

# PROBÁTICA: A CIÊNCIA DA PROVA DOS FATOS

PROBÁTICA: THE SCIENCE OF PROOF OF FACTS

VICTOR FABIANO PEDROSA DA SILVA VIEIRA<sup>1</sup>

FÁBIO CORRÊA<sup>2</sup>

## RESUMO

A Probática ou Teoria da Prova é ciência autônoma que regula o desenvolvimento probatório para emprego no Direito Probatório. Neste sentido, a Probática não se restringe a uma dimensão estritamente jurídica, haja vista que tem como objetivo reconstruir fatos e fenômenos ocorridos no mundo exterior, onde, muitas vezes, se recorre a metodologias científicas com a finalidade de produzir prova para posterior uso em procedimentos ou processos judiciais. Assim, pode-se dizer que a Probática é transversal ao Direito Probatório. É importante salientar que a Probática é pouco conhecida e, muitas vezes, é debatida somente no âmbito teórico e histórico, pouco se falando sobre quais seriam as metodologias e técnicas para a reconstrução do mundo fenomênico. Acredita-se que esta pesquisa possa contribuir na ampliação do conhecimento sobre a Probática como ciência voltada à reconstrução dos fatos, contribuindo ao jurisdicionado o efetivo exercício das garantias da ampla defesa, contraditório, paridade de armas, legalidade e consequente exercício de influência decisória, em razão da produção qualificada da prova.

**Palavras-chave:** probática; teoria da prova; criação do conhecimento.

## ABSTRACT

*Probatica or Theory of Evidence is an autonomous science that regulates the development of evidence for use in Probationary Law. In this sense, Probatica is not restricted to a strictly legal dimension, given that it aims to reconstruct facts and phenomena that occurred in the outside world, where, many times, scientific methodologies are used in order to produce evidence for later use in procedures. or legal proceedings. Thus, it can be said that Probatica is transversal to Probationary Law. It is important to point out that Probatica is little known and, many times, it is debated only in the theoretical and historical scope, little is said about what would be the methodologies and techniques for the reconstruction of the phenomenal world. It is believed that this research can contribute to the expansion of knowledge about Probatica as a science aimed at the reconstruction of facts,*

- 1 Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica - MG (2005) e Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (2018), com especialização em ciências penais (2007), especialização em Inteligência e Contra inteligência, com ênfase em combate a fraudes e na proteção e controle de informações sensíveis, (2009), bem como formação em política e estratégia pela Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra de Minas Gerais (2009). Mestre em Sistemas de Informação e Gestão do Conhecimento, realizando pesquisa sobre a Teoria da Prova (Probática), junto a universidade FUMEC - MG (2022), Membro e Coordenador de Comunicação da Comissão de Estudos Estratégicos - CESTRAT OABMG, Membro da Comissão de Processo Cível-OABMG, triênio 2022-2024. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/8522944352317382>. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-2705-0967>.
- 2 Pós-Doutorado pelo Programa de Ciência da Informação da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor e Mestre em Sistemas de Informação e Gestão do Conhecimento. Possui MBA em Engenharia de Software e Governança de Tecnologia da Informação e Graduação em Sistemas de Informação. Atuação como Professor do Curso de Ciência da Computação e do Programa de Pós-Graduação em Sistemas de Informação e Gestão do Conhecimento da Universidade FUMEC. Experiência profissional em consultorias e Projeto de Pesquisa e Desenvolvimento, bem como atuou por 15 anos no mercado de Tecnologia da Informação. Atualmente é professor na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Sistemas de Informação e Gestão do Conhecimento da Universidade FUMEC. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/3500824322517512>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2346-0187>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

VIEIRA, Victor Fabiano Pedrosa da Silva; CORRÊA, Fábio. Probática: a ciência da prova dos fatos. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 18, n. 3, p. 30-43, 2023. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v18i3.9233>.

contributing to the jurisdiction of the effective exercise of the guarantees of ample defense, contradictory, parity of arms, legality and consequent exercise of decision-making influence, in reason for the qualified production of evidence.

**Keywords:** probatic; proof theory; knowledge creation.

## 1. INTRODUÇÃO

Na prática, muitos profissionais do direito fazem uso de técnicas particulares de caráter intuitivo, não científico e não concatenados na construção da prova dos fatos nos mais variados casos. Isso traz prejuízo na formação da prova como elemento de convicção, influenciando negativamente o convencimento exteriorizado na decisão.

Tal fato também pode ser contabilizado pelo desconhecimento que a prova, como meio de conhecimento dos fatos que se concebe na reconstrução da realidade de forma independente ao processo, está incluído em ciência própria denominada de Probática ou Teoria da Prova (Brêtas, 2016b; Sabaté, 2012; Calheiros, 2015; Herrera, 2019).

