal); b) sistema de íntima convicção; c) sistema da persuasão racional.” AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 381: “Contudo, o trabalho intelectual do juiz não pode ser desordenado, arbitrário; deve seguir um critério. Exatamente no tocante ao estabelecimento de um critério na apreciação das provas pelo juiz, se apresentam três sistemas: a) o do critério positivo ou legal; b) o da livre convicção; c) o da persuasão racional.” CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 72, sobre a avaliação da prova: “É um trabalho intelectual do julgador, porém não desordenado e livre, mas sujeito a critérios preestabelecidos”.

<sup>23</sup> MITTERMAIER, in **Tratado da prova em matéria criminal**, Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich, Campinas: Bookseller, 1997, p. 68, aduz: “Esforçam-se para cercá-lo (o juiz) do maior número possível de garantias; é preciso que abranja os fatos com vistas as mais amplas, que somente a certeza lhe dite as disposições; quando todos os cidadãos acreditam qual a condenação feriu o verdadeiro culpado, adquire a pena a sua eficácia mais completa”.

<sup>24</sup> Ensina Dinamarco que nesse sistema “(...) o legislador estabelece juízos valorativos ao impor normas que graduam, exaltam, limitam ou excluem a eficácia das variadas fontes ou meios probatórios, mediante verdadeiras tabelas de valores a serem observadas pelos juízes em geral.” DINAMARCO, *op. cit.*, p.103; COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de Direito Processual Civil**, Tradução de Benedicto Giacobini, Campinas: RED, 1999, p. 189: “Provas legais são aquelas em que a lei determina antecipadamente ao juiz o grau de eficácia de um determinado meio probatório”; CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 73: “Por tal

O sistema encontra raízes nas ordálias<sup>25</sup>, já praticadas pelos hebreus, gregos e hindus, tendo ganhado força entre os europeus, sob o domínio germânico. Além destas, prosperaram, ainda na Idade Média, provas como os juramentos e os duelos. Restauraram-se, a partir do século XIV<sup>26</sup>, meios de prova típicos dos romanos, como, p.ex., os documentos e as testemunhas. Entretanto, tais passaram a ser encarados de maneira um tanto quanto passiva pelo juiz, que buscava apenas declarar o resultado das provas, como que em um experimento científico que falasse por si mesmo. Como exemplo, temos a máxima de que *testis unus, testis nullus; testibus duobus fide dignis credendum*.<sup>27</sup>

Note-se que o legislador confiava na sua própria cultura e inteligência, ditando normas de valoração, inclusive, porque, pretensamente, amparadas em critérios racionais e científicos.<sup>28</sup> Assim, v.g, na legislação espanhola anterior à codificação encontrava-se a regra de que os anciãos deveriam ser mais acreditados que os mancebos, “(...) porque mais viram e pesaram mais as coisas.”<sup>29</sup>

Endossando a ideia que sustenta tal sistema, Mittermaier alega que a adoção da “teoria legal da prova” é indispensável para os juízes regulares, que não eram jurados.<sup>30</sup> Isso se deve ao fato de que o legislador pode acolher critérios racionais e acumular

---

sistema cada prova tinha um valor preestabelecido em lei, inalterável e constante, de sorte que ao juiz não era livre a avaliação, agindo bitolado pela eficácia normativa. Daí por que também chamado de sistema tarifado, já que as provas têm uma tabela da qual não se pode escapar ou fugir”.

<sup>25</sup> AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 381: “Consistia a ordália em submeter alguém a uma prova, na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida, ou sem um sinal evidente, se não dissesse a verdade. Daí as ordálias denominarem-se, também, juízos de Deus”.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 382.

<sup>27</sup> *Idem*: “No depoimento de uma só testemunha, por mais idônea e verdadeira, haveria apenas prova semiplena, enquanto que nos de duas testemunhas, concordes e legalmente idôneas, ainda que absurdos os fatos narrados, resultaria prova plena e, pois, certeza legal”.

<sup>28</sup> DINAMARCO, *op. cit.*, p. 103: “A confiança na própria cultura e experiência, em associação com a crença na legitimidade das generalizações em tema de valoração da prova, levou o legislador, até em tempos menos remotos, a editar normas valorativas de fundo racional. Valorizava-se sobremaneira a forma que protege, defende e tutela, na prática de um suposto realismo de uma tendência racional”.

