



Janaina Roland Matida

**O problema da verdade no
processo: a relação entre fato e
prova**

Dissertação de mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Orientador: Noel Struchiner

Rio de Janeiro
Setembro de 2009



Janaina Roland Matida

**O problema da verdade no
processo: a relação entre fato e
prova**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Noel Struchiner

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Alejandro Bugallo Alvarez

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Danilo Marcondes de Souza Filho

Departamento de Filosofia – PUC-Rio

Prof. Marcelo de Araújo

Departamento de Direito – UERJ

Prof. Nizar Messari

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 11 de setembro de 2009.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da Universidade, do autor e do orientador.

Janaína Roland Matida

Graduou-se em Bacharel em Direito no ano de 2007 pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

Ficha Catalográfica

Matida, Janaína Roland

O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova / Janaína Roland Matida ; orientador: Noel Struchiner. – 2009.

111 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. verdade. 3. epistemologia. 3. contexto processual. 4. justificação. I. Struchiner, Noel. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Para Adrian.

Agradecimentos

Início a tarefa de agora agradecendo primeiramente ao grande companheiro que tenho. Com Adrian, tudo é melhor.

Ao meu pai e Lena, Tito e Maia devo os nossos imperdíveis finais de semana.

À mamãe, Helena e Ana pelas visitas que nos fazemos, que passam rápido – é verdade – mas que fazem toda a diferença.

Ao meu orientador Noel Struchiner, agradeço a dedicação, generosidade e constante contraponto “fil”, o que me rendeu a empreitada de questionar e elevar meus argumentos.

Também agradeço aos meus amigos Helena Colodetti, Thamis Dalsenter, Jorge Chaloub e Bernardo Medeiros. Devo a acolhida inicial e permanente. Ao Gustavo Senges e Natasha Vianna por completarem essa, que considero, minha turma querida de mestrado.

Ao Anderson e à Carmem, pela ajuda de sempre.

Ao CNPq, pela bolsa que tornou tudo isso possível.

Resumo

MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Rio de Janeiro, 2009, 111p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A verdade configura-se como um dos objetivos do processo. Sua busca guarda expressão na atividade desempenhada pelo julgador que, frente às alegações trazidas pelas partes, terá de distinguir as falsas das verdadeiras, as que narram fatos existentes das que alegam o que não aconteceu em busca de um resultado favorável a interesses privados. É ao julgador que cabe a tarefa epistemológica para as quais também o direito deve se voltar. Daí a importância das provas como fundamento da decisão que será proferida, assim como da consciência dos traços que marcam o tipo de raciocínio que utiliza. Que o julgador não seja mais uma vítima de uma versão do realismo ingênuo; que saiba que na maior parte das vezes faz uso de induções e que, portanto, suas conclusões, ainda que embasadas em premissas verdadeiras, são apenas mais uma alternativa, nunca necessárias. Isso traz, por fim, a premência de que se reconheça a necessidade de justificar as decisões tomadas. Motivar as decisões com argumentação, isto é, buscando o convencimento das partes imediatamente envolvidas, mas também de qualquer pessoa que venha a ler o processo. Aceitabilidade.

Palavras-chave:

verdade, epistemologia, contexto processual, justificação.

Abstract

MATIDA, Janaína Roland. **The problem of the truth in legal process: the relation between fact and evidence.** Rio de Janeiro, 2009, 111p. Master Dissertation – Law Department, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Establishing the truth is one of the aims of the legal process. The search for the truth is taken up by the judge who, in order to arrive at a decision, has to decide, among the allegations of the parts involved, which are true and which are false, distinguishing the narratives that refer to existing facts from those that only assert putative facts. The judge fulfills the epistemological role which law must also face up to. Hence the importance of taking account of the evidence as the basis for justifying the decision as well as understanding the underlying types of reasoning required for this activity. The judge must not be a victim of a naive realism. He must be aware that most of the time he is making use of inductions and therefore his conclusions, albeit based on true premises, are never necessary, characterizing only one possible response. It is of the utmost importance to recognize the need for explicit justification of the decisions taken. Decisions require arguments capable of persuading the parts involved, as well as anyone who is interested in the process, of its acceptability.

Keywords:

truth, epistemology, legal context, justification.

Sumário

1. Introdução	9
2. A verdade e o processo	15
2.1. Contra a possibilidade da verdade no processo	18
2.1.1. Ceticismo e irracionalismo	18
2.1.2. Idealismo e coerentismo	20
2.1.3. Pragmatismo	23
2.2. Contra a relevância	24
2.3. Realismo crítico e a verdade possível	27
2.4. O contexto processual probatório	30
2.4.1. Objetivos institucionais do processo	30
2.4.2. Fatos irrepetíveis	33
2.4.3. Raciocínio indutivo	35
2.4.4. As partes e o juiz	39
3. Fato e prova	45
3.1. Fato objeto da prova	46
3.2. Identificação do fato e o critério de <i>relevância jurídica</i>	46
3.3. Caráter dinâmico do critério de relevância	49
3.4. Três momentos da atividade probatória	51
3.4.1. Conformação do conjunto de elementos do juízo	51
3.4.1.1. Relevância e admissibilidade: regras de inclusão e exclusão	
Probatória	51

3.4.1.2. Participação das partes e o papel do juiz na produção da prova	55
3.4.1.3. Fatos que não precisam ser provados	58
3.4.2. Valoração da prova	67
3.4.2.1. O tempo das ordálias	69
3.4.2.2. A prova legal ou tarifada	70
3.4.2.3. A livre convicção (uma garantia epistemológica em negativo)	73
4. Valoração racional do conjunto probatório, decisão judicial e.	
Motivação	77
4.1. A corroboração de hipóteses	78
4.2. Prova direta, prova indireta e máximas da experiência	81
4.3. O momento da decisão	88
4.3.1. Probabilidade Lógica Prevalente	89
4.3.2. Além de qualquer dúvida razoável	92
4.4. Motivação: decisões justificadas	96
4.4.1. Justificação interna e externa	98
4.4.2. A relação entre a motivação e as provas valoradas	99
5. Conclusão	102
6. Bibliografia	107

1 Introdução

“Então, para começar, que diremos, mais uma vez, que seja conhecimento? Pois estou certo de que não vamos parar aqui.” (*Teeteto*, p. 64)

A citação com que escolheu-se iniciar o presente trabalho tem lugar num famoso diálogo de Platão: *Teeteto*.¹ Está tratada nele a problemática da possibilidade (ou impossibilidade, essa a questão) do conhecimento. O diálogo se dá entre os personagens de Sócrates e Teeteto, esse último, discípulo de Teodoro, o matemático. Teeteto não está na cena primeira, vem conversando com outros de sua idade enquanto Teodoro o descreve para Sócrates como jovem promissor. Isso lhe aguça a curiosidade, é preciso comprovar do que se trata, se verdadeiras ou precipitadas as qualificações que lhe predica Teodoro. O desafio se inicia com uma pergunta aparentemente simples acerca do que seria o conhecimento.

A primeira resposta concedida por Teeteto é um tanto enviesada. Não responde com uma definição do que seria o conhecimento em si, mas fornece uma série de exemplos do que, para ele, configurariam tipos de conhecimento. Porém, Sócrates é paciente e auxiliará o jovem Teeteto a parir suas idéias.² Da determinação socrática em trazer à luz as idéias de seu interlocutor, surge uma primeira definição: conhecimento é *sensação*. No entanto, ela se dissolve, à medida em que Sócrates, através de suas perguntas, faz com que o próprio autor reconheça que, não por poucas vezes, os sentidos enganam aos homens. A sensação não diz como a natureza das coisas de fato são. Portanto, chega-se a um primeiro requisito do conhecimento: *verdade* das coisas, em contraposição à mera aparência delas.

Com perguntas capciosas, Sócrates faz com que seu interlocutor – a essa altura, Teodoro, por uma breve intervenção, haja vista a dificuldade do tema – reconheça que, do fato de que é o homem a medida de todas as coisas (Teodoro

¹ PLATÃO. *Teeteto*. Versão digital de autoria do grupo *Acrópolis* de estudos filosóficos. Acesso em 11.06.2009. <http://br.egroups.com/group/acropolis/>

² PLATÃO. *Teeteto*. p. 8.

afirmava esposar a tese de Protágoras), pode-se inferir que cada um possui suas próprias “verdades”. Mas nem todas se confirmam, há as que restam falsas. Seria o conhecimento, portanto, a crença que se mostra verdadeira? Teriam, enfim, chegado à definição almejada?

Ainda não. Nessa empreitada, um exemplo mostra sua utilidade: o julgamento de um acusado inocente, defendido, todavia, por perspicaz advogado, que convence o júri por meios desonestos – suponha-se que o advogado pensava que proteger alguém de ser falsamente incriminado é mais importante do que respeitar a lei.³ Ainda que a crença seja verdadeira, isto é, que os jurados acreditem na inocência de alguém, de fato, inocente, é difícil assumir que o julgamento teve seu fim em razão do conhecimento dos jurados. O elemento de que se sente falta é a justificação. Não basta uma crença verdadeira, é preciso, ademais, que esteja justificada.

“Sócrates: Nesse caso, quando os juízes são persuadidos por maneira justa, com relação a fatos presenciados por uma única testemunha, ninguém mais, julgam por ouvir dizer após formarem crença verdadeira; é um juízo sem conhecimento, porém ficaram bem persuadidos, pois sentenciaram com acerto.

Teeteto: Isso mesmo.

Sócrates: No entanto, amigo, se conhecimento e crença verdadeira nos tribunais fossem a mesma coisa, nunca o melhor juiz julgaria sem conhecimento. Mas agora parece que são coisas distintas.

Teeteto: Sobre isso, Sócrates, esquecera-me o que vi alguém dizer, porém agora volto a recordar-me. Disse essa pessoa que conhecimento é crença verdadeira acompanhada de justificação racional e, que sem esta deixava de ser conhecimento. As coisas que não encontram justificações não podem ser conhecidas – era como se expressava – sendo, ao revés disso, objeto de conhecimento todas as que podem ser explicadas.”⁴

Embora o diálogo tenha seu fim numa *aporia*, é dele que a epistemologia, ou a teoria do conhecimento, recebe o legado da terceira condição: para que algo possa ser qualificado como conhecimento, a partir de então e por toda a tradição ocidental, terá de estar acompanhado de *justificação*.⁵

³ APPIAH, Kwame Anthony. *Introdução à filosofia contemporânea*. trad. Vera Lúcia Mello Joscelyne. Pertoópolis, RJ: Ed. Vozes. 2006. p. 52.

⁴ PLATÃO. *Teeteto*. p. 65.

⁵ APPIAH, Kwame Anthony. *Introdução à filosofia contemporânea*. p. 52. E mais: “Sócrates nunca aceitou quaisquer das tentativas de Teeteto para definir exatamente que tipo de justificação é necessário para transformar crença verdadeira em conhecimento, mas a idéia fornece o ponto de partida para muitas tentativas futuras de se definir o conhecimento. Tipicamente, os filósofos

No presente trabalho, defende-se a pertinência dos termos então discutidos pela epistemologia para a discussão dos problemas do contexto processual. Como se pode inferir do exemplo do julgamento presente no *Teeteto*, ela em muito pode contribuir para as reflexões do campo jurídico. Presta auxílio, mais especificamente, para essa pesquisa, que tem como seu ambiente o processo, em que se discutirá o problema da verdade, ou, em outras palavras, da determinação correta dos fatos. Sendo assim, é preciso salientar que será marcada de um elemento normativo. Não se tentará descrever como os julgadores realizam a tarefa jurisdicional nos diferentes sistemas jurídicos, mas sim busca-se uma reflexão de como deveriam fazê-lo. Em alguns momentos, estarão sob exame a efetivação das preocupações epistemológicas de determinado sistema jurídico.

Essa reflexão ganha relevo ao passo em que depende de uma determinação correta dos fatos o funcionamento do ordenamento jurídico, o qual pode ser descrito pelo cumprimento das regras que prescreve a seus destinatários – implicando tanto na realização de uma conduta quanto em sua abstenção. Em não havendo o cumprimento espontâneo da norma e, frente ao conflito que disso pode decorrer, cabe ao Estado-juiz implementar as conseqüências que devem necessariamente advir – essas conseqüências estão presentes na própria regra. Todo esse mecanismo está, por sua vez, condicionado a uma correta averiguação da verdade dos fatos.⁶ Conhecê-la é o primeiro passo para que o julgador trabalhe no cumprimento das regras por seus destinatários, assim como nas expectativas envolvidas pelo princípio da legalidade de modo que sejam atendidas. Em outras palavras, para que as regras continuem sendo motivadoras das condutas humanas, é imperioso que sua parte conseqüente faça-se presente. Considere-se o seguinte exemplo de regra: “Se p, então q”. A regra prescreve que sempre que “p” ocorra,

defenderam a idéia de que o conhecimento é crença verdadeira justificada e depois prosseguiram fazendo a pergunta: “Que tipo de justificação é necessário para que haja conhecimento?”.

⁶ Marina Gascón Abellán esclarece o fato de que nem sempre foi assim. Houve a época em que a averiguação dos fatos não constituía a condição necessária para aplicação do direito, que, de outro lado, apoiou-se em ritos e procedimentos mágicos ou quase-litúrgicos desprovidos de qualquer apelo à razão. Esse, o tempo das *ordálias*, da confusão entre delito e pecado, e da idéia de que os fatos são apenas mais um sintoma de que o sujeito merece castigos, mas não a exclusiva razão dos mesmos. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 2ª edição. Madrid: Marcial Pons. 2004. pp. 7-9.

“q” deve ocorrer também. Ou seja: a averiguação correta dos fatos tem um papel estrutural nos ordenamentos jurídicos.⁷

Assim sendo, imperativo explicitar mais uma tese presente no trabalho: no capítulo inicial, a verdade será defendida como *alguma correspondência* com um mundo exterior.⁸ Pretende-se, portanto, esclarecer e justificar os caminhos pelos quais chegou-se a essa afirmação. Por isso, outras teorias da verdade também serão expostas, procedendo-se à análise de seus traços principais, assim como de sua adequação a um processo que tem a averiguação da verdade dos fatos entre seus objetivos. Já se adianta o tensionamento entre idealistas e realistas, que também marca sua existência no processo, desdobrando-se, mais uma vez, no problema do critério⁹ em função do qual uma proposição seria considerada verdadeira: vale a correspondência com o mundo exterior? Ou, quem

⁷ Jordi Ferrer Beltrán traz um útil argumento: “(...) Supongamos que la consecuencia jurídica prevista (la sanción, en este caso) se atribuya aleatoriamente. Así, los órganos encargados de la adjudicación jurídica podrían realizar un sorteo para determinar cada mes quién debe ser sancionado, fijando un número de sanciones también aleatorio. Está claro que, en esa situación, no habiendo ninguna vinculación entre las conductas de cada uno de los miembros de esa sociedad y la probabilidad de ser sancionado, no hay tampoco razón alguna para comportarse de acuerdo con lo establecido por las normas jurídicas. Dicho de otro modo, sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar da verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios”. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 30. Também sobre a importância central da averiguação da verdade, TARUFFO, Michele. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Derechos y libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año 7, n. 11, 2002. p. 26: “(...) Quién considera que la función del proceso es aplicar la ley, poner en práctica el derecho y garantizar efectivamente los derechos individuales y colectivos, se inclina por configurar la determinación de la verdad de los hechos como finalidad o valor *instrumental*, al que se debe tender acercarse al objetivo principal del proceso, entendido como la formulación de una decisión jurídicamente correcta”. Ou ainda, TARUFFO, Michele. Trad. Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año 38, n. 114, 2005. p. 1286: “(...) El contexto procesal, de hecho, *requiere* que se busque la verdad de los hechos como condición de corrección, validez y aceptabilidad de la decisión, que constituye el resultado final del proceso.”

⁸ Adotando a mesma tese, FERRER BELTRÁN, Jordi, GASCÓN ABELLÁN, Marina e TARUFFO, Michele: uma proposição é verdadeira se, e somente se, corresponda aos fatos existentes.

⁹ Para se julgar se determinada proposição configura conhecimento é preciso um critério, isto é; o julgamento se faz em referência a um critério que lhe seja prévio. O problema é que a determinação do critério também necessita de um conhecimento que lhe seja prévio, que justifique a posição do critério como tal. Vê-se, portanto, uma circularidade da qual não se pode fugir. É o que encontramos em PRITCHARD, Duncan. *What is this thing called knowledge?* Routledge. 2006. p. 22: “This difficulty regarding defining knowledge is known as the problem of the criterion, and it dates right back to antiquity. We can roughly summarise the problem in terms of the following two claims:

1. I can only identify instances of knowledge provided I already know what the criteria for knowledge are.
2. I can only know what the criteria for knowledge are provided I am already able to identify instances of knowledge”.

sabe, a coerência¹⁰ entre a proposição em questão e as que lhe fazem companhia no discurso ora em análise?¹¹ É possível se pensar numa coexistência entre essas teorias em algum momento?