A Probática é ciência autônoma ao processo (Direito Probatório) e tem como objetivo reconstruir fatos e fenômenos do mundo exterior já ocorridos, muitas vezes, amparada por métodos científicos para posterior uso como prova em processos judiciais, passando a servir, neste caso, ao Direito Probatório. Segundo Abbagnamo (2003) *apud* Pereira (2010), em sentido geral:

[a] *prova*, em sentido geral, segundo N. Abbagnamo (2003, p. 8050) é todo “procedimento apto a estabelecer um saber, isto é, um conhecimento válido. Constitui prova todo procedimento desse gênero, qualquer que seja sua natureza: mostrar uma coisa ou um fato, exhibir um documento, dar testemunho, efetuar uma indução são provas tanto quanto demonstração da matemática e da lógica. Portanto, esse termo é mais extenso que *demonstração*: as demonstrações são prova, mas nem todas as provas são demonstrações”. Segundo o autor, referindo-se a esse conceito, explica que ele foi estabelecido em sentido restrito por Aristóteles, para quem a *prova* é o que produz saber, diversamente do *indício* que proporciona apenas conhecimento provável (Abbagnamo, 2003, *apud* Pereira, 2010, p. 250).

Nesse sentido, esta pesquisa realiza uma reflexão sobre a Probática como ciência do método de reconstrução da prova enquanto conhecimento sobre fatos juridicamente relevantes, não se servindo dos tradicionais debates correntes sobre a prova no processo, apoiando tal perspectiva na modernidade que convoca a transposição da racionalidade instituída em vigência a outras áreas do saber.

## 2. DOS FATOS E SUA REPRESENTAÇÃO

Existe uma lacuna teórica relacionada à construção dos fatos que é distinta das normas jurídicas e servem a estas como subsídio ao fundamento de uma decisão jurídica como ele-

mento de prova. Assim, a dimensão empírica da criação da prova, como fundamento sobre as decisões e o fato em litígio, apresenta expressiva importância (Taruffo, 2014).

A variedade dos tipos de factos cujo o conhecimento terá de ser estabelecido nos processos judiciais, e de que depende a solução jurídica a adoptar, constitui um desafio enorme à capacidade dos juristas, impondo-se que estes possam munir-se de ferramentas adequadas para lhe fazer face, a maioria das quais se encontra situada em outras áreas do saber a convocar (Calheiros, 2015, p. 22).

Dito isso, dados e fatos ocorridos no mundo exterior interessam à Probática, pois são insusos para a construção de um conjunto probatório que será regulado pelo Direito Probatório, em que a parte processual, por meio da prova, exercerá influência decisória, que será objeto de dada decisão, e deverá ser fundamentada observando a valoração do conjunto probatório.

Se, em suma, a *norma jurídica* é posta, sendo declarada *objetivamente válida*, realizando a integração dos *fatos* segundo *valores*, no momento de interpretá-la, e aplicá-la devemos percorrer o mesmo, ou seja, compreendê-la como *estrutura*, cujo o significado é dado pelos *fatos* que a condicionam e pelos *valores* que a legitimam. Não é outra se não essa a razão de ser da compreensão das *fontes* de direito em termos de *modelos jurídicos* (Reale, 1994b, p. 33).

Dessa forma, quando da ocorrência de um fato particular fenomênico se exige sua confrontação com a norma jurídica, se faz necessário realizar a operação denominada subsunção. Conforme Almeida (2013, p. 24 *apud* Alsina, 1961, p. 62):

A operação consiste em um enlace lógico de uma situação particular, específica e concreta, com a previsão abstrata, genérica e hipotética, contida na lei, denomina-se na doutrina moderna de subsunção. Quando os processualistas italianos falam de aplicação do direito ao fato, querem significar o mesmo momento da operação lógica do juiz que os processualistas alemães chamam de subsunção do fato específico na norma; as duas expressões diversas derivam do fato de que o fenômeno se contempla de dois pontos de vista diferentes; enquanto a expressão italiana indica o fato como termo imóvel ao qual a norma se sobrepõe e adapta por obra dos juízes, os alemães, acaso como maior exatidão e eficácia, indicam como termo móvel a norma sobre a qual o fato concreto vem a ser abstraído e qualificado; de maneira que a aplicação do direito ao fato e subsunção do fato a norma, são atividades recíprocas e concomitantes, que tratam ambas de decidir se no fato específico e concreto se verificaram todas as condições que a norma apresenta a hipótese, ou seja, se o fato específico designado abstratamente na norma se realizou inteiramente no caso concreto (Almeida, 2013, p. 24 *apud* Alsina, 1961, p. 62).

A norma, portanto, qualifica o fato e o fato qualifica a norma, e assim se estabelece reciprocamente significado, tendo como resultado a valoração do fato à norma e sua justaposição no caso particular. Neste sentido, a prova é o meio pelo qual é possível a demonstração da ocorrência ou não de fatos disciplinados pelo direito objetivo e seu entrelaçamento, no caso particular, com o direito subjetivo.

Em *O Direito como Experiência*, dedico atenção especial ao conceito de “fato no direito”, mostrando que ele envolve tanto aquilo que acontece, independentemente da iniciativa humana, mas adquire significado “*inter homines*” (o fato de alguém nascer, p. ex., sem que tenha havido o propósito de gerar), como aquilo que intencionalmente é feito e se refere “*ad alios*”. “Fato” é, por conseguinte, uma palavra que corresponde tanto ao participio passado *factum*, de

*fieri* (acontecer), como de *facere* (fazer). Na mencionada obra, assim como em *Experiência e Cultura*, lembro que, a luz da Epistemologia contemporânea, não há *fato bruto* ou *fato puro*, pois todo fato já implica um ângulo de captação, certa colaboração teórica que torna possível a sua compreensão intelectual. Desse modo, o fato, e notadamente o fato de que cuida o jurista, é algo que somente o é enquanto se situa no envolver da história, recebendo significado no contexto ou na estrutura em que ele ocorre (Reale, 1994a, p. 95).

