

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A DIMENSÃO NARRATIVA DA PROVA NO ÂMBITO DO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

PEDRO VINÍCIUS RIBEIRO DA SILVA

Rio de Janeiro

2017/2

PEDRO VINÍCIUS RIBEIRO DA SILVA

A DIMENSÃO NARRATIVA DA PROVA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.

Rio de Janeiro

2017/2

“Stories are important, the monster said. They can be more important than anything. If they carry the truth.”

— **Patrick Ness, *A Monster Calls***

“Things need not have happened to be true. Tales and dreams are the shadow-truths that will endure when mere facts are dust and ashes, and forgot.”

— **Neil Gaiman, *Dream Country***

“It isn’t really misinformation. It’s more like creating a story or narrative to guide them through the narrows. An anchor.”

— **Jeff Vandermeer, *Authority***

PEDRO VINÍCIUS RIBEIRO DA SILVA

**A DIMENSÃO NARRATIVA DA PROVA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.

Data da aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/2

AGRADECIMENTOS

Ao meu avô Fernando.

RESUMO

DA SILVA, Pedro Vinícius Ribeiro. A dimensão narrativa da prova no âmbito do processo penal brasileiro. 2017. 54 f. Monografia (Graduação/Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A presente monografia objetiva realizar análise acerca da dimensão narrativa da prova penal. Primeiramente, realizando abordagem através do método analítico, pretende-se destrinchar as camadas que compõem a essência da prova penal, sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro e sua relação com a verdade, com os fatos e com as garantias fundamentais. Em seguida, será apresentado o modelo holista de valoração de prova, defendendo-se o caráter fortemente narrativo da organização do conhecimento humano. Algumas críticas serão feitas a esse modelo e à sua incompatibilidade com um Estado Democrático de Direito. Por último, será tratado o modelo atomista e como a valoração probatória a partir da construção de uma cadeia de argumentos pode ajudar a controlar a influência das histórias nas tomadas de decisão.

Palavras-chave: prova penal; verdade; valoração probatória; narrativa; argumentação jurídica.

ABSTRACT

DA SILVA, Pedro Vinícius Ribeiro. A dimensão narrativa da prova no âmbito do processo penal brasileiro. 2017. 54 f. Monografia (Graduação/Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

The following monograph aims to make an analysis upon the narrative dimension of criminal evidence. Initially, carrying out an approach through the analytical method, it is intended to unravel the layers that compose the essence of criminal evidence, its insertion at the Brazilian legal system and its relationship with truth, with the facts and with fundamental rights. After, the holistic approach to evidence evaluation will be presented by defending the strongly narrative character of human knowledge organization. Some criticisms will be made to this approach and to its incompatibility with a Democratic State. Finally, the atomistic approach will be presented and how evidence evaluation based on the construction of a chain of arguments can help controlling the influence of stories on decision-making.

Key words: criminal evidence; truth; evidence evaluation; stories; argumentation.

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – AS TEORIAS DA PROVA PENAL	14
1.1 Prova no âmbito do processo penal brasileiro	15
1.2 As relações entre verdade, fatos, provas e garantias fundamentais	19
1.2.1 Sobre a verdade no processo	20
1.2.2 Provando os fatos	26
1.3 Os modelos holistas e atomistas de prova	30
CAPÍTULO 2 – A DIMENSÃO NARRATIVA DA PROVA PENAL	32
2.1 A natureza narrativa do conhecimento humano	34
2.2 A influência das histórias no momento de tomada de decisão	36
2.2.1 <i>Story-model</i>	38
2.2.2 <i>Anchored narratives</i>	40
2.3 Limitações dos modelos holistas de valoração de prova	42
CAPÍTULO 3 – A DIMENSÃO ARGUMENTATIVA DA PROVA PENAL	44
3.1 Decidindo com argumentos	45
2.2.1 Diagrama de Wigmore	45
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

INTRODUÇÃO

Esta monografia será dedicada ao estudo do tema da prova penal. Dentro das relações processuais, o objeto “prova” guarda especial valor, sendo o item necessário (salvo quando são utilizados princípios e presunções) para que os enunciados fáticos possam ser empiricamente testados, chegando-se assim a um veredicto sobre o que ocorreu, possibilitando o correto enquadramento do fato pelo ordenamento jurídico. É somente com as provas que o Direito – ficto por natureza – pode se conectar com a realidade. Nesse sentido, então, qualquer Estado Democrático de Direito que se suponha minimamente ético e garantista deve se preocupar com um constante melhoramento da atividade probatória realizada em seus tribunais, para evitar o cometimento de injustiças.

Apesar de ser um item que está intimamente ligado à nossa concepção de Direito (no imaginário popular e nas representações feitas através do Cinema e da Literatura, os juristas sempre dispõem grande tempo discutindo provas e questões de fato, embora na realidade muitas vezes isso não ocorra dessa maneira) a prova ainda não é devidamente estudada nos cursos superiores jurídicos do país. Isso pode ter ocorrido devido a duas hipóteses não excludentes. Primeiramente, é característico das modernas ciências cartesianas a subdivisão das áreas do saber em campos cada vez mais específicos com objetos cada vez mais limitados. Um jurista hoje em dia precisa debruçar-se sobre tantos livros e artigos para entender minimamente e manter-se atualizado com o seu campo, que resta pouco tempo para dedicar-se ao estudo do que a filosofia, a matemática, a psicologia e outras ciências têm a dizer sobre a prova.

Além disso, principalmente no caso específico do Brasil, parece haver um segundo motivo mais recente. A partir da década de 30 do século XX iniciou-se uma reforma idealizada por Francisco Campos no ensino jurídico do país, visando, nas palavras do próprio autor do projeto, uma “ordem puramente profissional”, ou seja, um curso que sirva apenas para “formação de práticos do Direito”. Um olhar crítico revela que se trata um projeto político de separação dos saberes e poderes, que legou às faculdades de Direito a “formação de uma máquina jurídica que serviria ao sistema capitalista como produtora das suas consequências jurídicas”, sem muita preocupação com os saberes sociológicos, históricos e filosóficos, entre outras áreas do conhecimento, enquanto às faculdades de Sociologia e História foram impossibilitadas de formar profissionais capazes de intervir no âmbito do poder jurídico¹.

¹ FERNANDES, Fernando Augusto. **Poder e saber**: campo jurídico e ideologia. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p.79-84.

Atualmente, ainda persiste uma mentalidade compartimentalizadora, mas focos de resistência e até avanço podem ser encontrados, principalmente nas universidades públicas, como pode ser notado através da própria grade acadêmica desta Casa – instaurada no ano de 2014 a partir de um projeto político-pedagógico² de iniciativa dos próprios alunos e aprovada através da atuação do Centro Acadêmico Cândido de Oliveira. Tal projeto representa um movimento de religação dos saberes jurídicos com outros campos.

A princípio, deveria se pensar que o campo da prova seria bastante beneficiado por essa reunião de saberes, visto que o seu estudo tem um caráter fortemente multidisciplinar³. Porém, ainda não se nota nas faculdades de Direito, seja dentro dos cursos de Processo Civil e Processo Penal, ou dentro de qualquer outro curso – salvo esporádicas disciplinas eletivas – uma preocupação com uma formação de advogados aptos a questionar minuciosamente a atuação dos juízes durante a valoração probatória.

Em que pese os advogados estejam preparados para questionar o procedimento de admissibilidade das provas, devido ao seu caráter normativo, é bastante precária a discussão quando o assunto é a valoração dos elementos de prova presentes no processo. Ou seja, quanto aos processos mentais e inferências que o juiz utiliza para pesar cada item de prova admitida e chegar a uma sentença.

Essa monografia visa então tentar ajudar a preencher essa lacuna. Mais especificamente, na parte da valoração probatória. Apesar de existir nas ementas de todos os cursos de processo penal do país uma parte inteira dedicada à teoria geral da prova e às provas em espécie, a verdade é que isso se caracteriza principalmente por uma rápida apresentação da história das provas, apresentando diferenças entre a produção de provas nos modelos inquisitório e acusatório, seguido pelo estudo de regras de relevância e admissibilidade da prova, terminando no estudo detalhado das principais espécies de prova. Nada é dito sobre os processos mentais e inferências que os juízes realizam para chegar aos seus veredictos. Nada é ensinado sobre como identificar esses modelos de valoração, para podermos compará-los e decidir qual deles seja usado em um processo criminal acusatório de um Estado Democrático de Direito.

²http://www.direito.ufrj.br/images/stories/_direito/graduacao/documentos/PROJETO_PEDAG%3%93GICO__FND_2014.pdf

³ TWINING, William. **Rethinking evidence**: exploratory essays. Evanston, Northwest University Press, 1994.

Muito desse desinteresse com a fase de valoração das provas se deve ao *princípio do livre convencimento motivado*, previsto pelo art. 155 do Código de Processo Penal:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

Se a apreciação das provas é livre, não há como limitar a valoração das provas para além do que impõe esse princípio, ou seja, de que o convencimento seja formado a partir das provas produzidas em juízo. No entanto, isso não impede que os julgadores atribuam os valores que desejarem a cada prova produzida. Esse princípio, porém, não passa de mais um mito processual, pois parte da crença de que o sujeito é capaz de julgar de acordo com a sua consciência, em atenção unicamente às provas que constam dos autos⁴.

Como veremos ao longo desse trabalho, histórias construídas pelos julgadores e o conhecimento prévio de mundo que eles têm exercem grande influência sobre os processos mentais nos momentos de valoração probatória e tomada de decisão.

Em um primeiro momento deverá ser precisamente conceituado o termo “prova”, visto que no direito processual penal brasileiro ele é encontrado com diferentes acepções, dentre elas: atividade probatória, resultado de prova e meio de prova. A partir da delimitação do objeto “prova penal”, poderemos partir para uma análise da relação desse objeto multidisciplinar – já que o desafio de “provar” algo é característico de todas as áreas do conhecimento humano – com diversos outros objetos, como a verdade, os fatos, as narrativas e também as garantias fundamentais.

Posteriormente, será feita uma explicação dos modelos holísticos e atomísticos de valoração de prova. Dentro dos modelos holísticos, será dedicada especial atenção à dimensão narrativa da prova penal. Destarte, a dimensão narrativa será analisada sob cortes psicológicos, sociológicos e antropológicos, buscando demonstrar sua influência sobre a valoração da prova e tomada de decisão por parte de julgadores.

⁴ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 180

Demonstrada a influência da dimensão narrativa da prova no momento de tomada de decisão por parte dos julgadores, será discutido se essa prática é desejável ou nociva, além de evitável ou não. Aqui serão apresentadas desde correntes que defendem até as que ojerizam totalmente a utilização dimensão narrativa da prova.

A partir dessas teorias, poderá ser compreendida tanto a necessidade do reconhecimento da influência da dimensão narrativa da prova, bem como da necessidade de controle dessa dimensão.

A narrativa pode ser definida, a partir de seus elementos, como uma série de eventos relacionados lógica e cronologicamente que são causados ou experienciados por agentes⁵. Desde conversas de mesa de bar até as pinturas rupestres do homem paleolítico, essa é a estrutura básica sobre a qual se sustentam todas as histórias já contadas e imaginadas pela humanidade. A simplicidade do conceito torna possível que seres humanos sejam capazes de desenvolver narrativas a partir do momento em que conseguem usar a linguagem para expressar seus pensamentos, por volta dos dois anos de idade⁶ e a quantidade de funções desempenhadas por ela faz com que a narrativa esteja presente em um grande número de atividades do nosso cotidiano, das mais simples às mais complexas.

Devido ao seu caráter abrangente, alguns autores defendem a narrativa como forma natural de organização do conhecimento humano, argumentando que praticamente todo conhecimento humano é baseado em histórias construídas a partir de experiências passadas⁷. Neil MacCormick parece ir de encontro a esse entendimento ao defender a “onipresença (...) da narratividade na estrutura de nossas atividades e de nossos relatos, seja como fato ou como ficção”⁸. A partir desse reconhecimento o autor escocês parte para a análise das narrativas jurídicas. Tendo como problema motriz a questão de como pode ser possível estabelecer descrições verdadeiras ou ao menos aceitáveis de eventos passados, MacCormick defende a necessidade de uma certa concepção de coerência essencial ao processo de comprovação do ato praticado ou do evento ocorrido. Antes de avançarmos nesse ponto, é preciso fazer uma diferenciação.

⁵ BAL, Mieke. **Narratology**: Introduction to the Theory of Narrative. 3rd ed. Toronto: University of Toronto Press, p. 23, 2009.

⁶ SUTTON-SMITH, Brian. **Children’s Fiction Making**. In: Theodore R. Sarbin (ed) Narrative Psychology: The Storied Nature of Human Conduct. 1st ed. Praeger Publishers, 1986.

⁷ SCHANK, Roger C. & ABELSON, Robert P. **Knowledge and Memory**: The Real Story. In: Robert S. Wyer, Jr (ed) Knowledge and Memory: The Real Story. Hillsdale, NJ. Lawrence Erlbaum Associates. 1-85, 1995.

⁸ MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica. Editora Campus/Elsevier, 2008.

A coerência pode ser definida como uma conexão harmônica entre dois ou mais fatos ou ideias presentes em um determinado contexto. Esse conceito deve ser diferenciado, entretanto, entre coerência interna – que diz respeito à racionalidade entre os argumentos utilizados na decisão e coerência externa – que trata da conexão racional entre os argumentos utilizados, os fatos narrados e o ordenamento jurídico como um todo⁹.

A consideração da coerência em seus dois aspectos é profundamente necessária. Corremos o risco, ao abandonarmos o parâmetro externo, de chegarmos a decisões sem correspondência com a realidade¹⁰. Por mais que uma verdade real seja inalcançável, não faria sentido dispormos de todo um sistema de justiça apenas para julgar a capacidade dos advogados em construir histórias coerentes e plausíveis internamente. É preciso confrontar todos os argumentos com os fatos narrados, ao mesmo tempo em que se confrontam os fatos narrados com as provas que possam ajudar a reconstruir o que pode ter acontecido no passado. Essa é parte da função da coerência externa: garantir que a argumentação tenha o mínimo de conexão com a realidade.

