

CARTA PSICOGRAFADA COMO FONTE DE PROVA NO PROCESSO CIVIL¹.

FREDIE DIDIER JR.* / PAULA SARNO BRAGA**

SUMÁRIO: 1. Introdução. - 2. Meios de prova e sua licitude. - 3. Prova documental. Sua fonte e seus elementos: 3.1. Prova documental e documento; 3.2. Elementos do documento- 4. A carta psicografada como fonte de prova documental. - 5. A ilicitude da carta psicografada como fonte de prova documental no Processo Civil: 5.1. Da violação à liberdade religiosa. A laicidade do Estado; 5.2. Da violação ao contraditório; 5.3. Da inobservância do dever de fundamentação da decisão. O convencimento motivado. - 6. Postura dos tribunais brasileiros. - 7. Conclusão. - Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente ensaio tem por objetivo fundamental analisar a admissibilidade da carta psicografada como fonte de prova documental no Processo Civil, tendo em vista o direito fundamental à liberdade religiosa e de expressão, a igualdade, a laicidade do Estado, o contraditório e o dever de fundamentar as decisões judiciais.

Palavras-chave: carta psicografada; liberdade religiosa; devido processo legal; contraditório, fundamentação; prova ilícita.

ABSTRACT

This essay aims to analyze the psychographed letter admissibility as a documental evidence source in Civil Procedure, considering religious and express freedom fundamental right, the equality, the laicization of the State, the adversarial principle, and the duty to justify the decision reasons.

Keywords: psychographed letter; religious freedom; due process of law; adversarial principle; reasoning; illegal evidence.

* Livre-docente (USP), Pós-doutorado (Universidade de Lisboa), Doutor (PUC/SP) e Mestre (UFBA). Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Professor-coordenador da Faculdade Baiana de Direito. Membro dos Institutos Brasileiro e Ibero-americano de Direito Processual, da Associação Internacional de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

** Mestre e Doutoranda (UFBA). Especialista em Direito Processual Civil (FJA/JUS PODIVM). Professora de Direito Processual Civil da UFBA, da Faculdade Baiana de Direito e da UNIFACS. Membro do IBDP. Advogada e consultora jurídica.

1 Artigo escrito em homenagem a Michele Taruffo.

“É certo que é até possível conceber que algum juiz se sinta, de repente, por assim dizer, ‘iluminado pelo Espírito Santo’, mas dificilmente conseguirá formular de modo convincente e suscetível de controle essa sua iluminação no momento de fundamentar a sentença. Subsistira sempre uma dúvida sobre a verdadeira natureza desse fenômeno...”

Barbosa Moreira²

“Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido, e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nesta esfera de cognição. Mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão das ordens. [...] É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjugação favorável aos pacientes”.

Min. Dias Toffoli (STF)³.

1. INTRODUÇÃO.

Há pouco tempo se vêm desenvolvendo, no Brasil, estudos mais específicos e aprofundados sobre a liberdade religiosa e a laicidade do Estado. Certamente, isso tem acontecido em razão de uma verdadeira *judicialização da religião* nos tribunais brasileiros. Temas caros a algumas religiões estão sendo objeto de decisões judiciais, algumas, inclusive, do Supremo Tribunal Federal, e trabalhos doutrinários. Alguns exemplos: a) sacrifício de animais, religiões de matriz africana e o direito ambiental⁴; b) pesquisas com células-tronco embrionárias e a religião católica⁵; c) casamento homoafetivo e as religiões evangélicas⁶; d) racismo e antissemitismo⁷; e) transfusão de sangue e as Testemunhas de Jeová⁸; f) abortamento de feto anencéfalo e as religiões cristãs⁹; g) realização de provas de concursos públicos aos sábados e a religião adventista¹⁰.

2 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas atípicas. *Revista de Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, n. 76, p. 115

3 Nos autos do HC n. 103.412/SP, publicado no DJe de 23.08.12, de relatoria da relatora Min. Rosa Weber.

4 Sobre a polêmica, ver o relatório de Yannick Yves Andrade Robert, disponível em http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2008/relatorios/ccs/dir/yannick_yves_andrade_robert.pdf, consultado em 01.07.2013, às 08h.

5 STF, Pleno, ADI 3510/DF, rel. Min. Ayres Brito, j. em 29.05.2008

6 STF, Pleno, ADI n. 4277/DF, rel. Min. Ayres Brito, j. em 05.05.2011.

7 STF, Pleno, HC n. 82.424/RS, rel. Min. Moreira Alves, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, j. em 17/09/2003.

8 Sobre a polêmica, por exemplo, LEIRIA, Cláudio da Silva. “Religiosos têm direito a negar transfusão de sangue”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-jun-20/testemunhas-jeova-direito-negar-transfusao-sangue>, consultado em 01.07.2013, às 07h17.

9 STF, ADPF n. 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 12.04.2012.

10 STJ, 6ª T., RMS n. 16.107/PA, rel. Paulo Medina, j. em 31.05.2005, publicado em 01.08.2005; STJ, 5ª T., RMS n. 22.825/RO, rel. Min. Felix Fischer, j. em 26.06.2007, publicado em 13.08.2007.

A relação contemporânea entre a religião e o processo civil é um tabu, pouco trabalhado pela doutrina brasileira. Temas como a penhora de objetos religiosos, realização de comunicação processual na pendência de cerimônia religiosa, colocação de símbolos religiosos (como a cruz cristã) em salas de sessões e audiências nos tribunais brasileiros¹¹ precisam ser mais bem desenvolvidos doutrinariamente.

Um desses temas, talvez o mais sensível e importante, diz respeito à possibilidade de o juiz valer-se, em sua fundamentação, de argumentos de fundo religioso. Há, no Brasil, uma situação, cada vez mais comum, relacionada à religião espírita¹², em que esse problema se revela: o uso de carta psicografada como fonte de prova em um processo jurisdicional estatal.

O objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade de a carta psicografada ser admitida como fonte de prova no direito processual civil brasileiro. O tema será examinado à luz dos direitos fundamentais à liberdade religiosa, à igualdade, ao contraditório e à fundamentação das decisões judiciais, considerando-se, sempre, a laicidade do Estado brasileiro. As referências serão feitas ao Código de Processo Civil (CPC) brasileiro.

Trata-se de homenagem a Michele Taruffo, expoente mundial nos estudos sobre a formação do convencimento judicial e a motivação das decisões.

2. MEIOS DE PROVA E SUA LICITUDE.

Prova é termo polissêmico.

Em um sentido objetivo, a prova é o ato de provar por um determinado meio de prova (ex.: pericial, testemunhal, documental). Em sentido subjetivo, é o resultado que daí advém para o convencimento do juiz ou das partes¹³.

Interessa, neste momento, analisá-la como meio de prova, isto é, como técnica ou método que é empregado para colher evidências de uma determinada fonte ou matriz da qual deriva – fonte esta que pode ser uma pessoa (ex.: testemunha), uma coisa (ex.: documento periciado ou simplesmente juntado) ou um fenômeno natural/artificial (ex.: erosão ou uma reação química)¹⁴.

11 Sobre este tema, SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

12 Embora nascido como doutrina científica, em meados do século XIX, o espiritismo foi, no Brasil, recepcionado culturalmente como manifestação religiosa.

13 A prova também tem como destinatária a parte, na medida em que permite que forme seu próprio convencimento sobre a viabilidade de demonstrar em juízo a ocorrência do conjunto fático que enseja a situação jurídica de que se afirma titular, avaliando suas chances de êxito em batalha judicial – quando pode optar, por exemplo, por recuar ou encetar negociações para possível acordo com o adversário (Cf. YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60, 68 e 69).

14 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o título “Da Prova” do Novo Código de Processo Civil. *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 213. Aqui é colocada a fonte em sentido estrito que, na acepção de Carnelutti, não deixa de ser, em si, um fato do qual se deduz outro fato (o fato probando) – e, não, o indício enquanto fonte de presunção. (CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 99).

Cada fato há que ser provado por meio apropriado para demonstrá-lo em juízo – podendo haver mais de um meio propício para tanto. Por exemplo, um atropelamento pode ser comprovado por perícia, por depoimento pessoal seguido de confissão do seu responsável, por uma gravação ou fotografia de celular de um pedestre (prova documental) etc.

Esses meios de prova cabíveis não precisam ser necessariamente típicos, expressamente previstos em lei. No direito brasileiro, admitem-se quaisquer meios de prova, típicos ou atípicos (ex.: prova emprestada, estatística, por amostragem¹⁵), desde que sejam lícitos. Ou seja, essa atipicidade ou liberdade das provas não é plena, nem absoluta, encontrando limites na exigência de licitude (art. 332, CPC, e art. 5.º, LVI, CF).

A prova ilícita é aquela que ofende o ordenamento jurídico vigente (em qualquer nível, constitucional ou infraconstitucional, de qualquer tipo, material ou processual). Essa ilicitude pode recair, por exemplo, sobre o conteúdo da prova (ex.: fatos sobre os quais há presunção legal absoluta), sua fonte (ex.: falsidade ideológica de documento ou impedimento de testemunha), seu mecanismo de obtenção ou inserção nos autos (ex.: confissão sob tortura ou depoimento sob coação), seu procedimento (ex.: sem contraditório) etc.¹⁶

É partindo dessas premissas que se analisa a possibilidade de a juntada de carta psicografada ser enquadrada como meio típico (ou atípico) de prova. É lícito esse meio de prova? Pode-se considerar, no direito brasileiro, a carta psicografada como uma fonte de prova aceita?