Desse modo, a decisão jurídica não deve pautar-se somente nas regras e normas do procedimento ou processo, mas também na realidade reconstruída e de forma mais verossímil possível. Neste sentido, Carnelutti (2016, p. 141) pondera que a representação é uma abstração da realidade e “[...] ela desperta a ideia de um fato, o qual justamente constitui seu equivalente sensível. O mecanismo da representação está na substituição de um fato por outro como objeto de percepção para determinar a mesma ideia”.

Assim, em Carnelutti (2016), a prova, que diz ser verossímil, é no sentido de fato representativo (forma de apreensão fática) e não de fato representado (proposicional idealizado). Deste modo, há ressonância da compreensão aristotélica de fatiamento da realidade, sendo o fato representativo um destes infinitos estados mentais que participam da formação da compreensão de nossa realidade, o que, novamente, faz lembrar a diferença da Probática como reconstrução fática e o Direito Probatório como análise do valor de verdade do fato representado proposicionalmente.

O que se conhece não é o fato em si, mas, sim, o que é possível apreender da realidade que está intimamente ligada à capacidade do ser humano de julgar as qualidades de determinado fenômeno e de explicá-lo, haja vista que somente é possível, como mencionado, conhecer, como dito, fatias da realidade que se pretende explicar, conforme teorizado por Aristóteles e expresso em Bittar (2003).

Assim, o presente texto, ao se referir à realidade fática, usará o conceito de verossimilhança como representação da realidade e não o de verdade, conforme preleciona Brêtas et al. (2016a):

Por sua vez, Calamandrei, em ensaio publicado no ano de 1955, procurou contornar a dificuldade de se sustentar a concepção de que a prova se destina a demonstrar a verdade dos fatos no processo, substituindo a ideia de verdade pela ideia de verossimilhança. A tanto, recorreu as considerações da Wach, expostas em texto publicado em Bonn, no ano de 1896, que Calamandrei transcreveu no original – *“aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlich-Keitsbeweis”* – e que o próprio Chiovenda traduziu – *“todas las pruebas, se bien se mira, no son más que pruebas de verosimilitud”* – daí concluindo – *“todo juízo de verdade se reduce logicamente a um juicio de verosimilitud”* (Brêtas et al., 2016a, p. 108).

Isso porque, invocando novamente o filósofo grego Aristóteles, o conhecimento da realidade se dá por meio do conjunto sensorial humano que apreende os fenômenos do mundo exterior, promovendo registros mnemônicos setoriais de uma única experiência da realidade (Bittar, 2003).

Essa abordagem, que também é psicolinguística, ao guardar ressonância com os vários contextos fáticos da sociedade, já que decisões diárias são tomadas conforme a percepção que se tem de um dado fato.

### 3. PROBÁTICA COMO CIÊNCIA DA PROVA DOS FATOS

Diante disto, Muñoz Sabaté (2012), jurista espanhol e autor de várias obras relacionadas à Probática, comunga da ideia de que a prova, no âmbito da Probática, deve ser produzida metodicamente, por meio de um complexo de atividades de forma ordenada, de modo a conseguir estabelecer e produzir as provas necessárias a um caso concreto.

Tal declaração metódica será traduzida em sua <<fórmula heurística (FH)>>, vista como o resultado de um <<conjunto de complexas atividades intelectuais e materiais geralmente elaboradas pelo advogado da parte proponente, e que é cristalizado na ordenação síntese das provas consideradas necessárias>> (Herrera, 2019, p. 26 *apud* Sabaté, 1967, p. 69).<sup>3</sup>

Dessa forma, a Probática como ciência autônoma ao processo não se restringe à dimensão estrita de regulação legal da prova, pois possui como um de seus objetivos reconstruir tecnicamente fatos e representações fenomênicas do mundo exterior que, segundo Sabaté (2012), possui a seguinte significação etimológica:

O termo <<Probática>> corresponde a combinação da palavra <<prova>> com a expressão grega tekhené (arte, técnica). De uma forma anedótica, diremos que não tem nada a ver ou relacionar com a palavra “piscina probática” a qual a famosa piscina ao templo de Salomão para limpar e purificar o gado em Jerusalém (Sabaté, 2012, p. 24).<sup>4</sup>

Neste sentido, Keller (2009) anuncia que

“ciência” pode ser definida como “um sistema de expressões que pode ser justificado em relação a todos os elementos competentes, sistema que serve para angariar e ordenar os conhecimentos sobre determinado âmbito de coisa segundo determinada perspectiva”. Também os elementos dessa definição carecem ainda de explicitação. “Expressões abarcam frases, regras (por exemplo, também, indicações simbólicas de atuação), fórmulas (por exemplo, também fórmulas estruturais de combinações químicas), além de formas de enunciação, como as empregadas na lógica, mas também signos lógicos e matemáticos, assim como representações e projetos de modelos gráficos; resumindo tudo que serve para conservar os resultados do processo de conhecimento para além do momento (Keller, 2009, p. 59).

