

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIEL KUHNERT BERMUDES

**DA VEDAÇÃO AO ENUNCIADO Nº8 DAS TURMAS RECUR-
SAIS DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO EM
DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS ENVOLVENDO O MÍNIMO
EXISTENCIAL**

VITÓRIA

2021

GABRIEL KUHNERT BERMUDES

**DA VEDAÇÃO AO ENUNCIADO Nº8 DAS TURMAS RECUR-
SAIS DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO EM
DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS ENVOLVENDO O MÍNIMO
EXISTENCIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Me. Eduardo Perini Rezende da
Fonseca.

VITÓRIA

2021

GABRIEL KUHNERT BERMUDES

**DA VEDAÇÃO AO ENUNCIADO Nº8 DAS TURMAS RECUR-
SAIS DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO EM
DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS ENVOLVENDO O MÍNIMO
EXISTENCIAL**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória-
FDV, como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de
bacharelem Direito.

Aprovada em _____ de junho de 2021.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Me. Eduardo Perini Rezende da Fon-
seca.

Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Professor(a)

Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

O presente estudo volta-se à abordagem da atividade de interpretação de fatos realizada no exercício da jurisdição na seara das demandas previdenciárias voltadas aos benefícios por incapacidade laborativa previstos na Lei 8.213/91, cujos requisitos fáticos para concessão recaem sobre a existência de incapacidade laborativa, consistente na perda ou redução da capacidade para o exercício da atividade profissional habitual do indivíduo. O desenvolvimento do tema perpassará a exposição das matrizes da tradição jurídica do *civil law* adotada no Brasil, a fim de possibilitar a compreensão de suas consequências na consolidação do atual estado da arte processualística brasileira, no qual ainda se adota a verdade real como a finalidade a ser alcançada através do exercício da jurisdição. Verificar-se-á o modo de operação do juízo fático, compreendendo suas etapas. Feitas tais exposições, passará-se à problemática da adoção da verdade real como escopo do juízo fático, propondo-se, em sua substituição, a adoção de uma noção de verdade hermenêutica fundamentada na Teoria dos *Standards* Probatórios desenvolvida nos Estados Unidos da América. Na sequência, será inserida a Teoria dos *Standards* Probatórios na compreensão do que tem-se cognominado Teoria da Prova Constitucionalmente Fundada, importando do instituto norte-americano contribuições para o exercício da jurisdição no contexto do Constitucionalismo Democrático. Estabelecidas tais premissas, passará-se à exposição do Enunciado nº 8 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Espírito Santo, paradigma jurisprudencial que será objeto de análise crítica voltada à compreensão da problemática do dogma do alcance pela verdade real através do processo com recurso aos saberes científicos importados na Jurisdição através do laudo pericial, identificando-se a inconstitucionalidade de decisões estabelecidas nestes quadros.

Palavras-chaves: Verdade Real. Verdade Hermenêutica. Teoria dos *Standards* Probatórios. Teoria da Prova Constitucionalmente Fundada. Enunciado nº 8 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Espírito Santo

Introdução

O projeto de Estado Brasileiro delineado na Constituição Federal de 1988, com efeito, definiu como norte a ser alcançado pela atuação dos agentes públicos a promoção da Dignidade Humana (arts. 1º, III, 3º, I, III e IV e 5º, caput da CF/88), servindo tal instituto de vetor axiológico condicionante da estrutura de sentido do Ordenamento Jurídico.

Na busca pela concretização de tais finalidades, os benefícios previdenciários por incapacidade laborativa denominados auxílio-doença e aposentadoria por invalidez (arts. 42, 59 e 86 da Lei 8.213/91) voltam-se a assegurar o núcleo essencial da Dignidade Humana através da concessão de prestações pecuniárias mensais a serem dispensadas em favor dos indivíduos que sofreram perda ou redução da capacidade laborativa, compreendida esta como inaptidão para o exercício da atividade profissional habitual do indivíduo.

As matrizes da tradição jurídica do *civil law* instaurada no Brasil estão assentadas no Racionalismo Moderno e no Positivismo Jurídico, o que influenciou profundamente o modo de compreensão da prova no processo, bem como consolidou a “verdade real” como norte a ser alcançado pelo processo.

Ocorre que, ainda que sob um primeiro olhar não seja possível identificar problemas práticos associados ao dogma do alcance da “verdade real” pelo processo, tal fator transfigura-se, na atuação do magistrado, como condição de possibilidade para o exercício da jurisdição em um contexto considerado justo, alinhado com o Constitucionalismo Democrático definido na Carta Maior.

A fim de permitir a devida compreensão da temática, buscará-se demonstrar a estrutura do juízo fático, indicando-se como a atividade interpretativa de fatos em juízo não possui o condão de desvelar a verdade real.

Na sequência, irá ser proposto um cenário considerado ideal sob o prisma do Constitucionalismo Democrático dentro do qual o juízo fático deve ser compreendido, buscando-se, através da substituição da “verdade real” por uma “verdade hermenêu-

tica”, capaz de permitir o controle da interpretação dos fatos levada a cabo pelo magistrado sob um plano intersubjetivo.

Neste quadro, buscará-se desenvolver a categoria de convencimento considerável adequada para permitir a afirmação de que uma narrativa fática deduzida em juízo alcançou níveis suficientes para ser qualificada como verdadeira, correspondendo tal *standard* de convencimento àquele da “prova além de qualquer dúvida razoável”.

Por fim, será realizada uma interligação entre os pontos mencionados até aqui e o Enunciado nº 8 das Turmas Recursais das Seção Judiciária do Espírito Santo, partindo-se para uma análise crítica acerca da tese jurisprudencial e de como ela reflete a tese abordada no presente estudo.

1 A CONSTRUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO E A NECESSIDADE DE SEU CONTROLE NO PLANO INTERSUBJETIVO - A TEORIA DA PROVA CONSTITUCIONALMENTE FUNDADA

1.1 O LEGADO DO POSITIVISMO JURÍDICO NO ESTUDO DO DIREITO PROBATÓRIO VIGENTE NO SISTEMA DE *CIVIL LAW* ADOTADO NO BRASIL

Historicamente, denota-se que a cultura jurídica brasileira, em razão de sua filiação a tradição jurídica romano-gêrmanica vigente em países que adotam o modelo de *civil law*, até a atualidade, não tem, em grau suficiente, buscado compreender o fenômeno da interpretação de fatos em juízo sob o prisma da intersubjetividade.

Auxiliam na explicação de tal realidade os paradigmas do Positivismo Jurídico precursores do sistema jurídico do *civil law*, que, primando pela preservação da segurança jurídica e da contenção da discricionariedade judicial, afirmavam que norma e dispositivo legal seriam praticamente sinônimos, cabendo ao magistrado, em reduzido campo interpretativo, tão somente a tarefa de aplicar a vontade da lei no caso concreto. Luís Roberto Barroso assim sintetiza as bases epistemológicas daquela ciência:

O positivismo comportou algumas variações e, no mundo romano-germânico, teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen. Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico em sua versão normativista: (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma; (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado; (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não possam ser supridas a partir de elementos do próprio sistema; (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão. (BARROSO, 2020, p. 234)

Neste contexto em que a atenção do jurista centrava-se unicamente no direito positivado, foi desenvolvida a noção de que os operadores do direito “não tinham responsabilidades no que era concernente ao plano fático, considerado como marginal e independente de uma abordagem eminentemente jurídica” (KNIJNIK, 2001, p. 7). Disto sucedeu o estabelecimento de uma cisão entre fato e direito, marcada por traços de heterogeneidade e independência:

Heterogeneidade, porque uma (a questão de fato) não se poderia confundir com outra (a questão de direito); e **independência, porque ambas poderiam ser, não apenas isoladas, como, sobretudo, examinadas isoladamente, cada qual com o seu instrumental próprio**. Assim, numa estrutura tipicamente silogística, o Juiz deveria estabelecer a norma aplicável ao caso concreto e, numa operação separada e distinta, o fato controvertido, procedendo, em seguida, à subsunção do fato à norma. **Conseqüência: ao direito probatório, assim, só restava a função, quase que extrajurídica, de introduzir o fato no silogismo judiciário, uma função, por certo, marginal.** (grifo meu) (KNIJNIK, 2001, p. 18).

Partindo-se da noção que nega caráter jurídico à atividade de cognição dos fatos, surge como consequência a ausência de empenho dos juristas na criação de mecanismos processuais eficientes voltados a inserir o mérito do juízo fático em um contexto teórico capaz de permitir seu controle de forma adequada:

Se o direito, no que toca à premissa menor, não tinha maiores responsabilidades – não porque não devesse ter, mas porque isso não interessava a um puro saber jurídico, de índole marcadamente positivista – nenhum estatuto dogmático se poderia oferecer quanto ao mérito da convicção do juiz. (KNIJNIK, 2001, p. 19)

Por outro lado, sem compromisso científico com a apuração de questões morais, de cunho impreciso e conteúdo extrajurídico, desenvolveu-se no contexto do Positivismo Jurídico uma noção de que, em razão da Completude do ordenamento jurídico, conceito segundo o qual o “ordenamento jurídico tem uma norma para regular [todo e] qualquer caso” (BOBBIO, 1999, p. 115), uma vez submetida à interpretação do magistrado um dispositivo legal cuja redação possa conduzir a diversos significados possíveis (polissemia, derivada da “textura aberta” denunciada por Herbert Hart), inexistiria uma única resposta correta a ser dada pelo intérprete, havendo, na reali-

dade, a admissão de diversas respostas juridicamente possíveis ao sentido do texto legal:

Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, **a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que** – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – **têm igual valor**, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. (KELSEN, 2000, p. 390-391) (grifo meu)

Por via reflexa, o aludido entendimento é capaz de conduzir à equivocada noção de que, uma vez postando-se o magistrado diante do dever de interpretação de um objeto passível de assumir diversos significados possíveis - como o é, por excelência, o acervo probatório existente nos autos de um processo, conforme será abordado no tópico 2.2 -, igualmente estaria o órgão decisório autorizado a decidir de múltiplas e variadas formas, devendo respeito, tão somente, ao conteúdo das provas produzidas (de forma a não contrariá-lo, tecendo-se conclusões apenas em torno das provas contidas nos autos) e às normas processuais aplicáveis à espécie.

Tais concepções, ainda que desenvolvidas em um contexto incompatível com os ideais do Pós-Positivismo (Neoconstitucionalismo), notoriamente subsistem na atuação dos magistrados em nossa cultura jurídica, conforme será analisado no decorrer deste estudo.

Deve-se consignar ainda que, se por um lado o Positivismo Jurídico não se ocupava da busca por respostas corretas sob o plano ético, nem do estabelecimento de mecanismos jurídicos tendentes ao controle do raciocínio judicial no tocante ao mérito do juízo fático, com o passar do tempo, integrado o direito probatório no saber jurídico, os conceitos de prova e de verdade assentados no Racionalismo Moderno passaram a influenciar profundamente o modo de compreensão do juízo fático pelos juristas do *civil law*.

Isto pois as raízes do Positivismo Jurídico remetem aos ideais do positivismo filosófico, inaugurado pelo Iluminismo no contexto da Revolução Francesa de 1789. Tal referencial epistemológico indiretamente conduz a ideia de que apenas é passível de receber a qualificação de ramo científico a área de conhecimento que atue com base em verdades absolutas e apure verdades absolutas:

As teses fundamentais do positivismo filosófico, em síntese simplificadora, podem ser assim expressas: (i) a ciência é o único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração; **(ii) o conhecimento científico é objetivo; funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos;** (iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais. (BARROSO, 2020, p. 233) (grifo meu)

O destacado compromisso com o “conhecimento objetivo” das ciências modernas tradicionalmente remete a ideais de verdade estabelecidos pelo paradigma racionalista de René Descartes, autor do século XVII criador de um método para unificação dos ramos do conhecimento e precursor do postulado segundo o qual toda produção científica moderna (incluindo-se aí a ciência do Direito) deveria se basear. Conforme o autor sob comento:

Toda ciência é conhecimento certo e evidente. Rejeitamos todo conhecimento que é meramente provável e consideramos que só se deve acreditar naquelas coisas que são perfeitamente conhecidas e sobre as quais não pode haver dúvidas. (DESCARTES apud CAPRA, 1982, p. 53)

Da noção que nega correção ou “cientificidade” aos juízos baseados em verdades prováveis (verossimilhança) exsurtiu um grave problema para o Direito Probatório.

Isto porque, na tentativa de consolidar o Direito como ramo científico legítimo, construiu-se a noção de que o processo obrigatoriamente possui como finalidade (“ponto de chegada”) o alcance da “verdade real”, compreendida esta como a perfeita correspondência entre a essência de um objeto e a ideia de que fazemos dele. Ocorre que a captura, pelo processo, desta “verdade real” ontológica, presente quando os “fatos” detectados (interpretados) pelo juiz no processo correspondem plenamente à

realidade dos fatos (brutos) conforme se apresentam no plano fenomênico, trata-se de um equívoco (conforme será exposto nos tópicos 2.2 e XXX).

De todo modo, desconsiderando tal importante premissa, passou-se a admitir que a a perfeita apreensão, pelo processo, da verdade real seria possibilitada por meios científicos, “através do emprego de meios técnicos, o mais possível racionalizáveis e objetivos” (KNIJNIK, 2001, p. 12).

Este apego exagerado ao cientificismo do século XVIII, que inadmitia opiniões e juízos de verossimilhança, promoveu uma cisão com o modelo estabelecido até então como ideal para apuração da verdade (ontológico, firmado no paradigma do objetivismo filosófico, que estabelecia uma subordinação do sujeito cognoscente ao objeto, em sua essência) e passou a adotar, na Modernidade, o paradigma da filosofia da consciência, segundo o qual reputa-se verdadeiro o conhecimento produzido pelo intérprete em torno do objeto caso sua análise tenha sido efetivada com o emprego do método racionalmente desenvolvido e tido como seguro pela respectiva área científica - estabelecendo-se assim, em última análise, uma subordinação do significado do objeto ao que o sujeito cognoscente descreva acerca dele (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 395).

