

JULGAMENTO E TOMADA DE DECISÃO:
FATORES JURÍDICOS E EXTRAJURÍDICOS

*JUDGMENT AND DECISION-MAKING:
LEGAL AND EXTRA-LEGAL FACTORS*

JULGAMENTO E TOMADA DE DECISÃO: FATORES JURÍDICOS E EXTRAJURÍDICOS¹

JUDGMENT AND DECISION-MAKING: LEGAL AND EXTRA-LEGAL FACTORS

*Antonio Henrique Graciano Suxberger*²

Ricardo Rocha Leite^{3 4}

RESUMO

Fatores estritamente jurídicos não bastam à convicção judicial sobre os fatos. A consideração de fatores extrajurídicos, contudo, não contraria a abordagem racionalista da prova. O artigo problematiza os estados subjetivos do julgador na produção e valoração da prova. Objetiva elucidar limitações e vieses cognitivos do juiz. Sustenta que fatores extrajurídicos para a decisão estão dentro da abordagem racionalista da prova e do campo do Direito, embora fora da legalidade estrita. A metodologia é dedutiva, com revisão bibliográfica e cotejo das categorias com a praxe, notadamente sobre a valoração da prova aliada a contribuições advindas de outras áreas do conhecimento.

Palavras-Chave: verdade; processo; standards probatórios; comportamento judicial.

1 Data de Recebimento: 03/03/2024. Data de Aceite: 06/08/2024.

2 Doutor e mestre em Direito. Pós-Doutor. Professor titular do programa de mestrado e doutorado em Direito do CEUB (Brasília-DF) e dos cursos de especialização da Fundação Escola Superior do MPDFT. Promotor de justiça no Distrito Federal.

3 Doutorando e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB (Brasília/DF). Graduado em Direito pela Faculdade Milton Campos (Belo Horizonte/MG). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Titular da 4 Vara Criminal de Ceilândia/DF. Professor da pós-graduação da Escola da Magistratura do Distrito Federal, do programa de graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP e do programa de graduação do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Professor Tutor na Escola de Formação Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Autor da obra “O Ônus da Prova no CDC: Diversidade, Falsa Inversão e Redução de Exigências para Produção e Valoração Probatórias”, publicada em 2018 pela Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). Autor de artigos jurídicos. Examinador em bancas de concursos públicos da magistratura organizados pelo CESPE/CEBRASPE.

4 Artigo elaborado pelo grupo de pesquisa composto também por: Acácia Regina Soares de Sá; Alexey Choi Caruncho; Amom Albernaz Pires; Ana Cláudia de Souza Valente; Ana Claudia Rodrigues Nerosky Ribeiro; Ana Karina Vasconcelos da Nóbrega; André Luiz de Matos Gonçalves; Antônio Dantas de Oliveira Junior; Bruna Barbieri Waquim; Bruno Amaral Machado; Carolina Costa Ferreira; Ciro Rosa de Oliveira; Danilo Pinheiro Dias; Evandro Manoel da Silveira Gomes; Fábio Macedo Nascimento; Flávia Ramos Maia Costa; Frederico Skora Lieberenz; Gisele Gomes Matos; Jacqueline Orofino da Silva Zago de Oliveira; Juliana Alencar Wolney Cavalcante Aires; Júlio Edstron Secundino Santos; Luciana Laura Carvalho Costa Dias; Melina Castro Montoya Flores; Mônica Thaís Mendes Ribeiro; Munique Teixeira Vaz; Octahydes Ballan Junior; Paulo Henrique Rodrigues Moreira; Raphaella Karoline de Freitas Camargos; Ricardo Rocha Leite; Roberto Santos Costa; Rômulo Gustavo de Moraes Ovando; Ronny Alves de Jesus; Sara Vanessa Aparecida e Sousa; Sayury Silva de Otoni; Vladimir Barros Aras; Felipe Matheus Ramos Danin; Renée Nazaré Pinto Morais e Thaís Filgueiras Chapadense Pacheco.

1 INTRODUÇÃO

A construção da decisão judicial observa parâmetros que são informados por razões jurídicas e extrajurídicas, isto é, fora do que seja o campo estritamente normativo de aplicação dos enunciados legais. O esforço de racionalização desse processo consiste na fixação de modelos de constatação ou padrões de consideração da prova para a incidência, no caso, do enunciado normativo. Os standards probatórios, assim, cumprem a relevante função de prestar um padrão racional na construção da decisão judicial.

O artigo pretende problematizar os *standards* probatórios e os métodos de produção e valoração da prova no processo judicial. Assim, busca-se a sistematização do contexto da busca da verdade pelo julgador e os estados subjetivos que podem influenciar na tomada de decisão. Para tanto, será realizada uma reflexão jurídica sobre o modo tradicional desenvolvido pelo sistema processual para produzir e valorar a prova, baseado em uma visão de neutralidade cognitiva e de presuntivismo.

Busca-se trazer a problemática jurídica existente sobre o modelo normativo de processo e uma abordagem interdisciplinar para análise das possíveis interferências extrajurídicas identificadas no contexto probatório. Portanto, é questionado se o modelo probatório existente no processo judicial atenta efetivamente para a busca da verdade e para fatores externos na produção e valoração da prova que podem influenciar na tomada de decisão.

A busca da verdade no processo não tem se voltado para qualquer tipo de abordagem técnica ou científica acerca de critérios de racionalidade limitada. Da mesma forma, o contexto probatório em um processo judicial, notadamente na produção e valoração da prova, não adentra em outras áreas do conhecimento. A psicologia do testemunho, quando aplicável ao Direito, pode apresentar sugestões temáticas e metodológicas consolidadas no ambiente da ciência.