Pelo exposto, verifica-se que a Probática se encontra no âmbito da praxeologia, já que possui, como um de seus objetivos, explicar a ação humana. Como assinalado por Sabaté (2012, p. 25, grifo nosso), “poderíamos definir a Probática como a ciência que trata dos fatos no processo. O fato, é, pois, a unidade o elemento básico fundamental da Probática [...] que estudam os processos de decisão e a solução de um determinado problema”<sup>5</sup>.

3 Do original: “Tal exposición metódica se traducirá en su <<fórmula heurística (FH)>>, vista como el resultado de un <<conjunto de complejas actividades intelectuales y materiales elaboradas güeramente por el abogado de la parte proponente, y que se cristalizan en la ordenación sintética de las pruebas consideradas como necesarias>>” (Herrera, 2019, p. 26 *apud* Sabaté, 1967, p. 69).

4 Do original: “El término <<Probática>> responde la combinación de la palabra <<prueba>> con la expresión griega tekhné (arte, técnica). De modo anecdótico diremos que nada tiene que ver o relacionarse con la voz <<piscina Probática>> a la que respondía en Jerusalén una famosa piscina adosada al templo de Salomón para limpiar y purificar las reses” (Sabaté, 2012, p. 24).

5 Do original: “podríamos definir la Probática como la ciencia que trata los hechos en proceso. El hecho es, pues, la unidad o elemento básico fundamental de la Probática [...] que estudian los procesos de decisión y la solución de un determinado problema” (Sabaté, 2012, p. 25).

Buscando Miguel Reale (1994a), diante da tridimensionalidade do direito, fato valor e norma, a Probática encontra-se nos fatos e o Direito Probatório no valor e na norma.

Em suma, termo “tridimensional” só pode ser compreendido rigorosamente como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático axiológica, podendo a norma, por sua vez, converter-se em *fato*, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas. Desse modo, quer que se considera a experiência jurídica estaticamente, em sua estrutura, quer em sua funcionalidade, ou projeção histórica, verifica-se que ela só pode ser compreendida em termos de normativismo concreto, consubstanciando-se nas regras de direito da gama de valores, interesses e motivos de que se compões a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da “*práxis social*,” mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente (Reale, 1994a, p. 77).

Nesse sentido, sendo o Direito Probatório<sup>6</sup>, segundo (Andrade, 2015) um “*espaço democrático discursivo de legitimação de aplicação do direito*”, que possui também como objeto o conhecimento das normas procedimentais e processuais quanto à aplicação da prova, que independentemente da matéria, seja essa cível, administrativa, trabalhista, eleitoral, legislativa, seja penal, que irá variar de regramento para regramento se relaciona com a Probática de forma interdisciplinar.

Costuma-se falar em jurisdição cível, penal ou trabalhista, divisão nitidamente vinculada ao ramo do direito cujas regras são aplicadas preponderantemente na solução do caso concreto submetido a apreciação do estado, mediante pronunciamento jurisdicional gerado em contraditório no processo. Entendemos que essas caracterizações são desprovidas de rigor científicos, porque a jurisdição é uma e indivisível. Estamos de acordo com o pensamento doutrinário que não admite divisões ou fracionamentos da jurisdição, face ao seu conceito unívoco, porque, se a jurisdição é exercício de atividade-dever pelo Estado, forçosamente há de ser única, sendo ilógico e contraditório conceber-se existência de várias jurisdições no mesmo estado, até porque, sublinhe-se, jurisdição é função do essencial do Estado, para a realização do direito em sua totalidade (Brêtas, 2018, p. 49).

O método de ordenação probatório é denominado por Sabaté (2012) como Fórmula Heurística, que é composto por atividades físicas e intelectuais que objetivam trazer resultados concretos junto à produção de provas, o que possui singular similaridade com processos investigativos. Conforme é 6:

Nesse sentido, o desenvolvimento probatório deve observar as regras de aplicação de inserção da prova junto ao Direito Probatório, bem como demonstrá-la por meios racionais, argumentativos e científicos.

Para Bentham (1835, p. 14, grifo nosso), “em todas estas questões é dever do juiz, da melhor forma possível, compará-las e decidir segundo sua força probatória. Assim, a arte do processo judicial nada mais é do que a arte de produzir provas”<sup>7</sup>.

6 “Há um processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na ‘simétrica paridade’ da participação, nos atos que prepararam o provimento, daqueles que nele são interessados” (Plínio, 1992, p. 115).

7 Do original: “En todas estas cuestiones el deber del juez de otra en la mejor posible, compararlas y decidir según su fuerza probativa. Así, el arte del procedimiento judicial no es esencialmente mas que el arte de producir las pruebas” (Bentham, 1835, p. 14).

Com o amadurecimento teórico, Sabaté, em 1983, mudou a denominação de sua Fórmula Heurística para Fórmula Probática, o que também pode ser chamada de “quadro de provas” (Herrera, 2019, p. 59), que compreende a realização de operações decodificadoras expositivas do conjunto probatório.

Tal modelo teve inspiração em Wigmore<sup>8</sup>, consistindo sua representação na forma de um Heurigrama, que é uma planilha de apontamentos desenvolvida conforme o interesse probatório, relacionando os meios de prova, os fatos e outras inferências que contribuam para o desenvolvimento probatório.

**Quadro 1 – heurigrama de Sabaté**

Hoja N°				Caso: N° Expediente judicial	
Genothema Probandi					
Thema Probandi					
Subthema					
Fijación					
Verificación					
Información					
Argumento					

Fonte: Adaptado de Sabaté (2012, p. 210).