Sintetizando a substituição ocorrida em torno do modo de captação da verdade estabelecido com base no conceito clássico de verdade (ontológico) por aquele estabelecido pelo conceito moderno (subjetivista), tem-se que:

O objetivismo filosófico é a ideia de que o objeto tenha uma essência em si mesmo, sendo o sujeito submetido a tal essência e, dentro da polaridade sujeito-objeto, o sentido existiria somente no objeto. Sob tal perspectiva, um objeto somente seria como quê (e não enquanto como) em decorrência de sua própria essência. A verdade real consistiria, pois, na descoberta de tal essência pelo sujeito. Diferente é o subjetivismo. Com o advento da modernidade, a questão a respeito do fundamento transporta-se para o sujeito. René Descartes inaugura a modernidade e inverte a polaridade sujeito-objeto, razão pela qual o sentido passa a estar no sujeito, e não mais no objeto. Assim, um objeto passará a ser o quê determinado pela consciência do sujeito-cognoscente, uma vez que o homem vai procurar unicamente em si mesmo uma base segura e um ponto de partida para o conhecimento filosófico. Entra em cena a questão do méto-

do, como caminho seguro para obtenção da verdade. A análise, a observação e o cálculo, ativados por qualquer indivíduo em direção a algum objeto, conferem a este o estatuto de subjectum, sujeito, fundamento do seu saber resultante do seu esforço de entendimento. (grifo meu) (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 395) (grifos meus)

Ocorre que a adoção destas bases epistemológicas na busca pela compreensão do fenômeno probatório no campo do Direito promoveu o sepultamento das contribuições de tradições jurídicas anteriores ao Modernismo, na medida em que rompeu-se com a ideia até então sedimentada em determinadas culturas de que, em função da falibilidade do juízo fático, a busca pela verdade dos fatos deveria ser regrada por mecanismos voltados à auto-contenção do magistrado:

[...] o conceito clássico de prova, dominante entre os séculos XII a XV, **partindo das limitações próprias do homem na apreensão do fato, da falibilidade do próprio conhecimento humano, da sempre presente hipótese do erro e, com isso, da injustiça,** procurava, pois, fornecer as bases para que o erro, o equívoco, fossem evitados; já o conceito moderno, **numa visão positivista e cientificista, procura, na verdade, “conhecer” o fato em sua inteireza fenomênica,** reconhecendo-o como um “mundo autônomo”, perfeitamente “apreensível” pelos sentidos com o auxílio da razão. (KNIJNIK, 2001, p. 9) (grifos meus)

Na linha do Modernismo, instaura-se, destarte, um relevante paradoxo: de um lado, se reconhece que o conceito de “verdade real” é ontológico, pois refere-se à correspondência entre a ideia firmada em torno de um objeto e a essência deste mesmo objeto (a forma como realmente existe, no plano fenomênico). Ao mesmo tempo, admite-se, em contrapartida, que esta “verdade real”, por ser supostamente acessível ao sujeito cognoscente através do emprego de métodos científicos em sua análise, corresponderia exatamente àquilo que o intérprete descrevesse acerca do objeto (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017 p. 396).

Trata-se de um sincretismo filosófico com efeitos práticos, conforme será abordado no tópico 2.5, na medida em que a junção dos conceitos antagônicos de uma “verdade real” ontológica (objetivista) e, ao mesmo tempo, metafísica (subjetivista), acaba por entregar o juízo fático à discricionariedade do intérprete. Isto pois ao se partir da premissa de que o processo obrigatoriamente possui como ponto de chegada a “verdade real” e que o encontro desta verdade é identificado pelo sujeito cognoscent-

te, logo, chega-se à seguinte indagação: “quem dirá que o conjunto probatório atingiu a “verdade real” senão a própria consciência do julgador?” (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017 p. 408).

Conforme será trabalhado adiante, porque o escopo do presente capítulo é evidenciar as importantes contribuições do mecanismo hermenêutico da Teoria da Prova Constitucionalmente Fundada (compreendida através da exposição da Teoria dos *standards* probatórios) no controle do solipsismo judicial, rompendo-se com as amarras da equivocada busca obsessiva pela “verdade real” através do processo e visando a desconstrução do dogma de que não existem respostas corretas em matéria de interpretação de fatos em juízo, passa-se a exposição do caráter interpretativo da cognição de fatos na jurisdição.

1.2 O JUÍZO FÁTICO COMO ATIVIDADE INTERPRETATIVA E A CAPTAÇÃO DA VERDADE REAL POR MEIO DO PROCESSO

Na atuação da complexa atividade ínsita ao juízo fático incidem diversos fatores que frequentemente podem conduzir a apuração, no processo, de uma verdade processual distinta da “verdade real”. De plano, destaca-se que tal afirmação não se respalda apenas nas limitações à atividade probatória decorrentes de normas processuais associadas, por exemplo, aos requisitos de validade para que um determinado meio de prova possa ser integrado ao processo (ex. intempestividade da contestação contendo documentos comprobatórios relevantes que deixam de ser apreciados pelo magistrado em razão da preclusão temporal - art. 223 do CPC/15).

Introduzindo a discussão que passará a ser desenvolvida, e no que concerne ao objeto do presente estudo, afiguram-se como fatores que justificam a necessidade de admissão da inaptidão do processo de captar a “verdade real”: a) a falibilidade da perícia judicial (conforme será extensamente trabalhado no tópico XXX); b) a utilização da busca e encontro da “verdade real” como álibi retórico (argumento de autoridade) não raramente empregada por magistrados para justificar a prolação de uma sentença em contexto de não esclarecimento quanto à matéria fática sob investiga-

ção na demanda (conforme será desenvolvido no tópico XXX); c) a intensa influência da pré-compreensão do magistrado no exercício da atividade de valoração dos diversos meios de prova acostados aos autos, que pode vir a limitar o aprofundamento da cognição de fatos em juízo ou conduzir a uma equivocada valoração dos instrumentos probatórios; d) outros demais fatores, apresentados adiante.

No tópico anterior, descreveu-se que historicamente a cultura jurídica brasileira adota a concepção de que o processo tem por finalidade a revelação da “verdade real”, ontológica, compreendida como um estado de perfeita correspondência entre um fato ocorrido na realidade fenomênica e a ideia que fazemos dele. Neste sentido, asseveram Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

A verdade dos fatos, a realidade, nessa perspectiva, tem papel fundamental para legitimar a própria decisão judicial. Supondo o Direito como um dado, e sabendo que os fatos aconteceram dessa ou daquela maneira, ter-se-ia a certeza de que a decisão não é fruto de arbítrio judicial, mas da manifestação soberana do legislador, ligada a um dado objetivo: a realidade. [...] Liebman, ao conceituar o termo “julgar”, asseverava que tal consiste em valorar determinado fato ocorrido no passado, valoração esta feita com base no direito vigente, determinando, como consequência, a norma concreta que regerá o caso.

Diante dessas premissas, nada mais natural do que eleger, como um dos princípios essenciais do processo – senão a função principal do processo –, a busca da verdade. Como dizem Taruffo e Micheli, no processo, a verdade não constitui um fim em si mesmo, contudo insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado. No dizer de Mittermayer, a verdade seria a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a ideia que fazemos dele. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2020, p. 290) (grifos meus)

Nesta senda, se tratando a busca pela realidade dos fatos apurados no processo de fator que legitima a decisão judicial contra arbitrariedades do juízo, frequentemente observa-se na processualística pátria a afirmação de que a captação de uma verdade meramente “processual” por meio do exercício da jurisdição trataria-se de uma anomalia, resultado excepcional decorrente de imposições normativas neste sentido, fundamentadas em questões pontuais associadas a opções do legislador:

Deve-se lembrar que o Código de Processo Civil admite, em várias hipóteses, a presunção de veracidade de fatos que não chegam a ser objeto de prova (arts. 341, 344, 374, IV do NCPC, art. 750 do CPC/1973, em vigor em razão dos arts. 1.052, 307 do NCPC etc.), **o que leva à conclusão de que, não raro, a sentença será dada à base de verdade apenas formal. Isso, todavia, não elimina o seu compromisso com a verdade real**, pois, antes de acolher qualquer presunção, a lei sempre oferece à parte oportunidade de alegar e provar a efetiva veracidade dos fatos relevantes à acolhida da ação ou da defesa. Somente depois de a parte não usar os meios processuais a seu alcance é que o juiz empregará mecanismos relativos ao ônus da prova e à ficta confessio. **É, destarte, a própria parte, e não o juiz, que conduz o processo a um julgamento afastado da verdade real.** (grifo meu) (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 92)

Outros exemplos de admissão de uma verdade meramente processual, reconhecidamente dissociada da verdade real referem-se: a) ao instituto das tutelas de urgência (art. 300 do CPC/15), nas quais legitima-se a interferência no patrimônio jurídico de uma das partes antes da cognição plena em razão da premente necessidade fática daquele que postula determinado direito, cujo atendimento ou garantia não podem aguardar a mora inerente à cognição exauriente da verdade dos fatos; b) ao princípio do *in dubio pro reo*, na esfera criminal (art. 386, VII do CPP), por meio do qual se admite a tomada de decisão favorável ao acusado em contextos de incerteza quanto a verdade dos fatos, com esteio no consenso social materializado na Constituição Federal segundo o qual “o custo de condenar um inocente é especialmente caro” (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 402).

Ocorre que, não raro, para além de tais hipóteses, o compromisso inexorável com o atingimento da “verdade real” por meio do processo, em uma vastidão de casos, revela-se inalcançável. Isto se deve ao fato de que o dogma do atingimento da “verdade real” por meio do processo é radicada na grave negligência quanto a inaptidão do processo vir de fato a apreendê-la, questão esta que, a despeito de sua grande relevância, é geralmente ignorada pelos juristas filiados ao *civil law*, que, com pouca prática em pensar sobre seu direito em termos de incerteza, ignoram a legitimidade e cientificidade da decisão firmada com base em probabilidades.

Por outro lado, conforme visto, segundo os postulados do conceito moderno de prova, fundamentado em uma visão positivista e cientificista do Direito, tenta-se justifi-

car o dogma da perfeita captação da “verdade real” por meio do processo com esteio na concepção Racionalista descrita anteriormente, segundo a qual, em última análise, a verdade corresponderia àquilo que o intérprete afirma ser verdadeiro, caso sua análise houver seguido a metodologia idônea para tanto (firmada no âmbito do ramo científico competente para o estudo do fenômeno). No campo do direito probatório, equivaleria isto a dizer que é verdadeiro aquilo que o magistrado houver apurado na cognição dos fatos em juízo, desde que respeitadas as normas processuais aplicáveis à espécie e os horizontes de sentido do acervo probatório existente nos autos (de forma a não contrariá-lo, devendo a convicção realizar-se dentro do campo de interpretações possíveis com base no conteúdo das provas produzidas).

Toda esta construção teórica desenvolvida pelo Racionalismo moderno acerca do conceito (subjetivista) de prova, todavia, não resiste frente a uma análise hermenêutica acerca dos elementos componentes do juízo fático.

Neste viés, caminha-se para o estabelecimento de uma premissa básica para a compreensão da tese a ser desenvolvida no presente trabalho: a noção de que a finalidade do processo, a rigor, não corresponde obrigatoriamente ao desvelamento integral da “verdade real”, mas sim de uma “verdade provável” nele construída.

No cerne de todo juízo fático reside uma intensa atividade hermenêutica de interpretação de fatos (ex. depoimentos testemunhais e perícia judicial) e de documentos de prova (ex. declarações firmadas em contrato) acostados aos autos, posto que “dizer alguma coisa de alguma coisa é, no sentido completo e forte da palavra, interpretar” (KNIJNIK, 2017, p. 25). Aliás, oportuno faz-se mencionar, de plano, que “na argumentação, os fatos se propõem como prova explicativa, mas sua interpretação [valoração] é a verdadeira questão de debate” (KNIJNIK, 2017, p. 25).

Explica-se. Todo ato realizado no processo voltado a comprovação de um fato alegado pelas partes funda-se em um deslocamento do objeto da prova (fatos reais que se pretende demonstrar em juízo) ao processo, pois tais objetos abandonam sua condição fenomênica (ontológica, a forma como sucedem no plano da realidade, sua própria essência), e são transportadas para o processo na forma de meios de prova, elementos linguísticos que, além de não possuírem a aptidão de revelar as propriedades do ente (objeto da prova) de forma integral, possuem a condição de assumir

vários significados a depender da interpretação que o intérprete dos fatos lhes confere. Nessa perspectiva, afirma-se que, a rigor, todo meio de prova é indiciário:

Essa onipresença da atividade hermenêutica - estendendo-se, consistentemente, do jurídico ao fático - decorre, em última análise, do caráter indireto ou indiciário de toda e qualquer prova. Com efeito, Dupichot assevera que “todo modo de prova supõe um deslocamento do objeto da prova. Esse deslocamento (do objeto da prova) é particularmente evidente em matéria de presunções”, mas faz-se presente, também, na prova habitualmente denominada de direta; **partindo-se do compromisso prestado, mercê do juízo de credibilidade, acredita-se no relato, por exemplo, de uma testemunha, prevalecendo, então, um método francamente indiciário ou inferencial: considerando-se que a testemunha não tinha razões para mentir, toma-se por verdadeira sua manifestação perante a autoridade julgadora, ficando evidente a presença de uma intensa atividade hermenêutica.** Em última análise, como assinala Ivainer, “não raramente a interpretação dos fatos desempenha papel determinante na decisão do juiz”, que se torna onipresente. (KNIJNIK, 2017, p. 23) (grifo meu)

De tal modo, verifica-se que a valoração de um meio de prova consiste em uma atividade interpretativa de cunho indutivo, e não dedutivo, pois o acervo fático probatório conduz a um horizonte de sentidos possíveis, e não a uma única resposta, posto que os significados extraídos dos eventos não são plenamente objetivos e captados de maneira unívoca por intérpretes distintos (KNIJNIK, 2017, p. 47). Vale dizer, a análise do acervo probatório conduz a diversas conclusões possíveis acerca da contribuição do meio de prova para o accertamento dos fatos investigados em juízo, sendo que, conforme se verá adiante, a análise acerca do conjunto probatório invariavelmente partirá dos conhecimentos prévios do juiz acerca de elementos a serem empregados na compreensão do objeto submetido a sua apreciação.

Tais considerações poderiam ser excepcionadas nas hipóteses raras em que uma situação fática alegada pelas partes (objeto da prova) é plenamente demonstrável por meio de prova inconteste quanto à sua ocorrência, como o seria, por exemplo, a comprovação de que um indivíduo fora vítima de acidente de trabalho quando há registro audiovisual (gravação) demonstrativo do momento exato da ocorrência do fato, durante a jornada de trabalho do obreiro. Todavia, nota-se que mesmo aqui há uma atividade interpretativa de cunho inferencial: o magistrado há de verificar a au-

tenticidade da gravação audiovisual, conferindo ainda se o indivíduo nela representado corresponde ao reclamante, dentre outras observações pertinentes.

De todo modo, na vasta maioria dos casos submetidos à jurisdição, o magistrado não possui acesso a provas dotadas de clareza o suficiente a ponto de serem reputadas como prova irrefutável do fato constitutivo do direito alegado em juízo, em razão da própria falibilidade dos meios de prova por ele analisados - o que se estende à prova pericial, conforme será analisado de forma aprofundada no tópico XXX.