Para além disso, a investigação do papel da verdade no processo deve ser pautada diretamente na relação entre os *factos* e a *prova*. Ela é que tem a prerrogativa de viabilizar o ingresso da realidade no processo. No entanto, a preocupação cognitiva é um traço importante do processo, mas não o único: a busca da verdade coexiste com outros ideais. Daí explica-se a *ratio* de normas que excluem a produção de certas provas, chegando mesmo a qualificá-las como ilícitas em algumas situações.¹² O tempo razoável, também podemos dizê-lo como exemplo de valor que o processo quer prestigiar,¹³ procurando realizá-lo, estão as regras de presunção.¹⁴ A resposta precisa chegar ao jurisdicionado.¹⁵ Assim, no capítulo dois será observado a tensão entre a verdade e os outros propósitos processuais, assim como suas implicações nas regras jurídicas atinentes ao que deve ou não ser objeto de prova. Ou seja, o esforço epistemológico do julgador é temperado por outros objetivos, o que se demonstrará não será um obstáculo o qual inviabiliza por completo a busca pela correta determinação dos fatos. Para

¹⁰ Em defesa da coerência como critério de conhecimento verdadeiro está AMAYA, Amalia. *Justification, Coherence, and Epistemic responsibility in legal fact-finding*. Episteme. 2008. p. 306-319.

¹¹ Uma exposição bastante detalhada da atuação das teorias da verdade dentro do processo em TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2ª edição. Madrid: Editorial Trotta. 2005. p. 30 e ss.

¹² GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. pp. 131-132.

¹³ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de La prueba*. pp. 31-32: “Ahora bien, si parece claro ya que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial, también lo es que ese no es el único objetivo. (...) Decir que algo es la finalidad de una institución o actividad, no excluye que existan otras finalidades o propósitos. (...) Así, por ejemplo, puede mencionarse el interés por la celeridad en la toma de decisión que resuelva el conflicto planteado y que lo haga definitivamente, la garantía de la paz social, la protección de los derechos individuales o el secreto de determinadas comunicaciones (como la que se dé entre abogado y cliente) etc”.

¹⁴ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil: interpretado e anotado*. Barueri, SP: Manole, 2006. p. 717: “Presunção é uma forma de raciocínio lógico por meio da qual se conclui pela ocorrência de um fato não provado ante a comprovação de um outro que recebe o nome de fato básico. Não se trata, assim, de meio de prova, mas apenas de uma forma legal de raciocínio utilizável na apreciação da prova. Se a lei estabelece presunção absoluta, não é possível prova contrária. Já se a presunção é relativa, lícita se revela tal prova”.

¹⁵ Por uma necessidade de resposta aos jurisdicionados, observa-se, a criação de alguns institutos que devem trazer novamente o sentimento de segurança jurídica. Não é outra a função da “ausência” referente a direitos sucessórios. *In verbis*, Código Civil: “Art. 37. Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas”. Esse um exemplo de presunção relativa – em contraposição às absolutas. Falaremos mais delas no desenvolvimento dos capítulos.

tanto, cabe ao julgador a valoração das provas mediante critérios racionais, estes funcionando como uma garantia da não-arbitrariedade no exercício da atividade jurisdicional. Contudo, nem sempre entendeu ser esse o conteúdo do dever de avaliar as provas trazidas. O tempo das ordálias, da prova tarifada e da convicção íntima fazem parte da história do labor judicial, configurando-se por essa razão em pontos importantes para esse trabalho.

Por fim, resta ao último capítulo conferir tratamento ao que torna racional a valoração empreendida pelo julgador, passível de ser controlada a partir da motivação da decisão proferida. Para além de ser racional, a valoração tem de *demonstrar-se* racional, de modo que seja viável a seus destinatários imediatos interpor os recursos cabíveis sempre que não forem convencidos pelos argumentos do julgador de que agiu da melhor forma possível, apreendendo pelo exame das provas a hipótese mais provável dentre todas avaliadas. Para além dessa função endo-processual, também há que se cuidar, em última instância, da própria democracia, exigindo-se o exercício de poder de forma não-arbitrária.

O reconhecimento de que a melhor escolha pode ser tão somente a mais provável, nunca sobre a qual haveria uma certeza absoluta e irrefutável, é também uma admissão de que o erro é possível. Por isso o mister de externalizar as operações intelectuais para que haja eventual e pertinente revisão.

Esse o trabalho que se busca desenvolver na dissertação. Investigar como a verdade atua no processo, os obstáculos ao labor epistemológico do julgador apesar dos quais defende-se a possibilidade de conhecer. Não há crença numa verdade *una e imutável*, mas, outrossim, busca-se um conceito de verdade relativa, provável e que, se por um lado deixa de nos gratificar com a irrefutabilidade de seus argumentos, traz a tranqüilidade suficiente.¹⁶

¹⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2ª edição. Madrid: Editorial Trotta. 2005. pp. 13-14.

2 A verdade e o processo

Tratar da verdade no ambiente do processo é o mesmo que se falar em provas. Já configura lugar comum a definição segundo a qual é função da prova averiguar se determinados fatos tiveram ou não ocorrência no caso então sob análise. Algumas modificações podem se dar, mas o que permanece é essa idéia fundamental. No entanto, na hipótese de que se queira ir um pouco além, o horizonte será de uma série de dificuldades. Essas dificuldades decorrem primeiramente do fato de que a prova se projeta para fora da dimensão jurídica, relacionando-se com outros campos, como a epistemologia, a lógica e a psicologia.¹⁷

Assim, o estudo da prova remete seu agente à investigação de aspectos *extra-jurídicos*, sempre que seja irredutível a vontade de conhecer os fatos do caso. Conhecer e interpretar as regras jurídicas é apenas uma parte do caminho que se precisa percorrer.¹⁸ São as regras que determinam as condutas desejadas e indesejadas no ordenamento jurídico em questão, trazendo algumas conseqüências de maneira a motivar a conduta de seus destinatários.¹⁹ O papel do julgador ganha relevo nesse contexto, dando cumprimento à prescrição jurídica. Mas como saber se o prescrito pela norma ocorreu? De que modo é possível ao julgador saber qual regra está sendo posta em questão por dada conduta? Cabe alguma conseqüência? Qual seria?²⁰

¹⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 22.

¹⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 23: "(...) Resulta imposible definir y analizar de forma completa la prueba si nos situamos exclusivamente en la dimensión jurídica del problema. Naturalmente, siguen sendo posibles y legítimos los análisis jurídicos del derecho a las pruebas: sin embargo, éstos son definiciones parciales, ya que están referidos a una sola dimensión, aunque importante, del fenómeno de la prueba."

¹⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 29: "Seguramente no se discutirá que una de las funciones principales del derecho es dirigir la conducta de sus destinatarios. Se da por supuesto que lo que pretende el legislador al dictar normas jurídicas prescriptivas es que sus destinatarios realicen o se abstengan de realizar determinadas conductas (i. e.: pagar impuestos, no robar etc.). para conseguir motivar la conducta, el legislador suele añadir la amenaza de una sanción para quién no cumpla la conducta prescrita."

²⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 13: "Sea como fuere, una vez asentado que la constatación de ciertos hechos constituye el fundamento de aplicación de la norma, el problema surge a la hora de determinar las posibilidades o límites de su conocimiento, o sea, lo que pudiéramos llamar de epistemología judicial de los hechos".

Todas essas perguntas só podem ser respondidas se o que resta do caminho que há pouco se mencionou seja mesmo percorrido: é preciso ir aos fatos. E esse foi um tema reiteradamente esquecido pelos estudiosos e profissionais do direito, apesar de sua relevância, inclusive prática. A epistemologia jurídica, que é a sua correspondente área de esforço intelectual, chegou a ser tida como “orfão ignorado”, “desatendido tanto pelos filósofos do direito como pelos processualistas e penalistas”.²¹

No lugar de um tratamento efetivo do assunto, quem sabe tentando encobrir que são várias as áreas relacionadas ao tema da prova, o direito buscou, por algum tempo, dar um tratamento fechado, por meio do qual as regras jurídicas prescreviam os resultados potencialmente aferíveis por cada meio de prova. O sistema da *prova legal* foi uma tentativa de se resolver o problema da prova através de critérios estritamente jurídicos.²² Rígidos limites ao raciocínio do julgador e uma construção autoritária da verdade. Ao invés de uma real preocupação cognitiva havia um aparato institucional voltado à edificação de uma verdade convenientemente montada: o importante não eram os fatos em si, “mas a consumação de um ritual probatório formal e simbólico que se considerava equivalente à demonstração efetiva daqueles”.²³

Uma outra maneira com que se confiou resolver a importância do papel da prova – ou seria melhor dissolver? – consubstanciou-se nas várias tentativas de se conceber uma espécie de verdade “diferente” que viria a fazer parte do processo. Haveria mesmo uma distinção de natureza entre a verdade que a prova traz para dentro do processo através de seus limitados meios cognitivos e a verdade de fora do processo, referente a outros setores da vida que não o processo e que seria obtida por meios cognitivos também diferentes. Verdade formal Vs. verdade material, verdade relativa Vs. verdade absoluta. Todavia, parece

²¹ LAUDAN, Larry. Prólogo. In FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 16.

²² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 22: “El sistema de la prueba legal, en efecto, estaba pensado como un conjunto orgánico, cerrado y completo de reglas jurídicas capaces de abarcar cualquier aspecto de la prueba de los hechos en juicio. En ese sistema podría tener espacio una concepción únicamente jurídica de la prueba, aunque sólo fuera porque todo criterio o regla referida a la prueba tendría que asumir la vestimenta de regla jurídica, por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, cuando no lo establecía directamente el legislador”.

²³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 12. A autora localiza o sistema da prova legal no capítulo da irracionalidade jurídica.

insustentável o argumento conforme o qual a verdade judicial possa ser – ou deva ser – completamente distinta e autônoma da verdade extra-judicial. Como acentua Taruffo,

“A existência de regras jurídicas e de limites de distinta natureza servem, no máximo, para excluir a possibilidade de se obter verdades absolutas, mas não é suficiente para diferenciar totalmente a verdade que se estabelece no processo daquela da que se fala de fora dele.”²⁴

O autor reconhece a impossibilidade de se obter verdades absolutas no ambiente do processo, mas isso não significa sua anuência com respeito ao par a que se aludiu por último. A verdade absoluta é impossível para o processo, assim como o é fora dele. Por outro ângulo: a verdade absoluta é impossível de ser obtida qualquer que seja o contexto da experiência e, sendo o processo um desses contextos, não poderia se passar diferente com ele. Assim, a verdade relativa é o único sentido sensato que o termo verdade pode assumir, dentro e fora do processo.²⁵ Ou seja, pode-se dizer que a verdade do processo tem algumas peculiaridades relevantes que derivam de sua situação conceitual dentro de um contexto específico, mas isso não basta para a criação de um conceito autônomo.²⁶

O caráter incerto e normativo do ambiente do processo também é freqüentemente tido como uma razão para advogar em favor de uma diferença essencial entre a tarefa de conhecer que se empreende dentro do processo e a que se dá fora dele: fixação formal dos fatos mediante determinados procedimentos *versus* conhecimento total dos fatos fora do processo. A incerteza, no entanto, não é algo exclusivo do contexto processual, “com maior ou menor grau se pode dizer o mesmo de qualquer âmbito de conhecimento”.²⁷ A normatividade também é uma característica inegável, mas não exclui *a priori* uma preocupação cognitiva que o processo pode expressar por meio da relação entre prova e verdade dos fatos. O sistema da *prova livre*, idealizado por Bentham, representa um esforço radical nesse sentido, aceitando e reconhecendo como prova qualquer coisa que auxilie na corroboração da hipótese trazida pela parte. Esse sistema não vingou, mas trouxe à luz o caráter instrumental da prova, que é o de buscar o

²⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. pp. 24-25. (tradução livre, a partir de agora: T.L.)

²⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 13.

²⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 25.

²⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 26.

conhecimento maior possível sobre a realidade dos fatos. Da impossibilidade de certeza absoluta, não se infere necessariamente a negação de todo e qualquer traço de racionalidade cognitiva.²⁸

A seguir, uma análise de posições contrárias, segundo as quais o papel da verdade no processo restaria ameaçado.

2.1. Contra a possibilidade da verdade no processo

Os argumentos contrários à possibilidade de averiguação da verdade no processo guardam uma raiz anterior, ou seja; porque a verdade é impossível no mundo, também o é para o direito; porque a verdade constitui um objeto irrelevante para qualquer discussão para o mundo, também o seria para o direito. Tais posturas configuram o que já se chamou de *veriphobia*²⁹, isto é, o repúdio à idéia de possibilidade de verdade.

2.1.1. Ceticismo e Irracionalismo

A primeira forma de se negar a possibilidade de se determinar a verdade dos fatos dentro do processo funda-se num *ceticismo filosófico radical*.³⁰ Segundo

²⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. pp. 26-27.

²⁹ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. Oxford: Oxford University Press. 1999. p. 7: “Having outlined my veritistic approach to social epistemology, I must hasten to observe that the playing field of social epistemology have been substantially preempted by world views quite opposed to veritistic conception. I allude to such views as social constructivism, postmodernism, pragmatism, cultural studies, and critical legal studies. (...) They share a deep skepticism or utter repudiation of truth as a viable criterion for studying epistemic phenomena. They would raise a suspicious and even scornful eyebrow at any serious attempt to wield the concept of truth. I think they suffer from an affliction that may be called *veriphobia*. Although veriphobes differ from one another in the details of their preferred methodologies, they share the idea that the study of social ‘knowledge’ should be confined to the interpersonal and cultural determination of belief: not true or false true belief, just plain belief. When veriphobes talk of ‘knowledge’, they do not refer, as I do, to true belief, but to something like institutionalized belief.”

³⁰ O termo “cético” vale um esclarecimento com respeito à origem, já que atualmente possui um significado liberado dela. O ceticismo foi uma corrente filosófica cuja criação remonta à Antiguidade. Ficou conhecida através dos escritos de Sexto Empírico e Cícero e pode sofrer uma divisão entre seus seguidores, pirrônicos, ou acadêmicos. Os pirrônicos defendiam a suspensão do juízo sempre que não se soubesse a resposta de algum conflito surgido pelo impasse entre as várias teorias dogmáticas. Apenas suspendendo o juízo sobre aquela dúvida é que poderia chegar a um estado de *ataraxia*, isto é, de imperturbabilidade. O conhecimento não era negado de forma absoluta. Ele poderia chegar, mas não através do esforço do pensamento por meio do qual se teria a resposta certa e verdadeira. Ele chegaria, caso viesse, apesar dos esforços. O pirronismo, portanto, mais do que uma negação de conhecimento, é um método de sobreviver às dúvidas. Já os

o argumento cético, não há como se fazer uma distinção entre aparência e realidade. No ânimo de conhecer, falham nossos sentidos, a vigília e o sono se assemelham, o engano é uma possibilidade permanente. Duncan Pritchard, ao dar tratamento ao ceticismo radical³¹, concede ao leitor um forte componente do argumento cético: a hipótese cética.

E se tudo for uma grande invenção? O autor traz o exemplo do filme *Matrix*, que retratava um sujeito que descobria que sua vida era uma “mera aparência de vida”, “parecia” que tinha uma existência repleta de interação com outros seres humanos, com as típicas questões do cotidiano, quando, pelo contrário, estava num compartimento tendo seu cérebro nutrido dessas “experiências”. Nenhuma interação com outros seres humanos. E, senão com os tubos que o alimentavam, não havia interação com coisa alguma. Há como se distinguir uma experiência autêntica de uma ilusão, de um equívoco? Há o falso e há o verdadeiro claros e distintos?³²

A resposta fornecida pelos céticos é negativa neste sentido. Não há um critério que nos forneça a tranquilidade de conseguir empreender tais distinções. O intelecto humano não logra esse desafio, nem fora, nem dentro do processo.

acadêmicos afirmavam que em razão da falta de critério para julgar as várias teorias, não havia como se conhecer qual seria “A certa”, dentre todas as outras. Seus embates contra as conclusões dogmáticas, pretensas portadoras das verdades absolutas, fizeram deles, dogmáticos negativos, isto é, aqueles que negam de forma absoluta a possibilidade da empresa do conhecimento. Logo, o ceticismo de que nesse ponto se tratará, guarda mais semelhanças com dogmáticos negativos, que chegam a conclusões negativas a respeito do conhecimento do que propriamente aos pirrônicos, que buscavam o antídoto para o pretense conhecimento, o dogmatismo em si. POPKIN, Richard. *História do ceticismo: de Erasmo a Spinoza*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves. 2000. p. 13 e ss.

³¹ PRITCHARD, Duncan. *What is this thing called knowledge?* pp. 138-151.