<sup>29</sup> Cf. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de Direito Processual Civil**, Tradução de Benedicto Giacobini, Campinas: RED, 1999, p. 190. Prossegue o autor mencionando outros exemplos: “O fidalgo devia ser mais acreditado que o vilão, ‘porque parece que cuidará mais de cair em vergonha por si, e por sua linhagem’. O rico devia ser acreditado mais que o pobre, ‘porque o pobre pode mentir por cobiça ou por promessa’. E mais acreditado deve ser o varão que a mulher, ‘porque tem senso mais certo e mais firme”.

<sup>30</sup> MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 76. Entende o autor que o júri goza de garantias políticas, em vista do direito de recusar os jurados e da multiplicidade dos mesmos, em oposição ao restrito número de juízes regulares. Para compensar, os juízes regulares devem convencer o público de que suas decisões são conscienciosas.

experiência de séculos<sup>31</sup>, de maneira que a força inata pela verdade se aperfeiçoe com a experiência transmitida nas normas legais. Ademais, confere uniformidade e confiança às decisões judiciais, neutralizando as superexcitações de espírito dos juízes, que podem levá-los a tomar decisões equivocadas.<sup>32</sup>

Alguns autores costumam referir-se ao sistema da prova legal como aquele em que os juízes exercem um papel mecânico de apenas observar e computar resultados, de acordo com uma escala predeterminada.<sup>33</sup> A rigor, poderiam ser comparados a um computador.<sup>34</sup>

Nada obstante, com muita acuidade, Mittermaier observa que sempre é reservado ao juiz espaço para sua apreciação da prova.<sup>35</sup>

Vale acrescentar que, ainda segundo o aludido autor, a prova tarifada não prescinde da fundamentação da decisão, chegando mesmo a afirmar, em nosso sentir de maneira equivocada, que “(...) a teoria legal tem por imediato resultado de que a exposição de motivos é uma coisa séria.”<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 76-77: “Ora, são precisamente esses mesmos métodos, esses mesmos meios consagrados pela razão e por uma longa experiência, que servem ao legislador para formar as bases essenciais das instruções que vai dar ao juiz. Os fatos de longa data observados e experiências múltiplas o guiam e, como o juiz todos os dias os toma por termo de comparação, quando examina e aprecia as provas, temos que quanto maior for o número, tanto mais seguramente foi proferida a sentença”.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 78: “É preciso absolutamente que a lei previna os efeitos possíveis dessa superexcitação perigosa; é preciso que ela corrija essa funesta ignorância; e tal fim só se consegue impondo regras para o descobrimento da verdade”.

<sup>33</sup> CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 273: “Esse critério transforma o juiz num mero verificador de prova.” No mesmo sentido veja-se MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, vol. II, Campinas: Bookseller, 1998, p. 275: “Pelo princípio da certeza legal, ao contrário, os elementos probatórios têm valor inalterado e prefixado, que o juiz aplica quase que mecanicamente.” COUTURE, *op. cit.*, p. 189: “(...) procurava-se determinar de antemão o resultado dos esforços intelectuais do juiz. Este, frente à prova, não devia ter mais reação intelectual que a que previamente lhe assinalara o legislador.” CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 74: “(...) o juiz torna-se um órgão passivo, pois, diante do valor tabelado, a ele cabe apenas verificar o valor atribuído pela lei, reconhecendo-o na sentença, sem que possa fazer sua apreciação diante da própria convicção”.

<sup>34</sup> Nas palavras de Moacyr Amaral Santos (*op. cit.*, p. 382): “(...) o juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constringido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse.”

<sup>35</sup> O autor traz o seguinte exemplo: “Admitamos, mesmo, que a lei tenha podido perfeitamente declarar que duas testemunhas concordes sobre os pontos mais essenciais fazem prova plena; ainda é preciso que o juiz absolutamente, como se fosse jurado, decida se há deveras concordância, e quais são os pontos essenciais.” Cf. MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 71.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 82.

O atual descrédito com o aludido sistema decorre, de certo modo, da adoção de normas impregnadas de superstições, discriminações odiosas e duvidosos critérios racionais.<sup>37</sup>

Além disso, o legislador, mesmo que perfilhando regras que expressem sua experiência acumulada, não pode dar resposta aos meios de prova que vão surgindo ao ritmo do avanço tecnológico, não previstos na legislação, porém frequentemente irrecusáveis ao juiz.<sup>38</sup>

No que toca à prova pericial/científica, impossível pensar em tal sistema.