Esse tipo de orientação probatória tem como entraves, pela dificuldade de análise conjugada, fatores methaheurísticos, sendo circunstâncias econômicas, psicológicas, sociais e políticas que influenciam o trabalho de investigação e, conseqüentemente, interferem, de modo negativo, na interpretação e valoração da prova pelo magistrado, quando não considerados ou quando considerados de forma equivocada (Herrera, 2019 *apud* Sabaté, 1967).

Assim, a técnica aplicada à Probática trata de vários pontos relevantes na produção da prova, transcendendo a dimensão jurídica procedimental, já que a prova é compreendida como meio para a demonstração de representações da realidade ocorridas em uma dada situação particular.

#### 4. PROBÁTICA EM SUA MULTIDISCIPLINARIEDADE

Dada a complexidade na produção de provas, um dos caminhos para se compreender a Probática é o de se mergulhar em conhecimentos multidisciplinares, direcionando-os à prova como meio de reconstrução de representações da realidade sem a clássica análise da prova no processo, tendo como contributos o apoio científico, a exemplo da psicologia, criminalística entre outras.

<sup>8</sup> “Henry Wigmore (1863-1943) é, até hoje, o estudioso da prova mais conhecido e prestigiado do mundo anlo-saxónico. O jurista norte-americano escreveu a influente obra *Treatise on the Anglo- America System of Evidence in Trials at Comon Law* (1904) e logrou-nos um método de análise de prova conhecido pela expressão *Wigmore Chart*” (Calheiros, 2015, p. 23).

Diante da multidisciplinaridade apontada, a organização das informações adquiridas, em razão da criação probatória, tem como um de seus objetivos o de mitigar a possibilidade de erro sobre a análise da prova no âmbito fático. Para tanto, deve-se aplicar, nos casos concretos, áreas do saber diversas que sejam capazes de articular diferentes espécies de conhecimento na atividade de desenvolvimento da prova, de forma clara e objetiva, levando em consideração somente os elementos que interessem à demonstração de determinado evento juridicamente relevante ao caso, evitando, assim, uma análise fragmentada dos fatos que transcendam aquilo que é o objeto da prova que se quer demonstrar.

Nesse sentido, existiram tentativas de estabelecer um modelo com o intuito de organização da prova, como o do americano John Wigmore, um dos percursores no desenvolvimento de um modelo probatório.

O que WIGMORE se esforçou por demonstrar foi que a prova – e é esta a lição que podemos dele aprender -, antes de ser juridicamente regulada, é governada pelas regras da própria racionalidade, da lógica, dado o seu caráter indutivo e inferencial. As preocupações pedagógicas do autor norte-americano levaram-no a conceber um método – o *Wigmore Chart*, atrás aludido – com vista a permitir recolher a totalidade de inferências probatórias realizadas a partir de um conjunto de provas, assim identificando objectivamente as razões pelas quais certo facto deveria ter-se, ou não, por provado (Calheiros, 2015, p. 24).

Por conseguinte, Calheiros (2015) alude:

A *chart* consistia numa lista de símbolos para distintos tipos de prova e a sua respectiva interpretação. Depois o autor fornecia um conjunto de instruções sobre o modo de utilizar os símbolos para construir a análise da “massa de provas” obtidas em certo caso concreto. Algumas das indicações são tão minuciosas que vão ao ponto de indicar o tipo de papel e lápis (incluindo cores) ideais para fazer as anotações. Hoje, é certo, algumas destas indicações far-nos-iam sorrir e é fácil, sem dúvida, ser céptico em relação a adaptabilidade deste método à prática judiciária. Esta foi apenas uma tentativa, entre muitas outras ulteriores (tabelas sequência cronológica, fontes de prova, etc.), de oferecer um método e uma pedagogia para classificação e organização de material probatório, e não foi especialmente bem-sucedida (Calheiros, 2015, p. 26).

Nota-se que a Probática, a exemplo do *Chart* de Wigmore, deve enfrentar com seriedade sua consistência metodológica, a cada caso particular, visando aplicar conhecimentos de modo a explicar a realidade ou parte dela de forma eficiente e sem perder o seu caráter pragmático. A Probática, como exposto, possui bases científicas devendo fornecer representações da realidade de forma verossímil, que se destinarão ao exercício de influência decisória.

Observado o citado insucesso do modelo de Wigmore mencionado por Calheiros (2015), tal autor revela a necessidade de articulação da Probática com outras ciências, exigindo desta, talvez, uma revisão de seu atual modelo, já que este deve ser capaz de, no âmbito da prova, considerar provisoriedade do conhecimento probatório diante da falibilidade dos meios de conhecimento da realidade, bem como a complexidade informacional da atualidade.

As novas ciências – e as velhas ciências ... – não vieram, portanto, tornar fácil a descoberta da verdade na aplicação do direito, como em tempos muitos auguraram. Se os juristas acreditaram que sim, iludiram-se seguramente. Ao juiz não se pede, claro está, que converta num “cientista amador” (coisa que seria humanamente impossível, mesmo que o quisesse ser a modo mera-

mente diletante), mas antes que “conheça as condições que devem estar reunidas para que uma informação possa ser dotada de validade científica [...] o juiz deve conhecer a ciência e sabê-la interrogar” (Calheiros, 2015, p. 144-145).