Observado sob este viés, a qualificação de um meio de prova como efetiva comprovação de um fato alegado por uma das partes processuais depende das inferências realizadas pelo intérprete dos fatos em torno dos instrumentos probatórios, tendo em vista que tal qualificação depende, dentre outros raciocínios inferenciais, do grau de confiabilidade que o magistrado empresta ao meio de prova produzido em juízo:

Um fato é prova se ele tem a função de provar algo. Essa função é atribuída a um fato de acordo com a interpretação que alguém faz, segundo a qual tal fato é evidência na medida em que aponta para outro fato. Realmente, como observado acima, a extração de uma conclusão sobre um fato passado a partir de outro fato é baseada em inferências e conhecimento de mundo (de *background*). (DALLAGNOL, 2015, p. 44) (grifos meus)

Reforçando o exposto em relação ao juízo fático, tendo em vista que os meios de prova, além de não serem infalíveis, são introduzidos no processo através do mecanismo da linguagem, afirma-se que:

Assim, o processo não deve servir de instrumento para a busca de uma verdade fora do processo, pois na medida em que se é permeado pela linguagem, somente é verdadeiro aquilo que o próprio contexto linguístico permite afirmar. O juiz não é (e não deve ser) um historiador que busca estabelecer a veracidade dos fatos em sua pureza ontológica. **Por isso não se reconstroem fatos no processo, mas sim narrativas sobre fatos.** Pode-se chamar a isso de “reconstrução da história institucional do fenômeno sob exame”. Não há uma busca pela essência dos fatos e muito menos uma “verdade real” como linha de chegada para a valoração probatória. (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 405) (grifos meus)

A exposição tecida até o momento no presente tópico faz-se necessária para a compreensão de um mecanismo hermenêutico central que conduz o raciocínio inferencial aplicado na significação de todo objeto cuja análise conduz a um horizonte de sentidos possíveis, e não a uma única resposta: a pré-compreensão.

Este elemento remete a noção de que o magistrado atribui significado aos elementos de prova sob intensa influência de seus conhecimentos prévios (incluindo-se aí os conhecimentos científicos e empíricos adquiridos no decorrer de sua vida), experiência e visão de mundo, conforme sintetizado por Daniela Rezende de Oliveira e Rafael Soares Duarte de Moura:

Interessante que, com base na perspectiva de Heidegger, podemos concluir que a **essência daquilo que se vai interpretar é a essência na perspectiva do intérprete**; [...]

Portanto, é evidente que o ser do intérprete interfere no resultado do processo interpretativo, uma vez que a sua interpretação estará, necessariamente, associada à sua pré-compreensão daquilo que está por interpretar. **Além disso, o próprio contexto social, histórico, linguístico e cultural do intérprete acabarão por interferir no resultado do processo interpretativo, visto que o ser do intérprete não pode ser dissociado do produto da sua própria interpretação.** (2011, p. 92) (grifos meus)

Dissecando o exposto, afirma-se que “não podemos nos envolver com a interpretação dos fatos sem tê-los medido, classificado e avaliado”, já que “toda operação de julgamento [compreensão] passa pelo dever de saber” (KNIJNIK, 2017, p. 25). De tal modo, diz-se que todo significado construído em torno de determinado objeto plurissignificativo (ex. meio de prova como efetiva comprovação de um fato alegado em juízo) é uma descrição desenvolvida a partir de “saberes” prévios do magistrado aplicados no processo de investigação do fenômeno apreciado, dado que “em nenhum momento o conhecimento resta sem um sistema” (KNIJNIK, 2017, p. 26).

Por derradeiro, é inegável que a pré-compreensão, que compõe este conhecimento prévio (“sistema” aludido na citação acima) a partir do qual o magistrado irá valorar os meios de prova, é determinante para a definição da forma por meio da qual o magistrado funda seu convencimento acerca dos fatos alegados em juízo, bem como no modo através do qual o órgão decisor realiza a gestão da atividade probatória em um processo.

A título ilustrativo, e no que concerne ao objeto do presente estudo, expõem-se o seguinte cenário para a compreensão do descrito acerca da pré-compreensão e suas implicações no juízo fático: a concepção, por um magistrado, de que os métodos científicos, no geral, são inequívocos (pré-compreensão) e de que o perito judicial invariavelmente é imparcial e neutro em sua análise, conduzindo a perícia da forma mais correta possível (pré-compreensão), no plano prático torna-o inclinado a um maior acatamento das conclusões tecidas no parecer elaborado pelo *expert* atuante na causa, sem maiores questionamentos ou determinação de novas diligências probatórias (gestão probatória), dado que a verdade real já terá sido revelada (formação de seu convencimento);

Por outro lado, conforme o quadro a seguir, sendo o magistrado dotado de uma pré-compreensão distinta da descrita no parágrafo acima, o resultado do juízo fático igualmente assumirá rumos distintos: a noção prévia do juiz no sentido de que mesmo com o avanço das ciências, ainda assim as técnicas empregadas pelos peritos em juízo podem eventualmente conduzir a conclusões equivocadas quanto ao objeto sob investigação, em razão da falibilidade dos métodos científicos ou de seu modo de execução no caso concreto (pré-compreensão), bem como em função de eventual dissonância no respectivo ramo científico acerca do método correto a ser empregado na perícia em concreto (pré-compreensão), irá tornar o magistrado mais cauteloso na conclusão de que a verdade foi alcançada no caso em espécie (formação de seu convencimento), com efeitos práticos na tomada de decisão quanto a realização de novas diligências probatórias (gestão probatória) e valoração de outros meios de prova acostados aos autos, como por exemplo os laudos produzidos por médicos assistentes (formação de seu convencimento).

Relacionando estes cenários com o encontro da “verdade real” por meio do processo, vindo o magistrado a assumir a primeira opção (‘a’), teria-se, em última análise, que o encontro da perfeita correspondência entre a conclusão do laudo pericial (e da decisão com base nela erigida, por conseguinte) e o estado de coisas no plano da realidade dependeria da inexistência do risco de falhas quanto a conclusão do perito judicial no caso concreto ou do método científico nela empregado, o que, conforme será demonstrado no tópico XXX, não se revela de todo seguro.

De mais a mais, em ambos exemplos trazidos acima é possível que a pré-compreensão do magistrado conduza o processo a uma decisão afastada da “verdade real”, como por exemplo através do acolhimento de uma perícia judicial que firma uma conclusão equivocada acerca do quadro clínico do periciado ou, na via oposta, pelo desacolhimento, pelo magistrado, de um parecer científico que indicava, de forma acertada, o estado do quadro clínico do indivíduo submetido à perícia.

Por fim, reforça a demonstração acerca da inaptidão do processo de desvelar a “verdade real” com total precisão, competindo-lhe apenas a construção de uma verdade possível, ainda, os seguintes fatores: a) o reconhecimento de que “a convicção formada a respeito dos fatos, num determinado processo judicial, na maior parte dos casos não afasta a possibilidade de que o contrário possa ter ocorrido” (BAPTISTA, 2008, p. 10); b) os limites pragmáticos que afetam o juízo, concernentes ao excesso de demandas a serem julgadas, constrição de recursos e tempo - não raramente, tais fatores conduzem, em termos práticos, ao julgamento de processos em contextos de incerteza, sem a realização do necessário aprofundamento da cognição dos fatos no procedimento (KNIJNIK, 2017, p. 25); c) a tendenciosidade dos discursos das partes processuais, diretamente interessadas no resultado da demanda judicial (KNIJNIK, 2017, p. 23), fator que, embora deva ser admitido, deve ser observado com temperança, sobretudo versando a ação judicial sobre demanda associada ao atendimento do mínimo existencial do postulante.

Com base no exposto, chega-se, em sede conclusiva, a afirmação de que “inviável, inatingível ou inapreensível uma “verdade necessária” ou “absoluta”, quanto ao conhecimento dos fatos, até pela ampla possibilidade de erro, o processo devia contentar-se com uma “verdade provável” nele construída” (KNIJNIK, 2001, p. 10).

1.3 A TEORIA DOS STANDARDS PROBATÓRIOS E A VERDADE HERMENÊUTICA

Evidentemente, vindo o acervo fático probatório acostado aos autos a revelar de forma incontestada a ocorrência ou não de determinado evento no plano fenomênico

(desvelamento da verdade real), não haveriam grandes dúvidas acerca do modo como deve ser realizado o juízo fático. Neste cenário, bastaria ao magistrado apurar se as regras processuais associadas a produção de provas foram respeitadas, firmando, por fim, sua decisão com base nos fatos apurados no processo.

Todavia, conforme se buscou evidenciar nas linhas anteriores por meio da demonstração da fenomenologia do juízo fático (e se reforçará com a análise detida acerca da falibilidade da perícia judicial, desenvolvida em item próprio no tópico XXX), a possibilidade de captura da verdade real pelo processo deve ser observada com cautela.

Tal fator é admitido mesmo pelos processualistas que afirmam que a finalidade do processo é a apuração da verdade real:

É claro que a verdade absoluta jamais será alcançada pelo homem, tampouco estará ao alcance do juiz no processo, em vista das limitações do conhecimento humano. Isto, porém, não deve resultar numa indiferença do processo pela veracidade dos fatos com que as partes sustentam suas alegações perante o juiz. O processo não pode ser reduzido a um mero jogo retórico. As provas têm a missão de proporcionar ao juiz o acesso à verdade possível, ainda que de maneira não plena. Em outras palavras, devem proporcionar “um razoável conhecimento dos fatos”. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 903) (grifo meu)

De tal modo, atento à realidade de que, via de regra, o juízo fático é exercido em um contexto de incerteza quanto à procedência ou não das alegações fáticas deduzidas em juízo, Danilo Knijnik, em relação ao onipresente risco da decisão judicial basear-se em um quadro fático destoante da verdade real, assevera que “essa margem de erro tem de ser sistematizada, regrada e administrada pelo próprio processo, sob pena de restar dissimulada, disfarçada, escamoteada no processo, gerando indesejável arbitrariedade” (2001, p. 17).

A partir do reconhecimento da “margem de erro” mencionada pelo ilustre autor (referência a probabilidade da sentença basear-se em uma “verdade processual” distinta da “verdade real”), faz-se possível caminhar no sentido do atingimento de uma compreensão mais adequada acerca do modo de ser e finalidade do juízo fático. Desprendendo-nos, pois, do dogma de que a verdade real é perfeitamente apreensível

pelo intérprete dos fatos através da análise dos objetos sob estudo com recurso aos métodos científicos pertinentes para tanto (conforme visto no tópico 2.1), e assumindo que o processo trabalha com verdades prováveis (ao invés de absolutas), Danilo Knijnik assevera que duas abordagens teóricas emergem como possíveis no tratamento da temática:

(a) ou se exclui a possibilidade mesma de um controle puramente lógico do juízo de fato, resolvendo esse controle na mera renovação do próprio juízo [por meio da troca de impressões extraídas do juízo fático realizado pelo juízo *ad quo* por aquele promovido pelo juízo *ad quem*, como ocorre no Brasil, em sede recursal] ou (b) **se recorre a parâmetros lógicos, originários do valor de probabilidade em que se fundam as inferências probatórias para efetuar-lo.** (KNIJNIK, 2001, p. 2) (grifo meu)

Em razão do exposto, afastado o senso comum teórico de que o processo apura sempre verdades reais e admitindo-se que a possibilidade do controle do mérito do juízo fático recai sobre a atividade inferencial nele realizada, a questão a ser posta em discussão passa a assumir a seguinte feição: “quando é possível falar que determinado fato foi provado em um processo? Ou, se se quiser, quando a “verdade” foi alcançada?” (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 393).

Como possível resposta à temática sob apreço, fazem-se dignas de nota algumas questões associadas à regulamentação da interpretação dos fatos realizada pelos magistrados nos Estados Unidos da América (EUA).

Naquele país vigora a cultura jurídica do *common law*, que, despida da intensa influência dos paradigmas epistemológicos do Racionalismo desenvolvido na Modernidade - e sua correspondente premissa de que é possível uma perfeita captação da verdade real pela via do processo -, dentre diversos métodos concernentes à valoração de meios de prova em juízo (tais como as *Federal Rules of Evidence*, verdadeiro código processual voltado à tentativa de controle do mérito do juízo fático), desenvolveu-se a teoria dos *Standards* Probatórios

A referida Teoria possui como base a concepção de que, a fim de se possibilitar o controle do mérito do juízo fático realizado no processo judicial, o “ponto de chegada” do juízo fático necessita ser compreendido como o alcance ou não da persuasão

do magistrado (*burden of persuasion*), e não necessariamente à exata comprovação (*burden of evidence*) dos fatos constitutivos do direito da parte:

No Direito norte-americano, o estudo dos standards probatórios parte do pressuposto de que o a prova pode induzir a diferentes graus de persuasão. Essa premissa relaciona-se diretamente a outra particularidade do Direito norte-americano, a qual não costuma receber muita atenção nos sistemas de civil law: a diferença entre ônus da prova (*burden of evidence*) e ônus de persuasão (*burden of persuasion*). Essa distinção (...) visa demonstrar que, no processo judicial, não podem ser considerados iguais o risco da não persuasão (*the risk of non-persuasion*) e o ônus de produzir provas (*the burden of evidence*). No que diz respeito ao tema do presente ensaio, interessa destacar que, **ao dar especial atenção ao ônus da persuasão, a doutrina americana costuma surpreender a sua análise a partir de dois componentes, quais sejam, o risco da não persuasão e o standard probatório.** Este último acaba servindo para atender a diferentes propósitos, dentre eles determinar como alocar os riscos entre os litigantes e indicar a importância que acompanha a decisão final, na medida em que não é comum estabelecer um standard probatório mais pesado quando direitos fundamentais ou liberdades estão em causa. (grifo meu) (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 393)

Explica-se. Em resumo, partindo-se do pressuposto do onipresente risco do não esclarecimento (inexistência de uma convicção inequívoca quanto ao estado de coisas no plano da realidade, pautada em provas que efetivamente excluem outras narrativas possíveis acerca dos fatos alegados), estipula-se, com emprego da Teoria sob análise, graus mínimos de convicção (*burden of evidence*) exigidos para que uma determinada narrativa fática possa ser qualificada como verdadeira na esfera processual, do que se observa, de plano, a substituição da busca incessante pela verdade real pela aceitação de uma “verdade hermenêutica” como atividade-fim do juízo fático. Importa destacar que a referida “verdade hermenêutica” possui como condição de possibilidade o atendimento dos *standards* probatórios, o respeito ao conteúdo dos meios de provas acostados aos autos e as regras processuais incidentes sobre a matéria (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 399).

O estabelecimento destes graus de convicção necessários para tomada de decisão do magistrado dá-se por meio da instituição de categorias (*standards* probatórios) contendo denominações que indicam o grau mínimo de persuasão exigido do magistrado quanto à veracidade da matéria fática analisada para a tomada de sua deci-

são, havendo como exemplos destas categorias os *standards* da preponderância de provas (*more likely than not*), da prova clara e convincente (*clear and convincing proof*) e da prova além de qualquer sombra de dúvida razoável (*proof beyond a shadow of doubt*) (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 401 e 402).

Estes padrões de convencimento (*standards*) são firmados de acordo com a natureza do direito posto em discussão, e possuem gradação de menor (ex. preponderância de provas - *more likely than not*) para maior (ex. prova além de qualquer sombra de dúvida razoável - *proof beyond a shadow of doubt*) a depender da gravidade com a qual a decisão judicial irá afetar a esfera jurídica do litigante sucumbente.

De tal modo, versando o litígio sobre direitos fundamentais, ou, de forma ainda mais grave, sobre direitos sem os quais o cidadão possui prejudicado seu acesso ao núcleo essencial da dignidade humana (direitos componentes do mínimo existencial), na edição do ato decisório o magistrado deverá ater-se concomitantemente a duas constrições relativas ao mérito do juízo fático por ele realizado. A primeira delas diz respeito ao dever de empenho, devidamente comprovado, na busca pelo maior acerto dos fatos possível, pois a Teoria norte-americana não se volta à imparcialidade do magistrado (o que ocorreria através da redução da sentença judicial a um mero ato retórico voltado ao favorecimento da parte mais vulnerável no processo), mas sim à atenuação dos riscos de injustiça associados à decisão que, proferida em erro, possui o condão de violar direitos vitais do jurisdicionado (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 398).