O artigo será desenvolvido a partir de uma análise da teoria geral do Direito, construída inicialmente em um viés positivista, a fim de realizar um cotejo com os estudos contemporâneos que são realizados para se aferir o comportamento judicial. A delimitação refere-se ao processo judicial e o caminho lógico-formal de reconstrução da verdade a partir do que as partes indicam como base para as pretensões deduzidas em juízo. Nesse sentido, a atuação dos atores processuais merecerá destaque para a constrição e delimitação do espaço decisório formalizado pelo julgador no caso concreto.

Metodologicamente, a pesquisa é do tipo jurídico-dogmática, de abordagem dedutiva. Elege como ferramentas a revisão bibliográfica e cotejo das categorias operacionais aplicáveis ao tema com o seu uso na praxe forense.

2 DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

Em um Estado de Direito Democrático, é imprescindível uma análise inicial acerca de seus elementos integrantes para que se possa chegar ao modelo de processo em sintonia com a Constituição Federal. O Estado Constitucional ou de Direito⁵, no qual há a fixação de direitos dos cidadãos, divisão dos poderes e respeito à legalidade, assume uma posição social, em detrimento do liberalismo de outrora⁶.

Segundo J. J. Gomes Canotilho: “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante de organização político-social de uma comunidade”.⁷ Os direitos e liberdades fundamentais são mecanismos para o controle desta atividade estatal e os direitos sociais exigem uma conduta mais proativa do Estado.

Acerca da democracia, categoria jurídica cuja discussão remonta à Grécia Antiga, sua perenidade não implica identidade de conceito no decorrer do tempo. Em sua origem, buscava ser o governo do povo e para o povo, com base na ideia de liberdade. Desde o seu advento, a democracia sempre foi alvo das mais variadas críticas, que buscavam aferir se era o melhor ou o pior dos regimes. Os contrários ao regime nessa época sustentavam que, em um sistema no qual todos mandassem, ninguém obedeceria.

Após essa breve análise do Estado Democrático, passa-se ao estudo do Direito. O Direito, de forma ampla, estabelece um conjunto de regras e princípios obrigatórios para regular a convivência em sociedade. É estabelecido, por meio da norma jurídica, o mundo do “dever ser”, o qual está pautado pela cultura, pela ética e pela moral de determinado contexto histórico, porquanto reflete um juízo de valor (axiológico).

A discussão do Estado do ponto de vista jurídico perpassa pela normatividade, no sentido de obrigatoriedade, de imposição, para que os indivíduos sejam compelidos por uma autoridade soberana⁸. O descumprimento dessa imposição ocasiona a sanção jurídica, a qual implica na aplicação de uma penalidade àquele indivíduo que agiu contra os interesses desejáveis do Estado.

5 Para J. J. Gomes Canotilho: “O Estado constitucional é ‘mais’ do que o Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder (to check the power); foi também reclamado pela sociedade de legitimação do mesmo poder (to legitimize State power)”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 20 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 100).

6 Conforme o entendimento de Paulo Bonavides: “Explosão batizada de Revolução Liberal, ela no seu reformismo trazia, por inteiro, as sementes sociais donde resultara a concepção de um novo Estado em que a ideologia fazia prevalecer na organização institucional do sistema algumas ideias e alvites ou sugestões constitucionais tirados de dispositivos deveras inovadores, legislados pelos constituintes do México em 1917, e de Weimar em 1919, e que traçaram a grande pauta precursora da normatividade dos direitos fundamentais dos direitos de segunda geração”. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018, p. 139)

7 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 20 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

8 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do Estado*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005, p. 273.

Um ponto que deve ser destacado é que o Direito e a Moral são institutos que se conectam, porém são independentes. Segundo a clássica doutrina, o Direito seria o “mínimo ético”, de tal forma que, representativamente, equiparam-se a círculos concêntricos, com o círculo maior correspondendo à Moral e o círculo menor ao Direito⁹. A principal distinção entre os institutos é que a Moral não pode ser imposta aos cidadãos, ao contrário do Direito, que é coercível.¹⁰

O Estado e o Direito, segundo Miguel Reale, seguem três direções fundamentais: a técnica-formal, a sociológica e a culturalista¹¹. A direção da técnica-formal tem como base a Escola do direito puro de Hans Kelsen, a qual estabelece que o Direito é uma ciência que tem como objeto o estudo das normas e deve ser separada das demais ciências.¹²

Por sua vez, a direção sociológica vislumbra o Direito como fato social e as normas refletem o contexto de determinada conjuntura da sociedade¹³. Em relação à dimensão do culturalismo jurídico, “[...] integra ao historicismo contemporâneo e aplica, no estudo do Estado e do Direito, os princípios fundamentais da Axiologia, ou seja, da teoria dos valores em função dos graus de evolução social”¹⁴.

A junção das três direções fundamentais do Estado e do Direito formam a chamada teoria tridimensional, a qual extrai de cada uma das escolas seus elementos fundantes: fato, valor e norma¹⁵. Há uma dialética de implicação¹⁶, ou seja, uma dimensão interfe-

9 Conforme o entendimento de Miguel Reale: “A teoria do ‘mínimo ético’ consiste em dizer que o direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social”. (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 42).

10 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 46.

11 REALE, Miguel. Teoria Geral do direito e do Estado. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p. 8.

12 Segundo Hans Kelsen: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”. (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009, p. 1).

13 Miguel Reale estabelece que: “O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social”. (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 2).

14 REALE, Miguel. Teoria Geral do direito e do Estado. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p. 8.

15 Miguel Reale destaca “(...) a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor” (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 65).

16 Segundo Miguel Reale: “A correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a ‘implicação-polaridade’ existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais do lugar e de tempo (concreção histórica do processo jurídico, numa dialética de complementaridade)” (REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed. 8. tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 57).

re na outra, sem que haja um confronto entre elas. A teoria tridimensional considera o Direito como elemento histórico-cultural, ou seja, fruto das concepções da sociedade.