A coerência externa revela-se a partir dessa necessidade altamente dependente da qualidade das provas apresentadas no processo. O “problema da prova” torna-se também “problema da argumentação”, na medida em que quanto mais incertas forem as provas, menor será a força dos argumentos devido ao esfacelamento da coerência externa. “Trata-se de perseguir a melhor qualidade da decisão judicial e reduzir ao máximo os riscos de incriminação imprópria”¹¹. Garantir a integridade dos elementos probatórios passa a ser então de primordial importância para a fundamentação da decisão, e dentre os dispositivos disponíveis para isso, temos a cadeia de custódia.

Dessa forma, é preciso pensar novas formas de controle racional, epistêmico, atomista e argumentativo da dimensão narrativa da prova penal no momento de valoração da prova para tomada de decisões.

⁹ MARTINS, Argemiro C. M.; ROESLER, Cláudia R. & JESUS, Ricardo A. R. A Noção de Coerência na Teoria da Argumentação Jurídica de Neil MacCormick: Caracterização, Limitações, Possibilidades. Revista NEJ, Eletrônica, Vol.16, n.2, p.207-221, 2011

¹⁰ CALHEIROS, Maria Clara. **A Base Argumentativa na Decisão Judicial**. Julgar, n.6, 2008.

¹¹ PRADO, Geraldo. **A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas no Processo Penal Brasileiro**. In: Prova Penal: Estado Democrático de Direito. Empório do Direito/Rei dos Livros, 2015.

CAPÍTULO 1 – AS TEORIAS DA PROVA PENAL

O estudo da prova é (ou pelo menos deveria ser) uma das áreas mais importantes das doutrinas jurídicas modernas e contemporâneas, sem o qual corre-se o risco de redigirmos imensa legislação sem a menor ideia de como aplicá-las aos casos concretos. Sabemos que o juiz deve sentenciar a cumprir pena de prisão alguém que tenha cometido um homicídio ou que deve deferir o pedido de indenização de alguém que tenha sofrido danos materiais, mas como o Direito deve reger o posicionamento e convencimento do julgador acerca dos elementos probatórios apresentados e das provas produzidas sobre os fatos alegados na acusação? O juiz deve investigar por conta própria, buscando convencer-se de algo e produzir provas, ou deve quedar inerte e deixar que apenas as partes apresentem elementos probatórios, sobre os quais se pronunciará somente no momento da sentença? Deve o magistrado fundamentar sua decisão em todos os elementos probatórios apresentados pelas partes, explicando porque cada um corrobora ou não para a tese vencedora, recorrendo ainda à elementos científicos e filosóficos para embasar sua decisão, ou deve simplesmente dar-se por livremente convencido e valorar os elementos probatórios da maneira que bem entender? O legislador deve introduzir *standards* de prova que diminuam a discricionariedade dos julgadores nos momentos de tomada de decisão, ou tal iniciativa seria infrutífera por não existirem *standards* objetivos?

As diferentes respostas para essas perguntas se encontram espalhadas pelas muitas teorias da prova existentes. Nosso objetivo nesse primeiro momento, porém, não é apresentar essas respostas, mas mostrar como as diversas formas de se pensar a atividade probatória não são apenas resultado de divergências epistêmicas (o que é conhecer algo? O que é provar algo?), como também escolhas políticas que expressam o valor que aquele Estado dá às garantias e liberdades individuais. Dessa forma, provar um fato no processo não significa apenas realizar operações lógicas para chegar a resultados de prova, mas também significa buscar reger a atividade probatória sempre por princípios fundamentais como a ampla defesa e o contraditório. Além disso, também significa que serão objeto de prova somente aqueles fatos penalmente relevantes. Por último, impõe-se uma limitação ético-jurídica que impede o uso de provas ilícitas. Todos esses pontos serão devidamente desenvolvidos ao decorrer desse capítulo. Começaremos então por um dos objetos centrais dessa monografia: a prova penal.

1.1 Prova no âmbito do processo penal brasileiro

A preocupação inicial de qualquer trabalho que se propõe científico deve ser a abordagem clara dos objetos tratados no estudo. A correta conceituação dos termos empregados no trabalho é indispensável para uma correta compreensão das teorias apresentadas e dos resultados alcançados, sem riscos de que ocorra a descontextualização de qualquer predicado discutido e desenvolvido no texto científico.

Dessa forma, iniciaremos nosso estudo pela discussão do conceito de “prova penal” que será utilizado aqui. Recorreremos ao texto do Prof. Antonio Magalhães Gomes Filho¹², que já cumpriu com maestria a tarefa de apresentar as diversas acepções do termo “prova” utilizadas no vernáculo nacional, com destaque para aquelas usadas no processo penal brasileiro.

O vocábulo “prova” não é empregado exclusivamente no campo jurídico, sendo igualmente utilizado por diversas áreas do saber, bem como pelo senso comum. Fora do Direito, “prova” pode ser encontrada mais comumente com três principais sentidos¹³: (i) como *demonstração*, quando se apresenta elementos de informação idôneos para decidir se a afirmação ou negação de um fato é verdadeira; (ii) como uma *atividade* ou *procedimento* destinado a verificar a correção de uma hipótese ou afirmação e (iii) como *desafio* ou *competição*. Dentro do Direito¹⁴ também podemos encontrar o uso de do termo “prova” de maneira semelhantes aos já mencionados. Por exemplo, (i) na atividade processual são apresentados dados de conhecimento idôneos para admitir-se como verdadeiro um enunciado sobre um fato que interessa à decisão judicial; (ii) além disso, de forma análoga ao método experimental científico, também temos no processo judicial o momento da *instrução probatória*, quando se busca recolher e analisar os elementos necessários para confirmar ou refutar as asserções sobre um fato e (iii) por último, o *ônus da prova* representa uma espécie de desafio ou obstáculo a ser superado como encargo que incumbe à parte demonstrar um fato alegado.

Na sequência, diferenciaremos o inúmeros uso do termo *prova* dentro do processo, onde muitas vezes a mesma expressão é utilizada para conceituar momentos distintos da atividade probatória.

¹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”. YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303-318

¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op cit.* p. 305

¹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op cit.* p. 306

Elemento de prova

O vocábulo prova pode significar elemento de prova quando se refere a cada um dos “dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa a decisão da causa.” Em outras palavras, trata-se de cada fato capaz de tornar verdadeira ou não uma alegação. Com efeito, trata-se do instituto conhecido na *common law* como *evidence*.

Dessa forma, constituem elementos de provas as declarações prestadas por uma testemunha sobre determinados fatos, o conteúdo de certo documento, a exibição de objetos, etc... Acrescenta Antonio Magalhães Gomes Filho que esta expressão evidencia uma característica essencial da atividade probatória que é a de que o convencimento do julgador deve resultar da apreciação de um conjunto de informações.

Resultado da prova

Com outro significado, a palavra prova tomada como resultado de prova denota “a própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova existentes, a propósito de um determinado fato”. Com efeito, este resultado não é obtido apenas por uma espécie de soma envolvendo os elementos apresentados, mas sim através de um procedimento epistêmico levado a efeito pelo julgador permitindo a ele se uma referida alegação é ou não verdadeira. Na doutrina anglo-saxônica esse instituto é conhecido como *proof*.

Portanto, a conclusão é que o raciocínio judicial na apreciação das provas deve refletir uma necessária conexão entre os elementos de prova e o resultado da prova obtido para aferir se uma proposição é ou não verdadeira.

Fonte de prova

Define-se fonte de prova como forma de “designar as pessoas ou coisas das quais pode-se conseguir a prova”. Percebe-se que se trata de onde se extrai a prova, ou seja, fonte pela qual se viabiliza o acesso ou se noticia a existência de meios de prova.

A doutrina costuma classificar as fontes de prova em pessoais ou reais. As pessoais são aquelas decorrentes dos sentidos humanos, como um testemunho, por exemplo. As reais decorrem daquilo que pode ser obtido a partir do exame de coisas.

Meio de prova

Refere-se a meio de prova como “os instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixamos no processo (produção da prova)”. Há uma relação instrumental, é como se o meio de prova ligasse aquilo que a fonte de prova traz como informação ao processo.

Os meios de prova são elencados de forma típica no Código de Processo Penal, de forma não-taxativa. Desta forma tem-se os seguintes meios de prova típicos, por exemplo: a perícia, os testemunhos, documentos, etc...

É importante notar que no campo dos meios de prova há que se ter especial atenção com a posição do réu. Eventualmente ele será fonte de prova quando trouxer voluntariamente dados objetivos úteis ao deslinde da causa, no entanto, o interrogatório não poderá ser considerado como meio de prova porque em sua essência esse procedimento visa a defesa do réu em Juízo, sendo abarcado pelo direito que o acusado tem de não produzir prova contra si mesmo.

Uma distinção importante deve ser feita entre meios de prova e meios de pesquisa ou meios de investigação. Os meios de prova são uma atividade endoprocessual feita perante o juiz e que envolve o conhecimento e participação das partes. Por outro lado, os meios de pesquisa ou investigação são extraprocessuais, na medida em que levam em conta procedimentos regulados em lei com o objetivo de angariar elementos de prova, mas que são realizados por policiais e outros funcionários.¹⁵

Na prática, essa distinção é de suma importância. A consequência de vício envolvendo os meios de prova acarretará a nulidade da prova produzida e a irregularidade nos meios de pesquisa ou investigação levará à inadmissibilidade da prova no processo por violação de regras que regem obtenção de provas consoante o inciso LVI do artigo 5º da Constituição da República.

O conceito normativo de prova

Além do conceito material de prova exposto, há que se falar de um conceito normativo de prova. Esse conceito deve ser o prevalecente como condição de validade quando da apreciação do

¹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op cit.* p. 309

caso penal pelo juiz. Com efeito, tem-se que o conceito normativo de prova consiste em tomar como elemento probatório somente aquilo que for filtrado pelo contraditório em âmbito processual.

A origem ontológica desse conceito advém do dispositivo previsto no inciso LV do 5º artigo da Constituição da República, uma vez que é reconhecido às partes no processo penal o direito ao contraditório e à ampla defesa:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

O conceito ganha densidade com a atual redação do artigo 155 do Código de Processo Penal que deixa claro que o juiz formará sua convicção com base exclusivamente na prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos de informação colhidos na fase de investigação preliminar:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

Em conclusão, tem-se que a prova baseada em um conceito normativo, densificado no artigo 155 do Código de Processo Penal, é aquela produzida sobre o crivo do contraditório em âmbito processual – admitindo como exceção legalmente imposta as provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis, cuja filtragem pelo contraditório será impossível ou diferida.

Objeto de prova

O objeto de prova será tudo aquilo que disser respeito à existência ou inexistência de um fato tido como crime, ou seja, os fatos penalmente relevantes. É comum ainda usar-se a expressão *thema probandum* para fazer referência ao objeto de prova. Assim, objeto de prova são os fatos que interessam à solução de uma controvérsia submetida à apreciação judicial.

Indo mais além, retorna-se ao debate sobre a limitação fática no âmbito do processo penal, pressupondo que os fatos úteis ao processo sejam aqueles tidos pelo Direito como aptos a produzir consequências jurídicas no campo do Direito Penal. Em particular, o objeto de prova deve versar não sobre fatos, mas sim sobre a afirmação que se faz sobre um fato tido pelo ordenamento jurídico como criminoso.

“No processo penal, a atividade probatória versa, fundamentalmente, sobre a imputação de um fato criminoso, ou seja, sobre a afirmação que faz a acusação a respeito da ocorrência de um fato tipificado pelo Direito Penal. Assim, a qualificação jurídica também integra a imputação, na medida em que o fato narrado só tem valor quando ligado à norma incriminadora.”¹⁶

Dessa forma, terminamos a apresentação sobre a terminologia do vocábulo prova e as acepções que o termo pode assumir no processo penal brasileiro. A seguir, passaremos à análise das relações entre a prova penal e os institutos abrangentes de verdade e fato (discutidos não só pelo Direito, mas pelas ciências e filosofia em geral), bem como das limitações que um Estado que se proponha Democrático e de Direito de impor a atividade probatória.

1.2 As relações entre verdade, fatos, provas e garantias fundamentais

Conforme aludido anteriormente, este estudo visa comparar métodos de valoração do conjunto probatório em busca de compreender melhor como podemos garantir decisões judiciais justas: menos arbitrárias e mais próximas da verdade. Para isso, antes de qualquer comparação entre os modelos que serão contrastados aqui, devemos determinar com qual entendimento de “verdade” desejamos que as decisões judiciais se aproximem, bem como de que forma essa aproximação pode ocorrer, ou seja, como as provas podem ser utilizadas na reconstrução dos fatos.

Além disso, dentro do Estado Democrático de Direito, a reconstrução/aproximação da “verdade” (quando entendida como possível) não é a única – nem a principal – função de um procedimento judicial. O processo é o instrumento necessário para a consolidação da decisão judicial, pois é a forma de garantir que o Estado não desrespeite nenhum direito fundamental na busca da solução de conflitos. Dessa forma, para tentar responder à questão sobre como otimizar a valoração probató-

¹⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op cit.* p. 316

ria, é preciso determinar também quais os limites jurídicos impostos aos agentes da justiça criminal no momento de investigação preliminar, acusação e decisão. A busca pela verdade no processo pode ser uma atividade epistêmica, mas ela traz consequências graves a vida dos réus quando realizada indiscriminadamente, então, mesmo que a determinação da verdade seja um problema científico e filosófico, o tratamento dado ao réu durante a atividade probatória é um problema ético e jurídico e não pode ser ignorado no momento em que o Estado decidir como se dará a persecução penal.