3. PROVA DOCUMENTAL. SUA FONTE, ELEMENTOS E VÍCIOS.

3.1. Prova documental e documento.

A juntada de documento ao processo é meio típico de prova (art. 364 segs. CPC) consistente na inserção de documento no processo para apreciação judicial¹⁷. Sua fonte é o documento.

O documento, por sua vez, é toda coisa que represente objetivamente um fato por obra de atividade humana¹⁸, como uma carta, um DVD, uma fotografia, um email¹⁹ etc.

15 Diante de um grupo de eventos similares, a demonstração de uma parte deles permite concluir pela existência de todos (Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2013, v. 2, p. 72 ss.; STJ, 5.ª T., HC n. 103.556/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia filho, j. em 24.06.2008, publicado no DJe de 18.08.2008).

16 Sobre o tema, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 92 e 93; CAMBL, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 64-69.

17 O que pode ser dá por simples juntada (arts. 396 e 397), por exibição (art. 355 ss., CPC), por requisição (art. 399 ss., CPC) etc. (CINTRA, Antonio Carlos Araújo de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 4, p. 94). Quando o suporte do documento é papel, sua juntada já consiste na produção da prova documental. Entretanto, em sendo o suporte um CD, DVD, fita cassete etc., que registra áudio ou vídeo, a sua juntada não consiste na sua produção. Será necessária a realização de uma audiência, com presença das partes, para que o juiz acesse o conteúdo do documento com o aparelho tecnologicamente adequado, em contraditório. Só assim a prova pode ser dita produzida (sobre o tema, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 192).

18 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, cit., p. 187 e 190.

19 Em que pese o documento eletrônico seja uma sequência de bits, exige um suporte físico e uma

Daí, facilmente, extraem-se seus elementos, que podem ser denominados de: subjetivo (autoria), objetivo (conteúdo) e formal (suporte físico).

3.2. Elementos do documento.

a) Subjetivo.

O elemento *subjetivo* do documento é a existência de ato humano. É necessário que o documento seja produto de uma ação humana, para que se possa a ele atribuir uma autoria²⁰.

O *autor* do documento é a pessoa que o criou e é responsável pela sua formação – i.e., aquele “a quem se atribui a paternidade do documento”²¹.

O autor *material* é aquele que cria o seu suporte físico (i.e., escreve, grava, pinta ou fotografa, por exemplo) e o autor *intelectual* aquele que comanda ou ordena essa criação (i.e., dita o escrito, contrata a gravação ou fotografia etc.)²². A autoria material e intelectual pode confundir-se numa só pessoa (no documento autógrafo), mas pode, também, ser atribuída a pessoas diferentes (no documento heterógrafo)²³.

Usualmente, a autoria do documento é identificada por subscrição, inserindo-se sinal exclusivo do autor (ex.: assinatura escrita ou impressão digital) – sem se excluírem outros meios de identificação (ex.: assinatura digital, cf. art. 164, parágrafo único, CPC).

O documento pode prescindir, todavia, de subscrição que o identifique. Documento sem autoria humana não existe como documento. Mas documento sem *identificação* da autoria humana, por ausência de subscrição (ou outro meio

ferramenta (ou seja, uma coisa) para que se acesse seu conteúdo (Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 149).

20 Sendo que o ato humano, aqui, não representa o fato (como o faz o depoimento de uma testemunha), mas, sim, cria um objeto (ou coisa) apto a fazer essa representação (CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, cit., p. 187-189). Discorda-se de Marinoni e Arenhart ao defenderem que há documento sem atividade humana, como a coisa (um documento histórico) que fica marcada por vestígios decorrentes de um fenômeno natural (ex.: um raio ou chuva) (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 5. T. 2. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 245; no sentido desses autores, CINTRA, Antonio Carlos Araújo de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 93). Parece ser caso em que uma coisa (ou fenômeno) atuou como fonte de prova pericial ou inspeção judicial e, não, de simples prova documental – que pressupõe, insiste-se, intervenção humana na formação do que se pretende considerar um documento. Nem toda coisa é um documento, embora o documento seja uma coisa.

21 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no Cível e Comercial*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, v. 4, p. 34.

22 Admite autoria material e intelectual o art. 371, CPC: “Art. 371. Reputa-se autor do documento particular: I - aquele que o fez e o assinou; II - aquele, por conta de quem foi feito, estando assinado; III - aquele que, mandando compô-lo, não o firmou, porque, conforme a experiência comum, não se costuma assinar, como livros comerciais e assentos domésticos”.

23 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 594. Com visão diversa, defendendo que autógrafo é aquele em que há coincidência entre o autor do documento e o autor do fato documentado e heterógrafo aquele em que não há essa coincidência, CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, cit., p. 197; e AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no Cível e Comercial*, cit. p. 37

de identificação), existe²⁴ – a exemplo de registro doméstico e livro comercial, que não costumam ser assinados (art. 371, III, CPC) –, podendo, contudo, o legislador, neste ou naquele caso, considerá-lo acometido por algum tipo de vício ou irregularidade que conduza à inadmissibilidade ou ineficácia da prova com base nele produzida. Independentemente disso, existem outros meios de comprovação da autoria de um documento, como o exame grafotécnico.

O que importa, na verdade, é que a autenticidade de um documento pressuponha que o seu autor aparente seja o seu autor real, comprovando-se que foi efetivamente produzido por aquele a quem se atribui sua autoria²⁵: “A certeza de que o documento provém do autor nele indicado é o que se chama autenticidade”²⁶. E essa autenticidade é presumida *iuris tantum* quando se trata: a) de documento público (art. 364, CPC); e b) de documento particular com firma reconhecida por tabelião ou não impugnado pela parte adversa no prazo de lei (art. 390, CPC) – sendo que, impugnado, necessário se faz um incidente de apuração da falsidade/autenticidade documental (art. 389, II, CPC, e 388, I, CPC).

b) Elemento objetivo e formal.

O *elemento objetivo* do documento é a representação objetiva de um fato, que define seu conteúdo.

Quanto ao seu conteúdo, os documentos podem ser declarativos – aqueles que contêm declaração humana – ou não. E os documentos *declarativos* (documentos em sentido estrito), por sua vez, podem ser dispositivos ou testemunhais.

O documento será *dispositivo* (ou constitutivo) quando registrar uma declaração de vontade humana, caso em que faz prova não só da declaração como da vontade declarada (fato declarado) – a ex. de um instrumento de contrato ou uma gravação telefônica em que se registra a proposta de um serviço. É, pois, fonte primária de prova.

O documento será *testemunhal* (ou narrativo) se contiver uma declaração de ocorrência ou ciência de um fato, ficando provada a declaração (o “depoimento”), mas, não, o fato declarado, cf. art. 368, parágrafo único, CPC²⁷ (ex.: um livro de ocorrência de um condomínio em que um condômino registra que o animal doméstico de um vizinho foi transportado pelo elevador social, infringindo normas da convenção do condomínio)²⁸.

24 Contra, CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, cit., p. 201-203; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 246.

25 Cf. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, cit., p. 204.

26 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no Cível e Comercial*, 1954, cit., p. 44

27 Salvo se tratar-se de fato contrário ao interesse do declarante, isto é, fato confessado, diz Cintra (CINTRA, Antonio Carlos Araújo de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 108). É o que Carnelutti e Amaral Santos chamam de “documentos confessórios” ou “declarações confessórias”, respectivamente (CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, cit., p. 214; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no Cível e Comercial*, 1954, cit., p. 40).

28 Sobre a diferença entre os dois tipos de documento, CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, cit., p. 213-218; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no Cível e Comercial*, 1954, cit., p. 39-41.

O documento testemunhal não é, portanto, suficiente, por si só, para provar o fato declarado, recaindo sobre o interessado em sua revelação o ônus de demonstrá-lo (art. 368, parágrafo único, CPC) – razão pela qual é considerado fonte secundária de prova²⁹.

E, para tanto, o autor do documento pode ser, por exemplo, arrolado como testemunha – se sujeito capaz e imparcial (art. 405, CPC, e 228, Código Civil) –, quando será diretamente ouvido pelo juiz, mediante compromisso de dizer a verdade, e em contraditório. Sua declaração oral poderá ser pessoalmente avaliada pelo magistrado, que lhe atribuirá a força *probandi* adequada, de acordo com seu livre convencimento motivado – confrontando-o, inclusive, com outros elementos de prova.

Não é por outra razão que Antonio Scarance Fernandes diz que um dos maiores problemas da prova documental é sua má utilização, mais especificamente quando se tenta fazer com que substitua outro meio de prova (como a testemunhal): “(...) uma declaração assinada por uma pessoa em favor do acusado a respeito do fato a ele imputado não constitui documento que pudesse ser juntado aos autos em qualquer momento do processo, em substituição a uma prova testemunhal. Pode configurar simples indicação de testemunha, cujas palavras somente valerão como prova se for ela ouvida em contraditório judicial”³⁰ – e mediante o compromisso de dizer a verdade (cf. art. 342, CP), acrescente-se³¹.