O Direito necessita da existência de um Estado para que tenha uma base sólida de aplicação. Da mesma forma, a institucionalização do poder e a concentração de seu exercício em alguns agentes requerem a interseção do Direito. Por sua vez, a coercibilidade, necessária para a sobrevivência do Estado, necessita de parâmetros que são circundados pelo Direito, o qual delimita a atuação estatal.¹⁷

Para a análise da perspectiva do Estado de Direito e suas vicissitudes no atual cenário, é necessário detalhar a análise do Direito como fenômeno social e contemporâneo à edição das normas jurídicas. O ordenamento jurídico é o conjunto de normas que estruturam o sistema. As normas não devem ser vistas de forma isolada, mas sim no contexto sistemático do ordenamento. Segundo Miguel Reale, a norma ou regra jurídica é “uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”¹⁸.

Esta análise do Estado Democrático de Direito, em uma perspectiva mais clássica, é reproduzida em um processo judicial, o qual é visto como um instrumento para a satisfação do direito material. Para que o direito subjetivo de ação possa ser exercido, são estabelecidos alguns parâmetros para que haja o respeito aos direitos e garantias fundamentais. Ao se estabelecer métodos para a obtenção do direito material, são estabelecidos, dentre outros critérios, a prova de fatos que ensejam o enquadramento normativo e justificam a pretensão exercida. Passa-se, portanto, à análise da prova e da verdade no processo judicial.

Se o sentido de Estado de Direito se desenvolve a partir e nos limites do próprio Direito, a compreensão da atividade cognitiva do julgador sobre a prova passa a observar um objetivo, meta ou finalidade desejável justamente para justificativa e controle dessa decisão. Esse vínculo de racionalidade instrumental, em geral, é apresentado como “tradição racionalista da prova jurídica”¹⁹ – a nomenclatura é variável, mas é o que se encontra em autores a seguir referenciados como Taruffo, Ferrer Beltrán e outros.

Para essa tradição, a relação de racionalidade instrumental é construída, por um lado, como o resultado de atribuir à instituição jurídico-processual da prova (ou, mais espe-

17 Jorge Miranda apresenta as características gerais do Estado: “[...] Apesar de evidentes dificuldades, pode tentar-se reconduzir a um quadro comum as notas características dos diferentes Estados ou tipos de Estado oferecidos pela história. Trata-se da complexidade de organização e atuação, da institucionalização, da coercibilidade e da autonomização do poder político, bem como, em plano algo diferente, da sedentariedade. Estas características têm de ser vistas em conjunto e não isoladamente (até porque algumas delas se encontram noutras sociedades, políticas e até não políticas). (MIRANDA, Jorge. Teoria Geral do Estado e da Constituição. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019, p. 6-7).

18 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 95.

19 GARCÍA, Edgar Ramón Aguilera. Justificación epistémica, evidencialismo robusto y prueba jurídica. *Quaestio facti*. Revista internacional sobre razonamiento probatorio, v. 3, n. 0, 2022, p. 82-83.

cificamente, a atividade probatória no Direito) a finalidade primordial de maximizar os episódios de coincidência ou correspondência entre o conteúdo da premissa fática à realidade. Por outro lado, essa racionalidade igualmente é alcançada por meio idôneo para alcançar a referida maximização da verdade (ou minimização da possibilidade de erro) no contexto da aplicação do Direito. Como isso ocorre?

Trata-se da tarefa outorgada a legisladores e juízes, respectivamente em seus labores, para delinear modelos processuais ou realizar valoração probatória – fundamentadamente – para implementar conceitos, noções, teorias, regras e princípios provenientes da epistemologia geral (a chamada racionalidade empírica).

A consideração de fatores extrajurídicos, embora desbordem da legalidade estrita, não situa essa tarefa propriamente fora do Direito. Ao contrário: a insuficiência da categoria verdade, como algo concretizável, reclama a consideração dos limites da atividade probatória para uma verdade sabidamente aproximativa. A problematização desses fatores extrajurídicos será feita a seguir.

3 A PROVA E A VERDADE NO PROCESSO JUDICIAL

A prova é analisada nas mais diversas áreas do conhecimento, tais como no campo jurídico, da lógica, da epistemologia e da psicologia. Em uma perspectiva jurídica, a prova remete a uma tríplice acepção: como atividade, meio e resultado. A primeira dimensão é analisada como o ato de provar, o qual é remetido para o ônus da prova. A segunda acepção reporta aos instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico para se provar determinado fato, tais como o meio de prova testemunhal, documental ou pericial. Por fim, a prova tem como finalidade a formação do convencimento do julgador.

O contato do juiz com a prova ocorre durante todo o trâmite do processo, desde o momento em que a prova é requerida pela parte, passa pelo juízo de admissibilidade para então ser produzida no processo e, ao final, ser valorada pelo magistrado. Em relação a esta última etapa, o ordenamento jurídico adota o sistema do convencimento motivado ou da persuasão racional, o qual prevê que há uma liberdade para valorar a prova, porém com a necessidade de expor as razões do convencimento.

A atividade de valoração da prova é complexa e tem como desafio delimitar esta discricionariedade conferida ao magistrado, para que as partes possam exercer um efetivo controle da decisão judicial. Jordi Ferrer Beltrán analisa o resultado do conjunto da atividade probatória em atitudes proposicionais, as quais podem ser desenvolvidas em três modelos. Segundo o autor, o primeiro modelo consiste na vinculação à proposição de crença do julgador na verdade desta; o segundo vincula a prova a uma proposição do conhecimento e, por fim, o terceiro, que pressupõe a vinculação da prova de uma proposição à aceitação da verdade desta.²⁰

20 BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prova e verdade no direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.85-86.