³² A oposição clara e distinta entre o falso e o verdadeiro foi do que Descartes se ocupou. O autor de *Meditações* esforçou-se ao máximo em responder as objeções céticas à possibilidade de fundação de conhecimento. Nessa empreitada é que desenvolveu o método da dúvida hiperbólica, tornando sinônimos a mais fraca dúvida e o falso (meditação segunda, p.91). Mas vão dizer seus críticos que, se impediu que fundássemos certezas equivocadas, igualmente nos impediu de qualquer certeza. Daí a tese de Popkin, para quem Descartes foi um “cético apesar de si mesmo”. O gênio maligno cartesiano (meditação primeira, p.87) é um exemplo de hipótese cética, de acordo com a qual, nada nos garantiria contra a existência de um deus enganador que tudo pode criar para nos iludir, mesmo na adição de três e dois. Esse foi o método que Descartes instituiu para a fundação de uma certeza primeira, o *cogito* (penso, logo existo), mas se, por um lado trouxe a certeza da existência do sujeito, deixou-o completamente sozinho, já que todo o mundo exterior teve de ser posto em dúvida. O gênio maligno teve mais sucesso do que seu autor desejava. Os céticos consideraram suas hipóteses confirmadas, e não respondidas como desejava Descartes. Sobre isso, ver POPKIN, Richard. *História do ceticismo: de Erasmo a Spinoza*. pp. 271-331. E ainda, MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2002. pp.159-175.

Dessa afirmação, surgem alguns personagens comuns ao processo. Por exemplo o “perfeccionista desiludido”, o qual, havendo constatado que a verdade absoluta não é possível passa ao extremo oposto. Com a impossibilidade de fundação de uma verdade incontestável, esvai-se qualquer possibilidade de conhecimento aceitável. Taruffo chega a denominar tais posições de *irracionalistas*.³³

Percebe-se, nesse ínterim, que a negativa cética e irracionalista com respeito à possibilidade de conhecimento verdadeiro deve-se à radical posição de uma identidade entre conhecimento e certeza absoluta. E certeza absoluta é própria do raciocínio de tipo dedutivo, por muito tempo, único dito como racional. A defesa de uma possibilidade de determinação correta dos fatos frente aos argumentos desse tipo terá de ser feita a partir de uma habilitação do raciocínio de tipo indutivo o qual, por sua vez, torna possível a conclusão provável. Esse argumento será desenvolvido um pouco a frente,³⁴ por ora, é suficiente atentar-se para o fato de que a negativa cética e irracionalista se dá com base na impossibilidade de fundar verdades irrefutáveis.

2.1.2. Idealismo e coerentismo

Para além do argumento cético, que se mostrou contra qualquer possibilidade de se instituir conhecimento em razão da inviabilidade de uma verdade absoluta, há também os *idealistas*. Segundo essa corrente filosófica, não há uma realidade exterior objetiva, independente de nossas experiências. O conhecimento, portanto, deve-se voltar ao mundo constituído pela nossa percepção. O que existe é o conhecimento da nossa própria idéia de mundo.³⁵ A diferença entre um cético e um idealista é que para o último o conhecimento do mundo sim, é possível.³⁶ A questão é sobre *que* mundo é esse. Não há ponte entre

³³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. pp. 30-31.

³⁴ Ver item 2.4.3.

³⁵ PRITCHARD, Duncan. *What is this thing called knowledge?* p. 82: “Idealists respond to the problem of the external world by claiming that perceptual knowledge is not knowledge of a world that is independent of our perception of it, but rather knowledge of a world that is *constituted* by our perception of it”.

³⁶ PRITCHARD, Duncan. *What is this thing called knowledge?* p.83: “Although, unlike the sceptic, the idealist claims that we do know a great deal about the world, she does this by making what we mean by the “world” so different from what we usually take it to mean that it feels as if the idealist is agreeing with the sceptic after all”.

o sujeito e a exterioridade. O objeto de conhecimento são as idéias mentais de mundo. Desse modo, a negação de uma realidade objetiva, independente das experiências particulares dos sujeitos, faz com que também o idealismo seja um obstáculo à determinação verdadeira dos fatos no processo.

“Se se parte da premissa, típica dessas doutrinas (refere-se ao idealismo ou qualquer anti-realismo), de que o conhecimento é uma construção mental carente de conexão necessária com os fenômenos do mundo real, está claro que não se pode alcançar nenhum conhecimento verdadeiro de fato algum.”³⁷

Nesse contexto, portanto, é que se pode observar a defesa do critério de *coerência* das afirmações. Não havendo um controle da veracidade ou falsidade das proposições por meio da observação do que se passa num mundo exterior, numa realidade externa e objetiva, resta ao julgador partidário de uma versão idealista da verdade, um exame acerca da coerência discursiva das partes, de seus representantes legais quando expõem suas teses, assim como das falas de cada colaborador da justiça (testemunhas, peritos etc.). A verdade consiste nessa concordância de enunciados entre si.

No entanto, pelo critério de coerência, algumas extravagâncias não poderiam ser descartadas, como por exemplo, as *ordálias*. Era coerente com a visão de mundo do tempo da Inquisição pensar que caso se tratasse de um inocente, Deus não permitiria uma morte tão sofrida. Era coerente pensar que se não fosse culpado, o acusado conseguiria se soltar das garras das feras, ou das correntes com que foi atirado em água, simplesmente por intervenção divina. Caso se queira aceitar a coerência como critério, ela não pode ser vista como simples concordância entre enunciados, quaisquer que sejam esses enunciados. É preciso que tais enunciados não sejam arbitrariamente eleitos. Contudo, se o coerentismo levasse a sério essa tarefa de controlar os enunciados potencialmente candidatos a serem predicados como verdadeiros, então a teoria da coerência teria sido assimilada pela teoria da correspondência, fato que lhe tornaria supérflua.³⁸ A coerência é justamente essa defesa de se poder prescindir de critérios externos às proposições mesmas e, com isso, fundar-se conhecimento.

³⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 32. (T.L.)

³⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 57.

As teorias *narrativistas* são expressão da verdade como coerência no ambiente do processo, de acordo com as quais o exame da verdade será reconduzido ao interior da dimensão linguística da narração, deixando de ser considerada como um problema que afeta a relação entre a narrativa e o que foi (ou deveria ter sido e não foi) objeto da narração.

“Assim, não se pode dizer nada acerca da realidade porque se está unicamente ante uma narração, esta pode ‘pretender’ ou ‘declarar’ que é verdadeira, mas a fundamentação dessa pretensão não é de modo algum verificável além do próprio contexto narrativo.”³⁹

Taruffo acentua o fato de que as defesas da verdade como coerência no processo valorizam sobremaneira o ponto de vista do advogado, o qual busca, apenas, produzir um relato convincente por meio das provas aportadas. Não se enfatiza um recurso eurístico das provas, e sim seu aspecto persuasivo: seu único objetivo é criar na mente do juiz ou dos jurados, uma crença acerca dos relatos contados no interior do litígio. Por esse motivo, a busca da verdade é tema que deve ser enquadrado desde a perspectiva do julgador, sobre este sim, há a expectativa de que decida o caso com base numa versão verdadeira dos fatos do litígio.⁴⁰ Assim, parece inaceitável pretender que a narração seja a *única dimensão* significativa quando se fala do problema da verdade no ambiente processual,⁴¹ posto que acentua a perspectiva das mais limitadas, que é a do advogado no interesse das partes, para tratar do problema da busca da verdade.

De outro modo, parte-se na defesa do que Alex Stein veio a designar como *autoridade epistêmica dos tribunais*.⁴² Em artigo recentemente publicado, o autor trata da confiabilidade que apenas a instituição dos tribunais pode conceder às crenças que serão adotadas para fundamentar a decisão. Não basta que as crenças sejam justificadas, mas também o sujeito portador da crença deve sê-lo, de modo a poder transferir tal confiabilidade. Isso não cabe à parte, que embora possa ter crenças justificadas tem interesses num resultado favorável, mas à instituição-julgadora. Percebe-se, portanto, que a discussão da verdade no

³⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 54. (T.L.)

⁴⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons. 2008. p. 28.

⁴¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 55.

⁴² STEIN, Alex. On the epistemic authority of courts. *Episteme*. 2008. pp. 402-410.

processo deve ser desenvolvida a partir do ponto de vista do juiz, e não do da parte, ou de seu advogado.

2.1.3. Pragmatismo

Os *pragmatistas*, por sua vez, constroem sua teoria com a elaboração de um *link* entre verdade e utilidade: uma proposição é verdadeira apenas no caso de que se mostre útil para aqueles que nela crêem.⁴³ Ou seja, de acordo com a abordagem pragmatista deve-se considerar como verdadeiro aquilo que mais contribui para o bem estar da humanidade em geral, tendo, para isso, a referência do longo prazo.

Nesse sentido, o falso pode tornar-se verdadeiro. Que se tome o exemplo da saúde de um menino, sobre o qual na ocasião de seu nascimento se diagnosticou que, em função de problemas congênitos inoperáveis, viveria apenas até seus 8 anos. Se lhe fossem transmitidas as informações verdadeiras sobre sua saúde, provavelmente, não aproveitaria nem mesmo esses 8 anos. Desenvolveria uma “espera sem fim” ao desfecho que já tinha lhe sido narrado, o fim de uma pesada angústia.

No ambiente do processo, uma abordagem apropriadora do pragmatismo pode ser observada nos sistemas processuais em que a resolução de conflito (de orientação política fortemente liberal) se configura como maior das diretivas. No que se refere aos fatos, não apenas cabe às partes determinar, por meio de suas alegações, quais fatos devem ser objetos de provas, como através de seus advogados⁴⁴ orientam os trabalhos, designam e interrogam as testemunhas e

⁴³ Sobre os pragmatistas ou instrumentalistas, GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. p. 42: “ The pragmatist or instrumentalist theory tries to bring true down to earth by linking in to results of action. An important feature of true beliefs is that they usually lead to desirable outcomes. If I want to attend a certain lecture tonight, a true belief about the lecture’s location can serve me better than a false belief. Instrumentalism elevates this feature into a definition, saying that a proposition is true just in case it would prove useful to those who believe it”.

⁴⁴ Alvin I. Goldman faz severas críticas ao papel exercido pelos advogados nos chamados *adversarial systems* (referindo-se aos sistemas em que as partes têm o protagonismo na cena processual, e não o juiz). As partes agem interessadas a uma conclusão favorável, e não de modo a descobrir os fatos verdadeiros que o caso envolve. Daí a crítica feita ao *modus operandi* dos advogados permitido e convalidado nesse tipo de processo. *Knowledge in a social world*. p. 297: “In effect, the adversary system permits a lawyer to intentionally *mislead* the jury. Although the lawyer knows or believes that an adverse witness is telling the truth, he can purposefully elicit behavior from witness that will incline the jury to think, falsefy, that the witness is unreliable,

peritos. No exercício de amplas atribuições, sendo a resolução de conflito o maior dos objetivos, caso a verdade dos fatos apareça como contrária a isso, então ela não tem utilidade prática para o processo.⁴⁵

Tanto no idealismo como no pragmatismo, é possível se deparar com uma falta de controle acerca da racionalidade empreendida pelos julgadores, já que o critério para averiguação, se se está ou não frente a alegações verdadeiras é, primordialmente, de uma coerência interna entre as várias proposições. O mundo exterior e o retorno aos fatos podem mesmo ser desfavoráveis ao contexto de decisão, tanto porque o agente que investiga encontra mais subsídios ao conhecimento em sua própria mente através de reflexões internas sobre as idéias de mundo, quanto em função de a verdade ser defendida como que interligada ao útil. Para se empreender tais afirmações, a ida ao mundo exterior, ou é impossível, ou prescindível.

2.2. Contra a relevância

Segundo alguns estudiosos, a discussão que versa sobre a (im)possibilidade da verdade não guarda qualquer relevância. Pode até ser que a verdade seja possível, mas esse debate não tem nenhuma incidência prática. É a opinião de Richard Rorty ao ser perguntado sobre a disputa “realismo *versus* anti-realismo”.⁴⁶ E não há relevância porque tais discussões, segundo o autor, em nada

untrustworthy, or insincere. On its face, this lawyerly practice conflicts with Rule 403, which recommends the exclusion of evidence that threatens to mislead the jury. Nonetheless, it is a practice that the adversary system readily encourages”.

⁴⁵ DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven-London: Yale University Press. 1986. p. 122: “While self-interested litigants obviously do not lack incentives to act, they may also be motivated to hide the truth. Skillful orchestration of proof may obscure rather than clarify what has actually happened”.

⁴⁶ RORTY, Richard. In ENGEL, Pascal. *Para que serve a verdade?:* Pascal Engel e Richard Rorty. Trad. Antonio Carlos Olivieri. São Paulo: Ed. Unesp. 2008. p. 55: “A objeção que faço ao debate ‘realismo versus anti-realismo’ não consiste em reprovar os protagonistas por desenvolverem proposições desprovidas de sentido, nem por empregar termos que não designam propriedades substanciais. Consiste preferencialmente em afirmar que a resolução desses debates não terá nenhuma incidência prática. Debates desse tipo, para mim, são a expressão de uma escolástica estéril. E evidentemente deploro que uma parte tão importante da filosofia de língua inglesa no século XX tenha-se consagrado a esse gênero de questões”.

prestam auxílio na formulação de uma resposta à pergunta a respeito do que “nós, seres humanos poderíamos fazer de nós mesmos?”⁴⁷

No entanto, muito embora afirme que a questão da verdade já não importa mais, por meio de suas análises, Rorty se posiciona entre os anti-realistas, contra qualquer idéia de correspondência com um mundo exterior, com uma essência⁴⁸ que precise ser atingida para que o conceito seja preciso.

“Os intelectuais do Ocidente, desde o Renascimento, progrediram mediante três etapas: primeiro esperaram pela redenção de Deus, depois, da filosofia, e agora da literatura. A religião monoteísta oferece a esperança da redenção ao entrar em uma nova relação com uma pessoa não-humana supremamente poderosa. A crença – como a crença nos artigos de um credo – pode ser acidental em uma tal relação. Para a filosofia, contudo, as crenças são as da essência. A redenção pela filosofia é por meio de uma aquisição de um conjunto de crenças que representam as coisas do modo como realmente são. A literatura, finalmente, oferece redenção por meio da feitura do conhecimento de tão grande variedade de seres humanos quanto possível. Aqui novamente, como na religião, a crença verdadeira pode ser de pouca importância.”⁴⁹

A escolha pelo caminho da literatura combinada à declaração de fim da filosofia, expressa o fato de que sua atenção está voltada às “relações não-cognitivas com outros seres humanos”⁵⁰ em contraposição à relação não-cognitiva com uma pessoa não-humana (que seria o viés religioso), e também em oposição à relação cognitiva com proposições (representada pela filosofia).

Sendo seu objetivo relações não-cognitivas com pessoas humanas, Rorty significa seu conceito de verdade como sendo “as declarações sobre as quais uma determinada comunidade, enxergou como *consensual*”.⁵¹ Sua teoria da verdade fruto de uma concordância comunitária guarda estreitas ligações com a afirmação de contingência da linguagem. Ou seja, sendo a linguagem contingente, os vocabulários também passam por mudanças e assim também nossas noções de verdade. Um acordo que permanentemente se põe em discussão e em re-

⁴⁷ RORTY, Richard. O declínio da verdade redentora e a ascensão da cultura literária. In: RORTY, Richard, GHIRALDELLI Jr. Paulo. *Ensaio pragmatistas: sobre subjetividade e verdade*. Rio de Janeiro: Ed. DP & A. 2006. p.80.

⁴⁸ Essa terminologia remonta ao realismo clássico, com traços platônicos.

⁴⁹ RORTY, Richard. O declínio da verdade redentora e a ascensão da cultura literária. p.78.

⁵⁰ RORTY, Richard. O declínio da verdade redentora e a ascensão da cultura literária. p.81.

⁵¹ Goldman, contudo, critica a teoria da verdade como consenso. GOLDMAN, Alvim I. *Knowledge in a social world*. p. 12: “A consensus theory of truth seems wrong from the start, at least as an account of our ordinary concept. Not only does the truth of a proposition not require total consensus, it does not require *anybody at all to believe with.*” (itálica nossa)

significação. Os esforços epistemológicos, portanto, restam distantes das idéias rortyanas: no lugar deles, são estendidos valores de tolerância e solidariedade. Ao ver do autor, em franca oposição.

No ambiente do direito, essa postura pode se traduzir numa preocupação com o procedimento, com a garantia de que todos os envolvidos possam participar da produção desse consenso. Relaciona-se, portanto, com a legitimidade da construção de consenso, que não seja fruto de violência, no qual haja espaço para que ambas as partes exponham suas teses. Isso é o máximo que se pode produzir em termos de verdade, dado o fato, já referido, de que a correspondência é critério amplamente criticado.

As alternativas teóricas abordadas nesse ponto têm em comum o mérito de fazerem frente ao que se conhece por *realismo ingênuo*, que pressupõe a existência da realidade empírica conjugada à capacidade do intelecto humano para adquirir conhecimentos verdadeiros acerca dessa realidade.⁵² Há nele uma *petição de princípio*: o conhecimento se corresponde com a realidade e, por isso, é verdadeiro. Como não poderia deixar de ser, esse modo de pensar também resvala seus efeitos no processo, o que se pode ver naqueles que expressam uma visão totalmente desproblematizada por meio de sentenças como: “os fatos falam por si”,⁵³ “a verdade é uma só” e tantas outras.