Por fim, o *elemento formal* é a coisa que serve de suporte físico, exteriorizando seu conteúdo. Papel, DVDs e CDs são os suportes mais comuns.

4. A CARTA PSICOGRAFADA COMO FONTE DE PROVA DOCUMENTAL.

A psicografia é definida como o ato pelo qual o “espírito” – que se diz desencarnado de pessoa morta – escreve com as mãos do médium³²⁻³³.

Produziria, sempre, um documento particular, escrito e unilateral, que pode ser assinado ou não. Costuma ser uma carta, em que o remetente (pessoa médium³⁴) transmite uma mensagem escrita ao seu destinatário.

29 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, cit., p. 215.

30 FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 87. Em sentido semelhante, PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 438.

31 Com posicionamento bastante radical, Nicola Malatesta chama atenção para o problema, negando qualquer importância probatória ao documento particular que contenha um testemunho de pessoa que não possa mais ser interrogada (por ter falecido ou desaparecido), por exemplo, por não ter qualquer garantia de autenticidade, que não pode sequer ser verificada. O autor frisa, ainda, a importância do testemunho judicial, em contraditório, para sua “avaliação formal”, pois permite que o juiz avalie a linguagem, o modo como se expressa e se porta o depoente – e todos os indícios daí decorrentes –, bem como tem a vantagem decorrente da solenidade e da publicidade do momento, que inibem a testemunha de fugir da verdade (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. 3 ed. Campinas: Bookseller, 1996, v. 1, p. 365, 366 e 582).

32 Cf. GARCIA, Ismar Estulano. *Psicografia como prova jurídica*. Goiânia: AB, 2010, p. 55.

33 É escrita indireta (com participação do médium), ao contrário da pneumatografia que é escrita direta (GALVÃO, Leandro Medeiros. *A Prova Psicografada e o Tribunal do Juri*. São Paulo: Baraúna, 2011, p. 44 e 45).

34 Que falaria pelo espírito, na visão dos espíritas.

Seu suporte usual é o papel escrito e manuscrito. Nada impede, contudo, que essas mensagens venham a ser digitadas e impressas ou conservadas em documentos eletrônicos armazenados em CD, pen drive etc. – o que já se ouviu falar no contexto de obras psicografadas³⁵.

Seu conteúdo pode ser a declaração de ciência de um fato (documento testemunhal ou narrativo). Poderia ser, por exemplo, um depoimento sobre a ocorrência de um fato, como um atropelamento por veículo conduzido por motorista imprudente ou a imperícia de um médico em um ato cirúrgico.

Na doutrina espírita, colocam-se à frente da autoria da carta ou mensagem psicografada o “espírito” e o médium. A partir daí, diz-se que a psicografia poderia ser mecânica, semimecânica ou intuitiva³⁶: i) a psicografia mecânica (ou passiva) ocorreria quando o “espírito” escreve com as mãos do médium, que atua inconscientemente e sem controle dos seus movimentos – fenômeno considerado raro, citando-se como exemplo a atuação do Chico Xavier. Neste caso, observe-se, o “espírito” seria autor intelectual e material do documento, que seria autógrafo; ii) a psicografia intuitiva se caracterizaria pelo fato de o “espírito” escrever com as mãos do médium, que, todavia, atuaria conscientemente, controlando os seus movimentos, de modo a interpretar e traduzir a mensagem recebida, registrando-a com sua própria grafia. Aqui, o “espírito” seria autor intelectual do documento e o médium assumiria a sua autoria material – caso em que o documento seria heterógrafo; iii) e, por fim, a psicografia semimecânica é vista como uma conjugação das duas anteriores – alternando-se um e outro modo de psicografar³⁷.

Tudo isso está de acordo com a literatura espírita, pautada em sua convicção religiosa de que existe tal comunicação psicográfica entre o espírito e o médium.

É preciso saber, porém, como o direito processual brasileiro cuida do tema. Propõe-se encarar o fenômeno a partir de um prisma jurídico-positivo.

Com base no ordenamento vigente, a carta psicografada é um texto escrito, a ser encarado de duas formas possíveis:

- a) ou bem é um documento³⁸, que registra um testemunho escrito de uma pessoa (que os espíritos chamam de médium), que declaradamente não presenciou os fatos que narra – não os percebendo com nenhum dos seus sentidos. Neste caso, estamos diante de uma fonte de prova imprestável, porquanto sem qualquer força probatória. Provaria a declaração do médium, mas nem de indício serviria do fato declarado (cf. art. 368, parágrafo único, CPC), porquanto confessadamente não assistido ou vivido pelo próprio declarante;

35 A exemplo de Zíbia Gasparetto (Cf. REVISTA ISTOÉ. Brasília: Editora Três, junho de 2013, n. 2272, p. 74 ss.).

36 Cf. GARCIA, Ismar Estulano. *Psicografia como prova jurídica*, cit., p. 58 ss.

37 GARCIA, Ismar Estulano. *Psicografia como prova jurídica*, cit., p. 58 ss. Segundo Leonardo Galvão, nesse caso, o médium tem consciência do que escreve, mas o impulso do movimento é involuntário (GALVÃO, Leandro Medeiros. *A Prova Psicografada e o Tribunal do Júri*, cit., p. 50).

38 Diz ser documento particular, GARCIA, Ismar Estulano. *Psicografia como prova jurídica*, cit., p. 313; MELO, Michele Ribeiro de. *Psicografia e prova judicial*. São Paulo: Lex Magister, 2013, p. 201.

b) ou bem é o resultado de um *fenômeno* religioso (um testemunho espiritual) – fonte de meio atípico de prova -, que não pode ser aceito juridicamente em ambiente processual jurisdicional estatal (público que é), por exigir que se parta de premissas de fé, colocando em xeque a laicidade do Estado e o direito à liberdade religiosa – como adiante se verá³⁹.

Na verdade, como já se viu, o simples fato de ser representação escrita de testemunho (seja do médium, seja espiritual), para alguns⁴⁰, já conduz a carta à irrelevância processual, pois só haveria que se reconhecer qualquer valor probatório à oitava da própria testemunha em contraditório judicial, sob pena, inclusive, de não haver garantia de autenticidade da sua declaração. Isso sem falar no grave prejuízo à oralidade e imediatidade e às vantagens decorrentes do contato direto do juiz com a fonte de prova⁴¹.

Vislumbra-se uma hipótese em que a carta psicografada possa ser utilizada como fonte de prova⁴²: quando, em ambiente jurisdicional privado (processo arbitral), as partes (capazes e titulares de direito disponível), no exercício de sua liberdade e autodeterminação religiosa e cultural, admitissem, consensualmente, sua eficácia como documento (ou fonte de meio atípico de prova).

39 Neste caso, se fosse tomada como premissa essa fenomenologia admitida pelos adeptos, seguidores ou simplesmente simpatizantes do espiritismo, e sem emitir, sobre ela, obviamente, qualquer juízo de valor que não seja estritamente jurídico, interessa verificar que o “espírito” sempre é colocado ao menos como autor intelectual do dito “documento” – sendo que, naquelas modalidades “mecanicistas”, ele ainda é, no todo ou em parte, visto como autor material. Estaríamos diante de um documento cuja autoria é o espírito de um ser humano e não o ser humano vivo. Há sérias dificuldades, como se verá, de considerar esta carta, então, como um documento. (Contra, Leonardo Medeiros Galvão, que defende ser prova documental, *A Prova Psicografada e o Tribunal do Júri*, cit., p. 65).

40 Não é o caso dos autores deste texto, que não retiram, em tese, a eficácia probatória de testemunhos escritos. No direito brasileiro, no procedimento do mandado de segurança, há exemplo de testemunho escrito: as informações prestadas pela autoridade pública cujo ato é questionado. Nada impede que, por negócio processual, em processo que diga respeito a direitos disponíveis, as partes convençionem aceitar o testemunho escrito. Além disso, o testemunho escrito é prática corrente no processo arbitral. Obviamente, como regra, se o testemunho puder ser transmitido oralmente, perante o juiz da causa, tanto melhor.

41 Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 87; PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, cit., p. 438; MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, cit., p. 365, 366 e 582.

42 Mas essa situação, por enquanto, é meramente hipotética. Isso porque os casos relacionados de uso da carta psicografada como fonte de prova se deram na esfera penal, habitualmente, no processamento de crimes dolosos contra a vida de competência do Tribunal do Júri: “Ou seja, nenhum caso concreto existe na área cível, vez que todos os casos, sobre Psicografia, discutidos judicialmente na área cível referem-se a livros, e não mensagens. Tentando obter uma explicação para tal circunstância, a que se encontra foi fornecida por advogado dito médium, esclarecendo que os espíritos não se manifestam em questões materiais, notadamente patrimoniais, que são próprias do Direito Civil” (GARCIA, Ismar Estulano. *Psicografia como prova jurídica*, cit., p. 183 e 184). A justificativa não convence e essa seletividade do objeto do testemunho foi mal explicada. O processo cível pode versar sobre questões extrapatrimoniais (bens imateriais) ou, simplesmente, sobre bens tão valiosos quanto a liberdade do indivíduo. Podem estar em disputa a honra, a vida, a saúde, a subsistência digna, a igualdade, o meio ambiente equilibrado, a moralidade pública, dentre outros. Ademais, o fato de ser meio de prova que tem sido invocado no âmbito penal – o que, por si só, já é juridicamente equivocado, como se verá – pode facilmente fazer com que se tente trazê-lo como prova emprestada para o âmbito cível (ação civil *ex delicto*, por exemplo), o que também é inadmissível.