As mudanças de comportamento e o avanço tecnológico da atual sociedade convocam várias ciências, principalmente as de cunho prático, a necessidade de uma articulação multidisciplinar, a fim de adequar-se aos “novos tempos”, não sendo diferente com a Probática, que tem grande relevância na instrumentalização do Direito Probatório, podendo influenciar positivamente o resultado de vários procedimentos e processos judiciais. Como articulado por Calheiros (2015),

[a] variedade dos tipos de factos cujo o conhecimento terá de ser estabelecido nos processos judiciais, e de que depende a solução jurídica a adoptar, constitui um desafio enorme a capacidade dos juristas, impondo-se que estes possam munir-se de ferramentas adequadas para lhe fazer face, a maioria dos quais se encontra situada em outras áreas do saber a convocar (Calheiros, 2015, p. 22).

O filósofo Karl Popper aponta uma direção, pois sua metodologia do falsificacionismo prescreve que enunciados científicos devem ser objeto de questionamento sempre que houver boas razões para sua substituição. Assim, o conhecimento é mutável e dinâmico, devendo o modelo em questão observar tal particularidade.

A resposta do tribunal superior dos EUA assentou largamente na adesão assumida aos posicionamentos defendidos por Karl Popper e sua teoria do falsificacionismo, com a qual o autor de origem austríaca desafiou o entendimento clássico da ciência. Vale a pena recordar aqui alguns dos seus aspectos estruturais. A partir de sua obra *Lógica da Descoberta Científica*, é-nos apresentada a sua tese a respeito da assimetria dos enunciados universais, segundo a qual nenhum número finito de observações positivas permite validar definitivamente um enunciado universal, enquanto uma só observação negativa é suficiente para o invalidar. O exemplo de escola citado habitualmente é o de que por mais cisnes brancos que encontremos nunca poderemos ter certeza de que todos os cisnes são brancos, mas basta encontrar um negro para demonstrar a falsidade do enunciado “todos os cisnes são brancos”. A visão de POPPER sobre ciência, que na sua perspectiva evolui por uma série de tentativas e erros sucessivos, contribuiu para criar uma imagem dessacralizada daquela, em que cada etapa vencida, cada teste ultrapassado vitoriosamente, o é apenas de modo provisório, até uma futura prova contrária. Estamos, portanto, em face de uma visão que paradoxalmente confronta o meio judiciário – ávido de certezas definitivas – com a incerteza profunda do conhecimento (Calheiros, 2015, p. 131-132).

O que se espera é que a Probática oriente o desenvolvimento probatório no sentido de responder questões básicas atinentes à produção da prova no caso particular, tais como: quais são os passos iniciais no desenvolvimento probatório? Como dar significado ao ambiente? Que caminho escolher? Quais as provas necessárias? Quais são os meios de obtenção de provas? Quais diligências serão necessárias? Quais os recursos disponíveis? Haverá necessidade de aporte de outras ciências? A cadeia de custódia da prova foi observada? Como assegurar a legalidade da prova produzida? Como disseminar o conjunto probatório desenvolvido no processo de forma a exercer maior capacidade de influência decisional?

## 5. PROVA E INFLUÊNCIA DECISÓRIA

Após a solução das questões referentes à produção da prova com sua disseminação no processo judicial, espera-se que seu beneficiário promova o convencimento do magistrado das alegações da ocorrência ou não de um determinado fato com fundamento na prova produzida.

O exercício da prova no âmbito probatório dá-se pela possibilidade de as partes – sujeitos do processo – dialogarem, visando influenciar o convencimento do juiz no exercício pleno do contraditório. Assim,

[s]egundo a doutrina de José Lebre de Freitas, conceituado processualista português, que seguimos de perto, apontada concepção mutilada de contraditório restou substituída por *“noção mais lata de contrariedade, com origem na garantia constitucional do rechliches Gebor germânico, entendida como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio mediante, a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrarem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para decisão.”* Prossegue o autor ora invocando na sua explanação, com a doutrina de Trocker, *“o escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo da oposição ou resistência da actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo* (Brêtas, 2015, p. 122, grifo do autor).

A efetividade na produção de provas tem como consequência a participação efetiva do sujeito no desenvolvimento do litígio mediante a construção da decisão jurisdicional, via produção probatória eficiente, de forma a influenciar, exitosamente, o provimento judicial. Neste sentido, assim é prescrito no artigo 155 do Código de Processo Penal (CPP)<sup>9</sup>.

Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior, quanto mais clara, mais plena e mais seguramente induzir no espírito a crença de estarmos na posse da verdade, Para se conhecer portanto, a eficácia da prova, é preciso conhecer como se refletiu a verdade no espírito humano, é preciso conhecer, assim, qual o estado ideológico, relativamente à coisa a ser verificada, que ela induziu no espírito com sua ação. [...] Conhecendo, portanto, qual destes estados de conhecimento se induziu na consciência pela ação da prova, ter-se-á determinado o valor intrínseco dela (Malatesta, 2001, preâmbulo).