Portanto, nesse ponto apresentaremos diversas concepções de verdade no processo, escolhendo uma para orientar nossa busca por um melhor modelo de valoração probatória. Em seguida, discutiremos as formas como as provas podem se relacionar com os fatos alegados pelas partes e considerados pelo juiz no âmbito processual. Por último, marcaremos nossa posição sobre como a busca pela verdade no processo pode se relacionar com as garantias fundamentais.

1.2.1 Sobre a verdade no processo

As posições que a verdade pode assumir no âmbito processual são tão diversas quanto as histórias conflitantes que um juiz ouve em sua carreira. Em um extremo há aqueles que acreditam que ela sequer deve assumir qualquer posição, ou seja, que o conceito de verdade não é confiável e falar dela não faz o mínimo sentido¹⁷. Essas posições são defendidas pelos teóricos pós-modernos não só para o Direito, mas para a filosofia e as ciências em geral, bem como para qualquer área do conhecimento humano. “Esses enfoques excluem *a priori* qualquer possibilidade de discutir racionalmente a verdade em geral e, portanto, também qualquer possibilidade de pensar a verdade em contextos judiciais”¹⁸.

No outro extremo temos os que defendem uma busca abusiva pela verdade absoluta no âmbito processual. Esse entendimento – nas palavras de Taruffo¹⁹, um *realismo ingênuo insustentável* – já não encontra tanto respaldo entre os teóricos desde o século XIX, mas é bastante conhecido pelos que atuam diariamente na prática forense. Segundo esta visão, a verdade material pode ser reconstruída no decurso da atividade probatória a partir de uma minuciosa investigação. Para o total sucesso dessa empreitada, porém, são necessárias intervenções de caráter inquisitório e autoritário, que desrespeitam a dignidade da pessoa humana do acusado e o colocam como mero objeto proces-

¹⁷ TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade:** O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 95

¹⁸ TARUFFO, Michelle. **A prova.** São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 25

¹⁹ TARUFFO, Michelle. *Op. cit.* p. 100

sual. Esse posicionamento não encontra respaldo nos ordenamentos jurídicos dos atuais Estados Democráticos de Direito, em que pese sejam frequentemente encontrados em decisões judiciais²⁰.

Nesse sentido, Rubens Casara é preciso ao classificar a verdade real como um mito processual:

“A rigor, a verdade real é um mito. A verdade, como correspondência entre um dado e a realidade, é uma só. A verdade está no plano ideal: a plena correspondência, que não pode ser reconstruída no mundo sensível. Para falar em verdade real, é necessário supor a existência de outra verdade, que seria, então, irreal e, portanto, não verdadeira.”²¹

Entre esses dois extremos podemos encontrar uma miríade de posicionamentos defendidos por filósofos, epistemólogos e juristas sobre o lugar da verdade no âmbito processual. Mais próximos dos irracionalistas e céticos que negam qualquer possibilidade de verdade há os idealistas e coerentistas²², que defendem uma concepção de verdade construída a partir da subjetividade. Os idealistas negam a possibilidade de se obter qualquer conhecimento objetivo sobre uma realidade externa independente. Para eles, todo o conhecimento vem das ideias mentais de mundo que o sujeito tem. Por isso, aqui o critério da verdade é somente a coerência, ou seja, “*a verdade de um enunciado poderia ser estabelecida em função da coerência desse com os outros enunciados que constituem o contexto no qual esse se insere*”²³.

A teoria coerentista parece um avanço e uma boa tentativa de se recuperar o conceito de verdade frente à desconstrução pós-moderna, mas ainda mantém viva a perigosa ideia (principalmente para o Direito) de que é possível uma separação entre conhecimento e mundo.

Conforme ensina Maria Clara Calheiros:

“A análise das posições narrativistas não pode iludir uma questão prévia que é a de saber qual o objectivo do processo no que respeita aos factos. Dito de outro modo, se o processo judicial se deve entender como norteado pela descoberta da verdade e se esta é possível e em que grau, e também obviamente se tem importância, ou não, que os factos considerados como provados tenham efectiva correspondência com a verdade. A posição a este

²⁰ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 169-170

²¹ CASARA, Rubens R. R. *Op. cit.* p. 177

²² MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo**: a relação entre fato e prova. Rio de Janeiro, 2009.

²³ TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**: O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 97

respeito dos narrativistas mais radicais é a de sustentar que o que releva é a estrutura do discurso, mas já não é importante saber se as narrações dos factos, mesmo a que a decisão leva a cabo, têm correspondência com a realidade”.²⁴

De acordo com a teoria coerentista, a verdade seria determinada pelo juiz ao observar quais alegações das partes seriam mais coerentes com outros enunciados pertencentes ao mesmo contexto, quais sejam, as declarações de vítimas e testemunhas, os enunciados não-verbais que podem ser tirados de outros elementos de prova, as ideias mentais de mundo que o juiz já tem sobre como as pessoas se comportam em determinadas situações, etc... Dessa forma, transformaríamos nossos tribunais em meras bancas de concursos literários e mais valeria trancar as portas das faculdades de Direito pelo mundo e transferir alunos e professores para os cursos superiores de Letras e Literatura.

A posição coerentista guarda especial relação com a dimensão narrativa da prova, pois, conforme veremos adiante, a coerência é considerada por alguns teóricos como uma das características principais para determinar a aceitabilidade de uma história pelos julgadores. Pennington e Hastie²⁵ – pioneiros nos estudos da influência das histórias sobre as tomadas de decisão dos julgadores – afirmam que quatro princípios de certeza determinam qual história será escolhida pelos julgadores como “melhor” explicação para os elementos probatórios apresentados em juízo: cobertura, autenticidade, contextualização e coerência²⁶. Dessa forma, podemos perceber como a posição coerentista é utilizada, embora de forma não consciente, por muitos tomadores de decisão, assim como existem inúmeros agentes da Justiça Criminal adeptos do Direito Penal do Inimigo mesmo sem jamais terem entrado em contato com as teorias de Jakobs.

Ainda entre os que defendem a impossibilidade de existência de um conceito de verdade correspondente à uma realidade externa há os pragmatistas ou instrumentalistas.

“Os pragmatistas (...) constroem sua teoria com a elaboração de um link entre verdade e utilidade: uma proposição é verdadeira apenas no caso de que se mostre útil para aqueles que nela crêm. Ou seja, de acordo com a abordagem pragmatista deve-se considerar como ver-

²⁴ CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editorial, 2015. p. 176.

²⁵ PENNINGTON, Nancy & HASTIE, Reid. **The story model for juror decision making**. In: Inside the juror: the psychology of juror decision making. Journal of Personality and Social Psychology. Nº 2. 1992.

²⁶ *Coverage, uniqueness, goodness-of-fit e coherence*

dadeiro aquilo que mais contribui para o bem estar da humanidade em geral, tendo, para isso, a referência do longo prazo.”²⁷

Não é preciso grande exposição para entendermos como pode ser problemática a apropriação do pragmatismo por alguns sistemas processuais. Tal posição de fato pode ser encontrada em sistemas que buscam a solução dos conflitos acima de tudo, ou seja, o acordo entre as partes. Porém, no âmbito da justiça criminal é bastante perigoso permitir que as partes negociem livremente em detrimento de uma busca pela verdade possível. É notável a quantidade de casos onde inocentes admitiram ter cometido crimes para evitar enfrentar um longo processo penal que os levaria a uma pena maior ainda no final. Em um sistema acusatório é importante separar acusadores de julgadores, deixando os aqueles como únicos interessados na persecução penal e estes como entes inertes e imparciais. Porém, a função de juiz garantidor deve sobrevir em situações que claras injustiças (i.e., violação de direitos fundamentais) se abaterão sobre o réu – sujeito sempre hipervulnerável frente ao tamanho do Estado – mesmo quando este estiver de acordo.

Há também alguns teóricos que julgam ser irrelevante a discussão sobre a possibilidade da determinação da verdade. Embora tais autores tentam se colocar de fora do debate entre irracionais e realistas, sua posição acaba por ser aproximar de um entendimento anti-realista. Se negar a discutir a existência da verdade e apelar para conceitos como *consenso* para solucionar conflitos é o mesmo *modus operandi* dos irracionais e idealistas no âmbito processual. Por isso, tal posicionamento deve ser entendido como mais um dos que são contra uma noção de verdade correspondente com uma realidade externa.

Diante de tantas posições que buscarem destruir, subverter ou ignorar a verdade – e que talvez tenham sucedido momentaneamente – ao longo do século XX, surgiram alguns novos teóricos²⁸ buscando reconstruir um conceito realista de verdade, porém crítico em relação ao realismo ingênuo que existiu até o século XIX. Estes novos posicionamentos não são uníssonos, mas encontram alguns pontos em comum:

“O primeiro ponto – aparentemente banal (mas, na realidade, bastante intrincado sob o prisma ontológico) – é que há sentido julgar que o mundo externo existe. Como observa Searle, por outro lado, o *external realism* não é uma teoria da qual se pode ou não

²⁷ MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo**: a relação entre fato e prova. Rio de Janeiro, 2009. p. 23.

²⁸ Bernard Williams; Michael P. Lynch; Susan Haack; Alvin Goldman; Christopher Norris.

compartilhar: é, ao invés disso, um pressuposto necessário para própria possibilidade de se ter opiniões ou teorias sobre a realidade. (...) Um segundo ponto consiste em configurar uma ideia *alética* da verdade, segundo a qual todo enunciado relativo a acontecimentos do mundo real é verdadeiro ou falso em função da existência desses acontecimentos no mundo real. Substancialmente, é a realidade que determina a veracidade ou a falsidade das narrativas que a descrevem. (...) Isso implica a adoção, mesmo que de forma não ‘*ingênua*’ e criticamente madura, de uma concepção *correspondentista* da verdade, segundo a qual – justamente – a realidade externa existe e constitui a medida, o critério de referência que determina a veracidade ou falsidade dos enunciados que dela se ocupam.”²⁹

Dessa forma, percebemos que a opção aos modelos irracionalistas, idealistas, coerentistas e instrumentalistas de verdade é uma retomada crítica do modelo correspondentista da verdade. Em suma, defender uma posição da verdade como correspondência no processo significa crer que:

“(...) os fatos devem ser estabelecidos precisamente, com base nos meio de prova relevantes e admissíveis, como condição necessária para a aplicação correta das normas jurídicas substantivas. Assim, a questão não é (somente) dos relatos prestados e nem da linguagem ou da coerência narrativa. Uma decisão é verdadeira quando corresponde aos eventos que realmente ocorreram na situação empírica que está na base da controvérsia judicial. A função da prova é justamente oferecer ao julgador conhecimento fundado empírica e racionalmente acerca dos ‘fatos do caso’, e não compilar histórias relatadas por algumas pessoas acerca desses fatos.”³⁰

Não obstante a defesa pela busca de um modelo correspondentista de verdade no processo penal, preocupado com a fundamentação da decisão baseada em dados empíricos e falseáveis, também é importante lembrar que a busca pela verdade não deve ser o principal objeto do processo penal. Nesse sentido, a verdade deve funcionar indicador epistêmico

Afirmar que a verdade no processo penal funciona como indicador epistêmico significa dizer que o processo penal deve ter como característica ser um método de pesquisa e demonstração de fatos penalmente relevantes. O processo terá então caráter cognoscitivo (ou seja, que tende a conhecer) pautado em regras lógicas para demonstração de fatos. A verdade servirá como limite para a

²⁹ TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**: O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 100-101

³⁰ TARUFFO, Michelle. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 28

motivação da sentença judicial, na medida em que imporá restrições de caráter legal, racional e ético quando da produção e valoração das provas.

A restrição no campo legal impõe que a verdade construída no processo deve respeitar o ordenamento jurídico como um todo, mormente englobando a Constituição da República e os diversos tratados aos quais a República Federativa do Brasil prestou compromisso de adotar. Um exemplo é a regra estampada no inciso LVI do Art. 5º da Constituição da República que diz serem inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Esse é um limite legal à forma de se buscar a verdade no processo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

Por sua vez, o limite racional se impõe na medida em que as provas produzidas no processo atenham-se aos fatos penalmente relevantes e que sua apreciação se dê com bases em regras lógicas de forma a que a decisão final reflita um discurso coerente. Um problema a ser enfrentado é relativo a que fatos são importantes para o desenvolvimento do processo, uma vez que sua definição é fortemente caracterizada por um aspecto subjetivo, balizada apenas em algumas normas jurídicas que sirvam como norte. É possível exemplificar essa proposição com os fatos definidos tipicamente, ou seja, fatos tidos como crime por previsão legal, e a partir de então buscar provar suas elementares. Por outro lado, pode ser que circunstâncias também influenciem na caracterização do fato típico e também devam ser buscadas. A conclusão a que se chega é que, de algum modo, somente os fatos penalmente relevantes sejam provados para que não haja um aspecto protelatório no processo e que a garantia da segurança jurídica seja preservada.

Em relação a garantia ética que a verdade como indicador epistêmico se propõe a preservar, podemos afirmar que muitas vezes ela se confunde com a garantia legal, uma vez que muitas regras e princípios positivam padrões éticos a serem respeitados no ordenamento jurídico. Um exemplo são as regras que vedam a tortura para obtenção de uma prova, englobada na já mencionada vedação ao uso da prova ilicitamente obtida no processo.

Em suma, a busca da verdade através de provas serve para dar ainda mais força ao ônus da acusação em demonstrar a existência de um crime e sua autoria pelo acusado. Ademais, quando do julgamento desse fato tido como crime pela acusação, sejam usados standards probatórios baseando-se na verdade como indicador epistêmico limitador para interpretação das provas de maneira a minimizar ao máximo um subjetivismo judicial ao decidir e vincular a decisão a uma chance mínima de erro.