Entretanto, no processo jurisdicional estatal, não se pode aceitar a carta psicografada como fonte de prova (documental ou atípica)⁴³, tendo em vista não só a sua ineficácia probatória, como também a sua ilicitude⁴⁴, sobretudo em vista de princípios e regras fundamentais da Constituição Federal brasileira: a liberdade religiosa, a laicidade do Estado, a igualdade, o contraditório e a fundamentação das decisões judiciais.

5. A ILICITUDE DA CARTA PSICOGRAFADA COMO FONTE DE PROVA DOCUMENTAL NO PROCESSO CIVIL.

5.1. Da violação à liberdade religiosa. A laicidade do Estado.

A liberdade religiosa é uma liberdade espiritual⁴⁵, de devoção ao místico ou ao sobrenatural. O direito individual à liberdade religiosa é assegurado pelo art. 5.º, VI e VIII⁴⁶, e art. 19, I⁴⁷, CF, além de ser conteúdo da liberdade de pensamento (art. 5.º, IV, CF⁴⁸). Esse direito fundamental possui conteúdo complexo; abrange⁴⁹:

43 Flávio Tartuce sustenta a possibilidade de ser vista como meio atípico de prova, ressaltando a necessidade do aplicador do direito enquadrá-la como legítima, lícita e moral, mas sem emitir opinião conclusiva a esse respeito (TARTUCE, Flávio. Breves considerações quanto à utilização da prova psicografada no juízo cível. *Revista Consulex*. Brasília: 31 de julho de 2006, n. 229, p. 32 a 35. Disponível em: <http://www.google.com.br/#output=search&client=psy-ab&q=carta+psicografada+como+meio+de+prova+no+processo+civil&oiq=carta+psicografada+como+meio+de+p&gs_l=hp.1.1.0j0i3012.11568.21533.1.23310.39.24.3.12.13.6.682.7647.2-18j3j0j3.24.0...0.0...1c.1.11.hp.jQ71Dbut4og&psj=1&bav=on.2.or.r.qf.&bvm=bv.45645796,d.dmQ&fp=f304de9ad5c82356&biw=1280&bih=645>. Acesso em: 29.04.2013).

44 Inclusive, existem projetos de lei no sentido de proibir expressamente a possibilidade de carta psicografada ser usada como fonte de prova (documental) no processo penal. Confira-se o PL n. 1.705/2007 que visa alterar o texto do art. 232, CPP, para dispor que: "Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares, exceto os resultantes de psicografia". Encontra-se a ele apenso, ainda, o PL n. 3.314/2008, que propõe inserção de um §2.º no art. 232 citado para estabelecer que "Não se considera documento o texto psicografado" (GARÇIA, Ismar Estulano. *Psicografia como prova jurídica*, cit., p. 331 ss.; GALVÃO, Leandro Medeiros. *A Prova Psicografada e o Tribunal do Júri*, cit., p. 77 ss.) Os projetos de lei são desnecessários e não parecem bons. São frutos, certamente, de debate político-religioso, comum no Congresso brasileiro. Se é para legislar sobre o tema, não se poderia restringir a proibição à psicografia, mas a qualquer fonte de prova lastreada em fé, religiosa ou não (como a astrologia, mencionada em voto no Supremo Tribunal Federal). Ao proibir apenas a psicografia, se poderia concluir que outras manifestações de fé poderiam ser aceitas, o que também é inadmissível.

45 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 247.

46 "Art. 5º (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...) VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei".

47 "Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público".

48 "Art. 5.º (...) IV - é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato".

49 Cf. MACHADO, Jônatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 221 ss.; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 247-249; SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28 ss.

i) a liberdade de *crença* ou de *opção religiosa*⁵⁰, seja em termos positivos, com o direito de ter fé no que mais satisfaça sua espiritualidade, seja em termos negativos, com o direito de não ter fé (em nada crer de divino ou imaterial)⁵¹, podendo o indivíduo divulgar ou expressar sua própria crença ou descrença, desde que respeitando a fé (ou falta de fé) alheia⁵²⁻⁵³;

ii) a liberdade de *culto* (prática religiosa) ou de escolha da *forma* como exercerá a opção religiosa, reverenciando a(s) deidade(s) adorada(s) – preservada, naturalmente, a integridade física, a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF) e o interesse público primário (de toda uma coletividade) –, o que pode se dar com preces, oferendas, celebrações, cantos, dança, sessões mediúnicas, jejum, procissão, meditação⁵⁴; e

iii) a liberdade de *organização* religiosa, como o direito de constituir uma comunidade religiosa.

O direito fundamental à liberdade religiosa amalgama-se com a regra do laicismo estatal, a separação entre Igreja e Estado. É o que se extrai do art. 19, I, CF, que veda ao Estado brasileiro instituir, subvencionar ou se associar à entidade religiosa de qualquer natureza - assim como, em contrapartida, dificultar a organização e funcionamento de qualquer uma das existentes. A posição estatal deve ser de neutralidade e isenção diante das concepções religiosas existentes – ressalvada a colaboração de interesse público (ex.: um convênio para garantir educação básica a agrupamento religioso)⁵⁵.

50 Manifestação da dignidade da pessoa humana. Não há dignidade sem liberdade (inclusive espiritual) (Cf. SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 88).

51 Seria uma liberdade “religiosa ou a-religiosa”, devendo o Estado, em posição de neutralidade, “ignorar se o indivíduo crê e em que crê” (MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, cit., p. 22). Assim, pode o indivíduo assumir-se, por exemplo, agnóstico (contrário a tudo que não seja científico), ateu (contrário a tudo que seja divino), neo-ateu (radicalmente contrário ao divino e à sua interferência na vida privada das pessoas), cético (colocando a verdade como algo intangível) (SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*, cit., p. 33 e 35). Há quem diferencie, contudo, a liberdade de consciência e de crença. A liberdade de consciência é individual e de conteúdo mais amplo, pois ela abrange o direito de ser ou não ser religioso (e outras liberdades de natureza filosófica). Já a liberdade de crença, em sentido estrito, tem face social e institucional e assegura o direito de ser religioso, escolher a religião, mudar de religião (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed. T. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 416). O direito à liberdade religiosa em sentido lato abrange ambos (SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*, cit., p. 12).

52 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, cit., p. 225. Não abrange essa liberdade a possibilidade de dificultar ou impedir o exercício de qualquer outra religião (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 248).

53E também mudar e transcender, a qualquer momento, sua própria convicção religiosa e existencial (MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, cit., p. 222).

54O Estado não pode forçar ou vedar determinada atuação ou prática de uma religião (MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, cit., p. 230).

55 Há quem diga que o fato do preâmbulo da Constituição dispor que a sua promulgação se dá “sob a proteção de Deus” não colocaria isso em xeque, visto que o princípio da unidade impõe que

A laicidade do Estado impõe, também, o atendimento à “pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder público e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada” e a atuação estatal, para ser legítima, ao menos em uma sociedade que se diga igualitária e plural (cf. art. 1.º, IV, e 5.º, *caput*, CF), deve ter motivação pública e racional, de aceitação comum e geral, desvinculada de qualquer princípio ou doutrina religiosa, filosófica ou moral⁵⁶.

Uma decisão estatal que se pautem em razões que partam de uma religião peculiar e específica (privada, pois) segrega e desrespeita as demais, além de desrespeitar aqueles que não possuem religião alguma. Por isso, suas razões devem ser aquelas livre e racionalmente admitidas por todos que, em ambiente público e democrático, estejam abertos ao diálogo e ao debate em torno delas⁵⁷.

A heterogeneidade cultural e religiosa domina a realidade brasileira contemporânea e, diante dessa diversidade de posturas ideológicas no campo da fé e de todas as paixões que isso naturalmente desperta, o Estado não pode tomar partido. Todas as crenças religiosas devem ser vistas e tratadas com respeito e dignidade, assegurando-se o pluralismo de convicções, democraticamente, e em pé de igualdade⁵⁸ (art. 5.º, *caput*, e 1.º, IV, CF).

Daí dizer-se que o Estado deve manter “uma prudente equidistância e não identificação, conformando a vida pública de uma forma confessionalmente neutra, a fim de não encorajar ou desencorajar, directa ou indirectamente, as crenças que servem de base à conduta humana”⁵⁹.