O segundo sistema tratado pela doutrina é o *sistema da íntima convicção ou livre convicção*<sup>39</sup>, de origem romana, o preferido pelos povos de origem germânica.<sup>40</sup> Tal sistema está baseado numa combinação de provas e conhecimento próprio.<sup>41</sup> Cumpre observar que o magistrado poderia sobrepor às provas seu convencimento pessoal.<sup>42</sup>

---

<sup>37</sup> DINAMARCO, *op. cit.*, p. 104: “Descontados os pitorescos critérios supersticiosos, assim como as distinções fundadas em superadas discriminações sociais e econômicas (escravos, judeus, mouros, clérigos, varões), mesmo a prova legal de fundo racional é encarada com muita reserva porque a experiência evidencia sua artificialidade”.

<sup>38</sup> COUTURE, *op. cit.*, p. 183-184: “(...) o jurídico, o lógico, e até mesmo o humano, é justamente o contrário: o juiz não deve fechar os olhos às novas formas de observação que a ciência, com imaginação sempre renovada, põe à sua disposição”. Ainda segundo o ilustre processualista: “(...) o progresso do direito deve manter-se em natural paralelismo com o progresso da ciência; negá-lo significaria negar os fins da ciência e os fins do direito”.

<sup>39</sup> Esta última terminologia é usada, por exemplo, em Amaral Santos (*op. cit.*, p. 381). Segundo Couture (*op. cit.*, p. 196), esta é a expressão adotada nos países hispano-americanos, para designar o sistema da íntima convicção, sendo distinto o sistema que na Europa é chamado de livre convicção. De acordo com o mestre uruguaio, “(...) quando no direito europeu se fala em ‘discricionariedade’ do juiz, quer ao admitir, quer ao interpretar a prova, não se pensa tanto num regime em que o magistrado pode decidir até mesmo contra a prova dos autos, senão antes num método de liberação do caráter estrito da prova legal”. Portanto, cuida-se de sistema de valoração atenuado, em relação ao sistema da prova legal. Todavia, MARQUES parece usar a expressão “livre convicção”, na acepção da tradição europeia apontada por Couture (MARQUES, *op. cit.*, p. 275 e ss.).

<sup>40</sup> AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 382.

<sup>41</sup> No sentido do texto, é a lição de Carreira Alvim (*op. cit.*, p. 274): “(...) segundo este critério, a verdade perseguida pelo juiz decorria não só das provas produzidas pelas partes, mas do conhecimento pessoal que o juiz tinha dos fatos e suas impressões pessoais da causa.”

<sup>42</sup> No sentido do texto, Eduardo Couture, “(...) neste método, o magistrado adquire a convicção da verdade pela prova dos autos, fora dela, e ainda contra ela.” – cf. COUTURE, *op. cit.*, p. 195; a esse respeito, MARQUES, *op. cit.*, p. 275: “Neste último, pode o juiz decidir com a prova dos autos, sem a prova dos autos e contra a prova dos autos: é a chamada convicção íntima em que a verdade jurídica reside por inteiro na consciência do juiz, que julga os fatos segundo sua impressão pessoal, sem necessidade de motiva sua convicção.” CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 74: “O juiz é soberano quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas. Age apenas pela sua consciência, não só no tocante à admissibilidade das provas quanto à sua avaliação, seus conhecimentos e impressões pessoais, até contra provas colhidas e, por fim,

Entretanto, indubitavelmente, um Estado Democrático de Direito não convive com o arbítrio, posto que imbuído (ou mascarado) de elevados ideais de justiça.<sup>43</sup>

Moacyr Amaral Santos também faz referência ao convencimento do juiz que não está obrigado a motivar sua decisão.<sup>44</sup> Trata-se, inclusive, de sistema que desrespeita a sistemática do Código de Processo Penal. No que pertine à prova pericial, reza o artigo 182, que o juiz poderá discordar do laudo, mas precisará fundamentar sua decisão<sup>45</sup>. É bem verdade que o juiz dificilmente rejeita as conclusões do perito. Isso nos permite afirmar que a prova pericial, na prática, tornou-se, lamentavelmente, verdadeira prova legal (e como mencionado acima, estando diante de estatísticas, isso se torna mais nefasto).