1.2.2 Provando os fatos

Apesar de curto, o ponto anterior cumpriu sua função de apresentar as diferentes posições sobre a verdade no processo, e no conhecimento em geral. Entretanto, este trata-se de um estudo jurídico, e portanto, devemos nortear nosso objeto para nosso campo de interesse. Assim, resta a pergunta: ao assumirmos uma posição de que é possível criar enunciados sobre fatos que possuem correspondência com uma realidade exterior, qual o método mais confiável para testar a correspondência desses enunciados sobre fatos com a realidade? A resposta, a princípio, parece simples, pois “já configura lugar comum a definição segundo a qual é função da prova averiguar se determinados fatos tiveram ou não ocorrência no caso então sob análise”.³¹

Nas mais diversas culturas jurídicas o fato é visto como a finalidade fundamental da prova. Essa afirmação é feita com o sentido de trazer alguns limites ao que pode se constituir o objetivo da prova. Não se faz prova de direito e sim sobre o fato em que determinado direito encontra seu fundamento. Não se prova por exemplo, o direito a indenização por danos extrapatrimoniais em si, mas o fato que torna devido a indenização, como a queda de um vaso de plantas do apartamento de Maria em Lucas, que passava pela calçada a caminho do trabalho: “Dê-me os fatos que eu te darei o direito”. Esse um primeiro sentido da assertiva segundo a qual o fato como objeto. Provas se referem a fatos apenas indiretamente a direitos. O segundo sentido que se pode extrair dessa afirmação é atinente aos limites do conhecimento do julgador: os fatos provados constituem a única base qual o juiz está autorizado a fundamentar a sua decisão. Portanto, vê-se um julgador defeso de poder fazer uso de conhecimentos privados, conseguidos por outros modos que não os procedimentos previstos pelo processo. É isso o que traz a controlabilidade das decisões, tão cara para a manutenção de Estados Democráticos. Desse modo, o princípio *iura novit cúria* faz referência apenas ao conhecimento que o juiz deve possuir acerca da norma a ser aplicada, não respingando sobre os fatos; estes devem ser conhecidos à medida que são internalizados pelo ambiente do processo.

³¹ MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo**: a relação entre fato e prova. Rio de Janeiro, 2009. p. 15.

No entanto, dizer que somente os fatos podem ser objeto de prova não esclarece muita coisa. A realidade é ilimitada e o processo não visa conhecer a todos os acontecimentos que a compõem. A preocupação cognitiva no contexto processual é instrumental, serve para resolver controvérsias jurídicas acerca da existência de direitos, isto é; não se pretende determinar um fato a menos que seja ele um pressuposto para a aplicação de normas num caso concreto. Por esse motivo, é difícil se falar em fato sem se falar em direito.

O que deve ou não ser objeto de esforço cognitivo é estabelecido por meio de critérios jurídicos, representados pelas normas consideradas aplicáveis para decidir uma controvérsia específica. Suscintamente: é o direito que estabelece o que é um fato para o processo. Daí a expressão fato juridicamente relevante.

Ao se afirmar que o conhecimento dos fatos é importante para a resolução da controvérsia jurídica não se diz outra coisa senão que é a partir das coordenadas fornecidas pelo contexto específico da decisão judicial que a investigação tem seu início. Os fatos que se mostram importantes para a justificação da decisão judicial é que devem ser o objeto de prova. Sendo assim, ainda de acordo com o contexto decisional, viu-se na adoção do esquema silogístico um modo eficaz de se chegar aos fatos: aplica-se a premissa maior representada pela regra geral que prescreve a hipótese fática pensado pelo legislador à premissa menor, à sua vez, o caso concreto, e, caso em que se apresente positivamente uma equivalência entre eles, então a norma é aplicável ao caso concreto e já se sabe sobre que fato a prova deve recair. Essa é atuação do chamado critério de relevância jurídica. E é o silogismo que o proporciona.

Entretanto, a utilidade do silogismo não vai além. Se com sua aplicação é possível identificar que fato deve ser provado em juízo, estabelecer os meios pelos quais os fatos devem ser provados, isso já é um outro problema. Uma coisa é identificar o objeto de instrução, outra é definir como esse objeto pode ser determinado. São problemas vinculador, pode-se dizer até mesmo que são complementares, porém distintos. Não seria tão fácil resolver o problema da determinação correta dos fatos.³²

A determinação do fato juridicamente relevante está dentro da preparação das premissas da decisão, mas com ela não se confunde. A decisão pode ser revestida parcialmente de um caráter dedutivo desde que premissas adequadas já tenham sido estabelecidas, isto é, de interpretação nor-

³² TARUFFO, Michelle. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 28

mativa e determinação do fato. Essa operação não se limita a achar uma correspondência entre fato e norma, mas a constitui: um dos sentidos resultantes da interpretação da regra jurídica qualifica um fato empírico como jurídico, que por isso, é relevante e será o fundamento da decisão caso seja provado em juízo.

Oportunamente, cuidou-se de fazer uma divisão da atividade probatória em três momentos, que seriam: a conformação do conjunto de elementos do juízo, a valoração desses elementos e a decisão mesma sobre os fatos.

Segundo essa classificação, caberia ao primeiro momento uma preocupação de obter um conjunto de elementos de prova o mais rico possível, devendo ser o desenho processual facilitador da incorporação do máximo número possível de provas relevantes. Em relação inversa com o maior número de informação está a ocorrência de erros na esfera judicial, isto é: a probabilidade de equivocar-se daquele a quem cabe a decisão diminui em razão do número de informações que tem a seu dispor.

Entretanto, o princípio de inclusão de toda e qualquer prova relevante sofre limitações, mas que não vão contra às preocupações cognitivas afirmadas como importantes para o processo. Contudo, o processo tem outros objetivos conjugados à averiguação de fatos, que são representados também pelo filtro da admissibilidade. Ou seja, ainda que a prova seja relevante, isto é, que se mostre capaz de auxiliar no convencimento do juiz acerca da existência ou inexistência de determinado fato, da veracidade ou falsidade de uma alegação, ela pode ter sua produção negada.

Relevância e admissibilidade, portanto, são os dois critérios que devem ser observados nessa fase da atividade probatória, no qual o conjunto dos elementos do juízo é estabelecido. São de distinta finalidade: a primeira em favor da cognição, a segunda buscando a observância de outros valores visto que o processo não se coaduna com a busca da verdade à custa de qualquer outro bem. À admissibilidade se conecta ao valor da legalidade do procedimento a ser seguido, bem como o contraste com qualquer outro valor.

A admissibilidade corresponde a uma escolha política que o legislador faz. Não é uma regra epistemológica, mas possui uma racionalidade instrumental de natureza distinta, de proteção dos outros valores. É o legislador que de se pôr consciente do dilema do custo epistemológico dessas regras de exclusão e a necessidade de se implementar os outros fins do processo. Nesse sentido, a prova ilícita nada mais é senão o resultado dessa valoração legislativa, que, em determinadas situa-

ções, a despeito da relevância da prova, proíbe sua entrada no processo por ter sido obtida ilegalmente, infringindo direitos fundamentais, como o direito à correspondência, à inviolabilidade de domicílio, etc... Uma ordenação de valores. Assim, o momento da conformação de conjunto de elementos probatórios é, pois, caracterizado pela junção de duas espécies de preocupações, epistemológicas e políticas. Tendo isso em mente, as provas devem ser produzidas e posteriormente, valoradas.

Após a superação do momento da conformação dos elementos do juízo, através da fixação dos pontos controvertidos seguida pela produção das provas tidas como relevantes ao suporte das hipóteses defendidas por cada uma das partes, chega o momento em que o juiz deve avaliar cada uma delas para que, só então, possa atribuir os efeitos jurídicos pertinentes ao caso concreto: é o momento da valoração da prova.

De nada adiantaria a garantia de produção das provas indicadas como relevantes pelas partes se disso não decorresse necessariamente o dever jurisdicional de valorá-las. O que deverá ser feito mediante critérios racionais, não mais restringidos por regras jurídicas.

E assim é porque a valoração é o momento em que o julgador procura a maior correspondência possível com o mundo exterior. Ou seja, se na fase de conformação a procura da verdade tinha de compartilhar sua importância com outros propósitos processuais, como a razoável duração do processo e defesa de direitos fundamentais, agora a preocupação epistemológica reina sozinha.

A apreensão da verdade absoluta assume o papel de um importante ideal regulativo. Diz-se ideal regulativo pois sabe-se que a apreensão da realidade em sua totalidade e com perfeição não é um horizonte possível de ser alcançado. No entanto, dessa constatação não se segue uma atitude cética, senão vigilante. Percebe-se, portanto, que a valoração busca a hipótese mais provável a partir das provas eficazes na sua corroboração. É isso que se espera da fase de avaliação das provas.

Ultrapassada a valoração racional dos elementos, adentra-se ao último momento constitutivo da atividade probatória, a decisão judicial. Ou seja, o julgador torna-se apto para decidir sobre dado conflito jurídico à medida em que se intera das especificidades fáticas daquele caso, extraindo, por meio da avaliação das provas, as conclusões cabíveis. Viu quais enunciados fáticos emitidos pelas partes guardam chances de correspondência com a realidade, distinguindo-os daqueles que somente tentavam lhe persuadir, sem a fundamentação fática pertinente. Aplicando máximas, empreendendo operações indutivas, elaborando previsões e as falseando, chegou à hipótese mais provável. Após

essa digressão, poderia se pensar que só resta ao juiz a tarefa de decidir conforme a hipótese mais provável. Mas não é assim. O resultado da valoração da prova que se obtenha não implica, por si só, nada a respeito da decisão a ser adotada.

Será necessária a intermediação de algum standard de prova, que tem a prerrogativa de fixar qual grau de probabilidade é necessário para que se considere provada uma hipótese a fim de lhe conceder os efeitos jurídicos previamente apontados pelo ordenamento jurídico. Os standards representam as escolhas éticas feitas pelo legislador na tarefa de distribuir o risco das decisões equivocadas. Até que ponto um ordenamento jurídico julga ser aceitável o risco de decisões injustas, obrigando efeitos jurídicos indesejáveis a quem não merece. A metodologia indutiva nunca habilita a aquisição de certezas absolutas acerca da verdade das hipóteses. Sendo assim, subiste a possibilidade dos falsos positivos e falsos negativos – respectivamente, declarar provada hipótese falsa, declarar não-provada hipótese verdadeira³³.

1.3 Os modelos holista e atomista de prova

Conforme demonstrado no último ponto, os tribunais fazem uso de elementos de prova para chegar a decisões sobre as disputas que têm que resolver. Variados tipos de elementos de prova são apresentados ao julgador: declarações de testemunhas, laudos de peritos de várias disciplinas, provas documentais e outros tipos de elementos de prova. Tomadores de decisão usam diversas formas de lidar com os problemas com os quais eles têm que lidar quando confrontados com elementos de prova conflitantes.

Dois grandes modelos de valoração de prova nos casos criminais podem ser identificados.³⁴ Um deles trata de uma forma holista de se olhar os vários elementos de prova e chegar a conclusões sobre quão convincentes eles são acerca dos seus valores probatórios. O uso de histórias, comparando diferentes versões do que aconteceu, e olhando para os eventos como um todo, é central para esse modelo. A outra forma pela qual os elementos de prova são avaliados é atomista, onde cada item de prova é pesado e escrutinado independentemente dos outros itens.

³³ MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo**: a relação entre fato e prova. Rio de Janeiro, 2009.

³⁴ MALSCH, Marijke e FRECKELTON, Ian. **The evaluation of evidence**: differences between legal systems. In: Hendrik Kaptein, Henry Prakken e Bart Verheij (eds) *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*. Farnham: Ashgate Publishing Limited. p. 117-134, 2009.

Conforme ensina Twining³⁵, os modelos holista e atomista são sempre encontrados de forma contrastada. Os psicólogos dizem que os julgadores decidem mais pensando a plausibilidade de história concorrentes do que analisando criticamente os elementos de prova. Manuais de advocacia salientam a importância de construir e apresentar histórias vividas, coerentes e persuasivas.

Uma abordagem holista no momento de valoração da prova significa que o julgador não distingue predominantemente entre os vários elementos de prova e não focam prioritariamente nas contradições entre as partes constituintes. Em vez disso, eles tomam uma história ou narrativa como ponto de partida e investigam até onde os elementos de prova disponíveis sustentam ou contradizem essa história. Construir uma história a partir de vários elementos baseado em uma rápida e superficial observação dos elementos de prova é uma das primeiras ações a serem tomadas por tais tomadores de decisão. Essa história se torna o principal elemento que guia o julgador ao longo do processamento do caso. Tentativas são feitas de conciliar com essa história novos elementos de prova que possam surgir. Quando essa conciliação não ocorre, o elemento contraditor pode ser rejeitado.

Já um modelo atomista de valoração da prova inclui uma análise passo a passo dos elementos de prova disponíveis. Não existe apenas uma forma de se fazer isso, mas nesse trabalho focaremos no modelo criado por John Henry Wigmore³⁶, que é tido por muitos pesquisadores³⁷ como o principal modelo atomista de valoração da prova. O modelo wigmoreano consiste na utilização de um diagrama (*Wigmore chart*) que organiza todos os argumentos utilizados em uma disputa com a ajuda do uso de símbolos e sinais para indicar os tipos de relações entre os argumentos, proposições, generalizações e asserções. Esse modelo será objeto de maior investigação no terceiro capítulo.

No próximo capítulo, apresentaremos o objeto central dessa monografia: a dimensão narrativa da prova penal. Em primeiro lugar, discutiremos o conceito central por trás do modelo holista: a história. Traremos a discussão que existe sobre a diferenciação entre os termos história, narrativa e discurso. Em seguida, desenvolveremos tais conceitos. A partir daí, poderemos discutir a forma como o conhecimento humano se organiza a partir de narrativas e como isso influencia os tomadores de decisão no momento de chegar a decisões sobre as acusações penais baseados nos elementos de prova apresentados no processo.