A tradicional percepção da prova utiliza o discurso da busca da verdade pelo juiz²¹ como seu objetivo primordial, inclusive há uma clássica distinção entre a busca da verdade real ou material e a verdade formal ou processual²². A primeira é utilizada de forma mais recorrente no processo penal, sob o argumento de que neste instrumento estatal os bens jurídicos são mais relevantes. Por outro lado, no âmbito do processo civil contenta-se com a verdade existente no processo²³.

Essa visão está superada. A verdade no processo, como categoria isoladamente considerada, é uma utopia. Do ponto de vista processual – seja penal, seja cível –, a verdade é compreendida como uma correspondência aproximada, relativa ou provável²⁴. Piero Calamandrei, em clássica obra que retrata os problemas da justiça, ressalta que há três dimensões da verdade no processo e que esta poderá mostrar-se diferente de acordo com o ângulo de quem a observa²⁵.

À superação da dicotomia entre o sentido de verdade no campo penal e no campo cível soma-se mais um elemento. A instauração, por si só, de persecução penal em juízo em desfavor de alguém implica mácula à dignidade da pessoa – daí a exigência de justa causa a amparar a imputação. Também por isso é que, convencionalmente, fica assegurado ao particular o direito de não ser processado novamente por fato pelo qual foi absolvido.²⁶

A busca pela verdade, de certa forma, acaba por ser relativizada no processo em determinados contextos, porquanto há no ordenamento jurídico o que se tem denominado de redução de exigências de prova²⁷, que culmina por permitir estados subjetivos²⁸ na

21 Este ideal pode ser aferido do conceito legal de prova trazido pelo Código de Processo Civil: “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

22 Segundo preleciona Alberto Augusto Vicente Ruço: “Do que acaba de ser referido, relativamente ao conceito de verdade que se encontra subjacente ao processo judicial, resulta que a convicção do juiz incide sobre a realidade factual, no sentido dos factos declarados provados correspondem à realidade histórica. Perante duas hipóteses factuais, o juiz procurará estabelecer, auxiliado pelos advogados das partes ou sujeitos processuais e outros intervenientes acidentais (testemunhas, peritos...), qual delas coincide com a realidade que efetivamente ocorreu”. (RUÇO, Alberto Augusto Vicente. Prova e formação da convicção do juiz. Coimbra: Almedina, 2017. p. 115).

23 Jordi Ferrer Beltrán rechaça esta distinção: “Já na primeira metade do século XX alçaram-se importantes vozes doutrinárias para rechaçar explicita e claramente a distinção entre diversos tipos de verdade. Desde então, este rechaço converteu-se em algo amplamente majoritário, ainda que ainda hoje se possam encontrar, sem excessivo esforço, referências a ela tanto na doutrina como na jurisprudência”. (FERRER BELTRÁN, Jordi. Prova e verdade no direito. Tradutor Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.67).

24 Michele Taruffo destaca: “O ponto de partida deste problema radica-se na premissa de que nenhuma verdade absoluta é alcançável em tais contextos e, assim, que o propósito possível da tomada de decisão é somente obter uma verdade relativa. Uma vez que a ideia de uma verdade relativa é vaga, uma definição muito comum de tal verdade é fundada em termos de probabilidade” (TARUFFO, Michele. A prova. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p.29).

25 CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por um advogado. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.122.

26 Art. 8º, n. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

27 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e Convicção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.247.

28 Segundo o entendimento de Cláudia Sofia Alves Trindade: “O método através do qual o juiz se convence de que um determinado facto se verificou é um problema do contexto da descoberta, no qual o juiz vai comprovando ou rejeitando hipóteses, até concluir pela verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um facto. O contexto de descoberta tem caráter

valoração da prova pelo juiz, tais como os indícios²⁹ e as presunções³⁰, notadamente as presunções judiciais também conhecidas como máximas de experiência ou regras de experiência³¹.

Nesse contexto de impossibilidade de obtenção da verdade, bem como a previsão do ordenamento jurídico de, em certos casos, permitir a utilização de estados subjetivos para se produzir e valorar a prova, busca-se perquirir se o sistema processual apresenta uma metodologia eficaz para o desempenho de atividades processuais que terão carga valorativa e que poderão influenciar na tomada de decisão pelo magistrado.

O objeto de prova recai, na grande maioria das vezes, sobre fatos controversos e relevantes. Em relação ao meio de prova testemunhal, como há um recorte de fatos pretéritos³², a utilização da memória das pessoas que são inquiridas em juízo é salutar, de forma que é possível perquirir acerca da sua falibilidade³³, pois está sujeita ao esquecimento e contaminações. Ao mesmo tempo em que esta falibilidade da testemunha deve ser um fato a ser considerado, há também fatores extrajurídicos que podem ser levados em consideração pelo julgador, pois a nossa racionalidade é limitada.

As metodologias inerentes à busca da verdade e à produção e valoração da prova oral são pouco desenvolvidas na tomada de decisão judicial. Além disso, a teoria da decisão judicial, isoladamente considerada, não resolve o problema apontado. Em que pese o contexto argumentativo da justificação auxilie na busca pela estabilidade do direito, a partir da prolação de decisões judiciais que esquadrinhem argumentos lançados no pro-

heurístico, não assentando a decisão nele tomada necessariamente sobre critérios objetivos – os meios de prova ou a coerência entre as afirmações de facto constantes do processo –, podendo antes ser produto de uma intuição ou qualquer outro método decisório de índole subjetiva”. (TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. A prova de estados subjetivos no processo civil. Presunções judiciais e regras de experiência. Coimbra: Almedina, 2016. p.17-18).

29 O indício é admitido como meio de prova no Código de Processo Penal. “Art. 239 Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

30 As presunções também são previstas como meio de prova no Código Civil: “Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: [...] IV – presunção”.