O segundo fator a incidir sobre o mérito do juízo fático, condicionando a validade da sentença, diz respeito à noção de que, inclinando-se o magistrado à prolação de uma sentença desfavorável a preservação dos interesses da parte significativamente mais vulnerável na relação processual (posto a dependência da manutenção de seu acesso ao mínimo existencial), demonstrar de forma rigorosa que os meios de prova por ele analisados permitem uma altíssima convicção no sentido de que a decisão a ser proferida no caso concreto deve dar-se neste sentido.

Dito de outro modo, quanto mais gravemente a decisão judicial for impactar a realidade da parte processual (definição dada com base na relação entre o direito controvertido em juízo e o mínimo existencial), mais alto deverá ser o grau de conven-

cimento que o acervo fático probatório incute na mente do intérprete dos fatos. Neste ponto, o instituto processual norte-americano é relevante na medida em que, em última análise, a valoração dos meios de provas não é totalmente dissociada da possibilidade do controle intersubjetivo do convencimento do magistrado, na medida em que o grau de convencimento firmado por um juiz em torno da realidade dos fatos é diretamente proporcional ao conteúdo do acervo fático probatório:

A rigor, em lugar de buscar a figura do juiz ficto como fórmula redutora de arbitrariedades e da livre sujeição a impressões subjetivistas, mais promissora se apresenta a tese de Haack, a partir da natureza epistemológica dos *standards* probatórios. Em suas palavras, “a linguagem dos *Standards* de prova é também, **em parte, epistemológica**: razoável, em ‘para além de qualquer dúvida razoável’; clara, em ‘cara e convincente’, **parecem questões objetivas, dado que aparentemente se referem à qualidade das provas apresentadas**. E o aspecto **epistemológico**, na minha opinião, é decisivo. **Isto não quer dizer que o grau de confiança do julgador dos fatos em relação à conclusão seja completamente irrelevante; depois de tudo, o grau de crença de uma pessoa razoável resta proporcional, ao menos aproximadamente, à força das provas** - isto é, quanto mais avaliarem as provas de p, o julgador dos fatos terá maior confiança de que p é verdadeiro. Sem embargo, isto é dizer que **o grau de crença do julgador dos fatos é uma questão distinta e claramente secundária; enquanto o peso das provas é o principal**”. (KNIJNIK, 2017, p. 29) (grifos meus)

Assim é, por exemplo, com o *standard* da prova além de qualquer sombra de dúvida, ou além de qualquer dúvida razoável (*proof beyond a shadow of doubt*), que, levando em consideração a extrema gravidade da decisão judicial que condena um indivíduo a sanções penais que restringem sua liberdade (direito individual, acesso ao mínimo existencial), impõe que a decisão condenatória na esfera penal seja lastreada em um acervo fático-probatório capaz de evidenciar a culpabilidade do réu sem margem de dúvidas razoáveis quanto à sua inocência. Vale dizer, uma vez não tendo o conjunto de provas produzido nos autos o condão de excluir outras possíveis causas para explicação da materialidade ou autoria dos atos supostamente praticados pelo acusado, não se pode condenar o réu, uma vez que a liberdade de um inocente, em um Estado Democrático de Direito, é um preço especialmente caro a ser pago (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 411). Tal paradigma reflete, neste viés, a tradição social segundo a qual, ao menos supostamente, “a sociedade julga

ser preferível um culpado ser havido por inocente do que um inocente ser havido por culpado” (KNIJNIK, 2001, p. 24).

No cerne de todo juízo fático existem duas etapas: a) análise e significação dos meios de prova acostados aos autos, extraindo-se, a partir da valoração deste acervo linguístico, uma determinada conclusão (um significado - ex. convencimento de que a probabilidade de ‘x’ ser verdadeiro é ligeiramente superior à probabilidade de ‘x’ não ser verdadeiro); b) análise acerca da correspondência entre a conclusão extraída da análise dos meios de prova (seu significado, o convencimento acerca da veracidade de determinado fato alegado em juízo) e um referencial, ponto de chegada que irá autorizar dizer se o significado extraído dos meios de prova atingiu ou não um grau suficiente de convicção a ponto de ser reputado como verdadeiro pelo órgão decisório (ex. se a partir do convencimento por uma ligeira maior preponderância da ocorrência do fato ‘x’ pode-se passar à conclusão de que ‘x’ é verdadeiro, processualmente) (KNIJNIK, 2001, p. 13 e 14).

A teoria dos *standards* probatórios vigente nos Estados Unidos, justamente por reconhecer abertamente a diferença ontológica entre a “verdade real” (evidência, pureza dos entes no plano fenomenológico) e a descrição dos fatos levada a cabo no processo (“verdade processual”, construída com base no convencimento do magistrado acerca da provável realidade), atua na segunda etapa do juízo fático, estabelecendo referenciais adequados (categorias de convencimento, *standards* probatórios) que autorizem firmar a conclusão, em juízo, no sentido de que a “verdade hermenêutica” aplicável à espécie foi atingida. Nesta monta, a Teoria sob apreço busca obrigar o magistrado a um juízo fático devidamente balizado, levando-se em consideração o risco do não esclarecimento da questão fática controvertida nos autos.

Os reflexos deste importante instituto norte-americano (que naquele país assume a natureza jurídica de postulado normativo) são notados de forma expressiva nos seguintes aspectos processuais: a) necessidade de fomento do contraditório e dever de aprofundamento da atividade de cognição dos fatos no exercício da gestão probatória (ex. arts. 139, III, 469 e 470 do CPC/15) em demandas envolvendo o mínimo existencial, pois nesta seara somente pode ser considerada válida a decisão judicial contrária à preservação do núcleo essencial da dignidade humana se o acervo fático probatório puder efetivamente conduzir a um alto grau de convencimento acerca da

inexistência do fato constitutivo do direito do autor (KNIJNIK, 2001, p. 14); b) necessidade de fundamentação exauriente acerca dos fatos apurados na lide, evitando-se o recurso ao argumento de autoridade do “encontro da verdade real” no processo (conforme será abordado no tópico 2.5).

Destaca-se, por pertinente, que a aplicação do instituto sob análise, a despeito de promover a “redução dos requisitos processuais para a prova de um direito, que em princípio são rigorosos”, o faz com vistas à particularidade do direito material objeto de controvérsia na demanda, “e não de critérios de pura conveniência tendentes a facilitar as coisas para uma das partes” (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 398), com o que se afasta, liminarmente, eventual afirmação de que o postulado normativo norte-americano comprometeria a imparcialidade do juiz.

Conforme visto, o que a referida Teoria propugna, em síntese, é a criação de uma metodologia processual incidente sobre o juízo fático de forma a permitir um controle adequado do mérito da convicção do juiz, buscando-se ao máximo evitar os riscos de injustiça inerentes à decisão proferida em erro tendo em vista as repercussões da sentença na esfera individual de cada litigante, o que torna-se possível se adotada a premissa correta de que o grau de convencimento do magistrado acerca da realidade dos fatos resta proporcional (ou deveria restar, ao menos) ao conteúdo do acervo fático-probatório existente nos autos.

Por derradeiro, a fim de consolidar todo o exposto no presente tópico acerca da Teoria dos *Standards* Probatórios, cita-se a lição de Lênio Luiz Streck, Igor Raatz e William Galle Dietrich, que, sumarizando o modo de atuação do instituto, bem como suas contribuições para um possível controle do mérito do juízo fático, conclui que:

A constatação de que o processo não é palco para a busca de uma verdade metafísica [verdade real obtida através de critérios subjetivistas] e que, do mesmo modo, a valoração da prova **perpassa por um constrangimento intersubjetivo legado pela tradição abrem portas para uma possível superação da obsessão pela verdade no processo**. Só existe uma verdade no processo: a verdade hermenêutica, que é (re)construída sob os auspícios de um processo democraticamente gerido, que nada mais é do que a possibilidade de se dizer que uma narrativa está ou não provada tendo as regras processuais e os standards probatórios como condição de possibilidade para a adequada valoração do conjunto probatório. Assim, a teoria dos

standards probatórios apresenta-se como uma importante aliada nesse ataque ao livre convencimento. **Tais standards servem, em outras palavras, para amplificar a voz da tradição no controle da discricionariedade do julgador ao valorar as provas submetidas ao litígio.** (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 413) (grifos meus)

Vencidas tais exposições, passa-se à demonstração de como a Teoria dos *Standards* Probatórios, ao buscar a amplificação da voz da tradição no controle da discricionariedade do julgador ao valorar as provas submetidas ao litígio, desagua no fenômeno pós-positivista denominado Constitucionalismo Democrático, colaborando com a sedimentação da existência de respostas corretas no juízo fático (Teoria da Prova Constitucionalmente Fundada) no plano do Direito pátrio.

1.4 A TEORIA DA PROVA CONSTITUCIONALMENTE FUNDADA EM DEMANDAS ENVOLVENDO INCAPACIDADE LABORATIVA - STANDARDS PROBATÓRIOS AÇÕES JUDICIAIS RELACIONADAS AO MÍNIMO EXISTENCIAL

É exatamente no âmbito da Teoria dos *Standards* Probatórios que deve ser compreendida a Teoria da Prova Constitucionalmente Fundada, já que o instituto norte-americano, ao fim e ao cabo, possui como finalidade a submissão do juízo fático ao Constitucionalismo Democrático.

Explica-se. O fenômeno do Constitucionalismo Democrático deve ser entendido a partir do art. 1º da CF/88, o qual define que a República Federativa do Brasil está assentada em um Estado Democrático de Direito no qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (BRASIL, 1988). Nas referidas linhas, o Poder Constituinte Originário estabeleceu o compromisso do ordenamento jurídico e das autoridades públicas com a garantia de “participação, direta ou indireta, do cidadão no processo de formação das decisões públicas” (DELFINO e SOUSA, 2018, p. 67).

Indiretamente, o aludido dispositivo constitucional estatui, pois, que “Existem aspectos do passado que conformam nosso presente e que precisam ser mantidos” (STRECK, 2018, p. 22), sendo estes “aspectos do passado” justamente o que restou sedimentado no seio da coletividade como verdadeiro, em um plano intersubjetivo.

Sob este prisma, com efeito, depreende-se que a atuação do poder estatal somente pode ser considerada legítima se sua atuação refletir os valores consolidados na CF/88, diploma normativo que condiciona a validade de todo o ordenamento jurídico interno e que representa a tradição da sociedade brasileira, traduzindo os consensos firmados em seu seio em torno de ideais, fundamentos, crenças e ideologias majoritariamente admitidos como verdadeiros pela coletividade, e que conduziram a própria elaboração do texto constitucional, se tratando de “efetivo *referente lógico-jurídico-hermenêutico* de todo o sistema normativo” (DELFINO e SOUSA, 2018, p. 70). Estas ideias correspondem à asserção de que:

Em termos mais claros: por vivermos em uma sociedade plural que não se assenta sobre uma tábua de valores homoganeamente compartilhados, a única fonte possível de consenso é a Constituição, fruto que é do poder constituinte originário (e, pois, do povo).

Consequentemente, no Estado Democrático de Direito as atividades públicas e as decisões dela oriundas adquirem legitimidade se e quando forem conformes aos vetores fixados constitucionalmente.(DELFINO e SOUSA, 2018, p. 70) (grifo meu)

Assim posta a questão, chega-se ao cerne da Teoria da Prova Constitucionalmente Fundada, no sentido de que a cognição de fatos em juízo deve ser realizada “tendo por suporte a ideia de que existem padrões objetivos que sustentam o “certo e o errado”, na medida em que “Direito sem teoria da decisão torna-se irracional, pois não possui critérios” (STRECK, 2018, p. 20).

Vale dizer, existe ao menos um consenso social sobre o que é certo e errado, sobre o que vem a ser minimamente justo (com esteio, principalmente, no conteúdo da Constituição Federal de 1988), e certamente o dever de promover a defesa de interesses básicos para a subsistência dos cidadãos (acesso ao mínimo existencial) em caráter prioritário pertence a classe do que é “justo”, já que foi alçado ao posto de

princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro (arts. 1º, III, 3º, I, III e IV e 5º, caput da CF/88).

De tal modo, dialogando com a exposição tecida anteriormente acerca do *standard* probatório da prova além de qualquer sombra de dúvida (*proof beyond a shadow of doubt*) aplicável em processos criminais (p. XXX), afirma-se que o fundamento para fixação de tal categoria de convencimento dá-se em função da existência de “um sentido prévio e compartilhado de que num Estado Democrático de Direito é necessário mais para interferir na liberdade de um sujeito que para atingir o seu patrimônio” (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 406).

Em última análise, pois, os *standards* probatórios voltam-se ao assujeitamento do intérprete dos fatos aos sentidos prévios compartilhados e existentes na sociedade em que se situa, conjunto de saberes consolidados na coletividade que devem guiar a compreensão do magistrado em torno dos objetos por ele apreciados:

A exigência de observância de standards probatórios nada mais é do que escutar o que a tradição (prejuízos que abarcam a faticidade e a historicidade do ser-no-mundo) fala ao intérprete. Exatamente por isso que, ao valorar uma prova, o juiz não pode ser surdo para tais *standards* (tradição), julgando com base no seu livre convencimento. **Tradição é entrega. Deve-se sempre se perguntar acerca do modo e em que condições a tradição está entregando os sentidos acerca de uma narrativa. Existem, assim, critérios para que se diga se algo está provado ou não no processo.** E como tais critérios se dão de forma intersubjetiva na (e pela) linguagem, com Wittgenstein pode-se dizer que não existem critérios privados (livre convencimento). Os critérios privados não podem subsistir/sobreviver face aos constrangimentos epistêmicos provocados pela intersubjetividade (linguagem pública, para usar, novamente, um conceito Wittgenstaineano). (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 412) (grifos meus)

No Brasil, vigora o Princípio do *In Dubio Pro Reo*, insculpido no art. 386, VII do CPP, que efetivamente é levado em consideração pela jurisprudência e doutrina quando tratam do juízo fático a ser realizado em ações criminais. O fundamento para a instituição do referido instituto em nosso país dá-se, a rigor, em razão dos mesmos motivos pelos quais o *standard* probatório vigora no país norte-americano, relacionado diretamente aos consensos de justiça firmados no seio da coletividade, posto que,

ao menos supostamente, “a sociedade julga ser preferível um culpado ser havido por inocente do que um inocente ser havido por culpado” (KNIJNIK, 2001, p. 24).

Outro exemplo prático de aplicação institucionalizada da Teoria dos *Standards* Probatórios em nosso país refere-se ao mecanismo da tutela de urgência (art. 300 do CPC/15). Através deste instrumento, se autoriza uma redução dos requisitos processuais para a comprovação de um direito em juízo (alto por padrão, em nossa tradição jurídica, associado à revelação da verdade real) através do reconhecimento de que, mesmo em contexto de dúvidas (favorável ao postulante), não deferir à parte processual um pedido cuja realização ou preservação deve ser providenciado de imediato - sob pena de perecimento do direito em razão da mora inerente à cognição exauriente dos fatos no processo - revela-se como medida de grave injustiça, contrariando a acepção mais atual do Princípio do Acesso à Justiça (art. 5º, XXXV da CF/88), relacionada a concepção de que por “acesso à Justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 106).