A seguir, uma tentativa de responder às objeções adequadamente formuladas contra o realismo na sua forma acrítica e pouco reflexiva. A vantagem de se pensar numa alternativa realista para se efetivar o esforço cognitivo – que se acredita, o processo precisa ter –, deve-se justamente à possibilidade de questionamento; o qual ficou evidente, não estar presente nas primeiras formulações correspondentistas: a realidade externa não é constituída de entes estáticos e imutáveis absolutamente decifráveis pelo esforço da mente.

⁵² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 57.

⁵³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 7: “El conocimiento de hechos que se opera en sede judicial se ha considerado muchas veces cuestión incontrovertible. ‘Los hechos son los hechos y no necesitan ser argumentados’ podría ser el lema de esta tradición. El en fondo de la misma, una gran confianza en la razón empírica que hace innecesaria cualquier justificación en materia de hechos: los hechos son evidentes, y lo que es evidente no necesita justificación.”

2.3. Realismo crítico e a verdade possível

Nos itens anteriores algumas teorias da verdade estiveram sob exame: idealismo, coerentismo, pragmatismo e também algumas versões segundo as quais, ou a verdade seria algo inapreensível racionalmente – abordagem cética –, ou sua busca seria absolutamente irrelevante – teoria rortyana. Todas compartilham um ponto em comum: sob a perspectiva de qualquer uma delas, a determinação correta dos fatos teria sua importância definitivamente dissolvida.

Tendo em vista essa motivação, faz-se a defesa da possibilidade de a teoria realista como imprescindível para dar conta do problema do conhecimento dos fatos de uma contenda jurídica. Mas com isso não se advoga em favor da tese realista segundo a qual o ser humano, munido de suas habilidades intelectuais, pode apreender *toda* a realidade. Reconhece-se as limitações subjetivas que outrora foram olvidadas pelo realismo ingênuo: em todo momento em que se busca conhecer, há um recorte da realidade, um julgamento sobre o que é *relevante* ser conhecido. Essa limitação referente ao fato de que não se pode conhecer tudo – há detalhes que passam despercebidos, outros que são imperceptíveis – ao invés de depor contra a capacidade de conhecer, antes advoga em seu favor:

“Não podemos traçar um modelo completo de um objeto ou de um acontecimento, mas podemos traçar um modelo de qualquer característica ou grupo de características desse segmento da realidade que julgemos relevante.”⁵⁴

Ou seja, não se pode conhecer tudo, e tudo o que se conhece tem um recorte subjetivo. Para o idealismo, essa afirmação seria o fim da possibilidade de a correspondência ser apresentada como um critério. Se há juízos de relevância sendo empreendidos por cada sujeito e que serão expressos no intento de descrever a realidade tal como é, evidente que cada realidade narrada será uma, logo não há realidade objetiva.

⁵⁴ GUIBOURG, Ricardo A. *La construcción del pensamiento: decisiones metodológicas*. Buenos Aires: Colihue, 2004. p. 58. (T.L)

Guibourg, nesse momento, concede um exemplo ao leitor: quando duas pessoas estão discutindo a respeito da verdade da proposição “Brutos matou César”, tem de haver uma coincidência prévia: a proposição em questão é verdadeira se por verdade tem-se a correspondência entre ela e fatos da história romana, mas pode não ser se a fonte for, por outro lado, o relatado nas obras de Shakespeare. Para que os emissores se entendam e compreendam o que dizem, será necessário, ao menos, que expressem essa desavença de critérios. Uma outra forma de ajustar as proposições seria mediante o uso da distinção entre *aceitação* e *aceitabilidade*. Como esclarece o estudioso argentino, a aceitação está na dimensão subjetiva, enquanto que a aceitabilidade é mais bem uma defesa de que a proposição além de ter sido subjetivamente, deve ser objetivamente acatada por qualquer um.⁵⁵

Não se defende que a correspondência é o critério irrefutável da aceitabilidade, que tê-lo faz com que os outros (pragmatista e coerentista são exemplos) se tornem prescindíveis. Esse enfoque não nega que a coerência narrativa de um enunciado e dos relatos, por exemplo, pode ser em alguma medida significativa no contexto judicial, funcionando como um critério complementar com a função de eleger entre diferentes reconstruções dos fatos.⁵⁶ Mas não guardar correspondência alguma com a realidade é certamente um problema. De que nos ajudará na reflexão de qual linha de ação devemos tomar, um modelo de verdade que não se disponha a descrever minimamente a realidade? A instrumentalidade de uma teoria da verdade está na sua capacidade de diminuir os erros e aumentar os acertos daqueles que por ela pautam suas condutas. Reconhecer uma verdade que seja meramente subjetiva não está nesses planos.

É nesse sentido que se defende a verdade como correspondência nesse trabalho. No entanto, as dificuldades em se trabalhar com esse critério não são esquecidas. Justamente em razão das múltiplas formas por meio das quais a realidade pode ser apreendida, isto é, em função dos múltiplos recortes – um

⁵⁵ GUIBOURG, Ricardo. *A la construcción del pensamiento: decisiones metodológicas*. p. 65: “Nótese que no es lo mismo aceptación y aceptabilidad. La aceptación de una proposición es un hecho psicológico individual. Cuando decimos, en cambio, que una proposición es aceptable, no confirmamos que nosotros la aceptamos (aunque, por cierto, damos eso por sentado). Queremos decir que esa proposición tiene ciertas condiciones que la convierten en buena candidata para ser aceptada por otros cualesquiera y no sólo por nosotros”.

⁵⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 29: “Lo que un enfoque como éste (de la correspondencia) niega es que la coherencia narrativa de los relatos judiciales tenga que ser considerada como la única dimensión pertinente en la que se puede concebir la verdad judicial.”

mesmo evento pode ser narrado de formas variadas dada a diversidade das pessoas que o presenciaram ou dele fizeram parte – é que o processo em sua fase de produção probatória deve trabalhar com o máximo de evidências possível – resguardadas eventuais limitações prescritas pelas regras sobre a prova que buscam efetivar outros valores, para além da preocupação cognitiva, também caros ao processo: a crença precisar ser creditada como verdadeira, isto é, conter pretensão de aceitabilidade, de modo que possa conceder parâmetro para ação do sujeito cognitivo. No contexto processual, isso significa que a decisão judicial deverá estar fundamentada num conjunto de evidências que confirme em alto grau sua aceitabilidade, ou seja, aceitação não apenas do julgador para com o raciocínio que ele mesmo empreendeu, mas, outrossim, com vistas à aceitação por *qualquer* jurisdicionado que lesse o conteúdo da sentença ou acórdão.

Precisamente em razão da impossibilidade de uma verdade absoluta, reconhecida por um realismo que reflete sobre pretensões muito altas feitas por alguns de seus partidários, é que se vê a necessidade de se argumentar a respeito das conclusões extraídas do exame de um *thema probandum*. A argumentação se faz necessária na medida em que o realismo que aqui se defende assume a natureza do raciocínio empreendido pelo julgador. Longe de poder empregar um silogismo perfeito que lhe garanta uma conclusão necessariamente única, o realismo crítico sabe-se indutivo e cioso de defender a racionalidade das premissas construídas.

“Em suma, poder-se-ia dizer que, nas idéias mais reflexivas da atualidade, percebe-se uma tendência a conceber a apreciação dos fatos como a eleição da hipótese racionalmente mais plausível entre as distintas reconstruções possíveis dos fatos da causa; em consequência, a verdade dos fatos nunca é absoluta, mas vem dada pela hipótese mais provável, ou sustentada pelos maiores elementos de confirmação.”⁵⁷

Sobre isso, mais será dito em itens posteriores; importa aqui expressar as preocupações cognitivas que não se contraditam com uma teoria crítica da verdade como correspondência.

“Nunca podemos ter certeza de que um enunciado empírico é verdadeiro. Por isso o critério de aceitabilidade não pode ser substantivo, mas procedimental. Um enunciado será aceitado como verdadeiro se tem suficientes elementos de juízo a seu favor ou, mais estritamente, se está suficientemente

⁵⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 45. (T.L.)

corroborado por elementos do juízo existentes no expediente judicial. Esta, é, pois, uma noção epistêmica e objetiva da prova. E é o melhor que podemos fazer para maximizar as probabilidades de correspondência entre o que se declara provado e o que verdadeiramente ocorreu no mundo.”⁵⁸

A seguir, uma ida aos traços constitutivos do contexto processual probatório.

2.4. O contexto processual probatório

Em itens anteriores, foi mencionado o argumento segundo o qual, em razão da incerteza e do caráter normativo próprio do contexto processual, não seria adequado lhe predicar uma autêntica preocupação cognitiva. Haveria mesmo uma impertinência do enfoque epistemológico. Daí as diversas distinções lançadas com o fito de reduzir as pretensões do processo, então descompromissado a averiguar a verdade dos fatos e mais bem interessado na mera fixação formal dos fatos, esta sim, indispensável para a primordial tarefa do processo, qual seria, a pacificação dos conflitos. Uma função prática desconectada de qualquer inquietação epistemológica.

2.4.1. Objetivos institucionais do processo

Respondendo a tal sorte de opinião, alguns estudiosos – teóricos e processualistas – ⁵⁹ dão ênfase à estrutura *condicional* das regras jurídicas, da qual se extrai uma importância igualmente estrutural à averiguação da verdade: para que os sistemas jurídicos funcionem, para que as prescrições normativas continuem a ser um bom motivo para direcionar a conduta dos agentes no interior de um determinado ordenamento jurídico, imperiosa a determinação correta dos fatos. Se, pelo contrário, as conseqüências normativas não sejam aplicadas pelo julgador aos agentes que lhes fizeram merecer, ou que sejam aplicadas equivocadamente, o direito deixa de cumprir sua mencionada função prática.

⁵⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 20. (T.L.)

⁵⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 67; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. pp. 30-31.

Sendo assim, a verdade se afirma como um dos objetivos institucionais do processo. Mas esse é apenas um deles.⁶⁰

Marina Gascón Abellán sugere uma classificação desses objetivos processuais, chamando-os de *valores*:

“Com efeito, diferentemente do contexto científico, histórico ou detetivesco, onde a atividade de averiguação da verdade pode reputar-se sem grave esforço como ‘livre’, a fixação judicial dos fatos tem que perseguir seu objetivo – a formulação de proposições verdadeiras – tendo em conta, ao mesmo tempo, a necessidade de preservar outros valores. Estes valores são fundamentalmente de dois tipos. De um lado, um valor que poderíamos chamar de prático, posto que expressa uma característica básica do processo judicial: a finalidade prática, e não teórica, que o anima. De outro lado, uma série de valores que poderíamos chamar, num sentido amplo, ideológicos.”⁶¹

A averiguação da verdade dos fatos não é o objetivo imediato – é condição, como já se disse aqui– e que convive e viabiliza o objetivo *prático* de resolver conflitos. Há, também, os chamados objetivos *ideológicos*, isto é, que buscam a observância de opções axiais também caras a determinado ordenamento jurídico. O garantismo penal é citado como exemplo pela autora, o qual prescreve que, em todo caso, sejam preservados a liberdade e dignidade das pessoas.⁶²

Na proteção desses objetivos ideológicos, o processo passa mesmo a fazer uso de *garantias não e contra-epistemológicas*. Um exemplo de garantia *não-epistemológica* é a limitação temporal. Diferente do historiador ou cientista, que podem tardar o tempo necessário – ressalvados eventuais conflitos com suas agências financiadoras –, dado ser o objetivo mediato o de conhecer, o juiz precisa dizer o direito em tempo razoável: desde as normas de presunção, passando pela quantidade de recursos previamente tipificados para cada ocasião, chegando ao

⁶⁰ Michele Taruffo aborda, no livro *La prueba de los hechos*, tese segundo a verdade não estaria entre os objetivos de um processo voltado à resolução de conflitos, em que se dá grande peso à autonomia das partes: desde que o processo é concebido para resolver os interesses das partes em questão, a busca da verdade pode muito bem atrapalhar e mostrar-se inconveniente. No entanto, como bem assevera Taruffo, a busca da verdade dos fatos não é *per se* contraditória com um processo de resolução de conflito: desde que não haja disposição para um processo arbitrário, a determinação correta dos fatos pode configurar-se como critério razoável de decisão acerca dos interesses envolvidos. pp. 65 e ss.

⁶¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 119. O adjetivo ‘livre’, relacionado aos contextos histórico e detetivesco na citação, é ele mesmo objeto de nota da autora (nº 210), que esclarece que essa liberdade nunca é absoluta, há regras também para a atividade dos historiadores e detetives. Ela quer dizer que nesses contextos, goza-se de mais liberdade, ou menos limitações, do que no contexto jurídico. (T.L.)

⁶² GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 120.

fenômeno da coisa julgada, o processo tem um compromisso com o fim do conflito. A instabilidade da não-resposta ou da resposta demorada é um desvalor que o processo também quer evitar. Ainda assim, evidente que, ao limitar o tempo que em a decisão deve ser prolatada, tais regras em nada contribuem para alcançar a certeza dos fatos, sobretudo se se trata de casos em que as diferentes teses fácticas parecem igualmente plausíveis.⁶³

Já como exemplo de garantia *contra-epistemológica*, figura a proibição da utilização de provas ilícitas. Por prova ilícita entende-se toda aquela conseguida mediante o desrespeito de garantias constitucionais (artigo 5º, inciso LVI, CRFB de 1988),⁶⁴ como a inviolabilidade do domicílio (inc. XI), o segredo de correspondência (inc. XII), o direito à honra (inc. X), à integridade física (inc. III) etc. Sendo assim, sempre que a vantagem cognitiva tiver sido auferida mediante a violação de escolhas valorativas já implementadas pelo ordenamento jurídico, ele tende a resguardá-las em detrimento do ganho epistemológico.

“Estamos ante uma garantia (contraepistemológica) de liberdade, e em nenhum caso ante uma garantia epistemológica ou de verdade. É mais, a prova ilicitamente obtida traz sempre o dilema de ter de optar entre a averiguação da verdade e uma garantia de liberdade, e, desde logo, a falta de estima que lhe recai (ou proibição) supõe a proteção da liberdade em detrimento da averiguação sem restrições da verdade: a verdade não pode ser investigada a qualquer preço.”⁶⁵

⁶³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 127.

⁶⁴ No ordenamento jurídico brasileiro, a prova ilícita tem sua proibição tipificada, mas poderia mesmo ser deduzida de outras regras não-específicas. Nesse sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 133; CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. pp. 64-65. Quanto à proibição da prova ilícita o autor não deixa de asseverar que há ocasiões em que o direito brasileiro tempera a regra, por meio de um “mecanismo de abertura”, configurado pelo que se convencionou como “Princípio da proporcionalidade” (pp.72-76), que confere aos juízes a possibilidade de ponderar acerca dos valores constitucionais postos em conflito. Sendo assim, a produção de uma prova originariamente ilícita precisa de uma autorização judicial, em regra prévia, e excepcionalmente *a posteriori*. Eduardo Cambi, todavia, salienta a presença de riscos na aplicação desse princípio, já que se trata de um parâmetro vago.

⁶⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 132-133. (T.L.)

Ou seja, a verdade é um dos propósitos do processo, não o único.⁶⁶ A ela, fazem companhia a resolução de conflitos, a razoável duração do processo, o respeito a direitos fundamentais, razão pela qual, imprimem-se exceções à preocupação epistemológica. No entanto, a presença dessas regras limitadoras institucionais que entorpecem em certa medida a averiguação da verdade não invalidam o modelo cognitivista⁶⁷ sobre o qual se projetam: o objetivo da atividade probatória segue sendo o da fixação dos fatos tais quais sucederam, mesmo que tenha de se conjugar com propósitos ideológicos.⁶⁸

2.4.2. Fatos irrepetíveis

Uma afirmação bastante comum é de que a prova recai sobre fatos *passados*, isto é, deve determinar que um fato *f* teve ocorrência no momento histórico *m*. Assim, passa-se a saber que João matou Pedro, que o prédio caiu em razão dos cálculos errôneos do engenheiro, que a cirurgia negligente foi a causadora da perda de movimentos na perna de Maria.

No entanto, deve-se prestar atenção nas ocasiões em que o juiz se debruça na ocorrência de fatos *presentes* ou *futuros*. É o caso de uma inspeção judicial em razão das rachaduras que podem ser um indício de que a construção do prédio deixou a desejar. Ou à visita a uma família substituta, para averiguar se tudo vai ao melhor interesse da criança. Como exemplo de fatos futuros está a previsão de lucros cessantes, ou de parcelas que, assim como a que deu origem à lide não sendo paga, também não sofrerão adimplemento; em casos como esses, e

⁶⁶ Também nesse sentido, GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. p. 284: “I have called the veritistic criterion a central or fundamental criterion for the evaluation of the adjudication systems. I do not say, however, that the truth is the *only* relevant value. Other values, include speed, cost and nonviolation of independent legal rights of the role-players (parties, witnesses, jurors and so forth).” E ainda, p. 285: “It is enough for my purposes to show, (...) that truth is primary or central value in the legal adjudication. Any adjudication system that fails badly on the veritistic dimension has a strong count against it. This suffices to get the program of social epistemology through the door. It shows that social epistemology has important work to do in this territory, even if it does not get the final word on the subject. Any ‘all things considered’ choice among adjudication systems involve more than veritistic considerations. But veritistic considerations do have pride of place, and they are ones which I shall concentrate.”