31 Friedrich Stein formula um conceito de máximas de experiência: “Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretender tener validez para otros nuevos”. (STEIN, Friedrich. El conocimiento privado del juez. 2. ed. Trad. Andrés de Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1999. p. 27)

32 Jordi Ferrer Beltrán destaca: “Una de las afirmaciones más comunes que aparecen en los estudios dogmáticos y filosóficos sobre la prueba jurídica es que en ella se debe determinar que un hecho h sucedió en un momento histórico pasado m”. (BELTRÁN, Jordi Ferrer. La valoración racional de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2007. p.32.

33 Segundo Luís Filipe Pires da Sousa: “Na verdade, se uma testemunha diz que viu A disparar sobre B e este cair morto, este depoimento de per si só prova que a testemunha disse que viu A disparar sobre B e este cair morto. Tal declaração só provará que A matou B se a testemunha disser a verdade (se não tiver sofrido erros de percepção, se não sofrer de erros de memória, se não tiver mentido). Este dado (a testemunha disse a verdade) é o resultado de uma inferência do mesmo tipo da que define a prova indireta. Entre a declaração da testemunha e a fixação da prova do facto existe uma passagem lógica que se consubstancia num juízo de atendibilidade, consistindo este na percepção da idoneidade da declaração em função da correção da percepção e da sinceridade do declarante. Ou seja, mesmo o juízo sobre a atendibilidade de uma fonte de prova representativa está condicionado pelo grau de probabilidade da lei inferencial aplicada, a qual pode ser ‘certa’ com uma lei científica ou simplesmente provável como as regras emergentes da observação da reiteração dos comportamentos humanos”. (SOUSA, Luís Felipe Pires de. Prova por presunção no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2017. p.24-25).

vimento decisório, o contexto da descoberta permanece algo enigmático.

É possível colher um exemplo do Direito Processual Penal para ilustrar a insuficiência da abordagem estritamente jurídica na construção da decisão. O Superior Tribunal de Justiça tem fixado o entendimento de que, no conflito entre a palavra da vítima e as alegações fáticas do acusado, a palavra da vítima deve prevalecer especialmente nos crimes cometidos às escondidas.³⁴ O estudo dos julgados que tratam do tema não demonstra, contudo, qualquer metodologia ou justificativa, afora a natureza do crime e a qualidade da vítima, para justificar esta atuação.

Por meio de pesquisa empírica que abrangeu diversas regiões do Brasil e com atores oriundos de diversas instituições do sistema de justiça, com resultados consolidados no ano de 2015, merecem destaque dois achados: i) ausência de cientificidade atribuída à prova oral; e ii) da carência de método para a sua colheita, armazenamento e utilização.³⁵

A chamada “crise” da prova testemunhal como ferramenta para a construção da decisão judicial tem sido objeto de preocupação tanto no âmbito dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos – com destaque à Corte Europeia de Direitos Humanos – e tem orientado considerável parcela de estudos sobre a fiabilidade do testemunho em referência ao risco das “falsas memórias”.³⁶

4 O COMPORTAMENTO JUDICIAL E POSSÍVEIS FATORES EXTRAJURÍDICOS

A análise do comportamento judicial adentra no âmbito de outras áreas para além do Direito, tais como a economia comportamental e a psicologia experimental.³⁷ Essas

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência em teses. Edição n. 111 – Provas no Processo Penal II. Entendimentos extraídos de julgados publicados até 6 set. 2018. Brasília, 5 out. 2018. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11359/11488>. Acesso em 16 fev. 2024.

35 BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL). Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses. Série: Pensando o Direito, n. 59. Brasília: IPEA, 2015.

36 A propósito, destaque-se o que anota Paulesu, quando enumera os casos já apreciados pela Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a suficiência e falibilidade da prova oral: PAULESU, Pier Paolo. Editorial – An overview on the “crisis” of testimonial evidence as a judicial decision making tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding: protected witnesses, media interference, principle of immediacy and right to cross-examination. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 3, p. 1066–1092, 2022. Já em relação aos riscos da passagem do tempo para a produção da prova oral, confira-se o que anota Vitor da Cunha Ramos em: Presuntivismo e falsa contraposição entre mentira e verdade: duas possíveis causas para seguirmos ignorando o impacto de fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento no processo penal: Três propostas sobre o que fazer. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 3, 2022. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/740>. Acesso em: 16 fev. 2024.

37 Inocência Mártires Coelho destaca: “O futuro das disciplinas não está no aumento da especialização, mas, sim, na interdisciplinaridade e no cruzamento de conhecimentos de vários campos. Nas artes, os gostos e os estilos estão mudando em ritmo acelerado. Os artistas devem manter-se no topo do processo e ser capazes de criar novas formas, sempre mantendo-se à frente das tendências. Em geral, isso requer mais que apenas conhecimentos especializados de determinada forma de arte – demanda o conhecimento de outras artes, até das ciências, e do que está acontecendo no mundo. Em

situações refletem a influência de fatores jurídicos e extrajurídicos que interferem sobre o processo decisório, dentre os quais o material jurídico ortodoxo (normas, precedentes vinculantes e dogmática); a subjetividade dos magistrados (o *background*, os valores morais, a ideologia) e a interação entre os magistrados e outros agentes (os demais colegas, o Poder Executivo, o Poder Legislativo, a imprensa e a opinião pública).

O modelo tradicional conhecido como legalista³⁸ é aquele em que o julgador utiliza o material jurídico ortodoxo para a tomada de decisão. Segundo este modelo, o processo decisório é formado sem uma maior interferência de outros atores na formação do convencimento do julgador. A partir deste entendimento que remonta à cultura jurídica tradicional, surgiam outras linhas que passaram a apontar, a partir do século XX, possíveis influências na tomada de decisão, seja por meio da política³⁹, da ideologia e até mesmo da própria norma. Alguns modelos foram construídos, dentre eles o desenvolvido pelo realismo jurídico norte-americano, o qual prevê o julgamento intuitivo, o qual é pautado por um *hunch* ou palpite.⁴⁰

todas essas áreas, exige-se cada vez mais do cérebro humano. Estamos lidando com vários campos de conhecimento, em interação constante com o nosso, e todo esse caos aumentou exponencialmente com a disponibilidade em tempo real de volumes crescentes de informação. Como consequência, todos nós devemos desenvolver diferentes conhecimentos e dominar um vasto conjunto de aptidões, em diversas áreas, além de cultivar a capacidade mental de organizar a ampla variedade de informações. O futuro pertence a quem aprender mais habilidades e for capaz de combiná-las de formas criativas” (COELHO, Inocêncio Mártires. Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 183-184).