O que há de comum entre ambos institutos materializados no Ordenamento Jurídico pátrio, todavia, é o mesmo objetivo, matriz da Teoria dos *Standards* Probatórios: considerando-se a gravidade com a qual a decisão judicial irá impactar a parte processual severamente mais vulnerável no processo, atenuar os riscos de injustiça associados ao ato de decidir em contexto de não esclarecimento da matéria fática controvertida nos autos - existente na maioria das demandas apreciadas pelo Judiciário, em razão da dificuldade de apreensão da verdade real por meio do processo.

Observada a temática sob este ângulo, põe-se então a seguinte questão: o que justifica o reconhecimento expresso pela doutrina e jurisprudência pátrias da existência de uma norma processual incidente sobre o controle do mérito do juízo fático exercido nos dois casos apresentados acima e seu não reconhecimento nas demais hipóteses em que o direito postulado em juízo volta-se à preservação de condições materiais mínimas para uma vida digna do requerente, tendo-se em vista que em todos estes cenários existe o mesmo risco a ser combatido pelo Constitucionalismo Democrático?

A resposta que se afigura como mais contundente para explicação do fenômeno reside no fato de que, estando a cultura jurídica brasileira enraizada no Positivismo Jurídico e imersa na tradição jurídica do *civil law*, convivemos frequentemente com a obsessão dos órgãos decisores em recorrer apenas a regras jurídicas no tratamento dos conflitos submetidos à análise do Poder Judiciário. Sobre o fenômeno da fixação dos operadores do direito do *civil law* com as regras jurídicas, Norberto Bobbio descreve que: “Os juristas queixam-se que são muitas, mas assim mesmo criam-se sempre novas, e não se pode deixar de criá-las para satisfazer todas as necessidades da sempre mais variada e intrincada vida social” (1999, p. 37).

Acentua a gravidade da obsessão do Direito pátrio com as regras jurídicas (deixando à margem da atuação do Direito as normas que assumem a natureza de princípios) a ideia de completude do ordenamento jurídico, na medida em que:

[...] apesar do equívoco corrente, a pretensão de completude do Direito não deve ser confundida com a completude de regras, mas do próprio Direito em si. Norberto Bobbio esclarece que, por completude, “entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”. **Todavia, remanesce a confusão no senso comum teórico dos juristas de que a lacuna de regras se equivale à de normas.** (ROSA, 2016) (grifos meus)

Reportando-nos ao tópico 2.1, viu-se que no bojo do Positivismo foi desenvolvida uma noção de que, em razão da completude do ordenamento jurídico, uma vez submetida à interpretação do magistrado um dispositivo legal cuja redação possa conduzir a diversos significados possíveis (polissemia, derivada da “textura aberta” denunciada por Herbert Hart), inexistiria uma única resposta correta a ser dada pelo intérprete, havendo, na realidade, a admissão de diversas soluções juridicamente possíveis e com igual aceitação na atribuição do sentido do texto legal:

Sendo assim, **a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que** – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – **têm igual valor**, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. (grifo meu) (KELSEN, 1995, p. 391)

Por via reflexa, a partir do “senso comum teórico” e da “inexistência de respostas corretas” frequentemente admitidos pelos juristas do *civil law*, poderia-se chegar a

seguinte conclusão quanto ao modo de proceder do juízo fático em ações judiciais extra-penais e alheias ao instituto da tutela de urgência: a) a solução a ser apresentada a uma matéria sob apreciação do magistrado deve ser sempre extraída do ordenamento jurídico, em razão de sua completude; b) somente as regras jurídicas possuem eficácia normativa para disciplinar matérias objeto de controvérsia no processo; c) inexistindo regras processuais voltadas ao controle do mérito do juízo fático, a resposta a ser aplicada ao caso concreto comporta múltiplas e variadas soluções com igual valor, devendo respeito, tão somente, ao conteúdo das provas produzidas (de forma a não contrariá-lo, e tecendo conclusões apenas em torno das provas existentes nos autos - art. 371 do CPC/15) e às normas processuais aplicáveis à espécie (atinentes, por exemplo, aos requisitos formais do laudo pericial - art. 473 do CPC/15).

Conforme sabido, tais concepções restam ultrapassadas com a passagem do Positivismo Jurídico para o atual cenário Pós-Positivista, implementado no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988. Com a mencionada transição, promoveu-se a reaproximação entre Direito e Ética, e os valores morais vigentes na sociedade passaram a integrar o ordenamento jurídico através do preenchimento do conteúdo dos princípios, aos quais, por sua vez, foi reconhecida eficácia jurídica. Nesta medida, estabeleceu-se no contexto do constitucionalismo axiológico atual um modelo interpretativo da Carta Maior voltado à “promoção de uma constante adequação da norma constitucional à realidade circundante” (SANTOS, 2008, p. 220).

Sintetizando a matriz do novo paradigma na atuação do Direito, Aloísio Krohling e Dirce Nazaré de André Ferreira asseveram que:

A partir dessa visão, a forte crítica à racionalidade, principalmente ao modelo legiscêntrico, faz emergir a Constituição com novo papel na sociedade diferenciada. Barroso (2005, p. 12) destaca que se passa a reconhecer a **força normativa da constituição, plasmando nela um caráter vinculativo de tal forma dotado de imperatividade cuja inobservância pode deflagrar mecanismos de coação.**

Pelo neoconstitucionalismo a avulsão de pensamentos contextualizados [subordinação aos valores vigentes em dada sociedade, tradição] tenta romper as metas narrativas universalizantes, se opondo à visão estanque de predição do mundo encerrado em jaulas. O vínculo social inaugura novas conexões complexas com conflitos sociais de categorias de alta comple-

xidade com elementos multifatoriais. **Diante dessa configuração dialética, a lei mecanicista já não mais se adequa pois tem dificuldades de interpretar e de dar solução adequada ao caso.** (FERREIRA e KROHLING, 2012, p. 38) (grifos meus)

Via de consequência, exsurge o conceito de Jurisdição Constitucional como mecanismo voltado a assegurar uma atuação do Direito compromissada com ideais de justiça, assegurando a dignidade humana através do reconhecimento da Constituição Federal como epicentro do ordenamento jurídico:

A aplicação do ordenamento jurídico, por sua vez, é inspirado na teoria da justiça, trazendo à tona ideais de normatividade dos princípios, uma vez que a forma da nova hermenêutica também se reaproxima da filosofia enquanto desenvolvimento edificante da dignidade pautada na **expansão da Jurisdição Constitucional**. Bello (2007, p. 13) ressalta que **o direito constitucional tornou-se “[...] o epicentro do ordenamento jurídico hodierno [...] representa a matriz por intermédio da qual devem ser extraídos os elementos e técnicas necessárias para a deliberação do norte de cada ramo subsidiário do Direito”**. (FERREIRA e KROHLING, 2012, p. 39) (grifos meus) [...]

Finda-se a exposição acerca da supremacia da Constituição com uma afirmação interessante. Versando sobre o dogma que ainda paira na tradição jurídica brasileira no sentido de que os princípios constitucionais não seriam dotados de eficácia normativa por si sós, dependendo obrigatoriamente de sua conformação no plano infra-legal pelo legislador, Ana Paula de Barcellos observa, com precisão:

Essa, todavia, em primeiro lugar, não é uma resposta intelectualmente honesta. **Como já se viu, é perfeitamente possível identificar os efeitos pretendidos por muitos desses comandos** [princípios].

Além disso, a solução de ignorar o problema também não é compatível com os princípios da Supremacia da Constituição e do Estado de direito constitucional. **Imaginar que cabe à ordem infraconstitucional preencher de sentido as disposições constitucionais, em toda sua extensão, como se a Carta Magna fosse formada por um conjunto de cláusulas vazias e o legislador ou administrador pudessem livremente dispor a respeito do seu conteúdo, subverte a relação hierárquica existente entre a Constituição e a ordem jurídica em geral**. A que estarão vinculados Legislativo e Administração, afinal, se não aos objetivos e fins constitucionais? Embora Legislativo e Administração tenham um papel importante na concretização das metas constitucionais, se lhes competis-

se fixar livremente o contorno desses fins, que superioridade haveria na Constituição? (2018, p. 240-241) (grifos meus)

Por derradeiro, deve-se consignar que não há qualquer razão de ser para o tratamento da matéria fática como questão alheia ao Direito, na busca de uma justificacão para a aplicacão de um instrumental distinto ao da Jurisdicão Constitucional para apreciacão dos fatos em juízo. Isto pois o que a Jurisdicão Constitucional visa, em última análise, é a efetivacão dos anseios sociais cristalizados na Constituição Federal (SANTOS, 2008, p. 219).

Não é possível se falar na materializacão dos interesses constitucionalizados de proteçãõ à dignidade humana (art. 1º, III da CF/88) através da concessão de benefícios por incapacidade laborativa aos indivíduos necessitados sem o reconhecimento da materializacão do suporte fático das normas que instituem as benesses no caso concreto (MELLO, 2017, p. 143). Nesta linha, considerada a necessidade do processo “dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos ou outras posições jurídicas de vantagem contempladas no ordenamento, quer resultem de expressa previsãõ normativa, quer se possam inferir do sistema” (BARCELLOS, 2011, p. 190), chega-se, pois, à inevitável conclusãõ de que o Direito de Acesso à Justiça (art. 5º, XXXV da CF/88) em sua concepçãõ atual reclama a incidência das normas constitucionais no controle do mérito do juízo fático a fim de se garantir a correçãõ da decisãõ judicial sob o prisma intersubjetivo, pautado nas concepções de “certo e errado” estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

1.4.1 A fixaçãõ do Standard Probatório aplicável em demandas previdenciárias associadas a incapacidade laborativa a categoria da “prova além de qualquer dúvida razoável”

Compreendido o instituto dos *Standards* Probatórios no contexto do que alguns autores denominam de Teoria da Prova Constitucionalmente Fundada (STRECK, 2018, p. 16), passa-se à exposiçãõ dos motivos pelos quais se entende que deve vigorar no contexto de demandas previdenciárias associadas a benefícios por incapacidade

laborativa a categoria de convencimento denominada “prova além de qualquer dúvida razoável” (a que se fez alusão nos tópicos anteriores deste capítulo) para a validação da sentença proferida em desfavor dos interesses vitais do requerente.

Conforme descrito acima, a fim de se garantir o atendimento dos anseios sociais fixados na Constituição Federal (Jurisdição Constitucional), faz-se necessária a fixação de categorias de convencimento adequadas ao julgamento de cada demanda judicial, levando-se em consideração a natureza do direito controvertido nos autos.

No tocante ao ponto, buscou-se demonstrar que, a despeito da institucionalização da Teoria dos *Standards* Probatórios no Brasil através dos mecanismos da tutela de urgência (art. 300, CPC/15) e do princípio do *in dubio pro reo* (art. 386, VII do CPP), inexistem regras processuais voltadas a esta mesma matéria em demandas cíveis relativas à tutela do mínimo existencial, fator que, por carecer de uma justificação idônea sob o plano teórico do Pós-Positivismo, afastaria eventual alegação de que o não tratamento da matéria teria decorrido de silêncio eloquente do legislador.

Neste cenário, considerada a existência de uma lacuna normativa no Ordenamento Jurídico no tocante ao tema aqui versado, impõe-se seu disciplinamento através dos princípios constitucionais, por serem tais normas dotadas de eficácia integrativa (art. 4º do Decreto-Lei 4.657/42).

Pois bem. As normas jurídicas com aptidão para auxiliar na definição do *standard* probatório aplicável em demandas previdenciárias associadas a benefícios por incapacidade laborativa correspondem aos princípios da Dignidade Humana (arts. 1º, III, 3º, I, III e IV e 5º, caput da CF/88) e do Acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF/88).

A relação existente entre os referidos princípios e a temática é evidente, em virtude do fato de que, conforme detalhado no tópico 2.3, a imposição de um alto *standard* de convencimento que autorize a edição de sentença contrária ao pedido da parte severamente mais vulnerável no processo repercute em dois aspectos que afetam positivamente os interesses tutelados pelos referidos princípios.

Estes dois aspectos voltam-se à evitação do grave custo de injustiça relacionado a decisão que nega a um indivíduo incapacitado para o labor o acesso aos benefícios previdenciários relacionados a sua subsistência: a) imposição, ao magistrado, do

dever de aprofundamento do contraditório e da cognição em torno dos fatos controvertidos no processo quando tais questões não estiverem devidamente esclarecidas; b) deveres rigorosos de fundamentação da sentença judicial proferida em desfavor do requerente, devendo o magistrado, nestas ocasiões, revelar a forma como valorou os meios de prova existentes nos autos (a fim de comprovar que sua pré-compreensão não maculou uma interpretação dos instrumentos probatórios intersubjetivamente considerada legítima), bem como demonstrar com clareza que o conteúdo do acervo fático-probatório analisado aponta para a existência de capacidade laborativa do requerente sem restar margens de dúvidas razoáveis acerca da matéria sob um prisma intersubjetivo (KNIJNIK, 2017, p. 29).

Nesta linha conclui-se que o estabelecimento do grau de convencimento categorizado como “prova além de qualquer dúvida razoável” para regulamentação do juízo fático exercido nas ações previdenciárias voltadas à preservação do mínimo existencial afiguraria-se como solução mais adequada para a hipótese aqui versada.

Contribui na justificativa para tal afirmação o fato de inexistir colisão real entre a referida tomada de posição e o grau de relevância de se estabelecer o mecanismo a fim de tornar o exercício da jurisdição em demandas judiciais da espécie em conformidade com os vetores axiológicos existentes na Constituição Federal de 1988.

Explica-se. Conforme será objeto de análise detida no tópico seguinte a este, no atual modelo, o que existe, a rigor, é a definição do *standard* probatório da “prova além de qualquer dúvida razoável”, porém direcionado à comprovação da materialização do suporte fático dos pedidos por benefícios por incapacidade laborativa do autor (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 403). A consolidação deste paradigma hodierno, conforme discutido nos tópicos 2.1 e 2.3, deriva do fato de que, no atual estado da arte da ciência do Direito nacional ainda predomina a concepção de que a busca pela verdade real no processo, além de garantir a legitimidade da decisão judicial, serviria de mecanismo eficiente no controle da possibilidade da sentença ser lastreada em uma verdade processual dissociada da verdade real.