E essa deve ser a posição do Estado brasileiro diante do espiritismo e das cartas psicografadas.

se considere o texto constitucional como um todo, inclusive os arts. 5.º VI e VIII, e 19, I, vistos em harmonia e sem colisões. Além disso, a proteção de Deus é ali invocada pelos “representantes do povo”, identificados (pelo pronome “nós”), certamente visando registrar a crença dos legisladores que atuaram na construção desse texto constitucional (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*, cit., p. 126 e 138 ss.). Ainda haveria quem dissesse que o termo “Deus” não está vinculado a nenhuma religião específica, podendo ser definido como simples objeto de uma crença ou um princípio superior à natureza. Mas o que parece sobressair, em verdade, é que a laicidade dificilmente subsiste de modo absoluto, com um desligamento total entre o estatal e o religioso. Exemplo disso é o fato de existirem tantos feriados religiosos no Brasil, na cédula de nosso dinheiro haver menção a Deus, em muitos tribunais está exposta a cruz (símbolo máximo das religiões cristãs) e da citada menção preambular a “Deus” na Constituição Federal— além disso, nem todos acreditam em um “Deus”, a exemplo dos descrentes, dos budistas (que também o negam), dos adeptos do candomblé e de religiões pagãs, que acreditam em mais de uma divindade (GARCIA, Emerson. *A Religião entre a Pessoa Humana e o Estado de Direito*. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de constitucional. Direitos humanos e direitos fundamentais*. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 246 e 247).

56 SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 115.

57 Sobre a necessidade de postura aberta, dialógica e plural do Estado, com valorização da heterogeneidade, MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, cit., p. 353 e 354.

58 SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional*, cit., p. 116 e 117.

59 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, cit., p. 224.

O espiritismo moderno, fundado no kardecismo, não pode ser afastado da ideia de crença e culto organizado, pois pressupõe que se tenha fé em um mundo ou dimensão paralela, oculta e invisível, de entes desencarnados (espíritos que passam por sucessivas reencarnações em marcha evolutiva), do qual não se tem evidência científica publicamente reconhecida⁶⁰.

O processo jurisdicional é espaço público e a psicografia, como manifestação de crença religiosa e existencial, é uma experiência inerente a espaço privado (relativo aos adeptos ou simpatizantes do espiritismo).

Dessa forma, a decisão do Estado-juiz, que admite a inserção de carta psicografada no processo jurisdicional, como registro de um testemunho espiritual, atribuindo-lhe força probatória, lastreia-se em motivação particularmente religiosa. Prestigiam-se a doutrina espírita e suas práticas (como a psicografia), em detrimento e desrespeito às demais crenças (e, também, à atitude de descrença).

O Estado, assim, atentaria contra o laicismo dele esperado (e contra a própria liberdade religiosa); agiria de modo parcial, tendencioso, conferindo tratamento desigual às diferentes manifestações religiosas, quando, na verdade, o que dele se espera é que não estimule ou desestime qualquer tipo de prática religiosa (ou sobrenatural) específica (como a psicografia), muito menos imponha sua aceitação a toda uma comunidade de jurisdicionados.

A carta psicografada não é aceita publicamente, por todos, como fonte de prova, pressupondo, para seu reconhecimento, que se creia e confie na existência e aptidão de espíritos desencarnados de mandar mensagens do além. O Estado brasileiro, em qualquer de suas dimensões, não pode lastrear um de seus atos em crença deste tipo; na verdade, em crença religiosa de qualquer tipo. A prova psicografada seria, assim, exemplo de ordália contemporânea.

É, pois, meio de prova ilícito e inconstitucional. E esse é motivo bastante para que não seja aceita no processo jurisdicional estatal como um todo – seja ele cível ou penal.

5.2. Da violação ao contraditório.

O princípio do contraditório está explicitamente consagrado no art. 5.º, LV, CF, ao dispor que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

60 SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*, cit., p. 39. Encontram-se autores que sustentam que o espiritismo não se confunde com religião, consistindo em doutrina filosófica de base também científica e moral (assim, GALVÃO, Leandro Medeiros. *A Prova Psicografada e o Tribunal do Júri*, cit., p. 67; em termos semelhantes, GARCIA, Ismar Estulano. *Psicografia como prova jurídica*, cit., p. 308; MELO, Michele Ribeiro de. *Psicografia e prova judicial*, cit., p. 50 ss.). Chega a ser tratada como a nova ciência que demonstra com provas irrefutáveis um mundo espiritual (KARDEC, Allan. *O Evangelho Segundo o Espiritismo*. Tradução: Salvador Gentile. Araras: Instituto de Difusão Espírita, 2009, p. 27 e 28). Ismar Garcia defende que é possível análise científica da psicografia: “Direito é ciência. E como tal, deve submeter-se a um procedimento lógico e racional. Admitindo-se a sobrevivência da alma, o sobrenatural não existe. Só não acredita na dualidade corpo/espírito quem não quer” (GARCIA, Ismar Estulano. *Psicografia como prova jurídica*, cit., p. 314).

Revela-se como direito fundamental à participação das partes no processo de produção e cumprimento da decisão judicial, como a mais clara manifestação da democracia no exercício do poder jurisdicional. É tão intimamente relacionado ao exercício do poder que, para alguns,⁶¹ pode ser considerado inerente à própria noção de processo.

O direito ao contraditório caminha lado a lado com o direito à isonomia e o direito de ação (e a correlata exceção/defesa), por traduzir-se na prerrogativa de os litigantes serem ouvidos paritariamente no processo, em igualdade de condições, deduzindo pretensões e defesas, bem como produzindo provas.

O princípio do contraditório pode ser visualizado em duas dimensões: *formal* e *material*.

O contraditório formal assegura o direito de participação do processo, por meio do clássico binômio: obrigatoriedade de informação dos atos e termos processuais e possibilidade de reação/manifestação. Para o pensamento mais tradicional, é o que basta para que o princípio se efetive.

O contraditório material é o que a doutrina alemã chama de “poder de influência”. Não basta que a parte, obrigatoriamente informada, tenha assegurada a simples possibilidade de reagir (manifestar-se). É necessário que essa reação/manifestação se dê em tempo e em condições de influenciar no convencimento do magistrado⁶².

Especificamente no campo probatório, fala-se em um direito fundamental e instrumental à prova⁶³, que abrange não só a oportunidade de requerê-la e de participar da sua realização, como também de manifestar-se sobre o seu resultado⁶⁴ - sendo esta última prerrogativa de destaque para os fins deste trabalho.

Assim, o contraditório material, em termos de probatórios, deve assegurar que as partes falem sobre o produto da prova e argumentem racionalmente sobre o seu valor, de modo a que possam participar da formação do convencimento judicial a seu respeito.

Seria o que Michelle Taruffo chama de “controle procedimental preventivo”, i.e., a possibilidade de as partes intervirem previamente e discorrerem sobre tudo que possa inspirar e persuadir o juiz, inclusive no

61 FAZZALARI, Elio. “Processo. Teoria generale”. *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, p. 1.072; *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Milão: CEDAM, 1996, p. 9-10. No Brasil, desenvolvendo o pensamento de Fazzalari, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 68-69 e 102-132; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 207.

62 Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Garantia do Contraditório. Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 143 e 144; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258 e 259; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 15 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 56 e 57.

63 Ao menos como decorrência implícita do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e acesso à justiça (CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 166-168)

64 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*, cit., p. 258-259. Acresça-se, ainda, o direito de exigir a valoração judicial da prova produzida.

que se refere ao exame das provas. Visa permitir que as partes interfiram na valoração a ser dada às provas, manifestando-se⁶⁵ de modo a conter e racionalizar a discricionariedade judicial. A ideia é que o discricionário não acabe se tornando arbitrário.

Para que o magistrado chegue a um juízo racional, aceitável e ponderado sobre a prova (e sobre os fatos), é necessário que as próprias partes baseiem suas alegações probatórias em critérios de racionalidade: “de esa forma, las partes pueden influir en la selecciones del juez, dirigiéndola sobre los caminos de la racionalidad y non sobre los del subjetivismo incontrolado. Es más, idealmente las partes deberían poder influir sobre la decisión, en la medida en que someten al juez hipótesis racionales, aunque obviamente distintas, de valoración de las pruebas (...) el juez necessita la racionalidad de las partes para ser, a su vez, racional en la valoración de las pruebas”⁶⁶.

O contraditório não deve ser um mero exercício de retórica fraca, um debate de argumentos vazios ou sem base racional – afinal, um litígio irracional dá menos razões para um juízo racional⁶⁷. As partes devem ter assegurada a oportunidade de falar, expor, alegar, no contexto daquilo que é admitido por todos como válido no campo de uma argumentação prática racional – partindo de noções de congruência, coerência, causalidade, inferência, com uso adequado de terminologia comum e jurídica etc.⁶⁸

65 Manifestação esta que é particularmente importante quando, por qualquer razão, não se participa do procedimento de produção dela (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 428 e 431).

66 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 434.

67 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 435.