38 Conforme Patrícia Perrone Campos Mello: “[...]O modelo legalista aposta na primazia do Direito, em sua concepção ortodoxa, como principal fator explicativo das decisões”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v.8 n. 2 ago/2018. Brasília: Uniceub, 2011. p.691).

39 Esse entrelaçamento entre Direito e Política é destacado por Barry Friedman, o qual prevê a política como qualquer influência apresentada por instituições legítimas ou um ator político individualmente considerado. Segundo o autor: “[...] ‘Political’ is used here in a broadly encompassing manner, referring to any influence brought to bear by the legitimate institutions and actors of democratic government that reflects something other than the individual judge’s best judgment of the way the law determines a case’s merits”.(FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. Texas Law Review, [Austin], v. 84, 2005. p.271 – em tradução livre: “O termo ‘político’ é utilizado aqui de forma abrangente, para se referir a qualquer influência exercida pelas instituições e atores legítimos do governo democrático que reflete algo diferente do melhor juízo individual do julgador sobre a forma como a lei determina o mérito de um caso”).

40 Segundo Joseph C. Hutcheson Jr: “I knew, of course, that some judges did follow ‘hunches’ – ‘guesses’ I indignantly called them. I knew my Rabelais, and had laughed over without catching the true philosophy of old Judge Bridlegoose’s trial, and roughly, in my youthful, scornful way, I recognized four kinds of judgments; first the cogitative, of and by reflection and logomancy; second, aleatory, of and by the dice; third, intuitive, of and by feeling or “hunching;” and fourth, asinine, of and by an ass; and in that same youthful, scornful way I regarded the last three as only variants of each other, the results of processes all alien to good judges” (HUTCHESON JR., Joseph C. Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision. Cornell Law Review, v. 14, 1929.p. 275-276 – em tradução livre: “‘Eu sabia, claro, que alguns juízes seguiam ‘palpites’ – ‘suposições’, eu os chamava indignadamente. Eu conhecia o meu Rabelais e tinha-me rido sem perceber a verdadeira filosofia do julgamento do velho juiz Bridlegoose e, grosseiramente, à minha maneira juvenil e desdenhosa, reconheci quatro tipos de juízos: primeiro, o cogitador, de e por reflexão e logomaniaco; segundo, aleatório, de e pelos dados; terceiro, intuitivo, de e pelo sentimento ou “palpite”; e quarto, asinino, de e por um asno; e, dessa mesma maneira juvenil e desdenhosa, considerava os três últimos apenas variantes uns dos outros, os resultados de processos todos estranhos aos bons juízes”). Também neste sentido: HAIDT, Jonathan A Psicologia Moral e o Direito: Como as intuições direcionam o raciocínio, o julgamento e a busca por evidências. In: NOJIRI, Sergio (org). O Direito e suas Interfaces com a Psicologia e a Neurociência. Curitiba: Apris, 2019.

Ainda, há o modelo atitudinal ou ideológico, o qual prevê a existência de possíveis vieses políticos e ideológicos na tomada de decisão. Esse modelo é bem explorado no contexto norte-americano em que há dois partidos (democratas e republicanos)⁴¹ que o Presidente nomeia o *Justice* de acordo a sua ideologia⁴².

Por fim, há o modelo estratégico em que a tomada de decisão parte de um conjunto viável de alternativas, à luz das escolhas racionais e da teoria dos jogos. Em relação à primeira teoria, os juízes teriam determinados objetivos e tomam a atitude de acordo com o que acreditam ser o mais apto à obtenção deste objetivo. No que diz respeito à teoria dos jogos, há a dependência da atuação de terceiros e o magistrado tomará a sua atitude com base nas atitudes que espera dos demais. Esse modelo passa por uma análise de economia comportamental e tem como referências Cass R. Sustein e Daniel Kahneman⁴³.

Ainda sobre os fatores extrajurídicos, pode ser considerada a opinião pública como agente externo que pode influenciar na tomada de decisão. Em Cortes Constitucionais esta posição é analisada na perspectiva de uma reserva de credibilidade e da construção de um capital político. Tal situação fica mais evidente em casos de processos estruturais e que envolvam as elites políticas⁴⁴.

A partir do reconhecimento de que há fatores extrajurídicos que podem influenciar na tomada de decisão, busca-se fazer um recorte para o âmbito do processo judicial, com vistas à identificação de que a neutralidade na busca da verdade, como finalidade

41 De acordo com Patrícia Perrone Campos Mello: “Segundo os teóricos do modelo ideológico de comportamento judicial, a ideologia dos magistrados constitui o elemento central, determinante da decisão judicial. Sobretudo nos casos difíceis, são os valores e as crenças dos juízes que proporcionam a verdadeira explicação para seus votos. As normas jurídicas, os precedentes judiciais, os métodos de interpretação e aplicação do direito, ou seja, o discurso jurídico que fundamenta o julgado é, na verdade, elaborado a posteriori, depois de tomada a decisão sobre o mérito da causa e apenas para legitimá-la. Em breves linhas, se um juiz for progressista, independentemente da dogmática jurídica, ele tenderá, ilustrativamente, a julgar a favor do direito de minorias, quando confrontado com o direito à igualdade formal invocado pelas maiorias; ou a favor da proteção ao meio ambiente, em situações de conflito deste valor com a livre iniciativa e com o desenvolvimento econômico. Se for conservador, apresentará o comportamento inverso. As convicções pessoais dos julgadores constituem a chave para a compreensão e previsão das decisões judiciais”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 57).