Observado sob este prisma, em uma primeira análise poderia o jurista afirmar que, na medida em que o atual modelo estabelecido na processualística pátria garante a tomada de decisão em um contexto mais seguro quanto ao acerto dos fatos,

sua alteração através da substituição da atual categoria de convencimento da “prova além de qualquer dúvida razoável” dirigida a comprovação dos fatos constitutivos do direito do autor pela exigência do *standard* da “prova além de qualquer dúvida razoável” direcionado ao grau de convencimento requisitado para o indeferimento dos pedidos autorais poderia vir a comprometer o princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. Isto pois, em síntese a referida norma estatui que:

Os bens, direitos e interesses públicos são confiados ao administrador para gestão, nunca para sua disposição. **O administrador tem o dever de guarda, aprimoramento e conservação, lembrando-se de que a atividade administrativa é um *munus publico*, é encargo, é obrigação para os administradores.** (MARINELA, 2018, p. 76) (grifo meu)

De tal modo, considerando que em um primeiro olhar a substituição aqui visada poderia importar maiores riscos da decisão judicial ser proferida em erro e culminar no estabelecimento do dever da Administração Pública em conceder benefícios previdenciários a indivíduos que não fazem jus à benesse, poderia-se chegar a conclusão de que a solução apresentada nesta obra seria inadequada, fundada em um equivocado sopesamento dos princípios da Dignidade Humana e, alegadamente, do Acesso a Justiça sobre o princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

Ocorre que, *in casu*, a rigor não há qualquer conflito entre os mencionados princípios constitucionais, na medida em que, conforme asseverado acima, a promoção do “*standard* da prova além de qualquer dúvida razoável” em favor do postulante (ao invés de contrário a ele, como ocorre na atualidade) volta-se a estabelecer como requisitos de validade da decisão judicial firmada no contexto aqui desenvolvido: a) aprofundamento do contraditório e da cognição de provas, em contexto não esclarecimento acerca do real estado de saúde do autor da demanda previdenciária; b) deveres de fundamentação extremamente rigorosos da decisão judicial desfavorável ao requerente, imposição mandatória à luz do dever do Estado Democrático de Direito julgar em conformidade com os valores de justiça vigentes no seio da coletividade e cristalizados na Constituição Federal de 1988.

De tal modo, afirma-se que a construção teórica aqui desenvolvida não possui, se aplicado nos moldes descritos acima, o condão de aumentar a suscetibilidade do

magistrado vir, ao final do processo, a impor o estabelecimento do benefício previdenciário em face de requerente que não faz jus a tanto.

Por outro lado, apenas a título argumentativo, ainda que assim o viesse a ser em última análise, os direitos visados pelo autor em demandas previdenciárias desta espécie são relevantes de tal forma que ainda assim haveriam de ser sobrepesados quando em conflito com o princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

Tal dá-se em virtude da existência de mecanismos próprios da legislação previdenciária que atenuam os riscos de dano destinados à Administração Pública associados a concessão indevida de benefícios previdenciários associados a incapacidade laborativa, pois autorizam o ente competente (Instituto Nacional da Previdência Social) a convocar o beneficiário de prestações pecuniárias a qualquer momento para realização de perícia administrativa voltada à análise do do estado de saúde do beneficiário. No ato, sendo constatado pelo perito da Autarquia Previdenciária não mais subsistir o quadro de incapacidade laborativa que ensejou a concessão das prestações previdenciárias, faz-se possível a edição de ato administrativo voltado à cessação da benesse que perdeu razão de ser (arts. 43, § 4º e 60, § 10º da Lei 8.213/91).

Por fim, apenas a fim de consolidar a exposição aqui tecida acerca da opção pelo *standard* de convencimento selecionado, reitera-se que não há, no plano lógico, qualquer justificativa para o tratamento diferenciado entre o acusado nas ações penais e o autor das ações previdenciárias voltadas a percepção de benefícios por incapacidade laborativa no que diz respeito ao grau de convencimento necessário para a tomada de decisão contrária ao indivíduo, tendo em vista que em ambos casos existe o mesmo elemento a ser combatido pela Jurisdição Constitucional - a extrema gravidade do risco da decisão judicial contrária aos interesses vitais do polo mais vulnerável da relação processual ser firmada em lastro probatório insuficiente, bem como estar assentada em fundamentação inidônea.

1.5 A PROBLEMÁTICA DA BUSCA PELA VERDADE REAL NO CONTEXTO DOS *STANDARDS* PROBATÓRIOS

A problemática a ser desenvolvida no presente tópico pode ser introduzida nas linhas de Lenio Luiz Streck, Igor Raatz e William Galle Dietrich no seguinte sentido:

Geralmente a lição acerca da verdade real vem sempre acompanhada da explicação sobre a verdade processual. A rigor, a doutrina explica que a verdade real não pode ser alcançada pelo processo. Lamenta que ela é utópica e mítica. Que nunca poderia ser atingida. E, após isso, passa a explicar a verdade processual que, em traços gerais, é aquela que advém do processo. **Contudo, a verdade real continua existindo como um ideal a ser perseguido, vale dizer, a doutrina sabe da impossibilidade de alcançar essa verdade ontológica (que aqui ganha contornos clássicos) – em que pese acredite que ela exista –, mas esta passa a ser um norte que deve ser trilhado no (e pelo) processo.** É nesse ponto que os problemas começam, mormente pelo fato de que a busca pela verdade real passa a ser um princípio para o senso comum teórico dos juristas. (2017, p. 394) (grifo meu)

A despeito de, à primeira vista, não haver incongruência ou problemas práticos na afirmação corrente na processualística pátria de que a finalidade do juízo fático é a busca pela verdade real (na medida em que tal elemento voltaria-se a legitimação da decisão judicial contra juízos arbitrários), a questão merece maior atenção, na medida em que o modo de compreensão da matéria influencia diretamente na abordagem jurídica conferida a atividade de interpretação de fatos em juízo.

Conforme visto, no cerne do juízo fático existem duas etapas: a) análise e significação dos meios de prova acostados aos autos, extraindo-se, a partir da valoração deste acervo linguístico, uma determinada conclusão (um significado - ex. convencimento de que a probabilidade de 'x' ser verdadeiro é ligeiramente superior à probabilidade de 'x' não ser verdadeiro); b) análise acerca da correspondência entre a conclusão extraída da análise dos meios de prova (seu significado, o convencimento acerca da veracidade de determinado fato alegado em juízo) e um referencial, ponto de chegada que irá autorizar dizer se o significado extraído dos meios de prova atingiu ou não um grau suficiente de convicção a ponto de ser reputado como verdadeiro pelo órgão decisório (ex. se a partir do convencimento por uma ligeira maior preponderância da ocorrência do fato 'x' pode-se passar à conclusão de que 'x' é verdadeiro, processualmente) (KNIJNIK, 2001, p. 13 e 14).

Inicialmente, no tocante à mencionada segunda etapa do juízo fático, destaca-se que, ainda que não soe evidente, o estabelecimento da verdade real como elemento a ser revelado pelo processo culmina na definição de um *standard* probatório análogo àquele previsto pela categoria da “prova além de qualquer dúvida razoável”, sempre direcionado ao fato constitutivo do direito alegado pela parte, na linha do disposto no art. 373 do CPC/15 (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 403).

Explica-se. A partir da construção teórica de que o processo é campo de discussão para o encontro da verdade real, esta passa a definir o referencial a ser alcançado pelo grau de convencimento obtido pelo intérprete na primeira etapa do juízo fático (valoração do acervo fático probatório acostado aos autos), resultando em requisitos processuais extremamente rigorosos para o encontro da prova no processo.

Para a devida compreensão da problemática a ser aqui abordada, faz-se necessário o breve apanhamento de uma questão versada anteriormente cujo tratamento aqui se impõe, sintetizada nos seguintes moldes:

No Direito norte-americano, o estudo dos standards probatórios parte do pressuposto de que o a prova pode induzir a diferentes graus de persuasão. Essa premissa relaciona-se diretamente a outra particularidade do Direito norte-americano, a qual não costuma receber muita atenção nos sistemas de civil law: a diferença entre ônus da prova (*burden of evidence*) e ônus de persuasão (*burden of persuasion*). **Essa distinção (...) visa demonstrar que, no processo judicial, não podem ser considerados iguais o risco da não persuasão (*the risk of non-persuasion*) e o ônus de produzir provas (*the burden of evidence*).**

No que diz respeito ao tema do presente ensaio, interessa destacar que, **ao dar especial atenção ao ônus da persuasão, a doutrina americana costuma surpreender a sua análise a partir de dois componentes, quais sejam, o risco da não persuasão e o standard probatório.** Este último acaba servindo para atender a diferentes propósitos, dentre eles determinar como alocar os riscos entre os litigantes e indicar a importância que acompanha a decisão final, na medida em que não é comum estabelecer um standard probatório mais pesado quando direitos fundamentais ou liberdades estão em causa. (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 393) (grifos meus)

Contextualizados tais elementos no tratamento do juízo fático realizado no Brasil, observa-se que a tradição jurídica pátria peca por não reconhecer alguns dos itens

descritos no trecho acima, que sintetiza as bases epistemológicas para compreensão da atividade interpretativa dos fatos em juízo nos Estados Unidos da América.

Em primeiro lugar, por aqui, excetuados os institutos da tutela de urgência (art. 300 do CPC/15) e o princípio do *in dubio pro reo* (art. 386, VII do CPP), observa-se o não reconhecimento do importante fator associado ao risco da não persuasão, estando centrada a discussão acerca do tratamento probatório apenas em torno do ônus de prova (*burden of evidence*), já que o art. 373 do CPC/15 é interpretado como regra processual que exaure o disciplinamento da valoração de provas em juízo (excetuada as normas associadas a requisitos de validade para produção de certos meios de prova, como ocorre com a perícia judicial no art. 473 do CPC/15).

Ocorre que, em contraste com as matrizes epistemológicas vigentes na processualística brasileira (tópico 2.1), conforme buscou-se demonstrar nos tópicos anteriores, a adoção da verdade real como ponto de chegada do juízo fático é assunção extremamente perigosa, na medida em que, não sendo ao processo dado o acertamento dos fatos apurados em juízo, correto concluir-se pela necessidade do estabelecimento de mecanismos voltados a distribuir os riscos inerentes à decisão judicial eventualmente pautada em “fatos” não verdadeiros entre os litigantes, tarefa esta realizada a partir da análise acerca do modo com o qual a decisão judicial irá impactar interesses vitais da parte processual mais vulnerável no processo.

Aqui está sediada, pois, o primeiro problema associado à adoção da verdade real como norte a ser alcançado no processo, tendo em vista que o senso comum teórico descrito nas linhas acima pode ser utilizado para sustentar o exercício da jurisdição em descompasso com sua finalidade (devido atendimento dos direitos fundamentais dos interessados - Princípio do Acesso à Jurisdição, art. 5º, XXXV da CF).

Há ainda um segundo grave contratempo gerado pela adoção da verdade real como finalidade do juízo fático. Tal fator está associado ao fato de que, ao invés de contribuir para o desenvolvimento de uma atividade interpretativa dos fatos mais segura no que diz respeito à preservação da imparcialidade do magistrado, os efeitos alcançados pela concepção levam justamente ao contrário, na medida em que esta “mística redução de erros decorrente de um forte standard probatório acaba confe-

rindo ao juiz uma rocha para se esconder atrás (*high standard gives the judge a rock to hide behind*)” (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 403).

A explicação para tal fenômeno perpassa a compreensão das exposições tecidas no tópico 2.1 acerca do paradoxo firmado em torno do conceito de prova sedimentado na processualística brasileira, segundo o qual a junção dos conceitos antagônicos de uma “verdade real” ontológica (objetivista) e, ao mesmo tempo, metafísica (subjetivista), acaba por entregar o juízo fático à discricionariedade do intérprete.

Conforme buscou-se demonstrar, a concepção de verdade real ontológica (pautada na filosofia objetivista), afirma que o significado de determinado objeto reside nele próprio (em sua essência), devendo a correção do raciocínio desenvolvido pelo intérprete na descrição do fenômeno sob análise pautar-se dentro dos limites do que inequivocamente se pode constatar em torno do objeto (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 395). Observa-se no referido conceito, destarte, a existência de uma verdade “sólida” o suficiente a ponto de ser reputada como ponto de partida seguro para a apreciação da matéria fática controvertida em juízo, elemento que legitimaria, com excelência, as sentenças judiciais - pois o juízo fático nada mais faria do que partir em busca da realidade dos elementos fáticos controvertidos em sua essência.

Ocorre que, conforme descrito anteriormente (tópico 2.2), a investigação de tal realidade não se faz possível na esfera processual, vez que no juízo fático incidem diversos fatores (ex. falibilidade dos meios de prova, influências da pré-compreensão do magistrado no raciocínio lógico-inferencial realizado em torno do conjunto probatório) que inevitavelmente comprometem o desvelamento da verdade real.

Conforme descrito acima, por vezes a doutrina afirma que a verdade real é plenamente alcançável pelo processo através da análise dos fatos guiada por métodos científicos; lado outro, assume a impossibilidade de alcance da verdade real no exercício da jurisdição (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 394). De todo modo, no plano epistemológico do *civil law*, o encontro de tal elemento continua existindo como fator que legitima a decisão judicial, de forma que, em uma visão dogmática e afastada da realidade, acaba-se por aceitar que, segundo a metodologia da Ciência do Direito, tendo o magistrado seguido as normas processuais na análise da matéria

fática controvertida, sua decisão corresponderia à verdade real ou a algo que mais dela se aproxima (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 903).

Embora tal concepção pareça, à primeira vista, acertada, ainda assim remanescerá, no caso da inexistência de *standards* probatórios, um incontrolado risco da decisão judicial aparentemente reveladora da verdade real ou do que mais dela se aproxima ser pautada em “fatos” inverídicos e, ainda assim, importar restrições graves e injustas à realidade da parte processual mais vulnerável no processo.

Assim feita a exposição, chega-se, pois, à conclusão no sentido de que “a grande questão, portanto, não é discutir se o processo atinge ou não verdades; a grande questão é perceber que o tema “verdade” vem sendo utilizado como álibi retórico quando o julgador assujeita a valoração da prova” (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 397). Assim é porque, se por um lado presume-se que o magistrado terá alcançado a verdade real através do juízo fático e sendo, por outro lado, o próprio conceito indefinido e inalcançável do que vem a ser a verdade real no caso concreto de fator que estabelece tal presunção, chega-se à conclusão final de que o magistrado possui, à sua disposição, um mecanismo retórico capaz de lhe dar condição de possibilidade para valorar provas e encontrar a verdade real de forma unilateral.

Tais aspectos sobrelevam a relevância das contribuições da Teoria dos *Standards* Probatórios norte-americana nesta seara, sintetizados no seguinte trecho, de grande pertinência para consolidação do que foi desenvolvido neste capítulo:

É interessante notar que, apesar de os sistemas de common law adotarem os referidos standards probatórios, eles não o fazem com vistas a uma busca quase que obsessiva pela verdade. A teorização acerca do tema está muito mais voltada ao estabelecimento de mecanismos de controle do convencimento do júri e dos juízes e à necessidade de exigir provas mais robustas em processos que poderão atingir determinados direitos fundamentais como a liberdade. (DIETRICH, STRECK e RAATZ, 2017, p. 402)

Por derradeiro, dá-se por concluída a exposição deste capítulo acerca da dicotomia entre a busca pela verdade real no processo (tendente ao solipsismo judicial) e a busca pela verdade hermenêutica dos *standards* probatórios, relevante mecanismo de inserção do juízo fático no que se pode compreender como Teoria da Prova Constitucionalmente Fundada.