68 O discurso jurídico, espécie de discurso prático geral (isto é, de discurso moral), pois recai sobre questões práticas e atitudes a serem adotadas em torno delas, sempre com pretensão de correção – e dentro dos limites temporais, procedimentais, de participação interessada etc.–, “ocorre sob condições limitadas, como a lei, a dogmática e o precedente”, sendo que, malgrado não traga resultados definitivos, pautados em certezas absolutas, garante resultados racionais – o que seria sua ideia fundamental (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 181, 182, 210 e 211). Em outras palavras, no discurso jurídico, não se pretende defender que uma determinada proposição seja melhor e, pois, mais racional, mas, sim, que ela pode ser devida e racionalmente fundamentada no contexto do ordenamento vigente. Todas as formas de discurso jurídico vêm acompanhadas de fundamentação, pretensamente correta, não se admitindo recusa injustificada do falante de apresentá-la, pouco importando se ele (o falante) atua e fundamenta com parcialidade ou não. Além disso, aquele que justifica aceita que o outro é igual – ao menos em discurso despojado de coerção – e que é capaz de sustentar sua ideia em face de qualquer um. Isso revela uma pretensão de igualdade e universalidade (que estão na base da ética procedimental). A fundamentação racional da decisão judicial pode cumprir o papel de explicar a derrota do interessado, tratando-o como ser racional. E tudo isso consolida a suposição de que a racionalidade da fundamentação e a pretensão de correção não foram superadas em um processo evolutivo das formas de socialização. (ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 160, 171 e 172; ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, cit., p. 131, 132, 212-215). No que se refere à parcialidade dos participantes, Alexy sustenta que, por mais que visem a alguma vantagem própria, a fundamentação por eles trazida tem origem científica, decorre de debates científicos e poderia, *a priori*, inserir-se em “Tratado de Ciência do Direito”. E esses seus fundamentos não raro são acolhidos e aproveitados na fundamentação da decisão judicial (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, cit., p. 216). Mas entende que os processos (em suas diferentes modalidades) não

Por todas essas razões, é possível perceber que o uso da carta psicografada como fonte de prova documental (ou atípica) viola o direito fundamental à prova em contraditório. Afinal, trata-se de texto escrito pelo considerado médium, que se diz guiado ou inspirado por um espírito desencarnado, sendo, pois, produto de fenômeno que se diz sobrenatural ou metafísico, que está fora da experiência normal e aceita, e do que pode ser explicado cientificamente. Não, há, pois, como argumentar-se defensivamente sobre elemento de prova deste viés, não havendo nada de racional ou palpável que se lhe possa opor, ao menos não a partir de princípios comuns e genericamente aceitos. Como impugnar racionalmente e, no mundo sensível, um evento dito sobrenatural e que não comporta explicação racional ou científica?

E, independentemente disso, a parte prejudicada com o testemunho que ali se diz documentar não poderia sequer arrolar o autor do documento como testemunha para confrontá-lo sobre os fatos: i) seja porque o médium declaradamente não presenciou os fatos, sendo sua oitiva inútil⁶⁹; ii) seja porque aquele que o médium diz tê-lo inspirado, morto que está - não tendo, naturalmente, capacidade para expor em juízo fatos ali narrados (art. 405, CPC, e 228, Código Civil) -, não poderia ser direta e pessoalmente ouvido pelo juiz, em contraditório, e, assim, ser contraditado, tampouco prestar compromisso de dizer a verdade. E tudo isso coloca em xeque a autenticidade da prova e a defesa efetiva da parte contra quem se pretende apresentá-la.

O juiz precisa da racionalidade das partes para ser racional na valoração da prova, diz Taruffo - até para que se possa controlar a legitimidade dos fundamentos de sua decisão.

Por isso, se até então se admitiu a necessidade de um controle prévio da valoração da prova (em um contraditório prévio e material), é necessário que se reconheça também a necessidade de um controle posterior, assegurando-se a possibilidade de questionamento racional dos fundamentos da decisão que

são discurso nem ação estratégica. Não são discursos, mas só podem ser compreendidos à luz da noção de discurso, pois "há pretensão das partes de argumentar racionalmente", mais especificamente observando-se que elas argumentam visando que pessoas racionais deveriam estar de acordo com o que dizem, em condições ideais. Vê-se, assim, que o discurso jurídico tem por objeto a fundamentação das decisões jurídicas - enquanto tipo de proposição normativa. A *fundamentação interna* é a exigência de que a decisão seja coerente e concludente (em "consequencialidade" lógica), seguindo as premissas expostas na fundamentação; já a *fundamentação externa* é a exigência de correção dessas premissas - que gozem de aceitabilidade geral. Cada premissa exige tipos distintos de fundamentação. A regra de direito positivo se fundamenta com a demonstração "de sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico". Os enunciados empíricos por uma "escala completa de formas de proceder" que abrange métodos das ciências empíricas, presunções racionais, regras de distribuição de ônus de prova. Já as *demais premissas* podem ser fundamentadas na *argumentação jurídica*, - onde está o foco do que chama o autor de justificação externa (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, cit., p. 20, 216-218, 226 e 227).

69 Em sentido diverso, Leandro Galvão entende que intimar o médium para esclarecimentos necessários, bem como fazer uma perícia grafotécnica (o que seria inservível fora do contexto do que dizem ser psicografia mecânica), já garantiria o contraditório o suficiente, não havendo que se falar na ilicitude da prova. Sustenta, ainda, que a mensagem psicografada seria juntada aos autos para ser confrontada com outros meios de prova e não considerada isoladamente (GALVÃO, Leandro Medeiros. *A Prova Psicografada e o Tribunal do Júri*, cit., p. 156 e 157).

já a tenha valorado (em um contraditório ulterior e recursal) – afinal, umas das funções primordiais da motivação da decisão é a fiscalização posterior de sua legitimidade, seja pelas próprias partes, seja pela comunidade em geral (funções endo e extraprocessual da motivação)⁷⁰.

5.3. Da inobservância do dever de fundamentação da decisão. O convencimento motivado.

A motivação judicial é direito fundamental do jurisdicionado, previsto no art. 93, IX, Constituição Federal, que assegura que toda decisão deve ser fundamentada, sob pena de invalidade. Mas ainda que não fosse aí explicitamente previsto, o direito à motivação decorreria do princípio do devido processo legal e do Estado de Direito, que, por conceito, deve justificar juridicamente eventuais intromissões em esfera subjetiva de direitos⁷¹.

Antes mesmo disso, o CPC brasileiro, de 1973, nos seus arts. 131,165, 458, II e 459, já previa esse dever judicial de fundamentar, ao dispor que o juiz deve indicar os motivos que formaram seu convencimento, examinado e solucionando as questões de fato e de direito deduzidas - o que pode fazer de forma concisa, quando se tratar de decisão interlocutória ou que não resolva o mérito da causa.

O art. 131, CPC, em especial, exige que o magistrado, na apreciação da prova, justifique o seu convencimento. Essa necessidade de justificação tem o papel essencial de racionalizar a valoração dos elementos de prova, com uma análise judicial não meramente discricionária, subjetiva ou pessoal, senão adequada e ponderadamente motivada. O magistrado deve demonstrar que sua decisão em torno dos fatos e da prova se funda em bases racionais e idôneas, que a tornem minimamente aceitável socialmente, além de controlável⁷².

70 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 431 e 435; TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 407; NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 32. Explicam esses autores que a exigência da motivação das decisões judiciais tem dupla função fiscalizatória (que não excluem outras): a) de um lado, a função endoprocessual, de controle interno, advindo não só das partes, como também dos tribunais - i.e., a motivação da decisão judicial, levada a conhecimento das partes, permite que a avaliem e a questionem pelos recursos previstos em lei (ótica privada) e, levada a conhecimento dos tribunais, pela via recursal (ou outros meios de impugnação), viabiliza o julgamento de tais recursos, fornecendo-lhe as informações e dados necessários para acolhê-los ou rejeitá-los, mantendo ou modificando a decisão atacada (ótica burocrática); e b) de outro lado, a função extraprocessual (ou exoprocessual), de controle externo, pela opinião pública - ou seja, a motivação torna possível a fiscalização das decisões judiciais pelo povo ("juiz dos juizes"), em autêntico exercício da democracia (ótica democrática).

71 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de direito processual*. Segunda série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 89.

72 TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 444 e 445; TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 435. Diz-se que essa exigência de convencimento motivado (ou demonstração de persuasão racional) teria surgido em Roma, diante da necessidade de conter o arbítrio de um sistema de livre convicção, em pese só se tenha tornado conhecido com o advento dos códigos napoleônicos. A ideia é que a avaliação judicial se dê com base em "regras científicas (jurídicas, lógicas e experimentais) preestabelecidas (condicionadas)". (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 81-

Assim, “la motivación debe dar cuenta de los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, de las inferências que partiendo de ellos se han formulado y de los critérios utilizados para extraer sus conclusiones probatórias”. A motivação racional é, nestes termos, uma forma de controle do poder que é dado ao juiz de avaliar a prova, forçando-o a explicar suas próprias escolhas, com raciocínio lógico e coerente, permitindo um juízo, também racional, posterior sobre elas⁷³ – por órgão superior ou distinto, em sede de recurso ou outro meio de impugnação, senão pelo próprio povo, no exercício de uma democracia direta, difusa e participativa.

No dia a dia do Judiciário brasileiro, essa exigência não costuma ser atendida, é verdade. Observam-se decisões que, em vez de partir para uma justificação adequada nos moldes propostos, limitam-se a fazer colocações vagas e genéricas, que não permitem inferir nada de verdadeiramente expressivo ou relevante sobre aquilo que teria racionalmente persuadido o juiz. Isso se repete, inclusive, nos tribunais, que, ao julgar recursos (ou outras vias impugnativas), não controlam efetivamente os fundamentos da decisão impugnada, até mesmo por falta de subsídios.

Assim, acaba se “legitimando uma práxis em que, frequentemente, as motivações são, em realidade, não motivações”⁷⁴.