Cuida-se de sistema normalmente utilizado no julgamento pelo júri, onde não há necessidade de expor os motivos do que foi decidido. Como aponta Mittermaier, é possível defender esse sistema de valoração das provas, quando se pressupõe que a verdade é um impulso instintivo, por todos os homens compartilhado, de maneira que a escolha de um grande número de jurados, cercada da garantia de recusa dos mesmos pelas partes, dota a decisão judicial de condições de ser aceita pelos cidadãos em geral.<sup>46</sup>

---

pode deixar de decidir se não formada a convicção. O juiz não estava vinculado a qualquer regra legal, quer quanto à natureza da prova, quer quanto à avaliação, pois a verdade jurídica era ditada apenas pela sua convicção, resultante não só dos elementos fornecidos, como também de seu conhecimento pessoal, de informações extraprocessos, etc.”.

<sup>43</sup> Em pesquisa realizada pelo IPEA, constatou-se que 78% dos juízes admitem desrespeitar contratos, visando “fazer justiça”, ou seja, agem movidos por seus próprios ideais de justiça. Os dados e os esclarecimentos acerca da pesquisa foram publicados na imprensa (Jornal o Globo, primeiro caderno, em 17/08/2003) e não deixam de gerar certa apreensão, uma vez que a atividade jurisdicional deve ser impessoal. Sobre a impessoalidade da jurisdição, consulte-se GRECO, *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. In: *Estudos...*, *op. cit.*, p. 249-250.

<sup>44</sup> Nas palavras de Amaral Santos, ainda em relação à necessidade de reportar-se à prova, “(...) a convicção decorre não das provas, ou melhor, não só das provas colhidas, mas também do conhecimento pessoal do juiz, das suas impressões pessoais, e à vista destas, lhe é lícito repelir qualquer ou todas as demais provas”. No que toca ao juiz, o mesmo “(...) não está obrigado a dar os motivos em que funda a sua convicção, nem os que o levaram a condenar ou absolver.” AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 383. Na mesma linha, manifesta-se DINAMARCO, *op. cit.*, p. 104-105: “Em direção diametralmente oposta à da prova legal está o sistema do convencimento moral ou íntimo, de extrema insegurança e inimigo do Estado-de-direito, pelo qual o juiz teria o poder de decidir segundo seus próprios impulsos ou impressões pessoais, sem o dever de alinhar fundamentos ou dar satisfações a quem quer que fosse. Ele poderia inclusive formar convicção sobre fatos a partir de sua própria ciência privada, quando tivesse conhecimento deles graças a circunstâncias alheias às provas dos autos”.

<sup>45</sup> Assim já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal: RHC 63.889-9/SP, publicado no DJU, de 19.09.86, p. 17.142, relator Ministro Aldir Passarinho, 2ª Turma.

<sup>46</sup> MITTERMAIER, *op. cit.*, p. 68: “Se pensa que todo homem na indagação da verdade e na apreciação da prova, em si mesmo encontra para guiá-lo um poder de instinto igual; se acredita que a sentença a proferir-se sobre fatos reconhecidos verdadeiros deve ser o resultado menos de motivos fixos e determinados do que da

Não concordamos. Em nosso sentir, trata-se de modelo que dá poderes excessivos ao juiz, impondo aos jurisdicionados decisões opinativas, embasadas, tão somente, na vontade.<sup>47</sup> Por ser voluntarioso, o sistema em análise é incompatível com a própria impessoalidade que deve reger a outorga da prestação jurisdicional. Moacyr Amaral Santos enxerga, ainda, ofensa ao contraditório.<sup>48</sup>

Além disso, tal sistema fere a sociabilidade do convencimento, que não pode decorrer apenas da subjetividade do juiz, como sua convicção solitária e individual, mas sim da apreciação dos fatos e das provas<sup>49</sup>.

Interessante notar que no modelo de júri norte-americano, essa ausência de fundamentação procura ser superada pela existência de uma decisão consensual, ou melhor, unânime. O ordenamento norte-americano, como qualquer outro, possui peculiaridades que demandariam melhor explanação. A própria instituição do Júri (lá um verdadeiro direito da parte) e o consenso, bem como nuances de outras disputas judiciais, encontram-se imersas num caldo cultural impossível de ser esmiuçado nos limites desse trabalho.<sup>50</sup> No Brasil, vale dizer, o réu pode ser condenado por 4x3 (ou seja, quatro votos pela condenação e três pela absolvição, levam à primeira).