³⁵ TWINING, William. **Rethinking evidence**: exploratory essays. Evanston, Northwest University Press, 1994.

³⁶ WIGMORE, J.H. **The science of proof**: as given by logic, psychology and general experience and illustrated in judicial trials. Boston: Little, Brown & Company, 1937

³⁷ Marijke Malsch e Ian Freckelton; Floris Bex; Maria Clara Calheiros; Michelle Taruffo; são alguns dos que fazem a análise do modelo atomista a partir do método criado por Wigmore.

CAPÍTULO 2 – A DIMENSÃO NARRATIVA DA PROVA

“We're all stories, in the end.”

— Steven Moffat

Conforme visto no capítulo anterior, o conceito de *prova* é utilizado indiscriminadamente por juristas, cientistas de diversas áreas, filósofos, bem como por qualquer indivíduo que deseje falar sobre *demonstração* de um fato, *experimentação* de uma hipótese ou *superação* de um desafio. Por ser um termo tão amplo e difundido é que foi necessário nos debruçarmos sobre a teoria da prova para explicarmos com clareza qual a posição defendida neste trabalho.

De forma semelhante, partiremos agora para a escrutinação de outro termo fundamental para este trabalho: a *narrativa*. Assim como a prova, a narrativa não é exclusividade do campo jurídico. Na realidade, outras áreas já se dedicam a estudá-la há muito mais tempo, como a literatura, a história, a antropologia, a psicologia e a filosofia.

Mais recentemente, o ramo da *narratologia* surgiu como mais um filho da moderna ciência cartesiana que cria especializações na mesma proporção que se criam países na Europa oriental. Aplicando-se os avanços do estudo gramatical da linguística de Saussure³⁸ ao estudo da narrativa, os formalistas russos do início do século XX desenvolveram uma *gramática da história*, onde os eventos são a unidade estrutural básica das narrativas³⁹.

A autora Mieke Bal⁴⁰ defende a diferenciação entre os termos “texto narrativo”, “história” e “fábula”. Para ela:

“A narrative text is a text in which an agent or subject conveys to an addressee (‘tells’ the reader) a story in particular medium, such as language, imagery, sound, buildings, or a combination thereof. A story is the content of that text, and produces a particular manifestation, inflection, and ‘colouring’ of a fabula; the fabula is presented in a certain manner. A fabula is a series of logically and chronologically related events that are caused or experienced by actors.”

³⁸ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 1995.

³⁹ PROPP, Vladimir. **Morfologia do conto**. Lisboa: Vega, 2000.

⁴⁰ BAL, Mieke. **Narratology: Introduction to the Theory of Narrative**. 3rd ed. Toronto: University of Toronto Press, p. 23, 2009.

Para Floris Bex⁴¹, também existem diferentes acepções para os termos “história”, “narrativa” e “discurso”:

“The story is the sequence of events and the discourse is the way in which a story is presented and through what medium (i.e. images, text, figures, film) Changing the way a story is presented does not have to change the story itself. For example, telling a story through flashbacks does not change the basic (chronological) event structure. In the research on stories, the combination between story and discourse is often called a narrative.”

Porém, para os fins desse trabalho, os termos “narrativa” e “história” serão utilizados sempre com o mesmo sentido, qual seja: uma sequência de eventos lógica e cronologicamente relacionados e que são causados ou experimentados por agentes. Nesses termos, passaremos a uma melhor compreensão do que são histórias/narrativas.

Histórias são uma forma popular de comunicação entre as pessoas. Livros, jornais, noticiários, filmes, um amigo contando suas férias, todos contam histórias. Boas histórias podem cumprir um papel importante no nosso entendimento de mundo, conforme elas estruturam a informação de uma forma que é mais fácil de ser processada por humanos. Nossas memórias, por exemplo, consistem (pelo menos aos olhos da mente) de histórias ou fragmentos de histórias.

Histórias são essencialmente uma sequência única, coerente e cronológica de estados e eventos. Não é sempre possível manter uma estrita ordem cronológica; por exemplo, quando dois eventos acontecem ao mesmo tempo, faz sentido primeiro descrever um evento e depois o segundo.

Mas não é qualquer sequência de eventos cronologicamente ordenados que pode ser considerada uma história: para ser uma história, uma sequência de eventos também deve ser considerada coerente de alguma maneira. Primeiramente, a história não deve conter contradições óbvias. Além disso, a história deve aderir a uma estrutura causal (implícita).

Pesquisas em psicologia cognitiva⁴² mostraram que os relatos e eventos em uma história coerente devem estar todos conectados através de algum tipo de cadeia causal (implícita). Mais pes-

⁴¹ BEX, Floris J. **Arguments, stories and criminal evidence**: A formal hybrid theory. Dundee: Springer. p. 59-60, 2011.

⁴² BEX, Floris J. *Op. cit.* p. 60.

quisas sobre gramáticas das histórias e entendimento das histórias afirmam que na estrutura subjacente às histórias os eventos estão conectados por uma combinação de relações causais e temporais. Entretanto, as relações causais exatas entre os eventos em uma história são frequentemente deixadas implícitas quando uma história é contada.

Muitas das vezes, relações causais implícitas são de alguma forma presumidas pelo leitor da história a partir de várias *sugestões de causalidade*. Tais sugestões de causalidade são indicadores de que há uma relação causal entre os relatos ou eventos. Essas sugestões podem ser temporais, quando dois eventos ocorrem num curto espaço de tempo, podem ser espaciais, quando dois eventos ocorrem no mesmo local, ou ainda podem ser correlacionais, quando dois eventos sempre ocorrem juntos.

As relações causais entre os vários relatos e eventos em uma história podem ser definidas como declarações condicionais e essas declarações condicionais são basicamente *generalizações causais*⁴³, ou seja, utiliza-se conhecimento prévio para concluir que tipos de comportamentos e motivações geralmente são encontrados nas situações narradas.

Dito isso, *causalidade* e *coerência* podem ser tidas como as duas principais características das narrativas, além dos principais fatores de influência sobre os tomadores de decisão: para a total compreensão de uma história, os ouvintes tomam a liberdade (implicitamente) de preencher lacunas causais utilizando seu conhecimento prévio para criar generalizações que os permitam construir um modelo completo e coerente da história em suas cabeças. Conforme veremos adiante, é exatamente isso que muitos julgadores fazem na hora de chegarem aos veredictos no âmbito do processo penal. Mas antes, devemos compreender melhor como a narrativa organiza nosso conhecimento.

2.1 A natureza narrativa do conhecimento humano

Schank e Abelson⁴⁴ alegam que praticamente todo o conhecimento social significativo que nós adquirimos se dá na forma de histórias. Alguns autores^{45,46} consideram essa afirmação exagera-

⁴³ BEX, Floris J. *Op. cit.* p. 60.

⁴⁴ SCHANK, Roger C. e ABELSON, Robert P. **Knowledge and Memory: The Real Story**. In: Robert S. Wyer, Jr (ed) *Knowledge and Memory: The Real Story*. Hillsdale, NJ. Lawrence Erlbaum Associates. 1-85, 1995.

⁴⁵ BREWER, W. F. **To assert that essentially all human knowledge and memory is represented in terms of stories is certainly wrong**. In: Robert S. Wyer (ed.) *Advances in social cognition* (Vol. 8). Hillsdale, NJ. Lawrence Erlbaum Associates. 108-119, 1995.

da, mas mesmo assim, o papel das narrativas na aquisição e transmissão de informação no dia-a-dia é inegável. O conteúdo das conversas diárias quase invariavelmente inclui histórias que nós contamos sobre nós mesmos e pessoas próximas, descrições de livros que nós tenhamos lidos ou de filmes que tenhamos visto, e piadas que contamos uns aos outros. As narrativas também são evocadas para se entender as causas ou prováveis consequências de eventos sociais reais ou hipotéticos. Mensagens persuasivas e comerciais para TV frequentemente nos estimulam a imaginar a sequência de eventos que pode resultar da escolha de um curso de ação específico. A própria vida está na forma de narrativa, consistindo em uma sequência de eventos temporalmente relacionados que nós experimentamos seja como participante ou como observante. Em resumo, as narrativas são fundamentais para o entendimento de nós mesmos e do mundo em que vivemos.

A importância dos formatos narrativos do conhecimento é reconhecida em praticamente todas as áreas da psicologia. A pesquisa e teoria em compreensão de prosa e aprendizado já há tempos têm se preocupado com a compreensão e representação mental de histórias e temporalmente ordenadas sequências de eventos. Psicólogos desenvolvimentistas⁴⁷⁴⁸ identificaram o papel das histórias na interação entre pais e criança e na socialização de maneira mais geral. Formas narrativas de conhecimento frequentemente constituem teorias implícitas que as pessoas utilizam para explicar tanto para explicar experiências passadas como para prever o futuro. A influência dessas teorias no comportamento e julgamento foi identificada em pesquisas nas mais diversas áreas⁴⁹.

Dessa forma, não poderia ser diferente a organização do conhecimento que os julgadores adquirem (e produzem) acerca dos elementos de prova durante um processo judicial⁵⁰. A criação de uma narrativa por parte dos julgadores é um processo ativo de compreensão e construção de um relato, a partir de materiais informativos que lhes são proporcionados de forma desregrada, sem disposição temporal ou causal, como por exemplo, no formato de perguntas e respostas próprio dos depoimentos e, com frequência, ao longo de diversos dias. O fato de que diferentes julgadores cons-

⁴⁶ RUBIN, D.C. **Stories about stories**. In: Robert S. Wyer (ed.) *Advances in social cognition* (Vol. 8). Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates. 153-164, 1995.

⁴⁷ MILLER, P. J. **Narrative practices**: Their role in socialization and self-construction. In: U. Neisser e R. Fivush (eds.) *The remembering self: Construction and accuracy in the self-narrative*. Emory symposia in cognition (Vol. 6). New York: Cambridge University Press. 158-179, 1994

⁴⁸ NELSON, K. **The psychological and social origins of autobiographical memory**. *Psychological Science*, 4, 7-14, 1994.

⁴⁹ WYER, Robert S., Jr. **Social comprehension and judgment**: the role of situation models, narratives, and implicit theories. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2005, p. 4.

⁵⁰ TARANILLA, Raquel. **La justicia narrante**: un estudio sobre el discurso de los hechos en el proceso penal. Navarra: Thomson Reuters, 2012.

triam histórias diferentes se explica, em grande parte, pelas diferenças em seus conhecimentos prévios.

É devido a impossibilidade de se separar a valoração dos elementos de prova das narrativa construídas pelos julgadores se utilizando dos seus conhecimentos prévios que alguns autores defendem que seja então assumido o modelo holista de valoração de prova, onde pelo menos serão discutidos os fatores que realmente determinam as tomadas de decisão, quais sejam, a causalidade e a coerência.

José Calvo González⁵¹ está entre os principais defensores dessa teoria narrativista do Direito. Para ele, a verossimilhança e a coerência são os fatores que caracterizam uma boa decisão. Essa posição se aproxima bastante da construção coerentista de verdade apresentada no primeiro capítulo. Conforme já dissemos também, esse trabalho adota uma concepção *realista crítica* da verdade onde ela assume um papel de indicador epistêmico no processo penal. Dessa forma, não fazemos coro com a teoria de González, por acreditar que ela não contribui para um aperfeiçoamento da atividade probatória em busca de resultados mais justos.

2.2 A influência das histórias no momento de tomada de decisão

No modelo holista de prova, a principal meta é construir uma história hipotética, que represente e dê sentido a “o que aconteceu” em um caso. Essa história deve cobrir apropriadamente todas as evidências, explicando causalmente todas essas evidências.

O modelo holista tem certas vantagens. Histórias um papel bastante importante na apresentação de um caso para o julgador. Histórias podem ser convincentes, até mesmo sedutoras. Elas atraem atenção e dão significado aos fatos que são estabelecidos pela polícia e por outros agentes do sistema de justiça criminal. Construir uma história é uma atividade criativa que, em si mesma, é provavelmente menos exigente do que testar os elementos de prova de outras formas. Para representantes legais que estão discutindo a favor de certos enunciados, o uso de histórias pode ser mais atrativo e vantajoso do que uma análise científica dos elementos de prova que podem não tocar ou ser compreendido pela audiência.

⁵¹ GONZÁLEZ, José Calvo. **El discurso de los hechos**. Editorial Tecnos: Madrid, 1993.

O uso de histórias também cumpre diversas funções durante o raciocínio probatório. As histórias podem preencher espaços entre elementos de prova. Por exemplo⁵², uma pessoa chegando de um país na América Latina é parada e revistada em um aeroporto na Europa. Nenhuma droga é encontrada na sua bagagem, mas a polícia não quer deixá-la ir. Eles começam a interrogá-la. Sua passagem aparentemente fora comprada por outra pessoa. Os questionamentos revelam que a pessoa pretende ficar apenas por dois dias e voltar para onde veio. Quando perguntado onde pretende ficar, ele dá uma resposta vaga. Ele tem um pequeno pedaço de papel consigo com um número de telefone que ele informa que foi orientado a ligar. Ele espera que a pessoa que atender o telefone diga para onde ele deve ir. Isso ainda não é o suficiente para prendê-lo como suspeito de tráfico. Mas a imagem começa a se formar. O último elemento se trata de se a polícia concluíra que está lidando com um homem que engoliu drogas. Esse último elemento se trata do fato dele ter olhos vermelhos e estar com hálito de fezes. Apesar de não haver nenhum indício direto de drogas, a história está quase completa agora, e o homem é preso. Ele é levado em custódia e colocado em uma cela com um toalete designada especialmente para esse tipo de situação. Nos próximos dias, se tornará evidente se a polícia estava ou não correta. Os olhos vermelhos e o hálito de fezes são as lacunas que faltaram ser preenchidas e levaram a polícia a prendê-lo. De acordo com o conhecimento prévio dos policiais, histórias semelhantes levaram a polícia a decidir da mesma forma.