Mas isso não infirma a importância da fundamentação da decisão para o controle da racionalidade da convicção do juiz. Essa prática desvirtuada não pode ser tomada como uma objeção válida ao “dever ser”, mas, sim, tão-somente, como uma demonstração de si mesma em sua ilegitimidade⁷⁵.

Não há necessidade de um retorno a um sistema de controle absoluto da avaliação da prova pelo legislador (prova legal), de modo a eliminar a discricionariedade do juiz: “Si, como es indudable, los jueces a menudo hacen un mal uso de su libre ‘convicción’, el remedio non está obviamente en sue

84.É também o sistema do Código de Processo Penal brasileiro (art. 155), ressaltando-se, contudo, o caso do Tribunal do Júri, em que prevalece a convicção íntima (art. 5.º, XXXVIII, Constituição Federal). Isso porque o jurado decide de acordo com a sua consciência, sem precisar motivar. Demais disso, o sigilo na votação e a incomunicabilidade, para além de preservar o jurado, evitam que um jurado influencie o outro, o que pressupõe que não exista motivação, só íntima convicção (NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73-76). Entretanto, o instituto do júri não está a salvo de críticas dos penalistas, destacando-se aquela que acusa sua ilegitimidade exatamente pela absoluta falta de fundamentação, ainda mais quando se considera que a livre convicção autoriza que se julgue com base em qualquer elemento (inclusive, por princípio de religião), mesmo não constante nos autos: “Trata-se de puro arbítrio, no mais absoluto predomínio do poder sobre a razão. E poder sem razão é prepotência” (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 143).

73 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 436.

74 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 437. Aury Lopes Jr. declara não se iludir, pois, embora se diga que a motivação limita a subjetividade de juízos morais, reconhece que “uma boa retórica” oculta as reais motivações do magistrado. Daí a importância de serem observadas outras garantias processuais como o contraditório, a ampla defesa e a licitude da prova, por exemplo. (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*, cit., p. 272).

75 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 437 e 438.

eliminación, sino precisamente en la construcción o en la implementación de controles racionales y procedimentales que puedan asegurar um 'buen uso' de la discrecionalidad en las elecciones relativas a la utilización y a la valoración de las pruebas"⁷⁶.

O "bom uso" dessa "discrecionalidade" pressupõe que a fundamentação da decisão se caracterize, dentre outros atributos, pela sua racionalidade e pela controlabilidade⁷⁷.

No que se refere à *racionalidade*, pode-se dizer que se trata da exigência de que a fundamentação da decisão seja um discurso justificativo, que deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que se atua. Não se confunde com uma ciência exata ou com a lógica absoluta da matemática pura. O que se espera é que atenda às regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico, bem como aos princípios racionais do conhecimento empírico - o que é típico do direito e se dá no estilo da ética e das ciências sociais.

O seu principal objetivo é justificar racionalmente a decisão, de modo que seja possível controlar também a racionalidade dessa justificativa - e, não, produzir um discurso superficial (retórico) e vazio ao qual se adere por emoção, gerando um consenso irracional⁷⁸.

76 TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, cit., p. 438.

77 Trata-se de doutrina de Taruffo a ser sintetizada a seguir em poucos parágrafos (TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 47-50).

78 Um primeiro ponto, talvez óbvio, mas necessário, é no sentido de que a decisão final sobre os fatos não deve ser concebida como o resultado de uma espécie de adivinhação. O juiz não decide interpretando o voo dos pássaros, examinando a posição de astrágalos ou observando o comportamento de um 'pintinho envenenado'. A decisão não deve ser concebida nem mesmo como o resultado aleatório da sorte: o juiz não faz apostas, não participa de loterias e nem (...) decide lançando os dados. Por outro lado - e aqui vale a pena recordar sugestões já feitas anteriormente - a decisão sobre fatos não pode nem mesmo ser o resultado de uma intuição irracional, ou introspecção humana com a qual o juiz penetra nas profundezas mais recônditas de seu espírito para ressurgir com uma certeza subjetiva (talvez qualificada como 'moral' ou 'absoluta') impenetrável e misteriosa sobre a verdade dos fatos. Pelo contrário, sendo orientada para averiguação da verdade dos fatos, a decisão deve ser o resultado de um processo racional, que se realiza de acordo com as regras e princípios, ou seja, de acordo com um método que permita a controlabilidade e garanta a sua validade." (Tradução livre de: "Una prima precisazione, forse ovvia ma necessaria, è nel senso che la decisione finale sui fatti non va concepita come l'esito di una sorta di divinazione. Il giudice non decide interpretando il volo degli uccelli, esaminando la posizione degli astragali o osservando il comportamento di un pulcino avvelanato. La decisione non va concepita neppure come l'esito casuale della sorte: il giudice non fascommesse, non partecipa a lotterie, e neppure (...) decide lanciando i dadi. D'altronde - e qui vale la pena di richiamare accenni già fatti in precedenza - la decisione sui fatti non può essere neppure il frutto di una intuizione irrazionale, o di una introspezione con la quale il giudice penetra nelle pieghe più riposte del suo spirito per riemergere con una certezza soggettiva (magari qualificabile come 'morale' o 'assoluta') imperscrutabile e misteriosa, intorno alla verità dei fatti. Al contrario, essendo orientata all'accertamento della verità dei fatti, la decisione deve costituire il risultato di un procedimento razionale, che si svolge secondo regole e principi, ossia secondo un método che ne consenta la controllabilità e ne determini la validità.") (TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, p. 194) Por curiosidade, o astrágalos é um dos ossos dos pés, em formato de cubo, e, na antiguidade, era utilizado pelos gregos para a consulta aos oráculos. É o precursor dos dados. A menção à consulta ao "pinto envenenado" remete ao ritual para a averiguação,

Enfim, não se trata de uma exposição lógico-demonstrativa, muito menos retórico-persuasiva, mas, sim, uma que atenda aos requisitos de validade de uma argumentação prática, i.e., a congruência, a coerência, o emprego adequado da linguagem comum e jurídica, a observância de regras de inferência etc., explicitando, assim, os critérios utilizados, cuja racionalidade exige que sejam objetivamente aceitos e compartilhados⁷⁹.

Para que seja viável a *controlabilidade* da decisão, é necessário que a motivação seja compreensível, pública e acessível. E, para que seja passível de controle não só interno (pelos partes, advogados e tribunais), como também externo e difuso (da opinião pública), não deve ser estritamente elaborada com uma linguagem técnico-jurídica, só conhecida e alcançada pelo profissional do direito. Deve ser passível de entendimento e compreensão geral, permitindo um controle difuso e social dos seus termos por um auditório universal: “in un’accezione concreta e storizzata del termine, ossia al cittadino di media cultura nel luogo, nel tempo e nel contesto socio-culturale nel quale le decisione viene pronunciata”⁸⁰.

Pois bem.

Um dos principais problemas da decisão baseada em prova psicografada é a falta de racionalidade e controlabilidade.

De um lado, porque não há explicação racional para a escolha de fundar um juízo de fato em uma mensagem psicografada, ainda mais se admitida como registro de um testemunho espiritual – que decorreria, para os que acreditam, de fenômeno paranormal e, pois, inexplicável por princípios científicos ou genericamente aceitos.

Faltaria lógica e coerência na justificativa que pudesse ser dada, por não haver critério racional (senão, unicamente, de fé ou religioso) que lastreasse a ideia de que aquela versão dos fatos foi transmitida do além.

De outro lado, porque uma decisão assim fundamentada, com base em crença pessoal e subjetiva, e em atitude de reverência a dada prática religiosa (no caso, a psicografia), recai em discricionariedade arbitrária e incontrolável. Não diz nada sobre o que efetiva e racionalmente teria convencido ou

por exemplo, da prática do adultério, feito pelo povo Azande, da África Central: envenena-se um pinto com uma substância tóxica e, em seguida o chefe da tribo consulta o oráculo (“Benge”): se o pinto, envenenado, vier a falecer, a prática do adultério restará comprovada. Assim, uma de três opções: ou o casal era realmente culpado; ou, embora inocentes, os dois não se sentem em condições de discutir com o chefe e com o oráculo; ou, embora inocentes, se convencem da culpa, “trusting the oracle more than their own memories”. (cf. CHASE, Oscar. *Law, culture, and Ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005, p. 16-17.)

79 TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 243. Michele Taruffo manifesta, entretanto, em outra obra, sua preocupação com aquele que considera ser um problema fundamental: a dificuldade (ou impossibilidade) de identificar os critérios de racionalidade em que a motivação da decisão deveria inspirar-se. E isso seria uma consequência direta da falta de estudos em torno da discricionariedade na avaliação da prova em juízo e dos cânones de racionalidade que deveriam norte: “l’area del giudizio riconducibile al libero convincimento del giudice à stada di regola intesa, infatti, più come il luogo tipico della valutazione soggettiva e completamente incontrollabile, che come il campo di valutazioni non vincolate, ma accettabile in quanto sorrette da una giustificazione intersoggettivamente verificabile” (TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*, p. 444, 445 e 448).