---

impressão geral que sentiria qualquer espírito cultivado em presença das provas produzidas, e que o juiz não pode estar rigorosamente adstrito à sua convicção, inclina-se para o primeiro sistema; e, então, o grande número de votos exigidos para que possa haver condenação, a qualidade das pessoas a quem é confiada a sentença, e cuja posição as convida a conciliar os supremos interesses da ordem pública com a simpatia sempre devida a um concidadão acusado, enfim, a liberdade mais ampla a este dada de recusar os seus juízes, são as garantias por meio das quais se esforça a lei por assegurar a rigorosa justiça das sentenças”.

<sup>47</sup> No sentido do texto, Couture, para quem o sistema da livre convicção, “(...) levado às últimas conseqüências, não é senão um regime voluntarístico de apreciação da prova, semelhante ao do direito livre preconizado para a interpretação da lei.” COUTURE, *op. cit.*, p. 197.

<sup>48</sup> Assim, “(...) se, independentemente das provas colhidas, o juiz forma convencimento decorrente de seu próprio testemunho, as partes ficam inibidas de contrariar e debater um tal testemunho, até mesmo porque nem teriam meios para conhecê-lo.” AMARAL SANTOS, *op. cit.*, p. 383. O trecho citado é assim complementado pelo eminente processualista: “Por essa forma, com o sacrifício de um dos fatores vitais à eficácia da prova – o contraditório entre as partes – aquela que fosse condenada teria justa razão para clamar contra a justiça que a condenou sem tê-la ouvido”.

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> Para uma compreensão mais ampla do tema, consulte-se CHASE, Oscar G. **Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context**. New York: New York University Press, 2005.

Voltando à questão, tanto em processo penal, quanto em processo civil, a justiça da decisão deve ser, na medida do possível, por todos acreditada. Aliás, há um ditado bastante interessante que diz: “não basta ser honesto, é preciso, também, parecer sê-lo.”<sup>51</sup>

O terceiro sistema usualmente abordado na doutrina é o da persuasão racional ou do livre convencimento motivado<sup>52</sup>, que “(...) leva o juiz a pesar o valor das provas segundo o que lhe pareça mais acertado, dentro, porém, de motivação lógica que ele deve expor na decisão.”<sup>53</sup>

Cuida-se, portanto, de sistema intermediário, que nem desobriga o juiz de julgar conforme a prova dos autos (como o sistema da íntima convicção), nem lhe impõe obediência às regras de valoração da prova legal.<sup>54</sup> Assim sendo, pode o juiz valorar livremente a prova constante dos autos<sup>55</sup>, devendo, pautar-se em critérios aferíveis para que esse livre convencimento motivado não vire arbítrio.<sup>56</sup>

A liberdade conferida permite acomodar a consciência do juiz com o direito à prova das partes.

---

<sup>51</sup> Segundo Malatesta, “(...) a justiça punitiva é também mais legítima, enquanto se afirma como justiça intrínseca e extrínseca. Em outros termos, para que a justiça seja útil à sociedade, não basta que seja justiça, deve acima de tudo parecer tal.” MALATESTA, *op. cit.*, p. 531.

<sup>52</sup> Como bem salientou Salvatore Patti: “Il principio del libero convincimento del giudice in connessione con la valutazione delle prove rappresenta certamente uno dei temi centrali del processo e nel contempo uno dei cardini dell’ordinamento giuridico.” PATTI, Salvatore. *Libero convincimento e valutazione delle prove*. In: \_\_\_\_\_. **Le Prove nel Diritto Civile Amministrativo e Tributario**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1986, p. 39.

<sup>53</sup> MARQUES, *op. cit.*, p. 275; ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *op. cit.*, p. 352: “Persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão”.

<sup>54</sup> CARREIRA ALVIM, *op. cit.*, p. 274: “O sistema da persuasão racional procura conciliar as virtudes dos anteriores, sendo um sistema misto, sem a rigidez do sistema legal e sem o arbítrio e a incerteza do sistema da íntima convicção”.

<sup>55</sup> *Idem*. Carreira Alvim dá o seguinte e enfático exemplo: “(...) o juiz pode julgar procedente uma demanda com base no depoimento de uma única testemunha, contra o depoimento de três outras, mas deve dizer porque aceitou e porque recusou a versão dos fatos por elas narrados.”