42 Segundo Richard Posner: “Other evidence of a judge’s política! leanings is sometimes used in lieu of the party of the appointing President, such as preconfirmation editoriais discussing the politics or ideology of a judicial nominee. A neglected possibility is a fourfold classification in which the intermediate categories would consist of judges appointed when the President and the Senate majority were of different parties (“divided government”). (POSNER, Richard. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University, 2008. p.20).

43 Vale destacar as seguintes obras destes autores: THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. Nudge. Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução Ângelo Lessa. São Paulo: Companhia das Letras, 2019 e KANHEMAN, Daniel. Rápido e devagar. Duas formas de pensar. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Ainda: TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova York: New York University, 1986. p. 123-141.

44 André Rufino do Vale destaca, por meio de entrevista com Ministros do Supremo Tribunal Federal, a possível interferência da opinião pública nos julgamentos. Cf. VALE, André Rufino do. *Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito – Universidade de Brasília p. 322-325. Disponível em https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18043/3/2015_AndreRufinodoVale.pdf Acesso em: 16 fev. 2024.

da prova, pode não ser dissociada de subjetivismos. No mesmo sentido, o conjunto probatório existente em um processo, seja na sua produção e/ou valoração, pode apresentar preconceitos nas narrativas processuais⁴⁵.

Nesse contexto, é possível aferir que não há uma efetiva preocupação jurídica com o procedimento de produção de prova, porquanto os atores processuais não têm noção da classe de perguntas aptas, bem como quais as metodologias podem ser utilizadas para facilitar a lembrança de determinado evento.

As capacidades e os limites da memória humana não são levados em consideração, porquanto não se observa que a memória passa por várias etapas. O estudo das provas dependentes da memória é vasto e, nesta seara, o estudo da memória, das técnicas de percepção de verdade e falsidade se espalham em outras áreas do conhecimento⁴⁶.

Quando se trata da prova oral, exsurge a psicologia do testemunho como método para uma melhor efetividade da produção da prova no processo, pois inegavelmente o depoimento de uma testemunha necessita da reconstrução de fatos, os quais podem variar no tempo de acordo com a durabilidade do procedimento. A memória é incompleta porque o indivíduo não pode prestar atenção em tudo que tenha importância do ponto de vista de uma investigação.⁴⁷

Por sua vez, no contexto da valoração da prova oral, também é possível a existência de juízos valorativos por parte do magistrado, o que, de certa forma, denota uma análise preconcebida sobre determinado fato, seja por meio das crenças, convicções ou ideologias. Além desta possível concepção, há também aspectos subjetivos da pessoa que presta o depoimento que poderiam ser levados em consideração para um juízo valorativo, seja positivo ou negativo, da sua versão sobre os fatos⁴⁸.

45 Segundo Michele Taruffo: “Uma narrativa dos fatos jamais pode ser (especialmente em um processo) algo já pronto e acabado que cai do céu na mesa de um advogado ou de um juiz. Pelo contrário: as narrativas são construídas por seus atores, frequentemente através de atividades criativas, complexas e sofisticadas. Esta construção não é uma descrição passiva, abstrata ou neutra dos fatos: como já dito, as narrativas constroem os fatos que são contados. De certa maneira, portanto, a construção de uma narrativa por parte do seu autor é também a construção dos fatos que o autor conta”. (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p.73).

46 Neste sentido, William Weber Ceconello, Gustavo Noronha de Avila e Lilian Milnitsky Stein: “Tais informações não são novas para a literatura da Psicologia do Testemunho, que já conta com um consolidado arcabouço científico, baseado em centenas de pesquisas empíricas ao redor do mundo. Entretanto, o escasso diálogo entre essa ciência e a prática compromete a efetividade do sistema de justiça brasileiro”. (CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; MILNITSKY, Lilian. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* v.8 n. 2, ago. 2018. Brasília: Uniceub, 2011, p. 1064).

47 Luís Filipe Pires de Sousa destaca: “A memória armazena interpretações da realidade e não é um registro da realidade em si, ou seja, a memória é o registro de uma experiência pessoal da realidade. Os dados que percebemos são processados à luz da nossa experiência, preferências, vieses e expectativas. A memória nunca é o registro completo de uma experiência. Na fase da recuperação, os nossos conhecimentos atuais e crenças exercem influência no modo como lembramos o passado. Os nossos pensamentos atuais, crenças e emoções servem como filtros através dos quais interpretamos e potencialmente reescrevemos o nosso passado”. (SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Prova testemunhal*. Coimbra: Almedina, 2017. p.10-11)

48 Vitor de Paula Ramos: “A então nascente psicologia do testemunho chegou a fornecer um alerta a respeito de que a oralidade não poderia, num passe de mágica, fazer o juiz ter condições de superar sua condição humana, ingressando nas profundezas da mente dos demais. [...] Não obstante, a processualística posterior balizou toda a valoração da prova testemunhal na crença de que o magistrado deveria ter contato direto com a testemunha para ter condições de formar a

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se uma análise do comportamento judicial à luz de aspectos processuais, notadamente probatórios, nos momentos em que a prova é produzida em juízo e valorada pelo juiz. Nesse itinerário procedimental, podem surgir vários fatores extrajurídicos que influenciam a tomada de decisão.

As disciplinas de Teoria Geral do Direito muitas vezes não se atentam para uma visão extrajurídica e reproduzem o ordenamento jurídico em uma perspectiva ideal. A construção da norma voltada para a segurança jurídica é elemento essencial para uma estabilidade do Direito, contudo não se deve olvidar de uma análise interdisciplinar, pois há conexão direta do Direito com outras áreas do conhecimento.