2 ENUNCIADO Nº 8 DAS TURMAS RECURSAIS DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO

2.1 A DESCRIÇÃO DO ENUNCIADO E SEUS FUNDAMENTOS

O Enunciado nº 8 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Espírito Santo contém o seguinte teor:

O laudo médico particular é prova unilateral, enquanto o laudo médico pericial produzido pelo juízo é, em princípio, imparcial. O laudo pericial, sendo conclusivo a respeito da plena capacidade laborativa, há de prevalecer sobre o particular. (BRASIL, 2004)

Embora as argumentações invocadas para o emprego da referida tese no julgamento de demandas previdenciárias voltadas aos benefícios por incapacidade laborativa possam eventualmente variar, identificam-se três argumentos centrais comuns entre elas, realçados no seguinte *decisum*, paradigma da fundamentação predominantemente empregada nestas hipóteses:

[...] Não se pode perder de vista que há uma diferença metodológica entre o médico assistente e o médico perito, pois enquanto o **primeiro parte da premissa da plena veracidade das afirmações do paciente que busca o diagnóstico e cura de sua doença, ou seja, estabelece uma relação de confiança necessária para o sucesso do tratamento, mas cujas consequências de eventual imprecisão ou da falsidade das informações trarão prejuízo única e exclusivamente ao paciente. O segundo, por seu turno, tem que partir da premissa da imparcialidade ou equidistância, ou seja, não toma de antemão como verdade as afirmações da parte e dos respectivos médicos assistentes acerca do seu quadro, mas busca por meio da técnica médica aplicada no ato pericial confirmar a veracidade dessas informações, e suas consequências sobre a capacidade laborativa ou sobre a capacidade de integração na sociedade em si, sendo certo que nesse caso a imprecisão ou a falsidade das informações prestadas podem trazer consequências para terceiros, especialmente à Administração da Justiça e à Previdência Social. Desse modo, evidencia-se o porquê de**

não ser incomum o desencontro de conclusões de médicos assistentes e médicos peritos, sem que se possa falar em má-fé ou imperícia de qualquer deles, o mesmo se podendo dizer das divergências entre conclusões de médicos peritos entre si, sendo elas decorrentes das peculiaridades na abordagem e do conhecimento de cada um, valendo lembrar sempre que a ciência médica não é uma ciência exata (BRASIL, 2020) (grifos meus)

Na exposição de outro julgado de órgão decisor vinculado às Turmas Recursais da Seção Judiciária do Espírito Santo, segue-se que:

[...] Nessa linha detalho que a prova pericial se distingue pela equidistância das partes, que conta com o compromisso legal do especialista, elemento de prova produzido sob o crivo do contraditório judicial e da ampla defesa, o que lhe atribui maior eficácia probatória, possuindo, portanto, presunção de legitimidade e veracidade em detrimento dos laudos fornecidos por assistentes. (BRASIL, 2020)

De plano, é possível observar, pois, que os principais fundamentos invocados pelos magistrados federais para corroborar a validade do Enunciado jurisprudencial que orienta a sobreposição dos laudos periciais em detrimento dos exames particulares dão-se com base em três elementos.

O primeiro deles refere-se ao fato dos pareceres elaborados por médicos-assistentes serem produzidos de forma unilateral, fazendo-se remissão ao fato de que tal fator poderia vir a excluir ou atenuar o controle deste meio de prova sob crivo do Contraditório (art. 5º, LV da CF/88).

O segundo diz respeito à natureza da relação existente entre médico-assistente e parte processual, que conduziria o profissional de saúde a elaborar seus pareceres médicos relativos ao paciente partindo-se “plenamente” da premissa de que os sintomas por ele alegados são verdadeiros, a fim de alcançar êxito no tratamento das patologias eventualmente existentes.

Em terceiro momento, aduz-se a necessidade de sobreposição do parecer judicial em detrimento dos laudos particulares com base na imparcialidade do perito judicial, profissional que, por não possuir relação com o periciado, demonstraria-se mais apto à análise do quadro clínico do autor com maior rigorosidade e precisão.

2.2 ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DO ENUNCIADO À LUZ DA TEORIA DA PROVA CONSTITUCIONALMENTE FUNDADA

Os três argumentos suscitados acima para justificar a validade da tese jurisprudencial elencada no Enunciado nº 8 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Espírito Santo, na linha da exposição tecida no capítulo 2, devem ser compreendidos como itens da pré-compreensão do magistrado, empregados na valoração do acervo fático probatório (primeira etapa do juízo fático), bem como na distribuição do ônus de persuasão (grau de convencimento) necessário para o acolhimento do pedido formulado pelo autor na ação previdenciária (segunda etapa do juízo fático).

A abordagem dos três argumentos lançados pelos juízes federais e destacados no sub-tópico anterior sob este viés afigura-se de extrema relevância para que se possa compreender seus equívocos, que culminam na inconstitucionalidade do Enunciado. Neste sentido, cita-se a seguinte lição:

Daí a importância da pré-compreensão, que passa à condição de possibilidade nesse novo modo de olhar a hermenêutica jurídica. **Nossos pré-juízos que conformam a nossa pré-compreensão não são jamais arbitrários. Pré-juízos não são inventados; eles nos orientam no emaranhado da tradição, que pode ser autêntica ou inautêntica.** Mas isso não depende da discricionariedade do intérprete e tampouco de um “controle metodológico”. O intérprete não “domina” a tradição. Os sentidos que atribuirá ao texto não dependem de sua vontade, por mais que assim queiram os adeptos do (metafísico) esquema representacional sujeito-objeto. [...] A interpretação jamais se dará em abstrato, como se a lei (o texto) fosse um [mero] objeto cultural. Há, sempre, um processo de concreção, que é a applicatio, momento do acontecer do sentido, que ocorre na diferença ontológica. Não há textos sem normas; não há normas sem fatos. **Não há interpretação sem relação social.** É no caso concreto que se dará o sentido, que é único; irrepetível. (STRECK, 2007, p. 37) (grifos meus)

Explica-se. Conforme se buscou demonstrar no tópico 2.2, a pré-compreensão trata-se dos conhecimentos prévios e visão de mundo do magistrado aplicados na interpretação de todo evento plurissignificativo submetido a sua apreciação, posto que

tais elementos psicológicos são inerentes a condição humana e guiam o processo cognitivo realizado em torno dos eventos. Daí afirmar-se que “o próprio contexto social, histórico, linguístico e cultural do intérprete acabarão por interferir no resultado do processo interpretativo, visto que o ser do intérprete não pode ser dissociado do produto da sua própria interpretação” (OLIVEIRA e MOURA, 2011, p. 92).

Relacionando tais concepções com o trecho mencionado acima, deduz-se que este sistema de conhecimentos, valores e visão de mundo do magistrado dirigentes do resultado de sua interpretação podem dar-se na linha do que se denomina tradição autêntica ou inautêntica. Neste ponto reside um dos mecanismos centrais da possibilidade de controle do mérito do juízo fático, impondo que o ato decisório levado a cabo pelo juiz seja pautado por sua auto-contenção em relação a pré-compreensão por ele titularizada, tendo em vista que os “pré-juízos não percebidos como tais nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. Não perceber os pré-juízos “como” pré-juízos alienam o intérprete, fazendo-o refém da tradição ilegítima” (STRECK, 2007, p. 42).

A fim de se evitar um ato decisório desprovido de autenticidade (e, com efeito, de validade jurídica, por força da Jurisdição Constitucional) no contexto do Estado Democrático de Direito, o magistrado deve estar ciente da influência de seus pré-juízos na compreensão de matérias plurissignificativas e verificar, constantemente, se as conclusões *a priori* estabelecidas em torno dos objetos apreciados estão em consonância com o que intersubjetivamente trataria-se de uma resposta considerável correta no caso concreto (STRECK, 2007, p. 42). Registra-se que, conforme visto, a despeito da inviabilidade de existir um consenso unitário acerca de valores de justiça no seio de toda uma sociedade, é correto afirmar haver um consenso largamente aceito (e materializado no art. 1º, III da CF/88) segundo o qual, vindo a sentença a ser proferida em erro, seria preferível conceder benefício previdenciário a quem não faz jus do que negar a prestação pecuniária a quem de fato é merecedor da benesse, voltada ao suprimento de necessidades básicas para sua subsistência.

No tocante ao ponto, o que se observa da análise da tese elaborada no Enunciado nº 8 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Espírito Santo sob o prisma da intersubjetividade nada mais é do que uma patologia de tudo que se desenvolveu no Positivismo Jurídico e permanece impregnado na cultura de nossos juízes: partindo-

se da admissibilidade de diversas respostas possíveis em torno de um determinado objeto, não se ater o jurista à busca por respostas mais acertadas à luz dos vetores axiológicos delineados na Constituição Federal, culminando na edição de sentenças destoantes da tradição autêntica e dando voz à tradição ilegítima nas decisões judiciais proferidas pelo Judiciário.

Passa-se, assim à fundamentação dos apontados equívocos em torno dos três elementos basilares do Enunciado nº 8 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Espírito Santo.

2.2.1 A falibilidade do método pericial

A exposição acerca da falibilidade da perícia judicial perpassa a compreensão de como se opera o fenômeno. Tal como ocorre no *modus operandi* do juízo fático, no qual o intérprete dos fatos alcança uma conclusão acerca do modo de ser das alegações fáticas controvertidas nos autos no plano da realidade através de inferências, o mesmo se dá com a perícia judicial, na medida em que “a rigor, numa perícia, sempre estará envolvida a aplicação de uma máxima da experiência técnica, relativa a uma ciência, uma experiência específica ou uma técnica, pelo que o tema vai jungido à utilização do método indutivo” (KNIJNIK, 2017, p. 41).

O caráter indutivo deste meio de prova em relação ao objeto nele investigado decorre do fato de que mesmo sendo empregado de forma correta o método considerado adequado para o tratamento do objeto sob análise, seus resultados correspondem a conclusões de cunho meramente hipotético (probabilístico) quanto ao modo de ser do fato por ela descrito:

[...] as leis científicas, por lhes faltar a condição de certeza e imutabilidade, têm natureza de hipótese. Ainda quando a teoria resultante da pesquisa científica indique alto índice de acerto que gere uma “quase certeza” ou uma “certeza prática” em relação ao fato probando, deve ser tratada como hipótese. Na maioria dos casos, porém [...] o dado científico é elaborado em termos probabilísticos que lhe atribuem apenas um determina-

do percentual de acerto, que, pode ser, inclusive, baixo. (ALMEIDA, 2011, p. 82)

A importação de tais noções às demandas por incapacidade laborativa é pertinente, tendo-se em vista que, nesta seara, após apurar elementos objetivos atinentes ao quadro clínico do periciado (ex. grau de restrição de movimentos dos membros superiores em razão de determinada patologia), parte-se para uma segunda etapa da investigação, em que se verifica se tais limitações objetivas poderiam conduzir à conclusão de que o indivíduo encontra-se incapacitado para o exercício de sua função laborativa habitual. Conforme soa intuitivo, esta seção do juízo não pode ser compreendida como uma atividade de cunho eminentemente objetivo, por ser permeada pelo modo de percepção e interpretação próprios do perito judicial (fatores inerentes ao raciocínios de cunho indutivo).

Observado sob este ângulo, considera-se que a perícia judicial trataria-se, em última análise, de uma investigação de natureza probabilística e também pessoal (com a devida ressalva quanto à segurança, objetividade e estabilidade dos métodos das ciências contemporâneas) na qual a conclusão do parecer científico também sofre influxos da pré-compreensão do *expert* na valoração dos elementos envolvidos no evento analisado (KNIJNIK, 2017, p. 87), o que, de plano, afasta eventual dogma de que o exame invariavelmente conduz ao encontro da verdade real.

O quadro narrado evidencia, pois, que o exame pericial não possui o condão de excluir o “risco de não esclarecimento” do juízo fático, que continua sendo exercido em contexto de incertezas quanto ao acerto dos fatos. Neste viés, faz-se imperioso o dever de controle efetivo da perícia judicial pelo magistrado, contrariando a solução por adotar as conclusões do exame sem maiores questionamentos.

Aliado às constatações descritas nas linhas acima, frisa-se não ser raro haver divergências nas conclusões firmadas entre profissionais da área da Medicina quando da apreciação de um mesmo quadro fático, podendo o impasse surgido recair, exemplificadamente, sobre os seguintes elementos: a) aferição de quais fatos são relevantes para responder à questão controvertida nos autos; b) definição do conjunto de generalizações teóricas ou metodológicas que deveriam ser aplicadas aos fatos identificados como relevantes (qual método científico deve ser empregado no caso);

c) conclusão acerca das consequências passíveis de serem extraídas da aplicação das generalizações citadas aos fatos relevantes (KNIJNIK, 2017, p. 67).

Por outro lado, a despeito da presunção legal de que o *expert* designado pelo magistrado é imparcial, tratando-se de auxiliar da justiça (art. 149 do CPC/15), à par da possibilidade da perícia apurar uma conclusão fática discrepante com a realidade do evento analisado no plano da realidade, impõe-se a compreensão do dogma da excelência da perícia com cautela. Isto na medida em que, contrariando o senso comum expressamente declinado no Enunciado sob comento e não raramente invocado na jurisprudência pátria de forma retórica, “com efeito, pode ocorrer que o perito nomeado pelo juiz não seja efetivamente imparcial [em razão de suas pré-compreensões] ou bem que careça de uma preparação técnico-científica suficiente para dar adequada resposta às perguntas que se lhe formularem” (2017, p. 69).

Endossando a ilegitimidade da prática descrita no tópico anterior sob o prisma do Constitucionalismo Democrático, reforça-se que a *standartização* da prova pericial como meio de prova incontestável (em virtude da segurança dos métodos científicos modernos e da total imparcialidade e neutralidade com que a qual o perito conduz seu exame) colide gravemente com as imposições decorrentes da categoria de convencimento aplicável nas ações voltadas à tutela do mínimo existencial - “prova além de qualquer dúvida razoável”, estabelecida em favor dos interesses da parte mais vulnerável da demanda (conforme fundamentou-se nos tópicos 2.4.1 e 2.5).

2.2.2 O valor probante dos pareceres elaborados por médicos assistentes

Passa-se agora ao confronto dos argumentos suscitados pelos magistrados voltados à tentativa de legitimar a atribuição de um peso probatório inferior aos laudos médicos particulares em favor da perícia judicial em razão das seguintes alegações: a) o fato dos pareceres elaborados por médicos-assistentes serem produzidos de forma unilateral atenuariam ou excluiriam a possibilidade de controle deste meio de prova sob crivo do Contraditório (art. 5º, LV da CF/88); b) da relação de confiança travada entre médico assistente e parte processual pode-se presumir que os documentos

médicos particulares seriam inidôneos à revelação do quadro clínico do periciado, contendo meras hipóteses não submetidas a falseamento.

Na esteira do exposto nos tópicos 2.4.1 e 2.5 da presente obra, buscou-se demonstrar que em demandas previdenciárias voltadas ao mínimo existencial faz-se necessária, para a validação da sentença judicial proferida em desfavor dos interesses vitais da parte mais vulnerável do processo o maior aprofundamento da cognição dos fatos controvertidos possível.