Outra função do modelo holista é a de dar sentido a determinadas situações⁵³. O assassinato de um homem idoso por um jovem sem motivo aparente pode ser explicado por uma história sobre o que aconteceu durante a infância do acusado. Ter sido sexualmente abusado quando era bem jovem por um homem idoso pode prover uma explicação de porque, já adulto, ele assassinou – por impulso e quase sem uma causa direta e aparente – um homem idoso. Tal motivo pode preencher a lacuna que resta quando há somente os fatos do homicídio, e uma história pode ser o enquadramento de referência para esse motivo.

Entretanto, ambos os exemplos acima narrados também demonstram que as histórias, em suas várias funções, podem cumprir um papel perigoso em pelo menos alguns casos. Fundamentalmente, isso ocorre porque um conjunto incompleto de fatos tem o potencial de gerar mais de uma história, uma das quais erroneamente parece ser a mais convincente.

Histórias tornam o processo de decisão mais fácil e rápido. Além disso, a análise de um caso pode se tornar mais excitante e interessante do que uma minuciosa apresentação dos elementos de

⁵² MALSCH, Marijke e FRECKELTON, Ian. *Op. cit.* p. 118

⁵³ TWINING, William. **Rethinking evidence**: exploratory essays. Evanston, Northwest University Press, 1994.

prova. Não é necessário uma educação avançada para se entender histórias, apesar de maiores níveis educacionais serem necessários para compreender e pesar elementos de prova complexos. O uso de histórias é baseado em padrões de reconhecimento, no uso de generalizações e no uso da intuição. Durante a construção de histórias, é feito uso contínuo de generalizações do cotidiano e do senso comum, mas também de palpites, rumores e fatos não testados. As fronteiras entre rumores, fatos ou opiniões não testados, e preconceitos, são facilmente transpostas, sem que o narrador ou o julgador esteja ciente disso em todas as situações.

Em geral, o modelo holista que faz uso de histórias pode ser caracterizado predominantemente como “de cima para baixo”, porque se inicia com uma história mantendo uma conclusão (provisória) de acordo com os fatos e continua-se o raciocínio probatório com aquela história como ponto de partida. Durante o processo, são buscando elementos de prova que possam suportar a história inicial.

Dentre os diversos modelos que buscam explicar a influências das histórias nos tribunais - além de propor como devem os juristas se portar quanto a isso – os que são citados mais comumente pela literatura especializadas são a pioneira teoria do *story model* e a teoria das *anchored narratives*. Ambas as teorias serão apresentadas a seguir.

2.2.1 *Story model*

A teoria do *story model* foi desenvolvida por Pennington e Hastie a partir da década de 1980 descreve o processamento cognitivo dos jurados durante o julgamento que resulta na tentativa de uma decisão pré-deliberada. A essência desta teoria é que a construção de um modelo causal de eventos – uma história – é central para o entendimento das provas e suas implicações. Outros processos, tais como entender as instruções do juiz e combinar a história com uma opção de decisão são necessários para transformar o entendimento dos jurados sobre as provas em uma decisão.

A teoria é baseada na hipótese de que julgadores impõem uma organização em forma de narrativa sobre as informações obtidas no julgamento, onde relações causais e intencionais entre os eventos são centrais. Significado é atribuído aos elementos de prova através da incorporação desses elementos em uma ou mais histórias plausíveis descrevendo “o que aconteceu” durante os eventos narrados no tribunal. A organização em forma de história facilita a compreensão e possibilita julgadores a alcançar um veredicto pré-deliberado.

De maneira geral, a teoria do *story model* contém os seguintes componentes: (i) valoração probatória através da construção de histórias; (ii) representação das decisões alternativas aprendendo os atributos das diferentes categorias de veredicto e (iii) chegar a decisão através da classificação da história de acordo com a categoria de veredicto mais adequada. Também é central para a teoria a afirmativa de que as histórias que os julgadores constroem determina a decisão final.

A teoria também propõe quatro princípios de certeza - cobertura, autenticidade, contextualização e coerência - que determinam qual história será aceita, qual decisão será escolhida, e a confiança ou nível de certeza com que uma determinada decisão será tomada.

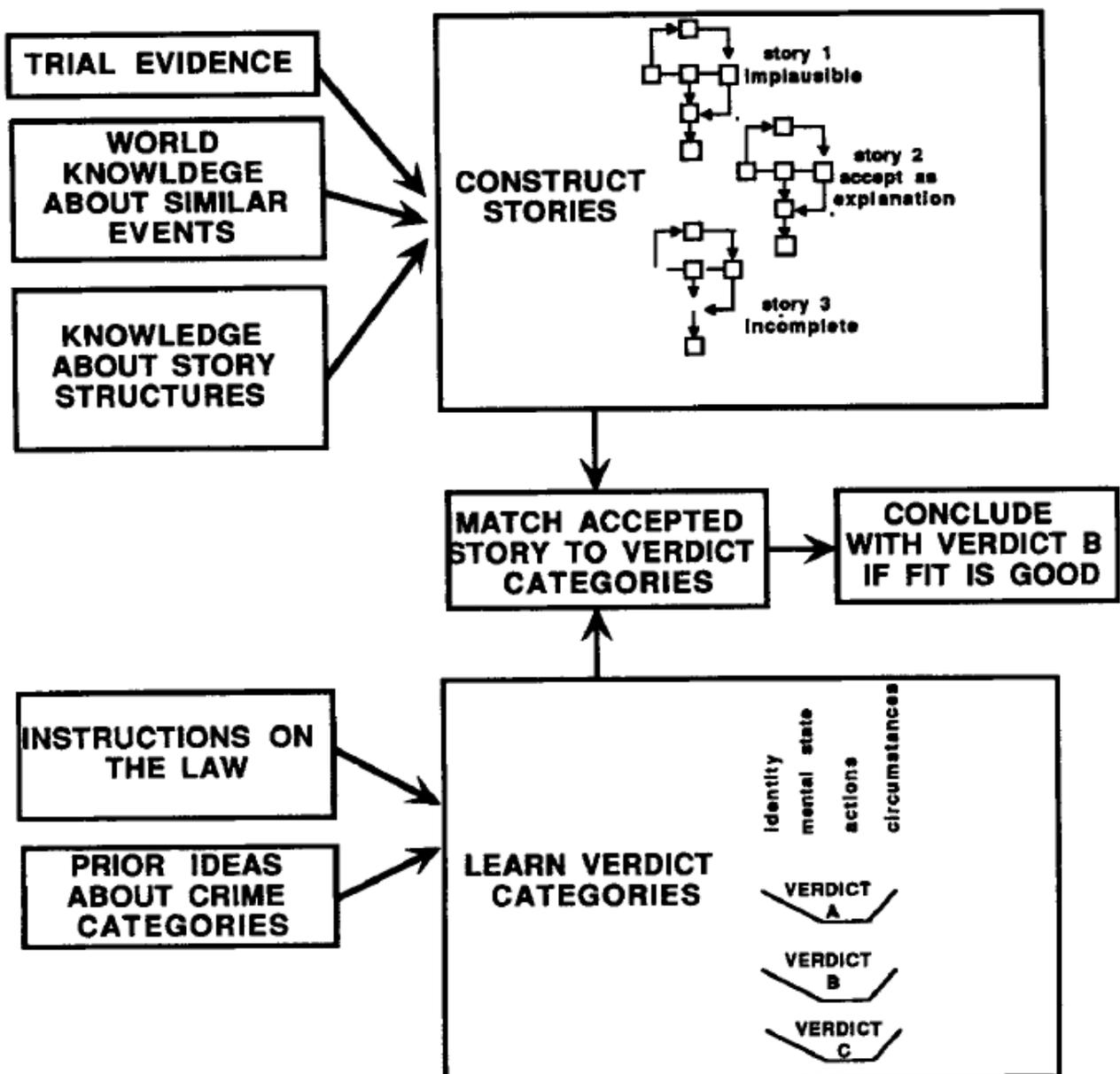


Figura 1. Diagrama criado por Pennington e Hastie para representar os processos mentais realizados durante a tomada de decisão segundo a teoria do *story model*.

2.2.1 *Anchored narratives*

Os autores da teoria das *anchored narratives*⁵⁴ – Wagenaar, van Koppen e Crombag – admitem não serem pioneiros ao propor uma teoria sobre a função das narrativas nos tribunais. De início, citam o trabalho embrionário de Bennet e Feldman⁵⁵, que já afirmavam que o “julgamento criminal é organizado ao redor das narrativas”. Além destes, também citam o trabalho de Pennington e Hastie – apresentado acima – como predecessor de seus estudos.

No entanto, eles afirmam que a originalidade de sua teoria está em não admitir que somente a “qualidade” de uma história seja suficiente para determinar a plausibilidade da ocorrência dos eventos alegados pelas partes. Para eles, após a avaliação dos critérios de coerência, cobertura, originalidade e contextualização – os principais para a determinação de uma boa história – é preciso que essa boa história seja “ancorada” nas evidências de forma a garantir sua veracidade.

Eles afirmam que em si mesmo, nenhum elemento probatório consegue provar nada. Qualquer elemento só consegue provar algo se estiver dispostos a acreditar em alguma regra geral que acreditamos ser verdadeira na maioria das vezes. Tais regras gerais, no entanto, raramente são verdadeiras sem exceções. Mas essa possibilidade de exceções às regras significa que no caso concreto deve-se demonstrar que uma possível exceção não se aplica.

De forma semelhante, cada elemento de prova precisa de mais suporte, até que possa ser seguramente ancorado em uma regra geral que não possa ser contestada porque todas as partes a reconhecem como verdadeira no caso concreto. Essas regras gerais são geralmente senso-comum sobre fatos da vida. Frequentemente aceitamos um argumento porque involuntariamente acreditamos na regra subjacente onde ele se ancora, mesmo que uma formulação explícita da regra nos faria contestar ou até mesmo rejeitá-la.

Histórias são ancoradas em regras do senso-comum através de cadeias de sub-histórias interligadas. Cada elemento de prova que é oferecida para provar a veracidade da história é em si mesmo uma sub-história com necessidade de uma âncora, que tem a forma de uma regra do senso-comum geralmente aceita.

⁵⁴ WAGENAAR, Willem A., VAN KOPPEN, Peter J. & CROMBAG, Hans F. M. **Anchored narratives: the psychology of criminal evidence.** Nova York: St. Martin's Press, 1993.

⁵⁵ BENNETT, W. L. e FELDMAN, M. S. **Reconstructing reality in the courtroom.** Londres: Tavistock, 1981.

Quando uma regra do senso-comum é apresentada como uma âncora para um elemento de prova, alguém pode argumentar que a âncora não é segura o bastante e que o elemento precisa de um ancoramento mais seguro através de uma sondagem mais profundo pela hierarquia de sub-histórias. Nenhuma regra do senso-comum está absolutamente segura. Ainda assim, a sondagem por uma ancoragem mais profunda se interrompe quando se encontra uma regra de senso-comum que não pode ser contestada. Aparentemente, nem todos os elementos de prova precisam estar representados nessa estrutura. A estrutura serve para verificação somente, elementos falsos podem ser omitidos sem maiores explicações. Assim, a narrativa principal é sustentada por elementos de provas, mas não por todo o conjunto probatório. As âncoras podem ser destruídas alegando-se que a regra de senso-comum usada como âncora não é segura, ou ainda, alegando-se que o caso específico claramente constitui uma exceção a essa regra. Quanto mais profundo nós sondamos pela hierarquia de sub-histórias, mais específica será a regra servindo como âncora. Porém, a mera especificidade da regra não garante o seu acerto, somente facilita a decisão sobre o seu acerto⁵⁶.

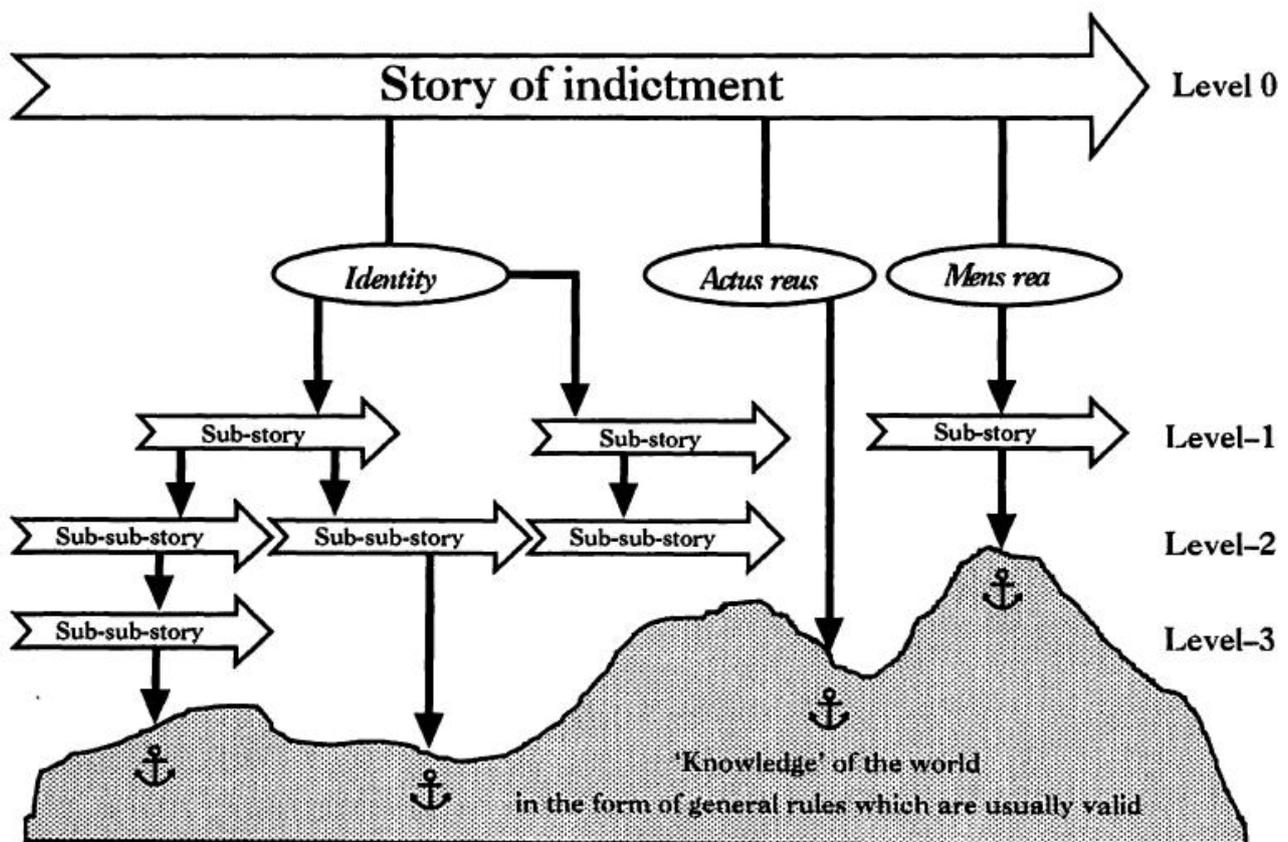


Figura 2. Esquema representando as diversas "âncoras" necessárias para dar segurança a um elemento de prova segundo a teoria das anchored narratives

⁵⁶ BEX, Floris., PRAKKEN, Henry e VERHEIJ, BART. **Anchored narratives in reasoning about evidence.** Proceedings of the 2006 conference on Legal Knowledge and Information Systems: JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference, p.11-20, 2006.