80 TARUFFO, Michele. *Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione*, cit., p. 50.

persuadido o juiz, não havendo subsídios que viabilizem um recurso da parte ou um novo juízo pelo tribunal – senão da própria opinião pública. Ou diz, nas entrelinhas: que o juiz é adepto ou simpatizante da religião e, para além de exercitá-la em seu âmbito privado, o faz na condição de órgão estatal investido de jurisdição – o que é inadmissível em um estado laico.

O julgador simplesmente reconhece que assim diz a carta psicografada, em sua narrativa dita espiritual, e pronto. Fica estabelecida sua convicção (religiosa, insista-se) sobre os fatos, não havendo como questioná-lo com argumentos de racionalidade e ponderação.

Ora, uma decisão que fosse racionalmente motivada poderia ter a valoração da prova questionada, por exemplo, porque a testemunha citada pelo juiz se contradisse em suas declarações em mesa de audiência – ou prestou depoimento que vai de encontro com as demais -, ou porque o perito não estava tecnicamente habilitado para a averiguação feita ou porque o documento particular que invocou o juiz é unilateral e não pode fazer prova contra aquele que não participou de sua formação, e daí por diante – sempre com alegações que se situam dentro de uma lógica argumentativa.

Como impugnar, entretanto, a valoração positiva de um testemunho psicografado, tomado como uma declaração espiritual, quando: i) sequer é universalmente aceita ou comprovada a existência de espíritos desencarnados e a possibilidade de comunicação com os chamados médiuns; e ii) não há como saber ou provar cientificamente que o fenômeno espiritual ocorreu ou como ocorreu e no que resultou – muitos menos fidelidade ideológica da “carta” a partir dali produzida: ou seja, a fidelidade entre o testemunho espiritual e a sua documentação.

Isso sem falar que, ainda que recebido como declaração do próprio médium, já se viu que também não faria sentido atribuir-lhe força probatória, na medida em que constaria ali uma narração de quem não presenciou os fatos narrados, como já dito – razão pela qual seria fonte insignificante de prova.

Fica claro que a preservação do contraditório e da exigência de fundamentação racional das decisões judiciais impõe se reconheça a ilicitude da carta psicografada como fonte de prova.

6. POSTURA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.

A despeito de tudo que foi dito, a carta psicografada, como fonte de prova, já foi admitida, em processos penais, no Brasil, para beneficiar o acusado.

Por exemplo, na apelação criminal n. 70016184012, relatada pelo Desembargador Manuel José Martinez Lucas, julgada em 11.11.2009 e publicada no DJ de 25/11/2009, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu ser juridicamente admissível que o Tribunal do Júri se valha da carta psicografada no veredicto absolutório, por prevalecer, nesse contexto, o sistema da íntima convicção – ainda mais quando não é consistente a prova carreada pela acusação em torno da materialidade e autoria do crime.

Ressalvou-se, entretanto, que a prova haveria de ser valorada “de acordo com a convicção religiosa ou mesmo científica de cada um”, sendo que sequer se saberia se a carta psicografada teria sido, de fato, considerada como elemento de prova determinante na absolvição – embora enfatizada pela defesa – ou se o resultado teria sido o mesmo em sua ausência.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul interpôs recurso especial contra essa decisão, que fora admitido - após ter sido dado provimento ao agravo apresentado contra a decisão do tribunal *a quo* que a ele negara seguimento -, embora ainda não tenha sido, em seu mérito, julgado⁸¹. É válido acompanhar o caso, pois a eventual admissão ou inadmissão, pelo STJ, da carta psicografada como fonte de prova (lícita) será importante precedente sobre a matéria.

Muitos dos outros casos encontrados em que a juntada de carta psicografada foi aceita como meio lícito de prova datam de épocas anteriores à Constituição de 1988, e são mencionados sem o correspondente número do processo, em obras espíritas.

Na obra de Vladimir Polízio, por exemplo, há referência da existência de diversos casos penais, em grande parte julgados nas décadas de 1970 e 1980 – sendo dois já ocorridos no novo milênio -, em que a carta psicografada foi aceita como fonte de prova, para absolver ou atenuar a responsabilidade do réu, em sede de Júri⁸². Ora, e se podem ser utilizadas em favor do réu, por que não poderiam sê-lo em favor da acusação? Imagine-se a possibilidade de uma condenação penal lastreada em prova espiritual...

O sistema da livre convicção dá ensejo a decisões desse viés no âmbito penal, que se assentam nessa prova (psicografada) que jamais poderá ser trazida por empréstimo para um processo civil, em que o convencimento deve ser incondicionalmente motivado com racionalidade (art. 131, CPC).

Contudo, existem valores constitucionais que são, com isso, em seu âmago, profanados, como a liberdade religiosa, de expressão, a igualdade, o contraditório, todos antes já mencionados. E, por isso, também na esfera penal, a prova deve ter sua ilicitude reconhecida⁸³.

7. CONCLUSÃO.

Os autores desse trabalho propuseram-se a fazer um estudo estritamente jurídico, e desvinculado de suas crenças ou descrenças religiosas, em torno da psicografia no direito probatório. E a conclusão inarredável a que se chegou é de que a prova que tenha como matriz a carta psicografada é ilícita e ineficaz.

81 STJ.REsp n. 1389293, 5.ª T. rel Min. Gilson Dipp, j. 18.06.2012, DJe de 21.06.2012.

82 No cível, só duas questões, ambas ligadas a obras psicografadas, direitos autorais, indenização, direitos de edição etc. (POLÍZIO, Vladimir. *A psicografia no tribunal*. São Paulo: Butterfly, 2009, p. 85 ss e 186 ss.).

83 Isso sem falar na eficácia que uma sentença penal absolutória (por negativa de autoria, de ato ou de ilicitude do ato) ou condenatória pode ter no âmbito civil, excluindo ou certificando, respectivamente, a responsabilidade cível do acusado (arts. 65-67, CPP, e art. 91 do Código Penal). Isto é, o não reconhecimento da nulidade dessa sentença no âmbito penal) pode repercutir diretamente no cível, o que não deve ser admitido.

A princípio, porque a carta psicografada, como documento testemunhal, registra depoimento sobre fatos não observados ou assistidos por aquele que depõe (o denominado médium na liturgia espírita), o que lhe subtrai qualquer força probatória.

Ainda que tomada como produto de fenômeno religioso (um testemunho espiritual), há que ser considerada como ato de fé, inadmissível em espaço processual público, no qual devem imperar a laicidade do Estado, a liberdade de crença e a igualdade de tratamento aos mais diversos credos (e à própria ausência de credo).

E sua ilicitude advém não só da inclinação religiosa que ela implica, como também do óbice que impõe ao contraditório prévio e posterior à prolação da decisão judicial, que não teria como ser racionalmente fundamentada e discutida, se assentada em elemento probatório desse viés.

Enfim, o que faltaria em democracia, sobraria em fé. E o direito brasileiro não comporta isso.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no Cível e Comercial*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1954, v. 4.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. 3 ed. São Paulo: Landy, 2006.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. *Teoria del falso*. Padova: CEDAM, 1935.

CHASE, Oscar. *Law, culture, and Ritual: disputing systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. V. IV, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 15 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAZZALARI, Elio. "Processo. Teoria generale". *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13.

_____. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Milão: CEDAM, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GALVÃO, Leandro Medeiros. **A Prova Psicografada e o Tribunal do Júri**. São Paulo: Baraúna, 2011.

GARCIA, Emerson. A Religião entre a Pessoa Humana e o Estado de Direito. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de constitucional. Direitos humanos e direitos fundamentais**. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

GARCIA, Ismar Estulano. **Psicografia como prova jurídica**. Goiania: AB, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

KARDEC, Allan. **O Evangelho Segundo o Espiritismo**. Tradução: Salvador Gentile. Araras: Instituto de Difusão Espírita, 2009.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. V. I. Tradução de Paolo Capitanio. 3 ed. Campinas: Bookseller, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. 5. T. 2. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELO, Michele Ribeiro de. **Psicografia e prova judicial**. São Paulo: Lex Magister, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. T. 4. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. T. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o título "Da Prova" do Novo Código de Processo Civil. **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. Salvador: Jus Podivm, 2006.

_____. **Provas atípicas**. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, n. 76.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de direito processual**. Segunda série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Garantia do Contraditório. Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

POLÍZIO, Vladimir. **A psicografia no tribunal**. São Paulo: Butterfly, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais. Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TARTUCE, Flávio. Breves considerações quanto à utilização da prova psicografada no juízo cível. **Revista Consulex**. Brasília: 31 de julho de 2006, n. 229, p. 32 a 35. Disponível em: <http://www.google.com.br/#output=search&client=psy-ab&q=carta+psicografada+como+meio+de+prova+no+processo+civil&oq=carta+psicografada+como+meio+de+p&gs_l=hp.1.1.0j0i30l2.11568.21533.1.23310.39.24.3.12.13.6.682.7647.2-18j3j0j3.24.0...0.0...1c.1.11.hp.jQ71Dbut4og&psj=1&bav=on.2,or.r_qf.&bvm=bv.45645796,d.dmQ&fp=f304de9ad5c82356&biw=1280&bih=645>. Acesso em: 29 abr 2013.

TARUFFO, Michele. **La prueba de loshechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

_____. **La motivazione della sentenzacivile**. Padova: CEDAM, 1975.

_____. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti**. Bari: Laterza, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.