A ampliação da influência probatória deve ser regida por métodos e técnicas qualificadas, antes distantes do jurisdicionado “comum” que pode, agora, com o uso de técnicas e métodos de uma ciência própria à produção de provas, realizar de forma efetiva o direito à ampla defesa e ao contraditório de forma paritária, que guarda sintonia com os princípios da dignidade da pessoa humana, conferindo à Probática democraticidade à produção de prova e eficiência no diálogo processual.

A nosso ver, contudo, essas noções ainda se revela incompletas, pois o que deve ser instaurado na dinâmica do procedimento é o *quadrinômio* estrutural do contraditório (e não *binômio* ou *trinômio*), ou seja *-informação -reação -diá-*

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

*logo – influência* – como resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais. Essa concepção de contraditório que vislumbramos, na perspectiva de seu quadrinômio estrutural, na dinâmica de qualquer procedimento, impõe nova postura do agente público julgador, que deve ser juiz-dialogador do processo. Daí que, de forma acertada, normas do código de processo Civil de 2015 preveem que o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo, deverá resolver questões processuais pendentes, delimitar questões de fato e de direito (questões de mérito) e definir a distribuição do ônus da prova. Assim deverá fazê-lo sob a designação de audiência com tal objetivo, se as questões de mérito discutidas no caso concreto revelarem complexas (artigo 357). Porém, diante das considerações até agora expendidas, em conformidade com o devido processo constitucional e em face do considerado quadrinômio estrutural do contraditório, que estrutura a dinâmica do procedimento, o juiz não poderá proferir a decisão de saneamento e de organização do processo de forma solipsista, ou seja, sem a participação das partes, menosprezando o contraditório<sup>10</sup> (Brêtas, 2018, p. 130-131).

Ainda neste sentido, assinala Taruffo:

Outra característica relevante da relação intercorrente entre as partes e as provas é a do *direito a prova*, que é já comumente reconhecida como uma das manifestações mais importantes das garantias fundamentais relativas ao direito de agir e de se defender em juízo (Taruffo, 2016, p. 197, grifo do autor).

Conforme Sabaté (2012),

[c]omo qualquer técnica, a probática envolve tanto uma atividade quanto um corpo de conhecimento. Ensina a provar, mas ao mesmo tempo observa, descreve, define e classifica os fatos e fenômenos de que trata, apontando ao mesmo tempo os pontos fracos do Direito Probatório (Sabaté, 2012, p. 27).<sup>11</sup>

Deste modo, esclarece Bentham (1835, p. 231) que “a força probatória de cada fato circunstancial, aplicado ao fato principal, aumenta a força dos demais”<sup>12</sup>.

Segundo Brêtas (2018), é no contraditório,<sup>13</sup> estruturado em forma de um quadrinômio Informação–Reação–Diálogo–Influência, que a prova se coloca como um dos principais objetivos – talvez o mais importante – já que promove o controle epistêmico das decisões mediante

10 Neste mesmo sentido apresenta Silva a influência como característica do contraditório, porém na forma de trinômio: “A preservação do contraditório na relação processual é talvez, uma das mais importantes missões do juiz. Essa assertiva fica mais evidente quando olhamos para o Código de Processo Civil, que dispõe sobre o princípio em seu capítulo de normas fundamentais. Os novos paradigmas trazidos pelo legislador revelam o alinhamento de pensamento à doutrina moderna, que não mais encara o contraditório como a simples garantia da audiência bilateral. Exnargar o contraditório apenas como possibilidade de ciência e reação e uma visão reducionista do princípio. Se é fato que o contraditório possui essa vertente de participação, a doutrina moderna também reconhece a possibilidade de exercer influência sobre o juiz na tomada de decisão como uma terceira característica do princípio. Não basta que a parte se manifeste no processo. Ela tem o direito de contribuir, cooperar na busca de decisão de mérito e influir no convencimento do juiz e na interpretação das normas discutidas na lide, em autêntico contraditório participativo” (Silva, 2020, p. 425).

11 Do original: “como toda técnica, la probática implica tanto una actividad como un cuerpo de conocimientos. Enseña como probar, pero la vez observa, describe, define y clasifica los hechos y fenómenos que maneja, señalando a la vez los puntos débiles del derecho probatorio” (Sabaté, 2012, p. 27).

12 Do original: “La fuerza probativa de cada hecho circunstancial, aplicado al hecho principal, aumenta la fuerza de los demás” (Bentham, 1835, p. 231).

13 “O contraditório não é “dizer e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno de interesses divergentes sobre conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, o seu conteúdo possível. O contraditório é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia simétrica paridade de participação no processo” (Plínio, 1992, p. 127).

o exercício de influência. Importante destacar a diferença existente entre valoração da prova e valorização da prova.

A **valoração** da prova é, num primeiro ato, perceber a existência do **elemento** de prova nos autos do procedimento. Num segundo ato, pela **valorização**, é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequivocidade formal e material. Assim, a sensorialização ou percepção dos elementos de prova não é suficiente para o observador decidir. É necessário que o observador se encaminhe para a valorização da prova, comparando os diversos elementos de prova de sua estrutura procedimental, numa escala gradativa de relevância, fixando sua convicção nos pontos do texto probatório que a lei indicar como preferências a quaisquer outros argumentos ou articulações produzidas pelas partes (Leal, 2010, p. 215-2016, grifos do autor).