⁶⁷ O conceito de modelo cognitivista está em GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. pp.51-52: “modelo según el cual los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido y falsos en caso contrario. En otras palabras, la fijación de los hechos no puede ser, por ejemplo, consecuencia del puro decisionismo o constructivismo, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye existencia independiente”.

⁶⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 134.

buscando efetividade na prestação jurisdicional, pode o juiz tentar prever os fatos futuros que também poderiam fazer com que o Judiciário fosse provocado para resolver conflitos, e desde logo, tentar resolvê-los. Desse modo, mais preciso do que qualificar como fatos pretéritos aqueles que serão objeto de prova é enxergá-los todos, sejam pretéritos, presentes ou futuros, como fatos a que o julgador não presenciou e, no entanto, são *irrepetíveis*.⁶⁹

Contribuindo ao esclarecimento, pode-se trazer a distinção entre ciências *nomotéticas* e ciências *ideográficas*.

“Ciências nomotéticas são aquelas cuja finalidade é de estabelecer leis gerais repetíveis indefinidamente, ciências ideográficas aquelas cuja finalidade é dar conta de acontecimentos únicos e irrepetíveis.”⁷⁰

Daí a atenção para as semelhanças entre o labor do historiador e o do juiz, em contraposição ao do científico. No caso dos primeiros, seu objeto é “normalmente” os fatos pretéritos e irrepetíveis, no ambiente científico, são fatos repetíveis ao infinito. Sendo assim, mais uma vez, se os primeiros fazem largo uso de documentos, relatos, testemunhos e perícias, o segundo tem como principal meio de prova algo incomum para os juristas, que é o experimento: é impossível repetir aquele fato único, individual, que aconteceu no passado e que deu origem à lide. Há uma tentativa de reconstrução o mais próxima possível, e isso é tudo de melhor que o processo pode oferecer.⁷¹

Nessa última afirmação do parágrafo anterior admite-se a imprecisão de algo dito desde o início do presente trabalho: a prova traz os fatos para dentro do processo. Isso dá ensejo a uma interpretação, apesar de equivocada, bastante comum, de que o juiz, analisando a prova, tem conhecimento direto dos fatos. O equívoco se localiza justamente nessa alegação de falta de mediação. Ora, sendo os fatos irrepetíveis, traço de que se acaba de dar tratamento, como seria possível ao julgador um conhecimento direto dos mesmos? A razão do equívoco está na identidade vista entre *fatos* e *enunciados sobre fatos*.⁷² Os enunciados são

⁶⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 35.

⁷⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 116. (T.L.)

⁷¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 117.

⁷² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 114: “(...) En el proceso, ‘el hecho’ es en realidad lo que se dice acerca del hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado.”

produzidos pelas partes, estas sempre interessadas numa decisão favorável a seus próprios interesses, e, por esse motivo, guardam apenas a pretensão de se tratarem de enunciados verdadeiros sobre fatos.⁷³ O enunciado que tem a função de descrever o ocorrido pode não ser apenas uma descrição e, para isso, o juiz deve voltar sua atenção.

“(…) Não todo enunciado que versa sobre um fato pretende descrevê-lo como um acontecimento que ocorreu no mundo dos fenômenos empíricos: não por casualidade, surgem problemas relevantes quando, por exemplo, é necessário distinguir entre descrição e valoração de um fato, para que então possa se estabelecer, qual é, propriamente o objeto da prova desse fato.”⁷⁴

Ou ainda:

“(…) São muitas as formas pelas quais um fato é enunciado por um sujeito ou outro e nem todas elas são descrições em sentido estrito.”⁷⁵

Mais: ainda que haja a autêntica intenção de meramente descrever, sabe-se que um mesmo fato empírico pode sofrer diversos recortes e interpretações se observado por pessoas distintas: os relatos podem ser precisos, analíticos, genéricos, vagos. Ou seja, não se trata de conseguir uma certeza absoluta, mas sim de construir uma hipótese provável do que tenha acontecido. A seguir, mais um traço presente no contexto jurídico probatório.

2.4.3. Raciocínio indutivo

⁷³ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 29: “El enunciado sobre los hechos formulado por las partes, hasta la emisión de la decisión sobre el caso, tiene el status epistémico típico de la ‘incertidumbre’. En realidad, ese enunciado no es otra cosa que la formulación de una hipótesis acerca de un hecho: la parte que formula la hipótesis afirma que ésta es verdadera; pero que sea verdadera o falsa es una cuestión que sólo será respondida por el juzgador en su decisión final”. E ainda FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 39: “La intervención de las partes en este punto tiene particular importancia, puesto que hace posible que defiendan sus propios intereses, que *no necesariamente tienen que coincidir con el descubrimiento de la verdad*. Esa defensa puede suponer perfectamente la manipulación del material probatorio: sea directamente, a través de la presentación de medios de prueba adulterados (por ejemplo, una declaración testifical falsa) o mediante la omisión de presentar medios de prueba que pudieran resultar perjudiciales para los intereses subjetivos de la parte, aunque pudieran ser útiles para la determinación de la verdad sobre lo ocurrido.” (itálica nossa)

⁷⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 115.

⁷⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 114. A definição de descrição (sentido estrito), p. 118: “(…) La descripción es típicamente la enunciación de un hecho realizada en términos que implican la referencia a algún criterio de verdad (habitualmente la correspondencia con algún evento del mundo real)”, portanto, pode ser verdadeira ou falsa, já um enunciado valorativo pode ser fundado ou infundado, mas não verdadeiro ou falso.

*Dos delitos e das penas*⁷⁶ expressa uma tentativa importante de refrear os abusos praticados pelos tribunais franceses, os quais julgavam de acordo com os interesses particulares de seu corpo de magistrados em detrimento do interesse público e da vontade soberana do povo. Foi uma aposta no Estado Legistativo, em que caberia ao julgador, a partir de então, apenas dizer o que a lei já determinou de antemão. É a famosa prescrição de que ao juiz cabe apenas ser a boca da lei.

Foi nesse ambiente de desconfiança que ganhou prestígio a defesa de um procedimento intelectual específico, qual seja; o da subsunção. Para combater o juiz-déspota, cria-se o juiz-autômato, que faria uso de um processo de raciocínio derivado apenas da lei, com a eliminação de toda prática discricionária de julgamento.⁷⁷

“Em cada delito, o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei: a consequência, a liberdade ou a pena.”⁷⁸

No entanto, embora a intenção fosse a de fornecer proteção aos jurisdicionados face à instabilidade errante das interpretações as mais variadas,⁷⁹ o que se fez foi camuflar o raciocínio do julgador. O efeito foi o oposto na medida em que lhe foi concedida a capacidade de extrair conclusões necessárias das premissas de um caso, como se pudesse estabelecer verdades incontestáveis. Em realidade, maquiou-se algo que o julgador continuou a ter de realizar, que foi o raciocínio indutivo.

Se da veracidade das premissas geral e particular necessariamente advém uma conclusão verdadeira no uso da *dedução*, por outro lado, quando se fala em *indução*, ainda que se conte com premissas verdadeiras, não necessariamente a conclusão também o será. Sua natureza – a da conclusão – é de apenas provável, é

⁷⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2ª edição. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2002.

⁷⁷ SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*: primeiras lições. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2007. pp. 627-628.

⁷⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. p. 46.

⁷⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. p. 47: “Vemos, pois, a sorte de um cidadão mudar muitas vezes em sua passagem por diversos tribunais, e a vida dos miseráveis ser a vítima dos falsos raciocínios ou das variações ocasionais do humor de um juiz, o qual toma como interpretação legítima o vago resultado de toda uma série de noções confusas que se agitam em sua mente. Vemos, pois, os mesmos delitos punidos de forma diferente em épocas diferentes pelo mesmo tribunal, por ele ter consultado não a voz imutável e constante da lei, mas a instabilidade errante das interpretações. E ainda SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*. p. 628.

como um “pulo”, a conclusão está além do que se pode extrair diretamente das premissas, um “salto hacia adelante”.⁸⁰

Em busca de algum esclarecimento, exemplos de ambos os tipos de raciocínios:

dedução	indução
Premissa 1: Todo ser humano é mortal.	Premissa: O campo está molhado.
Premissa 2: Sócrates é humano.	
Conclusão: Sócrates é mortal	Conclusão: Pela madrugada, choveu.

Através do exame desses exemplos, é possível enxergar o “pulo” necessário à conclusão indutiva, mas prescindível à dedução. Entretanto, não basta que se queira que o raciocínio do julgador de fato conceda certezas absolutas para que isso aconteça – assim como não bastou que leis, de influência de pensadores do porte de Beccaria, prescrevessem o uso estrito de silogismos.

O contexto de aplicação do direito se assemelha mais à incerteza da conclusão indutiva, segundo a qual, conforme o exemplo, “choveu pela madrugada”. Todavia, sabe-se que o fato de que “o campo esteja molhado” é insuficiente para fundamentar a conclusão da “chuva pela madrugada”. Pode ser que alguém tenha molhado o campo pela noite por ocasião de uma insônia inquietante, por exemplo. É mais *provável* que tenha chovido, mas disso não decorre uma certeza absoluta de que *tenha* chovido. Daí a importância da valoração das provas no ambiente do processo, porquanto ser sua função dar mais consistência ao raciocínio indutivo⁸¹, isto é, provável, produzido pelo julgador.

O silogismo de Beccaria só tem pertinência na última fase da decisão, quando as premissas, fática e jurídica, já foram acertadas. A indução, por outro lado, age na construção mesma das premissas, e a preocupação epistemológica se volta à qualidade da premissa fática. Se se retorna ao exemplo, vê-se que a conclusão ainda precisa de mais alguma confirmação no mesmo sentido; seria o caso de que: a) a meteorologia tivesse previsto chuva para os próximos dias na

⁸⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2007. p.203.

⁸¹ Perfecto Andrés Ibáñez fala de “fecundidade da hipótese”, o que requer que seja ela, a hipótese, confirmada por mais de um fato. E ainda, a hipótese deve ser resistente a contraprovas. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. pp. 202-203.

data antecedente, ou b) que os sons de trovões houvessem tirado o sono de quem antes dormia tranquilo pela noite adentro.⁸² Esse é um tipo de raciocínio que se empreende a todo o tempo, e, a despeito do fato de não ser capaz de fornecer certezas absolutas como decorrência direta de suas premissas, sim, guarda utilidade.⁸³ Há momentos, como no contexto probatório, que é melhor indução do que nada; ainda que não forneça seguramente conhecimento – haja vista a definição que desde o início do trabalho se adotou: crença verdadeira justificada –, ao menos concede justificção para as ações que serão implementadas.

Ainda se voltará a tratar dos processos de raciocínio empreendidos pelo julgador. Por ora, é suficiente assinalar sua característica não-dedutiva, provável e que, por isso mesmo, precisa ser altamente confirmada pelas provas produzidas.⁸⁴ Através do reconhecimento de sua natureza provável, portanto fálivel, abrem-se as portas a um “controle de qualidade”⁸⁵ dos argumentos utilizados pelo julgador:

“(…) Por um lado lhe obriga (ao julgador) a ordenar o material probatório já contrastado, verificando a forma como isso se deu, e, por outro, permite também apreciar com mais facilidade até que ponto uma ou outra conclusão que extraiu explica e em que medida, ou não explica, o caso concreto.”⁸⁶

⁸² Pritchard ao tratar da indução se utiliza de exemplo diverso, sendo a premissa “todas as emas observadas não podem voar” e a conclusão “nenhuma ema voa”. O autor ressalta a inaceitabilidade da conclusão, apressada, mas muda o exemplo ao inserir uma *chave interpretativa*, segundo a qual é preciso se salientar que “muitas emas têm sido observadas ,durante muitos anos, em diversos lugares diferentes e nenhuma foi capaz de voar”. Ou seja, uma amostra suficientemente grande dá aceitabilidade à conclusão (antes apressada). PRITCHARD, Duncan. *What is this thing called knowledge?* p. 106. No campo do direito, pode-se transformar o conceito de amostra suficientemente larga em confirmação por meio de provas suficientemente alta.

⁸³ PRITCHARD, Duncan. *What is this thing called knowledge?* p. 107: “(…) Good inductive arguments, while they do not have premises which entail the conclusion, do have premises which make that conclusion likely. They are thus very useful, albeit fallible, ways of forming true beliefs and thereby extending one’s justified belief (and hopefully, knowledge too)”.

⁸⁴ Aqui, portanto, uma defesa da concepção “indutivista” da prova. Sobre concepções indutivistas e dedutivistas, SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*. pp. 646-647: “(…) Embora ambas as formulações tenham em mira uma enunciação verdadeira, apenas a concepção dedutivista tem a pretensão de que suas premissas gerem fundamento “concludente” para sua “conclusão”. Ou seja, que as premissas seriam suficientes ou bastantes para se afirmar que o raciocínio PE correto. Por sua vez, a concepção “indutivista” não tem a pretensão de apresentar premissas que sirvam de apoio para a verdade da conclusão, mas sim um “apoio”, tendo em consideração que suas afirmações são apenas plausíveis, isto é, fortes ou fracas a respeito do que se enuncia”.

⁸⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*. p. 204.

⁸⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*. p. 204. (T.L.)

2.4.4. As partes e o juiz

Um outro traço marcante do contexto processual é constituído pelos sujeitos que o integram e por suas atribuições: originalmente, partes e juiz. Já suas atribuições variam em razão da diversidade de sistemas jurídicos a que podem pertencer. Em outras palavras, há modelos processuais que esperam mais dos juízes, outros menos; assim como há aqueles que dão mais importância para a participação das partes no correr da lide, outros menos. Essa variação está vinculada ao que se entende como objetivo do processo.⁸⁷

No intento de contribuir, Mirjan Damaška propõe a análise de alguns *tipos ideais*,⁸⁸ isto é, de modelos processuais inexistentes tal como narrados na realidade, mas que sendo conhecidos podem prestar auxílio ao conhecimento mais apurado dos modelos, agora sim, reais que nos cercam.⁸⁹ Desse modo, poder-se-ia pensar em um sistema processual que tem como seu norte a pura e simples *resolução de conflitos* em oposição a um processo que tem a prerrogativa única de *implementação de políticas públicas*.

Esse processo de resolução de conflitos guarda uma ligação com um Estado reativo (liberal), no qual se defende consistentemente a autonomia das partes para gerenciar seus múltiplos planos de vida, não há uma imposição do que seja o melhor. Desse modo, a sociedade civil é bastante desenvolvida e faz largo uso de instrumentos coordenativos dos interesses diversificados, como os contratos.⁹⁰ Cabe também à sociedade civil a tarefa de tentar resolver os conflitos que nela se formam; se há possibilidade de acordo e de mediação, é na sociedade civil que isso vai acontecer, mediante a ação de grupos organizados e associações voluntárias. Logo, quando uma lide ganha o ambiente do processo, já há uma

⁸⁷ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 88.

⁸⁸ Sobre as vantagens do uso de tipos ideais. DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 242: “Of course, one should not expect more from this type of analysis than it can deliver: that a building may be classified as an exemplar of a particular style, or a mixture thereof, tells us very little about the individuality of the building. But one must realize that explorations of individuality become possible only after one has first obtained conceptual instruments with which to see and discuss individuality in terms of generic notions. If my scheme contributes to the storehouse of concepts with which the variation of procedural form can be identified and analyzed, and if it suggests new and fruitful lines of inquiry, we can live with the scheme’s imperfections.”

⁸⁹ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 97.

⁹⁰ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 77.

disputa. Essa a atmosfera processual, de um conflito que sem a palavra final do julgador, restaria insolúvel.⁹¹

“Onde o processo judicial envolve uma disputa de direitos, isso abarca dois lados – grupos ou indivíduos – fazendo afirmações contrárias com disposições incompatíveis. Que forma de resolução de controvérsia deve ser escolhida, de conciliação ou de confronto? De novo, a resposta deve seguir as características de um Estado reativo. Sua idéia de auto-governo faz da sociedade civil o lugar em que primeiro deve-se tentar resolver o conflito: se os opositores pertencem à mesma associação ou fazem parte da mesma instituição, os desacordos podem ser mais bem resolvidos internamente. Nesse momento, a resolução pode ser entendida como envolvendo um esforço por posições intermediárias, reconciliação e mediação: apelo aos objetivos comuns e exortação ao sacrifício mútuo para a preservação das relações valorosas. Recorrer a um tribunal é visto como último recurso, para ser empregado na ocasião de a alternativa conciliatória privada, ‘menos drástica’, haver falhado.”⁹²

Nesse sentido, a tarefa do juiz é dizer qual o lado certo. As partes, com autonomia valorizada desde outros contextos da experiência, também no processo têm garantido um papel de peso – “the master of his lawsuit”;⁹³ cabe a elas a condução do processo de acordo com seus interesses. Isso significa dizer que, ainda que uma das partes dê provas de que não sabe qual postura garante melhor seus interesses, não cabe ao juiz qualquer atitude corretiva. A idéia de autonomia ganha contornos de uma igualdade formal.⁹⁴

Essas diretivas, transpostas ao momento probatório fazem do juiz o receptor inerte das alegações feitas por ambos os lados, dos fatos a serem provados por eles enumerados, dos meios de prova por eles indicados. Ainda que o juiz perceba que um fato importante à lide não foi trazido, ou que um meio de prova lhe pareça mais apropriado para corroborar a hipótese elencada, nada pode fazer a respeito, sob pena de ultrapassar suas competências e não estar mais em posição hábil para julgar com imparcialidade. Mais uma vez, é autonomia privada que se tenta preservar: se não é do interesse da parte trazer certos fatos para a discussão processual, cabe ao juiz resignar-se com o *thema probandum* pretendido pela parte. O modelo de resolução de conflito pode se colocar em franca oposição à busca da determinação correta dos fatos. Caso a verdade não

⁹¹ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 160: “residue of hard cases that cannot be settled out of court”.