2.3 Limitações do modelo holista de valoração da prova

Recapitulando a posição correspondentista sobre a utilização do critério da coerência para determinação da veracidade dos enunciados fáticos, é preciso o posicionamento de Taruffo⁵⁷:

“Esse enfoque não nega que a coerência narrativa dos enunciados e dos relatos possa ser em alguma medida relevante no contexto judicial: em verdade, a coerência pode funcionar em alguns casos como um critério para eleger uma dentre diferentes reconstruções do fato baseadas na mesma prova. O que tal enfoque nega é que a coerência narrativa dos relatos judiciais tenha que ser considerada a única dimensão relevante em que se possa conceber a verdade judicial.”

Reconhecendo então a limitação do modelo holista, Taruffo⁵⁸ propõe a solução:

“(…) assim como eventos complexos podem estar intimamente ligados e ser analisados como compostos por grupos de circunstâncias específicas, as narrativas complexas são compostas por séries de enunciados específicos. Do ponto de vista da prova, cada enunciado específico deve ser provado.”

Maria Clara Calheiros⁵⁹, ao explicar a aproximação holista da prova, a conceitua criticamente, demarcando sua posição que vai no mesmo sentido de Taruffo. Para ela, as principais características da dimensão narrativa da prova apontadas pela bibliografia sobre o tema são:

“(…) o facto de não se construírem raciocínios independentes a partir dos distintos elementos da prova produzida e, simultaneamente, se desvalorizarem, tendencialmente, as contradições daí emergentes. A história ou narrativa é, em vez disso, utilizada, ela própria como um ponto de partida para todo o raciocínio probatório, procurando o decisor ir encontrando, na prova produzida no julgamento, o apoio necessário para confirmar aquela.”

O uso de histórias pode ser perigoso. Histórias podem fazer argumentos serem mais persuasivos mesmo que a pessoa utilizando-se dele esteja completamente equivocada. Generalização podem permanecer implícitas no sentido de que a pessoa apresentando um argumento use-as sem explicitamente prestar atenção nelas ou indicar os limites das generalizações. Nessas situações, essas generalizações podem desempenhar um papel decisivo sem que tenham sido testadas para isso.

⁵⁷ TARUFFO, Michelle. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 28

⁵⁸ TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**: O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 62

⁵⁹ CALHEIROS, Maria Clara. **Para uma teoria da prova**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editorial, 2015. p. 181

Dessa forma, por mais que as narrativas desempenhem papel fundamental e indissociáveis dos processos mentais de tomada de decisão, isso não significa que devemos adotá-las indiscriminadamente no momento de valorar o material probatório, muito menos utilizar as relações de causalidade e coerência como fatores únicos para se aceitar a veracidade de uma história.

O modelo de Pennington e Hastie é meramente descritivo, por isso não merece críticas aqui, por não se tratar da forma como os autores creem que a valoração deva ser feita, mas simplesmente como eles descobriram que os julgadores tomam suas decisões a partir das pesquisas empíricas.

Por outro lado, o modelo de Wagenaar, Van Koppen e Crombag propõe que a solução para o controle do uso de narrativas na valoração probatório seja a “ancoragem” dessas histórias nos elementos de prova. Porém, eles ainda enxergam cada prova como uma sub-história, e todo esse processo de “ancoragem” leva a uma cadeia hierárquica de sub-histórias que vão se complexando e especificando até chegar na base dessa cadeia onde os elementos de prova utilizam como âncora alguma regra geral do senso comum que não possa ser contestada no caso concreto. Dessa forma, podemos perceber que na base dos processos de tomada de decisão não há diferenças entre as duas teorias. A primeira assume que o conhecimento prévio de mundo está na base da construção das histórias, enquanto a segunda defende que as narrativas construídas e os elementos de prova encontrados devem estar ancorados em regras gerais do senso-comum. Sendo assim, a teoria das *anchored narratives* não inova realmente em relação ao que já é naturalmente feito pelos julgadores. Pode ter sucesso em melhorar a valoração da prova baseada em narrativas, mas ainda peca pela ausência de preocupação com a prova empírica dos dados alegados.

Sendo assim, passaremos então ao próximo capítulo, onde abordaremos o modelo atomista de prova, que se propõe uma alternativa à utilização de histórias nos processos de tomada de decisão.

CAPÍTULO 3 – A DIMENSÃO ARGUMENTATIVA DA PROVA

No modelo atomista de prova, os argumentos são construídos a partir de uma série de etapas de raciocínio, começando com um elemento de prova e raciocinando para alguma conclusão. Cada uma dessas etapas de raciocínio tem uma generalização subjacente na forma “*e* é prova de *p*” que justifica a passagem das premissas para a conclusão. Destarte, raciocinar dessa forma pode ser caracterizado como raciocinar com provas. Raciocinar com argumentos é dialético, no sentido em que não só os argumentos a favor de certo fato a ser provado são considerados, mas também argumentos contra a prova do fato e outros tipos de contra-argumentos. Essa forma de raciocinar também vem sendo chamada *atomista* porque os vários elementos de um caso (i.e. hipóteses, informações) são considerados individualmente e o caso não é considerado “como um todo”⁶⁰.

A ideia básica de argumentos é algo que remonta aos filósofos da Grécia Antiga. O *silogismo* de Aristóteles é na essência um argumento, onde premissas – uma das quais é uma declaração condicional – levam a uma conclusão; sua dialética pode ser vista como um processo básico de argumento e contra-argumento. Há múltiplas interpretações do termo “argumento”: um argumento pode ser, por exemplo, uma razão única para uma conclusão ou uma cadeia de razões que leva a uma conclusão, mas também a combinação de razões pró e contra certa conclusão ou um diálogo entre partes tentando convencer uma a outra.

No âmbito processual, o pioneirismo no ramo do estudo da argumentação pela prova pertence ao jurista John Henry Wigmore, que até hoje é considerado o estudioso da prova mais conhecido e prestigiado do mundo. Ele escreveu a influente obra *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law* (1904) e legou-nos um método de análise conhecido pela expressão *Wigmore chart*. A sua obra teve continuadores no movimento conhecido como *New Evidence Scholarship*, de que a figura mais emblemática será o britânico William Twining. A ideia subjacente a este movimento é o sublinhar da importância da prova (tantas vezes negligenciada na formação dos juristas) e da necessidade de um estudo interdisciplinar desta, focado no modo como podem ser construídas inferências a partir dela, deixando de lado a clássica análise centrada nas questões da sua regulação jurídica.

⁶⁰ MALSCH, Marijke e FRECKELTON, Ian. **The evaluation of evidence**: differences between legal systems. In: Hendrik Kaptein, Henry Prakken e Bart Verheij (eds) *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*. Farnham: Ashgate Publishing Limited, 2009.

O que Wigmore se esforçou para demonstrar foi que a prova – e esta é a lição de podemos dele aprender – antes de ser juridicamente regulada, é governada pelas regras da própria racionalidade, da lógica, dado o seu caráter indutivo e inferencial.

As preocupações pedagógicas do autor norte-americano levaram-no a conceber um método – o *Wigmore Chart*, acima referido – com vista a permitir recolher a totalidade de inferências probatórias realizadas a partir de um conjunto de provas, assim identificando objetivamente as razões pelas quais certo fato deveria ter-se, ou não, por provado.

3.1 Decidindo com argumentos

A ideia básica de traçar inferências de premissas a uma conclusão já estava presente no trabalho de Wigmore. Em *The Principles of Judicial Proof*, ele desenvolve uma teoria racional que poderia ser usada para estruturar e analisar inferências baseadas em uma grande quantidade de evidências. Essas inferências complexas e encadeadas podem ser representadas como um diagrama de árvore, onde as folhas da árvore são as peças de evidência e a raiz é o fato a ser provado. Wigmore via o raciocínio sobre as evidências e provas como um tipo de raciocínio do senso comum utilizando diagramas de argumentação. Neste ponto, daremos especial atenção ao método criado por ele para chegar a decisões a partir de argumentos construídos em cima de cada um dos elementos de prova individualmente: o diagrama de Wigmore.

3.1.1 Diagrama de Wigmore⁶¹

O método de análise proposto por Wigmore clarifica a relação existente entre os elementos de prova presentes em um caso e as proposições necessárias para a argumentação que faça uso desses elementos. Esse método pode resultar em um diagrama que organiza todos os argumentos utilizados em uma disputa com a ajuda do uso de símbolos e sinais para indicar os tipos de relações entre os argumentos, proposições, generalizações e asserções. Ao realizar esse exercício, cria-se consciência sobre os passos (subconscientes) dados quando se prepara um argumento e demonstra em quantas generalizações esse argumento é baseado. Também demonstra quão frágil algumas inferências podem ser e também o quanto algumas das generalizações necessárias para o argumento funcionar são exageradas. Esse método frequentemente representa os argumentos como elos em

⁶¹ WIGMORE, J.H. **The science of proof:** as given by logic, psychology and general experience and illustrated in judicial trials. Boston: Little, Brown & Company, 1937

uma corrente – se um elo é demonstrado como frágil ou equivocado, a corrente levando a um resultado lógico de culpa será quebrada.

Há alguns limites para a utilidade do método do Wigmore. Apesar de ser útil para organizar uma grande quantidade de elementos de prova, esse método não responde a todos os problemas. Por exemplo, ele não lida com diversas questões de Direito, como critérios de admissibilidade ou como um elemento de prova deve ser apresentado no tribunal. O método, entretanto, é muito importante para esclarecer todos os passos “ocultos” que as partes dão quando estão argumentando.

Perguntas típicas utilizadas durante uma abordagem atomista dos elementos de prova segundo o método de Wigmore são:

- a) Seria a testemunha capaz de enxergar o que ela alega ter visto?
- b) Teria ela algum motivo para mentir?
- c) Ela acredita no que disse?
- d) Como a memória da testemunha funciona de maneira geral?
- e) As testemunhas tiveram algum contato após a intimação, mas antes de serem ouvidas?
- f) Como a investigação do perito foi conduzida?
- g) O perito dispunha de informação suficiente?
- h) O perito fundamentou sua opinião?
- i) Qual o campo de domínio do perito?
- j) É um campo reconhecido?
- k) Quão sólido e incontestável é esse campo?
- l) Os peritos tiveram algum contato antes de dar suas opiniões? Eles debateram ou colaboraram uns com os outros?

Essas questões demonstram como, idealmente, cada elemento de prova é primeiramente avaliado individualmente, somente tendo suas relações com outros elementos estabelecida posteriormente. Deve-se formar uma imagem completa do caso somente após todos os elementos de prova terem sido analisadas e pesado individualmente.