Nesta linha, sobressai o equívoco dos argumentos tecidos pelos defensores do Enunciado nº 8 das Turmas Recursais da Seção Judiciário do Espírito Santo, na medida em que a solução visada por estes juristas, além de importar grave prejuízo ao princípio do Contraditório (art. 5º, LV da CF/88), conduz a uma decisão que desconsidera a “importância fundamental que os assistentes técnicos poderiam e deveriam desempenhar no processo, mormente em casos de elevada complexidade técnica ou científica” (KNIJNIK, 2017, p. 153).

Neste sentido, reportando-nos ao exposto no tópico anterior acerca da apuração, pela perícia, de meras probabilidades da existência de determinado fenômeno através das perícias judiciais, importante faz-se a menção à lição do processualista Diogo Assumpção Rezende de Almeida acerca da atividade probatória em demandas que comportam grave risco à parte sucumbente:

A prova probabilística pode ser útil na descoberta da verdade realizada no processo. O juiz, porém, não pode se servir unicamente dela. [...] o juiz não pode se valer somente da probabilidade estática, devendo recorrer àquilo que denomina de “probabilidade lógica”, que é mais ampla, uma vez que também leva em consideração os demais elementos de prova existentes no caso concreto. A prova probabilística é fria, desenvolvida através de fatos gerais que não levam em conta os demais fatores do caso concreto. Por essa razão, não pode ser valorada independentemente dos demais elementos de prova disponibilizados ao magistrado. A probabilidade, para ter valor no processo, deve encontrar suporte nesses outros elementos de prova, que complementam as peculiaridades do caso, para poder ser considerada confirmada. (2011, p. 93)

Além da necessidade de dialética entre o conteúdo do exame pericial e dos laudos particulares com base nestas questões de cunho lógico, a posição assumida pelos

juízes que se filiam ao entendimento aqui combatido revela uma colisão grave com o teor do art. 477, § 2º, II e § 3º do CPC/15, segundo o qual:

Art. 477. O perito protocolará o laudo em juízo, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

[...]

§ 2º O perito do juízo tem o dever de, no prazo de 15 (quinze) dias, esclarecer ponto:

[...]

II - divergente apresentado no parecer do assistente técnico da parte.

§ 3º Se ainda houver necessidade de esclarecimentos, a parte requererá ao juiz que mande intimar o perito ou o assistente técnico a comparecer à audiência de instrução e julgamento, formulando, desde logo, as perguntas, sob forma de quesitos.

Se o legislador, no ponto, caminhou bem ao estabelecer a necessidade do processo ser informado por mais de uma verdade científica, não há razão de ser para que a contribuição gerada ao Princípio do Contraditório (art. 5º, LV da CF/88) e ao rompimento do dogma solipsista da perícia judicial como prova incontestes dos fatos por ela confirmados seja atenuado por livre discricionarismo judiciário.

3 OS REFLEXOS DO EMPREGO DO ENUNCIADO Nº 8 DAS TURMAS RECURSAIS NA TEORIA DA PROVA CONSTITUCIONALMENTE FUNDADA

Nas linhas anteriores, buscou-se evidenciar a incorreção dos argumentos favoráveis ao emprego do Enunciado nº 8 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Espírito Santo em demandas judiciais afetas ao mínimo existencial.

A análise que se fará adiante recairá sobre a violação do Devido Processo Legal (art. 5º, LIV da CF/88) ocasionada pelo emprego do referido enunciado jurisprudencial em demandas previdenciárias voltadas a benefícios por incapacidade laborativa.

Para tanto, partirá-se do pressuposto de que os princípios constitucionais da Dignidade Humana (arts. 1º, III, 3º, I, III e IV e 5º, caput da CF/88) e do Acesso à Justiça (art. 5º, XXXV da CF/88) devem integrar a lacuna normativa existente no ordena-

mento jurídico no tocante ao necessário estabelecimento de mecanismos eficientes de controle dos riscos de injustiça associados à decisão judicial eventualmente proferida em erro (risco da não persuasão), conforme foi extensamente desenvolvido nos tópicos 2.4.1 e 2.5.

O efeito jurídico da necessária construção teórica, conforme descrito no capítulo 2, deve ser tido como o estabelecimento do *standard* da prova “além de qualquer dúvida razoável” como requisito de validade das sentenças proferidas em desfavor dos interesses vitais da parte processual severamente mais vulnerável na demanda, percutindo como efeitos: a) necessidade de fomento do contraditório e dever de aprofundamento da atividade de cognição dos fatos no exercício da gestão probatória (ex. arts. 139, III, 469 e 470 do CPC/15) em demandas envolvendo o mínimo existencial, pois nesta seara somente pode ser considerada válida a decisão judicial contrária à preservação do núcleo essencial da dignidade humana se o acervo fático probatório puder efetivamente conduzir a um alto grau de convencimento acerca da inexistência do fato constitutivo do direito do autor (KNIJNIK, 2001, p. 14); b) necessidade de fundamentação exauriente acerca dos fatos apurados na lide, evitando-se o recurso ao argumento de autoridade do “encontro da verdade real” na prolação na sentença que restringe o acesso ao mínimo existencial da parte sucumbente.

Como ponto de partida da análise, cita-se trecho de julgado firmado com esteio no Enunciado nº 8 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Espírito Santo, julgado improcedente. A escolha do referido acórdão deu-se em função do ato decisório condensar no acórdão os problemas versados no tópico 2 desta obra, conforme será detalhado adiante:

1. [...] interpõe recurso inominado (evento 32) contra sentença (evento 29) que julgou improcedente o pedido para condenar o INSS objetivando a concessão do auxílio doença e conversão em aposentadoria por invalidez, com o pagamento dos valores atrasados, devidamente corrigidos, com acréscimo de 25% e reparação por danos morais em decorrência do indeferimento administrativo do benefício. **Em suas razões, o autor alega que a Sentença pela improcedência está equivocada, uma vez que é extraível, a partir do conjunto probatório dos autos, que o autor se encontra incapaz e faz jus a percepção do benefício pleiteado. Assevera que os laudos e exames anexos aos autos atestam sua incapacidade para o trabalho.** Afirma que a análise da incapacidade deve levar em conta

a situação e características pessoais da parte autora . Nesses termos, pugna pelo provimento do recurso para que a Sentença seja reformada no sentido de julgar procedente o pedido da inicial.

[...] 5. No presente recurso, é controversa a existência de incapacidade para o trabalho ou para a atividade habitual desenvolvida pela recorrente. Primariamente, observo que o laudo pericial judicial (evento 15) foi realizado [...], nomeada perita, devidamente qualificada para examinar as patologias alegadas pela autora. A perita apontou ter utilizado como subsídios técnicos para sua avaliação (...) anamnese, exame clínico / físico (avaliação de mobilidade, força, reflexos e do sistema osteoarticular, cutâneo, cardiovascular), avaliação dos laudos dos exames e atestados médicos (quesito 14, evento 15), **logo, os laudos particulares carreados foram devidamente abarcados pelo laudo pericial, não havendo o que se falar em descon sideração dos mesmos. Contudo, no tocante as documentações médicas particulares, em que pesem relevantes para o deslinde da causa, não prevalecem de todo modo, sobre os laudos periciais produzido em juízo (Enunciado nº 8 da Turma Recursal do Espírito Santo).** Acrescento que o laudo judicial foi firmado em 26 de setembro de 2019, data posterior aos documentos particulares trazidos e, portanto, contam com maior fidedignidade em relação ao estado de saúde atual do recorrente.

6. Nessa linha detalho que a prova pericial se distingue pela equidistância das partes, que conta com o compromisso legal do especialista, elemento de prova produzido sob o crivo do contraditório judicial e da ampla defesa, o que lhe atribui maior eficácia probatória, possuindo, portanto, presunção de legitimidade e veracidade em detrimento dos laudos fornecidos por assistentes.

7. No que tange a conclusão do laudo pericial (evento 15), a perita reconheceu que o autor é portador de Passado de traumatismo crânio encefálico (CID: S06) (quesito 2, evento 15). Ao realizar o exame físico a perita esclarece que o periciado apresenta Bom estado geral, lúcido, orientado no tempo e espaço. Corado, hidratado, acianótico, anicterico, eupneico. Aparelho Cardiovascular: Ritmo cardíaco regular, dois tempos, bullhas normofonéticas sem sopro. Aparelho Respiratório: Murmúrio vesicular fisiológico sem ruídos adventícios. Sistema Osteoarticular: sem sinais de artrite, crepitações discretas em joelhos. Pele e fâneros: sem lesões de pele, ausência de rash, ou úlceras. Membros superiores e inferiores: mobilidade preservada, sem edemas, força preservada, reflexos tendinosos normorreativos e simétricos, sensibilidade tátil preservada, teste de Neer negativo. Marcha: tipo antálgica, deambula sem auxílio (item exame físico, evento 15). **Em que pese o quadro patológico identificado o autor não apresenta inaptidão laboral para sua atividade habitual de auxiliar de serviços gerais, e ope-**

rador de motosserra (item exame clínico, evento 15), uma vez que segundo o laudo (...) a parte Autora apresentou a patologia descrita (passado de traumatismo crânio encefálico – TCE), mas não apresenta incapacidade ou redução de sua capacidade para as atividades habituais, pois não há alterações importantes ao exame físico e aos documentos médicos que cheguem a impedir tal trabalho. Sua patologia mostra-se compensada diante do tratamento já utilizado e não há impedimentos para que exerça ao seu trabalho. Dessa forma, conforme quadro atual, idade, profissão e grau de instrução do Autor, concluo que não há incapacidade laborativa (item conclusão, evento 15). Ao ser perguntada se a doença/moléstia torna o periciado incapacitado para o exercício de sua atividade habitual, a perita responde que não há comprovação de incapacidade para o exercício do último trabalho e/ou atividade habitual, mesmo tendo apresentado o Autor a patologia descrita acima, após realização de exame clínico / físico (avaliação de mobilidade, força, reflexos e do sistema osteoarticular, cardiovascular e respiratório), avaliação dos laudos médicos e exames da época do acidente. (quesito 6, evento 15). A profissional apontou que a parte autora informa já realizar acompanhamentos. De todo modo, a necessidade de eventuais acompanhamentos médicos não aduz a incapacidade laboral, visto que a perita foi enfática em afirmar em diversos quesitos que o autor não se encontra incapaz (quesito 7, evento 7).

8. Dessa forma, depreendo das apurações do conjunto probatório carreado que **apenas a existência de patologia não aduz a existência de incapacidade laboral. Detalho que para fins de preenchimento do requisito a doença deve se apresentar em gravidade tal que obste a parte da realização de suas atividades laborais habituais, sendo exatamente a perícia médica, a partir da análise do caso concreto, um instrumento hábil a averiguar a existência ou não da incapacidade em um determinado momento, nesse caso foi conclusiva pela capacidade laboral da parte autora.** Complemento que a Lei nº 8.2013/91 exige o cumprimento simultâneo de três requisitos para a concessão dos benefícios por incapacidade, dentre eles faço menção à necessidade de demonstração da incapacidade para o trabalho habitual (total ou parcial em se tratando de auxílio doença, admitindo a possibilidade de recuperação; total e permanente para qualquer atividade em se tratando de aposentadoria por invalidez), o que não restou comprovado nos autos. (BRASIL, 2020)

Da leitura do acórdão sob apreço é possível se observar a prática corrente denunciada no tópico 2.5 da presente obra, referente à prolação de decisões judiciais assentadas no dogma de que o processo alcança plenamente a verdade real, e que, em demandas nas quais se recorre ao saber científico tal elemento corresponderia ao

descrito pelo perito judicial. Oportuno faz-se, neste sentido, menção à lição de Danilo Knijnik, que bem observa o problema aqui constatado:

Como o expert é eleito e nomeado pelo juiz sob uma áurea de confiabilidade, criou-se a presunção de que é sempre profissional imparcial e idôneo. Salvo comprovação de flagrante incapacidade técnica ou ocorrência de algumas das hipóteses de suspeição ou impedimento, o perito goza de total confiança e credibilidade. Essa presunção leva o juiz a deixar de exercer o controle adequado sobre o resultado da perícia e de investigar se a aparente capacitação técnica do perito de fato existe. **A conclusão do laudo é transposta para a fundamentação da sentença sem maiores reflexões** (2017, p. 71) (grifo meu)

No caso concreto, como é possível se observar, na medida em que o órgão decisório limitou-se a transcrição das conclusões do laudo pericial produzido em juízo sem sequer levar em consideração argumentos de defesa relevantes tecidos pelo recorrente (tais como a possível relação entre quadro de traumatismo crânio encefálico e incapacidade laborativa para a função árdua de auxiliar de serviços gerais), o acórdão dialoga claramente com o que foi revelado no capítulo 2 desta obra, na medida em que indiretamente, legitimou o alcance de sua decisão apenas com base no laudo pericial, em uma espécie de argumentação que indiretamente conduz ao alibi retórico do alcance da verdade real através dos métodos científicos.

Não é esta, todavia, a teoria da decisão mais acertada para decisões judiciais associadas à proteção do mínimo existencial, tendo-se em vista que, conforme desenvolveu-se no presente trabalho, os pontos centrais associados ao solipsismo judicial sofrem grave constrição com a aplicação de *standards* probatórios adequados à espécie, que, no caso, corresponderia ao rigor de fundamentação e dever de aprofundamento da cognição de fatos em juízo associadas à categoria de convencimento da prova além de qualquer dúvida razoável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A prova pericial no processo civil: o controle da ciência e a escolha do perito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Barroso, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. 576 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora UNB, 1999.

BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. **Direitos humanos básicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Aspectos polêmicos do novo código de processo civil**. São Paulo: Almedina Brasil, 2018.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação. A ciência, a sociedade e a cultura emergente**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1982.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2015.

FABRIZ, Daury Cesar. **Cidadania, democracia e acesso à justiça**. Panóptica, 2007. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/663/1/cidadania%20-democracia%20e%20acesso%20%c3%a0%20justi%c3%a7a.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2021.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil, volume 1**. – 59. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 390-391

KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Revista Forense, v. 353, n. 353, p. 15-52, 2001.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. – 12. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2**. – 6. Ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio. **O fim do livre convencimento motivado**. – 1. Ed. – Santa Catarina: Tirant Lo Blanch, 2018.

OLIVEIRA, Daniela Rezende de; MOURA, Rafael Soares Duarte de. **Apontamentos acerca da pré-compreensão e da compreensão nas Teorias Hermenêuticas de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer e suas implicações no ato de julgar**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, Franca, v. 4, n. 1, p. 86-101, 2011. Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1131.pdf>. Acesso em 07 de abril de 2021.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. **Manual de teoria da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. **SOBRE UM POSSÍVEL DIÁLOGO ENTRE A CRÍTICA HERMENÊUTICA E A TEORIA DOS STANDARDS PROBATÓRIOS: NOTAS SOBRE VALORAÇÃO PROBATÓRIA EM TEMPOS DE INTERSUBJETIVIDADE**. novos estudos Jurídicos, v. 22, n. 2, p. 390-416, 2017.