⁹² DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority* . p. 79. (T.L.)

⁹³ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority* . p. 104.

⁹⁴ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority* . pp. 106-107.

pareça atrativa à resolução de conflitos, tanto mais que se afaste da arena processual.⁹⁵

Resumindo, falar de um modelo de processo de resolução de conflitos é falar de um protagonismo das partes e de seus interesses, em contraposição a uma singela participação do juiz, que deve escolher, frente às hipóteses alternativas – e sem nelas interferir – qual a certa. Faz sentido uma analogia entre a resolução de conflitos e o restaurante cujo *chef* não aceita fazer modificações em suas criações em razão do gosto de seus clientes: a “alma” do prato se perde ao se trocar um ingrediente por outro. No processo de resolução do conflitos, o juiz, ou fica com a versão de uma parte, ou com a versão da outra. Não lhe é permitido misturar as duas, ou que ele mesmo, as veja sob um outro prisma, acrescentando-lhe alguns traços. No entanto, se é possível que se vá a outros restaurantes com outras opções, ou quiçá, outro *chef*, ao juiz não há a alternativa de optar por outras partes. Reflete-se portanto: a situação do juiz desse modelo é mais complicada do que de pessoas que, numa tarde de domingo, pensam em que restaurante devem conseguir um bom almoço.

“De acordo com o modelo de resolução de conflitos, não há lugar para a requisição de procedimentos que esponham o responsável pela decisão a material que não foi previamente trazido pela interação inter-partes e refinado pela discussão. Tratando-se de informações substantivas, ele só pode receber as que lhe forem levadas pelos litigantes e filtradas pelo debate.”⁹⁶

Contrapõe-se à resolução de conflitos o modelo processual segundo o qual o objetivo do processo é a *implementação de políticas públicas*. Se a resolução de conflitos é o fim do processo relacionado a um Estado reativo (liberal), a implementação de políticas, por sua vez, deita raízes nos Estados ativos (intervencionistas), nos quais a maior carga axiológica é depositada nos interesses estatais. É o Estado que propaga a idéia de Bem e de Bom aos seus cidadãos e, por muitas vezes, tem a prerrogativa de defendê-los deles mesmos.⁹⁷

Dado que a sociedade não sabe o que é melhor para si, não há razão para grupos organizados. Projetos que surgem espontaneamente em meio às relações

⁹⁵ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 123: “(...) Individual autonomy is the highest priority, and as a result, it places significant limits on the quest for the truth.”

⁹⁶ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 136.

⁹⁷ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. pp. 80-81.

sociais são vistos como suspeitos – representantes de interesses particulares sob o rótulo de pretensamente representar todo o grupo. No lugar de associações voluntárias, agências estatais. Desse modo, o processo não guarda nenhuma relação com a solução de conflitos entre interesses particulares, “a disputa interpessoal é antes um pretexto para achar a melhor solução para um problema social”.⁹⁸

No contexto probatório, cabe à parte auxiliar ao juiz na busca da melhor solução. As partes indicam fatos relevantes e produzem provas, mas a título de prestar informações ao juízo⁹⁹, cabendo a ele a atribuição de desenvolver e implementar a melhor política em resposta ao problema que o caso apresenta. No modelo que ora se analisa, há muito menos espaço para a atuação das partes, já que, para que a meta de implementação de políticas seja cumprida pelo processo, será necessária tanto uma correta investigação dos fatos passados, quanto de uma eficiente previsão dos desenvolvimentos futuros concernentes ao problema que se quer resolver. Ou seja, a determinação correta dos fatos passa a ser uma preocupação que esse modelo processual precisa resolver.¹⁰⁰

Ganha relevo o esforço cognitivo que o juiz terá de empreender. A parte produzirá suas provas, mas porque sabe que o resultado da lide tem de primordialmente responder a interesses públicos e não os seus, não tem muitas razões para facilitar o descobrimento da verdade. Ademais, é requerido um ponto de vista independente dos particulares já trazidos pelas partes para que a implementação de políticas se aproxime de seu ponto ótimo. Ou seja, há a participação das partes na construção de suas versões, mas o juiz não se encontra a elas adstrito.

“A rejeição do controle das partes na produção probatória não implica na exclusão da participação delas na coleta de informação e análise da evidência. Quando oficiais auxiliares das atividades investigativas estão ausentes, o papel das partes nesse contexto pode até ser grande e proeminente. No entanto, os oficiais responsáveis pelo procedimento se recusarão a confiar

⁹⁸ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 86.

⁹⁹ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 164.

¹⁰⁰ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 160.

exclusivamente, ou mesmo principalmente, mas informações trazidas por pessoas de cujos interesses poderão ser afetados por uma decisão futura.”¹⁰¹

Concluída a apresentação dos tipos ideais *resolução de conflitos e implementação de políticas*, não é preciso dizer que inexistem tal qual foram descritos. Nas democracias atuais, encontram-se Estados tradicionalmente liberais que também se utilizam do processo como veículo implementador de políticas. É o caso das ações que correm em âmbito civil nos Estados Unidos, mas que são voltadas ao interesse público, nas quais a parte autora demanda contra uma escola, um hospital, uma prisão ou uma agência governamental buscando reformas estruturais de uma instituição. Há a clara matriz de resolução de conflitos, mas que teve de absorver a necessidade por implementação de políticas.¹⁰² O reverso também é possível, ao se pensar nos países da Europa continental, tradicionalmente voltada à implementação de políticas por meio do processo, que vêm aceitando o modelo de resolução de conflitos nas suas esferas penais.¹⁰³

Para além disso, por meio do estudo dos modelos trazidos, é possível perceber que há uma relação direta entre o controle dos procedimentos probatórios pelas partes e o prejuízo da determinação da verdade dos fatos. Independente de se o processo deve ou não implementar políticas – essa não é uma questão a que esse trabalho visa responder – sendo a verdade um dos objetivos processuais aqui defendidos, isso se reflete numa defesa de mais poderes probatórios para o julgador. E com isso, não se quer diminuir a participação da partes no auxílio da tarefa cognitiva a que o juiz precisa realizar, mas não se pode compreender as limitações cognitivas impostas àquele que deve justificar adequadamente suas decisões. É um equívoco pensar que quanto mais se atribui ao juiz, menos irá sobrar às partes, como se a iniciativa instrutória fosse uma torta que o legislador divide entre as partes e o juiz, como se um pedaço maior para um necessariamente diminuísse o que o outro pode ganhar.¹⁰⁴

“(…) A experiência dos ordenamentos jurídicos europeus, e, em particular do ordenamento jurídico francês, mostra que é possível maximizar *ao*

¹⁰¹ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. pp. 161-162. (T.L.)

¹⁰² DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 237.

¹⁰³ DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 194.

¹⁰⁴ Sobre a “teoria da torta” TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. In: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons. 2008. p. 180.

mesmo tempo o direito à prova que corresponde às partes, a garantia do princípio do contraditório e a atribuição de amplos poderes de instrução ao juiz. Por outro lado, é evidente que quando o juiz exerce um de seus poderes de instrução não usurpa poder algum das partes, nem invade um território que esteja reservado para elas. Isso poderia ocorrer unicamente em um sistema em que as partes não gozassem de nenhuma garantia, mas – a despeito de que isso não ocorre em nenhum ordenamento processual evoluído – esta é uma questão relacionada diretamente à configuração dos direitos e garantias das partes, mais do que dos poderes do juiz.”¹⁰⁵

Ou seja, não se defende que *apenas* o juiz vá aos fatos, mas que *também* ele esteja autorizado a fazê-lo, de modo acessório e residual. Isto é, ainda se espera das partes que indiquem os fatos e enumerem os meios de prova que pretendem produzir na ocasião da instrução, mas caso o juiz se veja frente a uma omissão que lhe pareça importante para a decisão, então que possa tentar supri-la, sem que, com isso, tenha sua imparcialidade abalada.¹⁰⁶ Até porque, uma coisa é a produção da prova, outra coisa é valorá-la. No entanto, ainda que se pense na eventualidade de um juiz que se mostre equivocadamente inclinado às suas primeiras impressões, esse não é um problema que deva ser resolvido com a supressão de poderes instrutórios do juiz – até mesmo um juiz “passivo”, por exemplo os do modelo de *resolução de conflitos* de que se falou aqui, pode se aferrar excessivamente a uma versão dos fatos – , antes é preciso reconhecer que as alternativas são outras: *pleno cumprimento do contraditório* pelas partes e uma decisão sobre fatos *motivada completa e racionalmente*.¹⁰⁷

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele. *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*. p. 180. (T.L.)

¹⁰⁶ Enrico Thullio Liebman, importante processualista italiano e de muita influência no cenário processual brasileiro, chegou a escrever um artigo intitulado “A incompatibilidade psicológica entre investigação e decisão” no qual repudiava a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, uma vez que tenderia a valorar parcialmente as provas incorporadas de ofício por ele mesmo. Taruffo, além de afirmar como “duvidosa a admissibilidade dessas ingênuas noções psicológicas em que se baseiam tal argumento” (p. 181), ainda acentua a contradição em ver como imparcialidade inaceitável a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, mas não se achar criticável, com base no mesmo argumento, quando o juiz admite ou exclui uma prova proposta por uma das partes ou quando decide que não ouvirá uma testemunha” (p. 182). In TARUFFO, Michele. *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*.

¹⁰⁷ TARUFFO, Michele. *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*. p. 183: “(...) Los ordenamientos que han atribuido al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas han supuesto que tales poderes son atribuidos a jueces capaces de realizar de manera correcta y racional su función de estímulo, control y de iniciativa probatoria, sin que ello pusiera en peligro los valores fundamentales del proceso civil.”

3 Fato e prova

3.1 Fato objeto da prova

Nas mais diversas culturas jurídicas o fato é visto como a finalidade fundamental da prova.¹⁰⁸ Essa afirmação é feita no sentido de trazer alguns limites ao que pode se constituir como objeto de prova. Não se faz prova de direito, mas sim do fato em que determinado direito encontra seu fundamento.¹⁰⁹ Não se prova, por exemplo, o direito à indenização por danos extra-patrimoniais em si, mas o fato que torna devida a indenização, como a queda de um vaso de plantas direto do apartamento de Maria em Lucas, que passava pela calçada à caminho do trabalho: “Dê-me os fatos que eu te darei o direito”. Esse um primeiro sentido da assertiva segundo a qual a prova tem o fato como objeto. Provas se referem a fatos, e apenas indiretamente a direitos.¹¹⁰ O segundo sentido que se pode extrair dessa afirmação é atinente aos limites do conhecimento do julgador: os fatos provados constituem a única base na qual o juiz está autorizado a fundamentar sua decisão. Portanto, vê-se um julgador defeso de poder fazer uso de conhecimentos privados, conseguidos por outros modos que não os procedimentos previstos pelo processo. É isso o que traz a *controlabilidade* das decisões, tão cara para a

¹⁰⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 89.

¹⁰⁹ WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil v.1: Teoria Geral do processo e Processo de Conhecimento*. 10ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 453: “Devem se provar fatos, não o direito. Pela máxima *jura novit curia* (“o tribunal conhece os direitos”), tem-se que o direito alegado não é objeto de prova, mas apenas os fatos, ou seja, aquilo que ocorreu no mundo. Também se diz *da mihi factum, dabo tibi jus* (“dê-me os fatos, que lhe dou o direito”), para significar que basta à parte demonstrar que os fatos ocorreram para que o juiz aplique o direito correspondente.” E também TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas judiciales. Trad. Verónica Undugarra Valdés. In: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. pp. 194-195: “El principio general comúnmente reconocido es que el derecho no puede ser probado em el sentido propio y específico de la palabra (...). Entonces, sólo los hechos (es decir, enunciados relativos a hechos) son objeto de prueba. Las afirmaciones relativas a los aspectos jurídicos del caso son objeto de decisión, interpretación, argumentación e justificación, pero sobre todo – y finalmente – *pueden* ser probadas como verdaderas o falsas. La relevancia de los elementos de prueba, es decir, la condición básica para su admisibilidad, se establece por referencia a las aserciones fácticas relativas al hecho físico en cuestión, no por referencia a los argumentos jurídicos proporcionados para encuadrar jurídicamente el caso.”

¹¹⁰ Com isso, não se ignora a distinção entre fatos e enunciados sobre fatos. Sabe-se que as partes fazem alegações, por meio das quais afirmam a existência de fatos. Está-se, portanto, a falar, sobre alegações/enunciados falsos ou verdadeiros, e de fatos existentes ou inexistentes, nunca, nesse passo, de fatos falsos ou verdadeiros, alegações existentes ou inexistentes.

manutenção de Estados democráticos.¹¹¹ Desse modo, o princípio *iura novit curia* faz referência apenas ao conhecimento que o juiz deve possuir acerca da norma a ser aplicada, não respingando sobre os fatos;¹¹² estes devem ser conhecidos à medida que são internalizados pelo ambiente do processo.

3.2. Identificação do fato e o critério de *relevância jurídica*

No entanto, dizer que somente os fatos podem ser objeto de prova não esclarece muita coisa. A realidade é ilimitada e o processo não visa conhecer a todos os acontecimentos que a compõem. A preocupação cognitiva no contexto processual é instrumental, serve para resolver controvérsias jurídicas acerca da existência de direitos, isto é; não se pretende determinar um fato a menos que seja ele um pressuposto para a aplicação de normas num caso concreto.¹¹³ Por esse motivo, é difícil se falar em fato sem se falar em direito.

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

¹¹¹ Sobre a controlabilidade das decisões judiciais, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 1988. 2ª série. pp. 83-95. p. 91: “O pensamento jurídico de nossos dias propugna concepção mais ampla da *controlabilidade* das decisões judiciais, que não se adstringe ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo. Não é apenas o controle *endoprocessual* que se precisa assegurar: visa-se, ainda, e sobretudo, ‘a tornar possível um controle ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o modo como o juiz administra a justiça’; e ‘isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida seja no seu complexo, seja como opinião *quisquis de populo*. A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um privilégio dos diretamente interessados, mas estender-se de modo geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório.” No mesmo sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 292: “A regra de que as decisões judiciais têm de ser motivadas, em seu sentido mais profundo, expressa a exigência ampla de controlabilidade da atividade dos órgãos do Estado, inerente à idéia de Estado de Direito Democrático.” E ainda MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 256: “(...) a atuação do magistrado somente será legítima dentro dos parâmetros fixados pela verdade por ele reconstruída no processo.”

¹¹² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 90.

¹¹³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. pp. 90-91.

Ao se afirmar que o conhecimento dos fatos é importante para a resolução da controvérsia jurídica não se diz outra coisa senão que é a partir das coordenadas fornecidas pelo contexto específico da decisão judicial que a investigação tem seu início. Os fatos que se mostram importantes para a justificação da decisão judicial é que devem ser o objeto de prova. Sendo assim, ainda de acordo com o contexto decisional, viu-se na adoção do esquema silogístico um modo eficaz de se chegar aos fatos: aplica-se a premissa maior representada pela regra geral que prescreve a hipótese fática pensada pelo legislador à premissa menor, à sua vez, o caso concreto, e, caso em que se apresente positivamente uma equivalência entre eles, então a norma é aplicável ao caso concreto e já se sabe sobre que fato a prova deve recair.¹¹⁴ Essa a atuação do chamado critério de *relevância jurídica*. E é o silogismo que o proporciona.

No entanto, a utilidade do silogismo não vai além. Se com sua aplicação é possível identificar *que* fato deve ser provado em juízo, estabelecer os *meios* pelos quais os fatos devem ser provados, isso já é um outro problema. Uma coisa é identificar o objeto da instrução, outra é definir *como* esse objeto pode ser determinado. São problemas vinculados, pode-se dizer até mesmo que são complementares, porém *distintos*.¹¹⁵ Não seria tão fácil resolver o problema da determinação correta dos fatos.