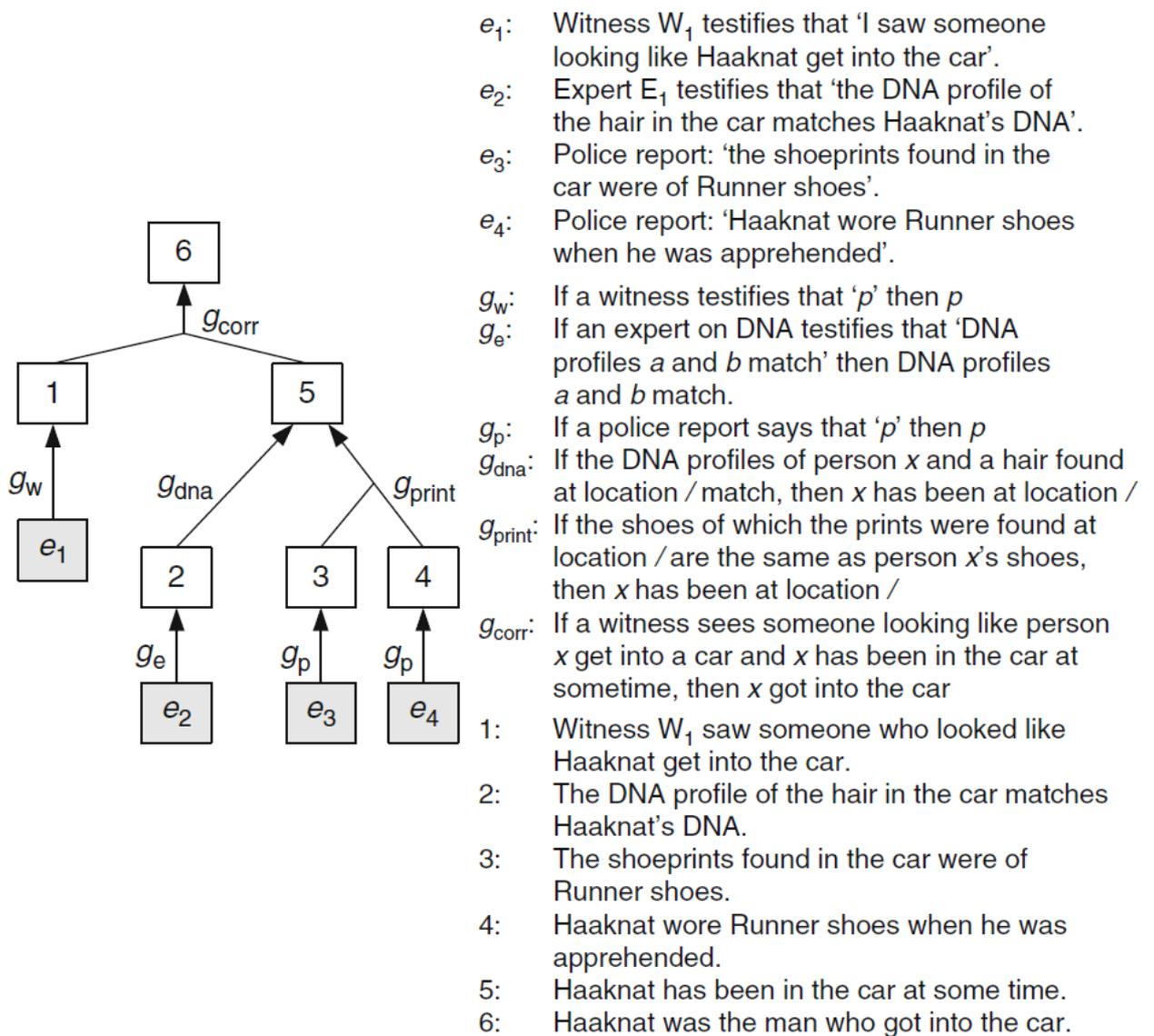


Figura 3. Um diagrama de argumento complexo para se chegar à conclusão de que o acusado entrou no carro

Entretanto, há quem afirme que o modelo atomista parte de um certo ponto de vista. O ponto de vista reflete, dentre outras coisas, o momento no tempo no tempo em que a análise é feita. Um historiador pode olhar para os elementos de prova após o julgamento: isso significa que ele poderá levar em consideração fatos importantes descobertos após a decisão, uma vantagem que as partes não possuem⁶². Além disso, uma teoria do caso pode ser escolhida para possibilitar o entendimento de como argumentos estão estruturados e como as escolhas podem ser feitas. Como isso significaria que a pessoa que fará a análise já formou uma presunção sobre como o curso de eventos levando ao caso se desenvolveu, construir uma teoria parece contrário às características típicas de uma análise atomista. A visão de que essa análise se inicia a partir de certo ponto de vista ou teoria, que sugere

⁶² TWINING, William. **Rethinking evidence**: exploratory essays. Evanston, Northwest University Press, 1994.

que o resultado da análise poderá ser diferente dependendo de qual ponto de vista ou teoria é escolhida, sugere que a análise não parece visar alcançar uma verdade absoluta, mas uma verdade relativa.

Porém, não é estritamente necessário selecionar primeiro uma teoria do caso antes de analisá-lo pelo método de Wigmore. Isso não exclui o fato de que esse tipo de análise pode ser muito bem empregada iniciando-se de uma determinada teoria sobre o caso. De fato, ambas as partes sempre adotam uma determinada teoria do caso quando aplicando uma análise atomista, a saber, uma teoria que melhor reflète os interesses de cada parte. Na maioria dos casos, existem incertezas, especialmente em relação ao uso de generalizações, motivações pessoais dos envolvidos, memórias das testemunhas e opiniões dos peritos. Assim, diferentes visões de um caso são possíveis, deixando espaço para diferentes teorias para se iniciar a análise de um caso, mesmo quando modelos atomistas são rigorosamente aplicados.

CONCLUSÃO

O presente trabalho visou responder às seguintes questões:

- a) Qual papel as histórias desempenham nos processos mentais dos julgadores nos momentos de valoração probatória e tomadas de decisão?
- b) O uso de histórias na atividade probatória é benéfico/desejável ou prejudicial para se chegar a um resultado mais correto e justo?
- c) É possível adotar um modelo de valoração de provas que não faça uso de histórias?
- d) Quais as vantagens que outros modelos oferecem em relação a abordagem holista?

Para responder a essas perguntas, apresentamos primeiro o que entendemos como um resultado correto e justo em um processo penal. A partir da análise dos diversos modelos de verdade defendidos atualmente, selecionamos aquele que seja o único útil ao Estado Democrático de Direito, qual seja, um modelo correspondentista comprometido em buscar a verdade a partir dos fatos existentes no mundo, por mais que uma reconstrução absoluta do passado seja impossível.

No entanto, não deve-se transformar a busca pelo verdade no objeto único e principal do processo penal. Ela deve servir, antes de tudo, como um indicador epistêmico. A verdade é desejável tanto pela acusação quanto pelo réu, porque por mais que ele possa realmente ter cometido um crime, também não deseja ser punido por algo além do que fez. Dessa forma, um compromisso ético com a verdade se faz necessários em um EDD, porém, compromisso maior ainda existe com as garantias fundamentais do indivíduo. Isso significa que a busca pela verdade deve ser limitada. Primeiramente, os critérios de relevância e admissibilidade da prova penal cumprem essa função. Não interessa ao juízo elementos de prova que tratem de enunciados irrelevantes para a aplicação da lei penal: se o tipo penal apontado na denuncia é “matar alguém”, só serão relevantes os elementos que servirem para demonstrar que X agiu com dolo ou culpa e causou a morte de alguém (materialidade, tipicidade, autoria, nexo causal, culpabilidade, etc...). Além disso, o critério de admissibilidade garante que só sejam admitidas as provas produzidas conforme a lei, ou seja, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, salvo exceções.

Passando a seguir a apresentação do modelo holista, chegamos à conclusão de que a organização do conhecimento humano se dá fortemente na forma de narrativas. Não é possível responder aqui a questão sobre o quanto desse conhecimento se organiza de outra forma (há autores que defendem que a organização é feita totalmente na forma de narrativas), mas a literatura parece unânime na afirmação de que as narrativas desempenham um importante papel. Tendo isso em mente, apresentamos dois modelos que levam em consideração o uso de histórias por julgadores no momento de tomada de decisões: a teoria do *story model* e a teoria das *anchored narratives*.

A primeira delas é meramente descritiva e se apresenta como uma tentativa de esquematizar os processos mentais que os julgadores exercem no momento chegar a veredictos. Para eles, os julgadores já iniciam o julgamento com uma história pré-concebida sobre o que teria ocorrido, e valoram os elementos de prova de acordo com essa história, desconsiderando informações que considerem contraditórias ou problemáticas.

A segunda teoria tem um caráter mais propositivo, na medida em que tenta criar um esquema de valoração probatória segundo o qual poderia se ter mais certeza sobre as histórias contadas nos tribunais. Segundo os autores, deve-se ancorar as histórias nos elementos de prova (subhistórias), que por sua vez seriam ancorados em regras gerais do senso-comum. Essas ancoragens ocorreriam hierarquicamente, com subhistórias e regras gerais cada vez mais específicas e complexas, até se chegar a alguma regra que não pudesse ser contestada por nenhuma das partes no caso concreto. Esse modelo aproxima-se mais de uma concepção coerentista e consensual de verdade do que do modelo correspondentista adotado por nós no início do trabalho, e por isso não deve ser considerado como ideal para um Estado Democrático de Direito.

A partir dessas teorias, podemos perceber as limitações dos modelos holistas. A principal delas é a falta de preocupação com uma base empírica para os elementos de prova introduzidos no processo. Isso pode levar a resultados injustos, já que não há uma correspondência entre a qualidade das histórias apresentadas pelas partes (que podem ser excelentes e apresentar forte coerência interna) e os fatos ocorridos no passado.

Por último, apresentou-se brevemente o modelo atomista de prova, que pode ser contrastado ao modelo holista devido a forma com que propõe a valoração probatória. Uma análise atomista deve valorar cada elemento de prova individualmente antes de tentar relacioná-los. Um dos modelos mais utilizados para esse tipo de argumentação é o diagrama de Wigmore, que utiliza uma cadeia de inferências para testar a plausibilidade de que cada elemento possa provar o fato alegado.

Assim, chegamos a conclusão de que as histórias desempenham papel incontornável durante os processos mentais de valoração probatória, porém, isso não significa que devemos aceitá-las como critério de tomada de decisão. O desenvolvimento de métodos holistas cada vez mais eficientes é necessário, bem como a conscientização de juristas (sejam eles advogados, promotores ou juízes) sobre a influência das histórias nos julgamentos. Deve-se rever o princípio do livre convencimento motivado e a forma como ele impossibilita um controle da influência das histórias na decisão e não permite uma verdadeira valoração atomista do material probatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR E SILVA, Joana. **A prática judiciária entre direito e literatura**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- AZEVEDO, Yuri & VASCONCELOS, Caroline Regina Oliveira. **Ensaio sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BAL, Mieke. **Narratology: Introduction to the Theory of Narrative**. 3rd ed. Toronto: University of Toronto Press, 2009.
- BENNETT, W. L. e FELDMAN, M. S. **Reconstructing reality in the courtroom**. Londres: Tavistock, 1981.
- BEX, Floris J. **Arguments, stories and criminal evidence: A formal hybrid theory**. Dundee: Springer, 2011.
- BEX, Floris., PRAKKEN, Henry e VERHEIJ, BART. **Anchored narratives in reasoning about evidence**. Proceedings of the 2006 conference on Legal Knowledge and Information Systems: JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference, p.11-20, 2006.
- BREWER, W. F. **To assert that essentially all human knowledge and memory is represented in terms of stories is certainly wrong**. In: Robert S. Wyer (ed.) *Advances in social cognition* (Vol. 8). Hillsdale, NJ. Lawrence Erlbaum Associates. 108-119, 1995.
- CALHEIROS, Maria Clara. **A Base Argumentativa na Decisão Judicial**. *Julgar*, n.6, 2008.
- _____. **Modelos holísticos e atomísticos de valoração da prova: o papel das histórias em Tribunal**. In: *Seminário sobre Modelos de Valoração da Prova (Modelos holísticos e atomísticos da prova*. 04/11/2015, Faculdade Nacional de Direito (UFRJ), Rio de Janeiro. p.1-11.
- _____. **Para uma teoria da prova**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editorial, 2015.
- CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.
- FERNANDES, Fernando Augusto. **Poder e saber: campo jurídico e ideologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Notas sobre a terminologia da prova** (reflexos no processo penal brasileiro). YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005.

GONZÁLEZ, José Calvo. **El discurso de los hechos**. Editorial Tecnos: Madrid, 1993.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. **Valoração da prova e sentença penal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica**. Editora Campus/Elsevier, 2008.

MALSCH, Marijke e FRECKELTON, Ian. **The evaluation of evidence: differences between legal systems**. In: Hendrik Kaptein, Henry Prakken e Bart Verheij (eds) *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*. Farnham: Ashgate Publishing Limited, 2009.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Rio de Janeiro, 2009

MILLER, P. J. **Narrative practices: Their role in socialization and self-construction**. In: U. Neisser e R. Fivush (eds.) *The remembering self: Construction and accuracy in the self-narrative*. Emory symposia in cognition (Vol. 6). New York: Cambridge University Press. 158-179, 1994.

NELSON, K. **The psychological and social origins of autobiographical memory**. *Psychological Science*, 4, 7-14.

PENNINGTON, Nancy & HASTIE, Reid. **Explaining the evidence: test of the Story Model for juror decision making**. *Journal of Personality and Social Psychology*. Nº 2. 1992.

_____. **The story model for juror decision making**. *In: Inside the juror: the psychology of juror decision making*. *Journal of Personality and Social Psychology*. Nº 2. 1992.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas no Processo Penal Brasileiro**. In: *Prova Penal: Estado Democrático de Direito*. Empório do Direito/Rei dos Livros, 2015.

- PROPP, Vladimir. **Morfologia do conto**. Lisboa: Vega, 2000.
- RUBIN, D.C. **Stories about stories**. In: Robert S. Wyer (ed.) *Advances in social cognition* (Vol. 8). Hillsdale, NJ. Lawrence Erlbaum Associates. 153-164, 1995.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. São Paulo: Cultrix, 1995.
- SCHANK, Roger C. e ABELSON, Robert P. **Knowledge and Memory: The Real Story**. In: Robert S. Wyer, Jr (ed) *Knowledge and Memory: The Real Story*. Hillsdale, NJ. Lawrence Erlbaum Associates. 1-85, 1995.
- TARANILLA, Raquel. **La justicia narrante: un estudio sobre el discurso de los hechos en el proceso penal**. Navarra: Thomson Reuters, 2012.
- TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. 1ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- _____. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. **Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- TWINING, William. **Rethinking evidence: exploratory essays**. Evanston, Northwest University Press, 1994.
- WAGENAAR, Willem A., VAN KOPPEN, Peter J. & CROMBAG, Hans F. M. **Anchored narratives: the psychology of criminal evidence**. Nova York: St. Martin's Press, 1993.
- WIGMORE, J.H. **The science of proof: as given by logic, psychology and general experience and illustrated in judicial trials**. Boston: Little, Brown & Company, 1937.
- WYER, Robert S., Jr. **Social comprehension and judgment: the role of situation models, narratives, and implicit theories**. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2005.