Um conjunto probatório robusto e bem articulado amplia a capacidade do beneficiário da prova no exercício de influência decisional, aumentando suas chances de êxito quando da aplicação da prova junto a um dado procedimento ou processo judicial.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não foi o objetivo do presente texto aprofundar nas técnicas e métodos utilizados na produção da prova, mas, sim, o de revelar a existência desta ciência pouco difundida.

Ressalta que, na organização e aplicação da Probática, deve-se possuir condições materiais e humanas que propiciem a prova, empregando métodos e técnicas que visem a coleta de dados e informações para seu tratamento e análise de forma multidisciplinar, qualificando, racionalmente, a prova para posterior uso em procedimento ou processo judicial.

Na Probática, a multidisciplinaridade reside tanto em seu aspecto pragmático quanto em seu aspecto meramente teórico. A prova lida com uma gama de fatos que ocorrem de variadas formas que se instrumentalizam com o auxílio de contributos das várias áreas do conhecimento.

A revisitação da Probática, considerando o novo cenário tecnológico e social na contemporaneidade, trará ganhos teóricos e práticos, já que o aporte de novas perspectivas com técnicas que visem à prática probatória ainda tem pouca representatividade nos debates acadêmicos.

Enfrentar tais limitações também consiste em democratizar a produção da prova como elemento de participação efetiva do sujeito no desenvolvimento do litígio mediante a construção da decisão jurisdicional, via produção probatória eficiente, de forma a influenciar, exitosamente, o provimento judicial.

Fica o desafio de formar uma consistência metodológica aplicada à Probática em cada caso concreto, na resolução de controvérsias fundadas em questões fáticas, com a aplicação de critérios racionais orientados por hipóteses com fundamentos na prova dos fatos, se revestindo como problema a realização do controle narrativo fático eficiente, como forma de controle epistemológico.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Elementos da Teoria geral da prova: a prova como direito humano e fundamental das partes no processo judicial*. São Paulo: LTr, 2013.
- ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. Processo Constitucional: o processo como espaço democrático-discursivo de legitimação da aplicação do direito. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 1, p. 281-296, jan./jun. 2015.
- BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. Traduzido por Dom José Gomez de Castro. Madrid: Imprenta de D. Tomás Jordan, 1835, tomo I.
- BITTAR, E. C. B. *Curso de Filosofia Aristotélica. Leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. Barueri-SP: Manole, 2003.
- BRASIL. Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília-DF: Senado Federal, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 3 out. 1941.
- BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II, do parágrafo 3º do art. 37 e no parágrafo 2º do art. 216 da Constituição Federal; Altera a Lei nº 8112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 nov. 2011.
- BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado democrático de direito*. 4. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.
- BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias et al. [orgs]. *Direito Probatório: Temas Atuais*. Belo Horizonte: D'Plácido: Brêtas, 2016a. p. 108.
- BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. *Estudo sistemático do NCPC*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016b.
- BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey: Leal, 2015. p. 13.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2016.
- CARVALHO FILHO, Antônio; COSTA, Eduardo José da Fonseca (orgs.). *Direito, processo e garantia: estudos em homenagem a JJ Calmon de Passos*. Londrina, PR: Thoth, 2021.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Imprenta. Florianópolis: Conceito, 2008.
- DURANT, Will. *A história da filosofia*. Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Coleção Os Pensadores).
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GONÇALVES, Joanisval Brito. *Atividade de inteligência e legislação*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.
- HERRERA, Catherine Ricaurte. *Argumentación y teoría de la prueba en el mundo latino: un punto de partida*. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas e Direito) - Departamento de Filosofia do Direito e Direito Internacional Privado, Universidad de Alicante, Espanha, 2019.
- KANT, Immanuel. *Crítica à razão pura*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- KELLER, Albert. *Teoria geral do conhecimento*. São Paulo: Edições Loyola, 2009.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- LUZ, Alexandre Meyer. *Conhecimento e Justificação: problemas de epistemologia contemporânea*. Pelotas: NEPFIL online, 2013. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/nepfil/files/2019/02/1-conhecimento-e-justificacao.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Brookseller, 2001.

- McLEISH, K. *Aristóteles: a poética de Aristóteles*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 2000. (Coleção Grandes Filósofos).
- PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica*. Imprensa. Coimbra: Almedina, 2010.
- PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994a.
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994b.
- ROBERTO, Welton. *Paridade de armas no processo penal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- ROSARIO, Fernando Ruiz. *Racionalidade e verossimilhança segundo Karl Popper*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.
- SABATÉ, Luis Muñoz. *Curso Superior de Probática Judicial: como probar los hechos en el proceso*. Madrid: La Ley, 2012.
- SABATÉ, Luis Muñoz. *La puebra de indicios en el proceso judicial: análisis para juristas, detectives, periodistas, peritos y policias*. Madrid: La Ley, 2016.
- SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal direta pela defesa*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Imprensa. São Paulo: Marcial Pons, 2016.
- TOCCHETTO, Domingos; ESPINDULA, Alberi. *Criminalística: procedimentos e metodologias*. 4. ed. Campinas-SP: Millennium Editora, 2019.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 07/08/2022
- Controle preliminar e verificação de plágio: 07/08/2022
- Avaliação 1: 08/07/2024
- Avaliação 2: 30/07/2024
- Decisão editorial preliminar: 30/07/2024
- Retorno rodada de correções: 05/08/2024
- Decisão editorial/aprovado: 15/08/2024

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2