“A referência à norma e à hipótese fática abstrata serve, como já se disse, para estabelecer que circunstâncias de fato são juridicamente relevantes no caso concreto e, portanto, para estabelecer quais fatos devem ser determinados para os efeitos da decisão. Essa referência serve pois, para estabelecer qual o objeto do juízo de fato, isto é, que fatos são os que constituem (= deveriam constituir) o objeto das provas a serem produzidas nesse processo. Essa é a finalidade específica da referência à norma aplicável ao caso, mas também o limite dessa referência, isto é, o ponto além do qual a norma aplicável já não determina o juízo de fato.”¹¹⁶

A determinação do fato juridicamente relevante está dentro da preparação das premissas da decisão, mas com ela não se confunde. A decisão pode ser revestida parcialmente de um caráter dedutivo desde que premissas adequadas já tenham sido estabelecidas, isto é, de interpretação normativa e determinação do

¹¹⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 98.

¹¹⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 103.

¹¹⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 103. (T.L.)

fato. Essa operação não se limita a achar uma correspondência entre fato e norma, mas a *constitui*: um dos sentidos resultantes da interpretação da regra jurídica qualifica um fato empírico como jurídico, que por isso, é relevante e será o fundamento da decisão caso seja provado em juízo.¹¹⁷

Que se fale então das dificuldades que podem atingir a determinação dos fatos anteriores à aplicação do silogismo prático. A indeterminação normativa é uma delas.¹¹⁸ Quando se afirma que o critério de identificação do fato relevante é jurídico, que é a regra que dita qual o fato deverá ser objeto de prova – uma vez que é ela a expressão do que o legislador pensou para ser cumprido por seus destinatários –, também se está a dizer que, caso o significado da regra jurídica não esteja claro, por vagueza, ambiguidade, prolixidade etc.,¹¹⁹ essa dúvida chega a deslizar sobre os fatos. A compreensão da norma é em larga medida dependente da compreensão da linguagem utilizada na comunicação.¹²⁰ Se a imprecisão linguística traz certo “baralhamento de idéias”,¹²¹ disso resulta também dificuldades relacionadas à identificação de que fato deveria ser objeto de prova. Mas se não há como eliminar completamente essa sorte de indeterminação,¹²² é possível tratá-la de modo a minimizar seus efeitos.¹²³

¹¹⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 99.

¹¹⁸ Não há um modo de se eliminar por completo o fenômeno da indeterminação normativa pelo simples fato de que as normas são feitas por homens, e não por deuses. Hart fala em duas desvantagens por que somos acometidos sempre que procuramos regular antecipadamente alguma esfera de conduta por meio de padrões gerais, ignorância do fato e ignorância da finalidade. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005. p. 141: “Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isso seria um mundo adequado a uma ‘jurisprudência mecânica’.”

¹¹⁹ Sobre defeitos na elaboração normativa, ver SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do departamento de direito da PUC-Rio. n. 18. 2001. pp.1-27. pp 17-ss.

¹²⁰ SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. p. 8.

¹²¹ SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. p. 8.

¹²² Aqui se faz referência à indeterminação indesejada pelo legislador, fruto de suas limitações com respeito à tarefa de prever os fatos futuros que podem recair sobre a incidência da norma em questão. Não se desconhece que há indeterminações queridas pelo legislador, isto é, por meio das quais ele delega ao julgador a tarefa de escolher como tratará da pertinência ou impertinência normativa na ocasião concreta. É o caso dos chamados conceitos jurídicos indeterminados.

¹²³ Uma forma de reduzir a indeterminação normativa se configura mediante o emprego de definições legislativas. SGARBI, Adrian. Definições legislativas. *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do departamento de direito da PUC-Rio. n. 31, 2007. pp. 1-28. pp.16-17: “Considerando

3.3. Caráter dinâmico do critério de relevância

Ademais disso, é preciso salientar que o critério de relevância é predicado de um caráter *dinâmico*, que pode ser evidenciado a partir da distinção entre *atos principais e secundários*.¹²⁴ Segundo a doutrina tradicional, *principal* é o fato selecionado pela norma segundo seu critério de relevância: dentro de um conjunto indiferenciado e indefinido de circunstâncias, são os fatos considerados relevantes para a aplicação da norma.¹²⁵

“Esse critério de seleção é aplicado pelo juiz ao conjunto de enunciados relativos aos fatos empíricos que constituem o conteúdo das alegações iniciais. Pode suceder que essa operação não produza resultados, isto é, que nenhuma circunstância alegada se corresponda com a definição geral contida na norma: neste caso, aquela norma não é aplicável a esta situação de fato e resulta necessário conjecturar a aplicação de outra norma. Opostamente, se aquela operação tem resultados positivos, significa que na situação alegada existem fatos juridicamente relevantes segundo aquela norma. Trata-se, precisamente, dos fatos principais.”¹²⁶

São considerados fatos principais, portanto, aqueles a respeito dos quais se conjectura serem idôneos para produzirem as conseqüências previstas pela norma caso venham a ser provados. Operam como um pressuposto para que a decisão seja justificada a partir da aplicação daquela norma específica que os selecionou.

que os textos normativos são formulados linguisticamente, e que nem sempre um texto normativo possui significado unívoco pode, disso, advir dificuldades para seus destinatários. Sendo isso correto, o papel que cumpre ao legislador de estabelecer referenciais de conduta encontra-se ameaçado. Ameaçado porque os destinatários precisam, para obedecerem às normas, saber o que determinado texto significa; e se há instabilidade nessa demarcação, seus reflexos serão sentidos quando da cobrança do seu cumprimento. Com vistas a afastar tais problemas, o legislador, no mais das vezes, desempenha atividade definidora. (...) Oferecendo um marco maior de precisão terminológica, com ele procura-se minimizar as variações significativas tornando mais seguras as expectativas dos destinatários quanto ao que se comanda e ao que é aplicável a certo universo de casos. Com isso, as normas definidoras passam a desempenhar papel essencial no conjunto jurídico.” Taruffo afirma que uma estratégia viável frente à indeterminação normativa é o uso de termos mais simples, uniformes e determinados para conferir tratamento à hipótese fática trazida na norma, no lugar de termos complicados, obscuros e de sentido variável. Nesses casos, o âmbito de discricionariedade do julgador aumenta, tendo o mesmo de estabelecer *um* significado plausível à norma. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 109.

¹²⁴ Segundo Taruffo, essa classificação, que entre os juristas reveste-se de uma importância fundamental, não traz uma clareza suficiente de análise e definição. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 119.

¹²⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 120.

¹²⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 122. (T.L.)

Todavia, uma contenda jurídica não se resume a fatos principais. Esses são acompanhados dos fatos *secundários*, os quais, de algum modo se vinculam à situação alegada. Não são descritos pela norma sobre cuja aplicação se conjectura, mas se conectam às circunstâncias do caso concreto. Pode resultar necessário recorrer a eles, e, nesses casos, a individualização responderá a critérios de *utilidade e significação*. Por exemplo, pode ocorrer que, provada a ocorrência de fatos secundários, esses desempenhem o papel de premissas para uma conclusão referente a fatos principais. Ou seja, os fatos secundários podem ser *logicamente relevantes* para que se chegue aos fatos principais.¹²⁷ Por essa importância lógica, não cabe pensar que dependem da alegação das partes. Mas basta que se conjecture a aplicação de uma norma distinta para que os fatos secundários possam assumir outro grau de importância para a solução da controvérsia. De secundários a principais.

“Pode-se dizer então que um conjunto indeterminado e residual de circunstâncias irrelevantes é, em realidade, uma espécie de ‘reserva de fatos’ potencialmente relevantes, a que se pode recorrer (ou que sendo necessário entra em jogo) no momento em que se modifica o critério de relevância, isto é, na norma que se usa como sistema de referência para o exame do caso concreto.”¹²⁸

Ou seja, a relevância ou irrelevância de determinadas circunstâncias para o caso é predicação que conta com mobilidade. A lide é composta de uma série de circunstâncias que não entram diretamente na reconstrução fática, mas estão na base dela: podem ser conceitos, perspectivas culturais, fatores cognitivos, que, apesar de serem indispensáveis para qualquer reconstrução de fato, a compõem apenas implicitamente. Sem relevância porquanto pressupostos óbvios. Todavia, basta que a dúvida acerca do tratamento tácito conferido a determinada circunstância seja posta, isto é, que seja problematizada, para que se torne um aspecto relevante algo que não estava em primeiro plano. O horizonte dos problemas de determinação dos fatos está intimamente relacionado com os contornos aferidos ao conflito jurídico que está em questão.¹²⁹

¹²⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 123.

¹²⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 124. (T.L.)

¹²⁹ O exemplo dado por Taruffo se refere à temperatura de um determinado evento. Inicialmente a presunção é que a mesma seja normal, isto é, que não seja um dos elementos que incidiram para a ocorrência do fato. No entanto, é suficiente pôr em dúvida essa suposta normalidade, para que se torne, então, uma circunstância relevante. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 127.

Se até esse momento cuidou-se de alguns obstáculos existentes à identificação de que fatos devem ser conhecidos, chegando-se também à conclusão de que se deve estar atento ao caráter dinâmico que o critério de relevância pode assumir, de agora em diante, serão examinados com mais vagar os três momentos nos quais a atividade probatória pode ser dividida no contexto processual.

3.4. Três momentos da atividade probatória

Oportunamente, cuidou-se de fazer uma divisão da atividade probatória em três momentos, que seriam: a conformação do conjunto de elementos do juízo, a valoração desses elementos e a decisão mesma sobre os fatos.¹³⁰

3.4.1. Conformação do conjunto de elementos do juízo

3.4.1.1. Relevância e admissibilidade: regras de inclusão e exclusão probatória

Segundo essa classificação, caberia ao primeiro momento uma preocupação de obter um conjunto de elementos de prova o mais rico possível, devendo ser o desenho processual facilitador da incorporação do máximo número de provas relevantes. Em relação inversa com o maior número de informação está a ocorrência de erros na esfera judicial, isto é; a probabilidade de equivocarse daquele a quem cabe a decisão diminui em razão do número de informações que tem a seu dispor.¹³¹

Caberia, portanto, o sistema da *prova livre* pensado por Bentham? De acordo com o autor, o único filtro que o processo deve impor às provas é de que cumpram um critério de relevância.¹³² Contudo, pode ser que sejam fundadas

¹³⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 41.

¹³¹ Jordi Ferrer Beltrán qualifica essa idéia que relaciona número de informação alto com menor probabilidade de que a decisão seja errônea como um “princípio epistemológico indiscutível”. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 68.

¹³² BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Castellana de Manuel Osorio Florit. Granada: Ed. Comares. 2001. p. 4: “(...) El juez tiene el deber de obtener todas las pruebas de una y otra parte, de la mejor manera posible, de compararlas y de decidir después su fuerza

algumas limitações complementares ao mencionado critério. Fosse por ele, provas relevantes para a determinação correta dos fatos poderiam ser aduzidas a qualquer tempo pelas partes. Mas, nessa possibilidade, existe algo que o legislador enxergou como injusto, decidindo que o processo não deveria com isso conviver. Explica-se melhor.

Nos ordenamentos jurídicos de regimes democráticos, vigora o chamado princípio do *tratamento isonômico das partes* (art. 125, inc. I, CPC), que manda não haver preferência entre elas, ambas podendo influir no convencimento do julgador com chances iguais. Em relação à produção probatória, essa diretiva prescreve um momento de *estabilização* dos fatos relevantes para a contenda jurídica, devendo ser provados por tais e quais meios de prova.¹³³ Isso realiza o direito de defesa das partes, livres de serem surpreendidas a qualquer momento do processo. Assim, percebe-se que o esforço cognitivo pode ser visto como temperado pela garantia de tratamento isonômico das partes. No entanto, é possível enxergar mesmo uma conformidade entre o momento estabilizador dos fatos relevantes sobre os quais haverá a produção da prova e a preocupação cognitiva: quando se fixa um prazo para que os elementos sejam trazidos ao processo, que, depois de transcorrido, sucumbirá à *preclusão*, está-se, por outro lado, provocando um estímulo de que se enriqueça ao máximo e desde o momento inicial do processo o conjunto de elementos. Então a referida limitação temporal pode ser vista, a um só tempo, como realizadora do valor tratamento isonômico, esse aliado à preocupação com a formação de um conjunto probatório que propicie uma determinação correta dos fatos. “Paradoxalmente, a *ratio* da regra de exclusão é enriquecer o conjunto de elementos do juízo desde o início do procedimento”.¹³⁴ Regra de exclusão com fundamento epistemológico.

Mas é decorrência do princípio geral de inclusão que toda e qualquer prova relevante seja produzida? E a prova que, ainda que seja relevante individualmente, mostre-se redundante se examinada com outras provas já incorporadas pelo juízo? A isso, é possível se responder que a mencionada prova

probatoria. Así, pues, el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas.”

¹³³ No processo brasileiro, a previsão desse momento estabilizador está no art. 331 do CPC, atribuição, portanto, da chamada *audiência preliminar*.

¹³⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 72.

seria mais bem *irrelevante em razão de ser supérflua*. Porém, há que se discutir mais essa hipótese. Tratando-se de raciocínio de tipo indutivo, o número de inferências em favor de uma determinada conclusão aumenta sobremaneira a probabilidade de que se trate de uma conclusão verdadeira. Nisso, a indução se distancia da dedução, uma vez que por essa última modalidade pouco importa o número de inferências; caso sejam verdadeiras, necessariamente a conclusão também o será. Na dedução, a conclusão verdadeira é uma consequência necessária de premissas verdadeiras, enquanto que na indução, porque se trata do “pulo”, o número de circunstâncias de que já se tem conhecimento e que corrobora a conclusão traz mais credibilidade a ela.

“Quando uma segunda testemunha declara haver visto o mesmo que uma testemunha anterior, sua declaração aumenta a credibilidade do que foi declarado pelo primeiro (...). A terceira testemunha agrega, a sua vez, um novo grau de corroboração.”¹³⁵

Entretanto, isso não se opera de forma ilimitada. Ocorre um momento em que a prova redundante chega a ser supérflua, e deixa de auxiliar a corroboração da hipótese em questão. Pode-se falar de um *rendimento decrescente* de cada nova prova trazida se comparada a que lhe antecedeu, até o momento em que uma prova já não tenha mais qualquer relevância. Por isso, também é pertinente prever um limite às provas redundantes, mas não há como se pensar previamente em qual limite seria sensato, senão que esse exame é cabível ao julgador que, no caso concreto, deverá determinar o equilíbrio entre exigências de corroboração da hipótese e o valor da celeridade processual.

Quando se trata de variedades de provas – por exemplo: uma mesma hipótese sendo corroborada por perícia, documentos e testemunhas –, a prova redundante sobrevive por mais tempo ao critério de relevância. Isso porque, não apenas a *quantidade* de prova opera em favor da corroboração de uma hipótese fática, mas também a *variedade* é um componente a ser observado: quanto maior a variedade de provas que corroborem a mesma hipótese fática, maior seu apoio.¹³⁶ Aqui também se produz um rendimento decrescente das provas que são apresentadas uma após a outra, mas essa “curva crescente-descrescente” alcançará

¹³⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 75. (T.L.)

¹³⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 76.

uma maior altitude. Assim, mesmo no caso de variedades de tipos de prova, permanece a preocupação com o momento no qual a prova de nada servirá. Não havendo ganhos epistemológicos, configura irracional, posto que inútil sob o critério epistemológico e negativo se se tem em conta o valor da razoável duração do processo, a admissão de provas que só farão demorar a prestação da tutela jurisdicional.

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

“A celeridade na tomada de decisões, a proteção de segredos do Estado, o segredo das relações advogado-cliente etc., são também fins habitualmente reconhecidos na grande maioria dos ordenamentos jurídicos. Por isso, para garantir a obtenção dessas finalidades, os ordenamentos estabelecem regras jurídicas processuais (mas não só processuais) que funcionam como um filtro de admissibilidade da prova, adicional e posterior ao juízo de relevância.”¹³⁷

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

“Trata-se de conferir a dignidade dos direitos fundamentais ao direito à prova, que pode ser limitado tão-somente por outros critérios fundados na necessidade de coordenação desse direito com outros tutelados pelo

¹³⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 76. (T.L.)

ordenamento jurídico, desde que se reconheça a prioridade da proteção desses outros direitos em relação ao direito à prova.”¹³⁸

A admissibilidade corresponde a uma escolha política que o legislador faz. Não é uma regra epistemológica, mas possui uma racionalidade instrumental de natureza distinta, de proteção dos outros valores. É o legislador que deve se pôr consciente do dilema do custo epistemológico dessas regras de exclusão e a necessidade de se implementar os outros fins do processo. Nesse sentido, a *prova ilícita* nada mais é senão o resultado dessa valoração legislativa, que, em determinadas situações, a despeito da relevância da prova, proíbe sua entrada no processo por ter sido obtida ilegalmente, infringindo direitos fundamentais, como o direito à correspondência, à inviolabilidade de domicílio etc. Uma ordenação de valores.¹³⁹ Assim, o momento da conformação de conjunto de elementos probatórios é, pois, caracterizado pela junção de duas espécies de preocupações, epistemológicas e políticas. Tendo isso em mente, as provas devem ser produzidas e, posteriormente, valoradas.¹⁴⁰

3.4.1.2.