<sup>56</sup> Gerhard Walter sustenta que tal sistema surgiu visando favorecer a própria investigação probatória no que concerne à busca da verdade, *in verbis*: “Solo sobre esta base, juntamente con la publicidad del procedimiento establecida como principio, estará salvaguardado al máximo el éxito del juez en la búsqueda de verdad. Conviene recordar que el deseo de favorecer la investigación fue lo que generó la idea de la libre apreciación de la prueba.” Cf. WALTER, Gerhard. **Libre Apreciación de la Prueba**, Tradução de Tomás Banzhaf, Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985, p. 363.

Assim, a liberdade do julgador fica condicionada, evitando eventuais arbítrios, daí porque há autores que falam em convicção condicionada.<sup>57</sup>

Eduardo Couture, referindo-se às regras da crítica são, terminologia encontrada também em Frederico Marques<sup>58</sup>, que devem orientar a valoração das provas, aduz que elas “(...) reproduzem, antes de mais nada, as regras do correto entendimento humano. Nelas se combinam as regras da lógica, com as regras da experiência do juiz.”<sup>59</sup>

Pode-se dizer que o indigitado sistema de valoração das provas é o que mais condiz com a efetividade do direito constitucional à prova e a influir na decisão judicial, corolários do contraditório.<sup>60</sup>

Leonardo Greco observa que “(...) a isonomia e a impessoalidade da jurisdição (Constituição, arts. 5º, I, e 37) exigem que o livre convencimento seja formado através de critérios aceitáveis para todos e não apenas para o juiz”.<sup>61</sup>

No mesmo sentido, vale colacionar a lição de Couture, segundo a qual as regras da crítica são impõem o respeito a princípios fundamentais de lógica.<sup>62</sup> Todavia, o raciocínio do juiz pode ser perfeito no sentido da lógica formal, e ainda assim a decisão ser

---

<sup>57</sup> CAMARGO ARANHA, *op. cit.*, p. 75. Ver ainda, Amaral Santos (*op. cit.*, p. 384) : “(...) há liberdade no sentido de que o juiz aprecia as provas livremente, uma vez que na apreciação não se afaste dos fatos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas – regras jurídicas, regras da lógica, regras da experiência”. E assim arremata: “A convicção fica, assim, condicionada: a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas desses fatos, colhidas no processo; c) às regras legais e máximas da experiência; e, por isso que é condicionada, deverá ser motivada”.

<sup>58</sup> MARQUES, *op. cit.*, p. 275.

<sup>59</sup> COUTURE, *op. cit.*, p. 192.

<sup>60</sup> Nas palavras de Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho: “(...) todas as provas e alegações das partes, garantidas, como são, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de acurada análise e avaliação, sob pena de infringência ao referido princípio.” GRINOVER; SCARANACE FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO, *op. cit.*, p. 149. E acrescentam: “É exatamente nisso que consiste o método do livre convencimento ou persuasão racional, o qual se cumpre pela valoração de todo o material probatório existente nos autos, e somente deste. Por ele o juiz forma livremente o seu convencimento, mas sem despotismo, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos”.

<sup>61</sup> Cf. GRECO, A prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código. In: Estudos..., *op. cit.*, p. 371.

<sup>62</sup> Por exemplo, inequivocamente uma sentença estaria incorreta se afirmasse: “(...) as testemunhas dizem que presenciaram um empréstimo em moedas de ouro; ora, como as moedas de ouro são iguais às de prata, condeno o réu a devolver as moedas de prata. Evidentemente se infringe o princípio lógico da identidade, segundo o qual uma coisa só é igual a si mesma.” (COUTURE, *op. cit.*, p. 193)

errônea.<sup>63</sup> De acordo com o mestre uruguaio, as máximas da experiência, que são contingentes e variáveis de acordo com o tempo e o lugar, contribuem tanto quanto os princípios da lógica para a apreciação da prova, por representarem o progresso da ciência.<sup>64</sup>

Entendemos, concordando com Frederico Marques, que o sistema do livre convencimento motivado está expressamente consagrado no art. 155 do Código de Processo Penal,<sup>65</sup> posto que haja exceções.<sup>66</sup> Essa motivação, nunca é demais lembrar, não pode ser baseada em argumentação meramente formalista<sup>67</sup>.

#### 4) Conclusão

A prova pericial, como qualquer outra, é apreciada de acordo com o livre convencimento motivado do magistrado. Trata-se de sistema largamente utilizado pelos ordenamentos jurídicos (e pelo nosso), porém não imune a críticas.