O sistema de justiça ainda não atentou efetivamente para estes elementos extrajurídicos que repercutem em um processo judicial, pois os ordenamentos jurídicos ainda reproduzem no direito probatório este ideal de busca da verdade e trazem a ideia em seu conteúdo de uma neutralidade cognitiva. Em certos momentos, ainda que esporádicos, reconhece algum subjetivismo na produção e valoração probatórias, porém não adentra em uma discussão mais específica.

Portanto, o artigo demonstrou que aspectos extrajurídicos situam-se dentro do sentido jurídico de compreensão da abordagem racionalista da prova e devem ser aferidos para uma análise mais completa e abrangente do processo judicial. Tais aspectos são evidenciados por teorias que buscam descrever o comportamento judicial além de uma legalidade estrita. O cenário atual sobre esta análise é incipiente no ordenamento jurídico brasileiro, o qual não se atentou na constituição de um padrão científico para a busca da verdade do processo judicial, bem como na criação de critérios para se adentar na discussão de possíveis estados subjetivos na produção e valoração da prova acerca dos fatos controversos em uma relação processual.

sua ‘opinião subjetiva a respeito do testemunho colhido’, incluindo o ‘exame das reações, da postura e dos gestos que a pessoa depõe’, fatores como a ‘cor das bochechas, os olhos, o tremor ou a consistência da voz, os movimentos [...]’ (RAMOS, Vítor de Paula. Prova testemunhal. Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do isolamento científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.48-49). Neste sentido, Gabriela Perissinotto de Almeida e Sérgio Nojiri: “Para auxiliar o processo de tomada de decisão, utilizamos heurísticas, isto é, atalhos cognitivos que atuam no julgamento como mecanismos simplificadores. Nas palavras de Kahneman: ‘a definição técnica de heurística é um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis’. Essas heurísticas costumam ser úteis e podem produzir julgamentos corretos, mas, em determinadas circunstâncias, podem levar a erros graves e sistemáticos de avaliação e controle. Esses erros também podem ser chamados de vieses. Podemos falar em dois tipos de vieses. O primeiro deles se dá quando os erros são cometidos em razão de uma crença explícita ou de uma intenção consciente de agir, de modo que o sujeito esteja ciente da ação e de seus resultados ao tomar uma decisão — nessa hipótese falamos em vieses explícitos”. (ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. Revista Brasileira de Políticas Públicas v.8, n. 2 ago. 2018. Brasília: Uniceub, 2011. p.828-829).

JUDGMENT AND DECISION-MAKING: LEGAL AND EXTRA-LEGAL FACTORS

ABSTRACT

Strictly legal factors are not enough to judicial conviction on facts. The consideration of extra-legal factors, however, does not contradict the rationalist approach to evidence. The paper problematizes the subjective state of the judge in the production and valuation of evidence. It aims to elucidate the judge's limitations and cognitive biases. It argues that extra-legal factors for the decision are within the rationalist approach to evidence and the legal field, although outside strict legality. The methodology is deductive, with literature review and comparison of categories with practice, notably on the valuation of evidence combined with contributions from other areas of knowledge.

Keywords: truth; process; standards of proof; judicial behavior.

REFERÊNCIAS

AGUILERA GARCÍA, Edgar Ramón. Justificación epistémica, evidencialismo robusto y prueba jurídica. **Quaestio facti**. Revista internacional sobre razonamiento probatorio, v. 3, n. 0, 2022. Disponível em: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22733>. Acesso em: 16 fev. 2024.

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** v.8, n. 2, Ago. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 11. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 16 fev. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Série: Pensando o Direito, n. 59. Brasília: IPEA, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 16 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Jurisprudência em teses**. Edição n. 111 – Provas no Processo Penal II. Entendimentos extraídos de julgados publicados até 6 set.

2018. Brasília, 5 out. 2018. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11359/11488>. Acesso em: 16 fev. 2024.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 20 reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; MILNITSKY, Lilian. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v.8 n. 2, ago/2018. Brasília: Uniceub, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**, [Austin], v. 84, 2005.

HAIDT, Jonathan. A Psicologia Moral e o Direito: Como as intuições direcionam o raciocínio, o julgamento e a busca por evidências. *In*: NOJIRI, Sergio (org). **O Direito e suas Interfaces com a Psicologia e a Neurociência**. Curitiba: Apris, 2019.

HUTCHESON JR., Joseph C. Judgment Intuitive: The Function of the Hunch in Judicial Decision. **Cornell Law Review**, v. 14, 1929.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do direito e do Estado**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. v.8, n. 2, ago. 2018. Brasília: Uniceub, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Teoria Geral do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

PAULESU, Pier Paolo. Editorial – An overview on the “crisis” of testimonial evidence as a judicial decision making tool, between ECHR and Italian Criminal Proceeding:

protected witnesses, media interference, principle of immediacy and right to cross-examination. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, n. 3, p. 1066–1092, 2022. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/757>. Acesso em: 16 fev. 2024.

POSNER, Richard. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University, 2008.

RAMOS, Vitor de Paula. Presuntivismo e falsa contraposição entre mentira e verdade: duas possíveis causas para seguirmos ignorando o impacto de fatores como a passagem do tempo e as informações pós-evento no processo penal: Três propostas sobre o que fazer. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 8, n. 3, 2022. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/740>. Acesso em: 16 fev. 2024.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal. Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do isolamento científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. **Teoria Geral do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. 8. tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010

RUÇO, Alberto Augusto Vicente. **Prova e formação da convicção do juiz**. Coimbra: Almedina, 2017.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2017.

SOUSA, Luís Felipe Pires de. **Prova por presunção no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2017.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. 2. ed. Tradução de Andrés de Oliva Santos. Bogotá: Temis, 1999.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TRINDADE, Cláudia Sofia Alves. **A prova de estados subjetivos no processo civil. Presunções judiciais e regras de experiência**. Coimbra: Almedina, 2016.