Obviamente, não se trata de um cheque em branco, pois, como dissemos *alhures*, o convencimento deve estar pautado na prova dos autos.

Nesse exame, deve o magistrado examinar se a causalidade encontra-se demonstrada na prova. Prescindir da demonstração do nexo causal pode levar à injustiça da decisão.

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 193: “Diz o juiz: todas as testemunhas desta cidade são mentirosas; a testemunha é desta cidade; portanto, mentiu. Neste caso os preceitos da lógica foram respeitados, visto que o desenvolvimento do silogismo foi correto. Mas a decisão seria injusta se falhasse uma das premissas: se todos os homens da cidade não fossem mentirosos, ou se a testemunha não fosse da cidade.”

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 194: “O progresso da ciência é constituído por uma longa cadeia de máximas da experiência derogadas por convicções mais exatas; e em face do próprio desenvolvimento dos princípios lógicos, a história do pensamento humano é um constante progresso na maneira de raciocinar. É portanto necessário levar em conta, na apreciação da prova, o caráter forçosamente variável da experiência humana, tanto quanto a necessidade de preservar com o possível rigor os princípios de lógica em que se apóia o direito”.

<sup>65</sup> MARQUES, *op. cit.*, p. 276.

<sup>66</sup> Referimo-nos aos resquícios de prova tarifada (artigo 155, § único, do CPP) e íntima convicção (no Tribunal do Júri).

<sup>67</sup> Veja-se, a propósito, a lição de Taruffo: “la decisione deve essere razionalizzata, eliminando il metodo delle asserzioni apodittiche e delle argomentazioni formalistiche.” Cf. TARUFFO, Michele. **La Motivazione Della Sentenza Civile**, Padova: Cedam, 1975, p. 306.

Como demonstramos, não raro, as probabilidades/estatísticas são supervalorizadas, deixando de lado a causalidade.

Isso é um equívoco, uma vez que, por mais elevadas que sejam as probabilidades, podem não espelhar o que realmente ocorreu, notadamente no caso da prova pericial (que é estatística).

É preciso que o livre convencimento motivado resgate a necessidade de demonstração do nexo causal - na prova, sob pena de voltarmos à prova legal (ou tarifada) ou, pior, ao arbítrio da íntima convicção.

## 5) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v.II, 10 ed., São Paulo: Saraiva, 1985.
- 2) CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal**, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- 3) CHASE, Oscar G. **Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context**, New York: New York University Press, 2005.
- 4) CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**, 8 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- 5) COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Nexo Causal**, 4 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- 6) COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de Direito Processual Civil**, Tradução de Benedicto Giacobini, Campinas: RED, 1999.
- 7) DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. III, São Paulo: Malheiros, 2001.
- 8) FRISTER, Helmut. La causalidad de la acción respecto del resultado. In: Sancinetti, Marcelo A. (compilador). **Causalidad, riesgo e imputación: 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
- 9) GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: \_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Processual**, Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

- 10) GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **As nulidades no processo penal**, 8 ed., São Paulo: RT, 2004.
- 11) IACOVIELLO, Francesco Mauro. **La Motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione**, Milano: Giuffrè Editore, 1997.
- 12) JASANOFF, Sheila. **La Scienza Davanti Al Giudici**, Tradução de Marta Graziadei, Milano: Giuffrè Editore, 2001.
- 13) KARAN, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 35, p. 55-73, jul./set. 2001.
- 14) MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova, Tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim, **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 16, p. 155-168, out./dez. 1979.
- 15) MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**, Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich, Campinas: Bookseller, 1997.
- 16) MÜLLER, Max Ludwig. La Significación de la Relación Causal en el Derecho Penal y en el de Reparación de daños. In: Sancinetti, Marcelo A. (compilador). **Causalidad, riesgo e imputación: 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva**. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
- 17) PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. In: \_\_\_\_\_. **Le Prove nel Diritto Civile Amministrativo e Tributario**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1986.
- 18) STELLA, Federico. **Giustizia e Modernità**, 3 ed., Milano: Giuffrè Editore, 2003.
- 19) TARUFFO, Michele. **La Prueba de los Hechos**, Tradução de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- 20) \_\_\_\_\_. **La Motivazione Della Sentenza Civile**. Padova: Cedam, 1975.
- 21) TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: variações e tendências**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- 22) WALTER, Gerhard. **Libre Apreciación de la Prueba**, Tradução de Tomás Banzhaf, Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985.