Participação das partes e o papel do juiz na produção da prova

Até o presente momento cuidou-se das dificuldades e regras atinentes à produção probatória, mas sem se identificar as atribuições específicas de cada sujeito. O contexto processual tem a especificidade de que as partes devem requerer a produção das provas que julgam relevantes para demonstrar a veracidade das alegações que fazem, isso, por força do princípio da *inércia da Jurisdição*, que vem querer garantir que o juiz guarde imparcialidade para que tenha condições de decidir sobre a lide.

A atribuição com que contam referente à produção da prova tem a natureza de *ônus*, isto é, o ordenamento jurídico descreve uma conduta que, sendo cumprida, aumenta suas chances de ter um resultado positivo, caso não seja

¹³⁸ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 36.

¹³⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. pp. 80-81.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. p. 295: “No direito brasileiro, adota-se o princípio da persuasão racional do juiz, de modo que as provas não têm, em regra, valor predeterminado, podendo o magistrado convencer-se livremente com qualquer das evidências presentes nos autos, desde que justifique os motivos pelos quais entende que certa prova gera convencimento, ou as razões para que certa prova se sobreponha a outra (art. 131, CPC).”

realizada, inversamente, potencializam-se as chances de um resultado desfavorável. O ônus difere do *dever* porque o dever é uma contrapartida de um direito de alguém, enquanto o ônus só se relaciona com o próprio agente, trazendo-lhe conseqüências positivas ou negativas. E mais, aquele que está onerado experimenta uma *liberdade* de não realizar dada conduta, o que não existe em se tratando do cumprimento de um dever. No contexto probatório, há a liberdade de não requerer a prova. O cumprimento de um dever é exigível enquanto que a realização do ônus não.¹⁴¹

Aliás, a lógica observada pelo legislador é de que as partes envolvidas na situação concreta que deu ensejo à controvérsia jurídica sabem melhor do que o juiz quais fatos importam ser examinados. Esses fatos que devem ser alegados pelas partes, para os quais devem indicar os meios de provas que julgam eficientes, são os já mencionados fatos principais.¹⁴² Ou seja, a alegação sempre deve estar acompanhada com o requerimento da produção de um meio de prova específico. Ônus de alegação acompanhado de ônus de produção da prova.

Mas ao julgador, não resta apenas resignar-se ao que foi trazido pelas partes. Pelo menos, não mais. Como foi dito por Taruffo, observa-se mesmo, uma *tendência generalizada* nos ordenamentos jurídicos comprometidos com uma prestação jurisdicional justa, empenhados em produzir decisões o mais cuidadosas possível, a se conceder mais poderes probatórios aos juízes.¹⁴³ Não cabe, pois,

¹⁴¹ WAMBIER, Rodrigues Luiz; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil v1*. p. 457: “O ônus e o dever são figuras jurídicas distintas em, pelo menos, dois aspectos: (i) o dever implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto que o ônus é estabelecido no interesse do próprio onerado; (ii) o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de situação melhor.” Eduardo Cambi alerta para o fato de que o cumprimento da conduta-objeto, em sede probatória, não acarreta necessariamente uma conseqüência favorável: realizar a prova não é um dado decisivo ou o único meio para conseguir um resultado positivo na ocasião do proferimento da decisão. Além da realização da prova, terá ela de ter força persuasiva suficiente para convencer de que as alegações são verdadeiras. CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 316. Por outras palavras, o legislador veio viabilizar a observância do que os processualistas reconhecem como princípio da aquisição processual da prova: a prova não pertence à parte, uma vez produzida integra o processo pouco importando quem a produziu. Outra vez, WAMBIER, Luiz Wambier; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil v.1*. p. 456.

¹⁴² Ver item 3.3.

¹⁴³ TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. p. 179: “Como se ha visto anteriormente, los distintos ordenamientos procesales han utilizado técnicas normativas diversas y se han inclinado en mayor o menor medida por la extensión de poderes de instrucción del juez; de todos modos, un elemento constante que destaca a partir de una investigación de derecho comparado es que ningún ordenamiento procesal moderno renuncia a orientarse hacia la

uma necessária identificação entre poderes de instrução aos julgadores e um compromisso com Estados autoritários, com interesses em se implementar processos com influência inquisitiva.¹⁴⁴

“(…) É importante destacar que sobre nenhum desses ordenamentos (refere-se aos ordenamentos modernos) paira a sombra de Torquemada,¹⁴⁵ e em nenhum aflora o fantasma do juiz como *longa manus* de Hitler, Mussolini ou Stalin. Pelo contrário, surge a figura, muito mais modesta e razoável, de um juiz que assiste ao ‘jogo das partes’ e que intervem quando percebe que esse jogo corre o risco de trazer decisões injustas porque se baseia numa determinação inadequada dos fatos.”¹⁴⁶

Tudo explicado, compete às partes fazer as alegações dos fatos que consideram relevantes (principais) e requerer as provas que vêm pertinentes a darem apoio às alegações. Mas o juiz pode trazer à dinâmica processual as circunstâncias que julgar importantes auxiliares de seu raciocínio (secundários).¹⁴⁷ Isto realiza esse ideal do juiz que *complementa* a atribuição das partes frente às provas, e que nutre autêntica inquietação no que tange à premência da determinação correta dos fatos como condição necessária para que possa bem realizar sua tarefa de dizer o direito.

“(…) É sempre bom lembrar que o juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo parcial ou mal cumprindo sua função. Já o juiz que determina a realização da prova de ofício, especialmente porque lhe deve importar apenas a descoberta da verdade, e não

búsqueda de la verdad de los hechos, y ningún ordenamiento procesal moderno confía exclusivamente en la iniciativa de las partes para conseguir este objetivo.”

¹⁴⁴ É o que mostra Taruffo, com os exemplos da Itália fascista, Alemanha nazista e Espanha franquista, em que o juiz desempenhava um papel essencialmente passivo, sendo as partes as protagonistas do processo. TARUFFO, Michele. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. p. 164.

¹⁴⁵ Tomás de Torquemada, “O grande inquisidor”, reconhecido por sua atuação no séc. XV nos reinos de Castela e Aragão.

¹⁴⁶ TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. p. 179. (T.L.)

¹⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. pp. 174-175: “É decorrência do princípio dispositivo a regra de que cabe às partes trazer os fatos ao processo e também de que o juiz só pode conhecer de fatos alegados pelas partes. Porém, o art. 131 do CPC em vigor diz que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo a fatos e circunstâncias constantes dos autos, *ainda que não alegados pelas partes*, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Que fatos seriam estes, cognoscíveis de ofício, apesar de não terem sido alegados pelas partes? Fatos, cuja prova exista no processo, e que o juiz pode (deve) levar em conta, independentemente de terem sido referidos pelas partes? Parece-nos que estes fatos são justamente os ditos fatos simples. São aqueles fatos cuja prova leva à constatação da existência do fato jurídico, mas que, em si mesmos, não significam um fato jurídico autônomo, diferentes dos alegados pelas partes.”

aquele que resulta vitorioso (autor ou réu), estará voltado apenas para a efetividade do processo.”¹⁴⁸

No próximo item, resta pertinente o exame dos fatos que precisam ser alegados pelas partes mas que, em oposição aos principais (também conhecidos como constitutivos – autor –, modificativos ou extintivos - réu), prescindem do requerimento de que sejam provados.

3.4.1.3. Fatos que não precisam ser provados

Quando se falou a respeito da divisão dos momentos da atividade probatória asseverou-se a vantagem de que, por meio dela, é possível se enxergar a observância de valores distintos em cada uma das fases processuais. Para a conformação do conjunto de elementos do juízo, é de suma importância o conhecimento das regras referentes aos fatos que devem ser alegados, mas que não precisam ser provados. Essas regras visam dar efetividade ao propósito processual de que o mesmo seja célere. Ou seja, se o princípio geral de inclusão manda que todas as provas relevantes para a solução da causa sejam admitidas, sendo isso uma expressão de um compromisso epistemológico, a dispensa de produção de prova de algumas categorias de fatos vem referendar a racionalização acerca da *duração do processo*. Contudo, será possível ver que nessa excusa de prova não há uma limitação absoluta à vontade cognitiva do julgador.

Fatos notórios. Imagine-se que, numa ação indenizatória proposta contra o Estado, em decorrência de danos físicos e psíquicos irreversíveis sofridos ao tempo da ditadura militar, fossem requeridas provas de que no período entre 1964-1985 o Brasil realmente atravessou uma época de ditadura militar. Não seria difícil consegui-las, recortes de jornais e revistas da época, sites da internet que relatam o ocorrido, testemunhas seriam arroladas e mesmo outras vítimas poderiam dar a sua contribuição. O julgador, que também é parte da sociedade, já teria conhecimento do fato “ditadura militar”, mas, por força do imperativo de que há que se fazer prova de qualquer fato relevante, teria de se ver, irremediavelmente, preso numa instrução, no mínimo, inútil. Inútil porque essa

¹⁴⁸ MARINONI, Luis Guilherme Marinoni; ARENHART. Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. p. 292.

prova em nada contribuiria ao seu convencimento, que, sobre a existência da ditadura, já estava, desde muito, absolutamente formado. Sim, não há dúvidas de que a ditadura militar faz parte da história do Brasil. Aliás, com amplo destaque. Desperdício, portanto, de tempo e dinheiro. Pensando no absurdo de algumas situações como essa é que o direito criou essa categoria de fatos.

O exemplo de que se fez uso, contudo, pode levar a uma conclusão equivocada quanto às exigências de *notoriedade*. Não é necessário um fato da envergadura da ditadura militar brasileira, da II Guerra Mundial, ou da queda do *World Trade Center* para que se esteja de frente a algo que mereça ser classificado de notório. Pode se tratar de um acontecimento de relevo somente para uma determinada classe profissional (advogados e os feriados forenses ou a greve de serventuários da justiça), adeptos de uma religião, moradores de uma cidade etc.¹⁴⁹ Ou seja, não se confunde notoriedade com *generalidade*.¹⁵⁰ O que importa é que a certeza acerca da existência daquele fato já tenha integrado a categoria de “patrimônio comum de uma certa coletividade”. Fala-se também em “pacífica e desinteressada certeza”.¹⁵¹ Ainda que relativo, esse conhecimento já garantiu uma objetividade que não se vê presente no depoimento da parte ou na oitiva da testemunha.

“(…) Os fatos notórios são objetivos, na medida em que pertencem ao patrimônio comum de uma coletividade, sendo produzidos fora do processo e não tendo nenhuma relação com as questões fáticas nele discutidas, ao contrário do depoimento de uma testemunha, que é eminentemente subjetivo e tem menor grau de credibilidade, porque produzido durante o transcurso do processo.”¹⁵²

Ou seja, não cabe a exigência de prova de um fato notório porquanto sua verificabilidade está implícita no ambiente social e cultural em que a decisão é

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. p. 282: “Um fato pode ser considerado notório (em termos gerais) quando faz parte da cultura do ‘homem médio’ situado no lugar e no momento em que a decisão é proferida, assim como, por exemplo, eventos da vida social, política e econômica. Mas determinados fatos podem ser notórios a certos *agrupamentos*, como a estudantes de uma universidade ou aos profissionais de uma determinada área. Fala-se nesse sentido de notoriedade relativa.” (itálica nossa)

¹⁵⁰ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 351: “Com efeito, o conceito de notoriedade não se confunde com o de generalidade, já que um fato pode ser notório sem ser conhecido por todos. Por exemplo, em 1945, foi inventado o procedimento de divisão do átomo, criando-se uma nova forma de energia. Não obstante, muitas pessoas que vivem fora dos centros de informação ignorem esse fato não se pode concluir que não seja notório.”

¹⁵¹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 348.

¹⁵² CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 352.

proferida. Mas vale fazer um esclarecimento: dizer que não precisam ser *provados* não dispensa a necessidade de que sejam *alegados*. Segundo os processualistas, no que se refere aos fatos notórios não há que se falar em ônus de produção da prova, mas com isso, não se exime a parte do ônus de alegação do fato. Isto é, persiste a distinção entre fatos principais e secundários. Então, caso se trate de fato principal, a parte tem o ônus de alegá-lo, mas não o de requerer prova referente. Sendo, pelo inverso, um fato notório secundário, não se fala nem no ônus de alegação do mesmo, cabendo também ao juiz trazê-lo para dentro do processo em razão de sua relevância lógica para a resolução da contenda.

E é possível refletir se a regra que exige que um fato notório seja alegado para que seja conhecido chega a estar em desacordo com um critério epistemológico: se a parte não alegar um fato notório, o julgador deve fingir não conhecê-lo? Isso seria um absurdo. Contudo, ao se pensar que a exigência de alegação apenas recai aos fatos principais, acaba por se esclarecer a irrelevância prática da hipótese formulada. Sendo o fato notório principal, é, ele mesmo, o fundamento do direito pretendido pela parte, que não seria capaz de formular um pedido sem mencioná-lo, sob pena de ter uma fala sem sentido. Que se volte ao exemplo com que se iniciou o presente item: a parte autora proporia uma ação indenizatória cujo pólo passivo seria o Estado sem fazer referência ao evento danoso “ditadura militar” na sua *causa de pedir*? Seria razoável exigir dos julgadores que tentassem adivinhar o porquê dos pedidos feitos pelos jurisdicionados? É certo que o processo deve procurar conhecer, mas isso se refere principalmente às controvérsias que envolvem sujeitos interessados ativamente em soluções. Busca-se a defesa de um processo munido de preocupações cognitivas, mas isso não significa amparar processos lentos e com procedimentos inúteis.

Assim, tratando-se de fatos notórios, sendo principais, persiste o ônus de alegação para as partes; se secundários, cabe também ao juiz sua transladação ao processo. Nessa última hipótese, em que um fato secundário notório é trazido pelo julgador ao processo, não é correto se falar em “conhecimento privado do julgador”, uma vez que é um conhecimento objetivo, já patrimônio de uma

comunidade que tem o juiz como um de seus membros.¹⁵³ Seria portanto, desarrazoada a exigência de que o juiz deveria ignorar o que todo mundo sabe.¹⁵⁴

Fatos confessados. A confissão é o ato pelo qual se reconhece um fato que, concomitantemente, é contrário aos interesses de quem confessa e favorável aos do adversário. Por se tratar de um pronunciamento ou declaração, diz-se que chega a ser um meio de prova. Ela pode se dar no processo ou fora dele. Então é possível imaginar uma ação em que Lauro reconhece que, ao dia 6 de setembro de 2007, se envolveu em acidente de trânsito, colidindo contra o carro de Lúcia. Ou seja, chamado a depor, na sua fala, assume o fato alegado pela autora.

O direito vê uma desnecessidade de que se faça prova da existência do fato confessado porque, em geral, não é comum que as pessoas saiam por aí reconhecendo fatos contrários aos próprios interesses.¹⁵⁵ O ordinário é que não reconheçam o que não fizeram porque não querem ser alvo de injustiças. Assim, o juízo pode concentrar suas atenções nos fatos ainda controversos, de modo que a decisão seja rápida e justa. Mas, ainda que seja incomum que se reconheça fatos avessos a interesse próprio, é possível sim que isso aconteça. Por isso é que a confissão não é uma prova plena. Ela funciona como uma *presunção relativa*,¹⁵⁶ que inverte o ônus da prova. A parte que teve um fato confessado em seu favor não tem mais de carregar o ônus de ter de prová-lo e, pelo reverso, aquele que confessa tem o ônus de provar outros fatos, extintivos ou modificativos do direito do primeiro, e, não o fazendo, aumenta as próprias chances de um resultado desfavorável por ocasião da decisão judicial.

¹⁵³ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 352: “Os fatos notórios, tampouco, confundem-se com os *conhecimentos privados* do juiz. Esses conhecimentos decorrem da própria percepção do magistrado (v.g. quando presencia um acidente de trânsito, quando sabe dos fatos que ensejam uma rescisão contratual etc.) e impedem o julgamento da causa, uma vez que o juiz não pode ser, ao mesmo tempo, testemunha, porque se isso fosse permitido, restaria violada a garantia da *imparcialidade*, com sérios riscos de haver prejuízo à justiça da decisão, já que teria de julgar a si mesmo.”

¹⁵⁴ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 353.

¹⁵⁵ Essa regra posta pelo legislador vem respeitar uma *máxima da experiência*, que, referente ao tema confissão, diz que o comum de ser observado no mundo é que “as pessoas não confessam o que não fizeram, porque dessa confissão podem advir prejuízos imerecidos que, em regra, quer-se evitar.” Mais tarde, tratar-se-á do assunto, inclusive da qualidade de certas máximas (item 4.3.).

¹⁵⁶ As presunções legais, que podem ser absolutas ou relativas, serão tratadas oportunamente. Por ora, basta dizer que a presunção relativa pode ser levantada, isto é, admite prova em contrário.

Diz-se “aumenta as chances” porque, mesmo não produzindo provas contra a pretensão a que resiste, o juiz não está obrigado a aceitar a confissão. Ao julgador cabe a valoração livre da prova, sendo uma coisa assistir o ato de alguém confessar algo, ou aceitar a integração processual de determinada declaração cujo conteúdo seja de confissão, outra crê-la confiável. Não fosse assim, o processo não passaria de um ambiente de verdade negociada¹⁵⁷, sem conexão com os propósitos cognitivos de que se fala nesse trabalho.

“(…) A *incontroversia* não retira a necessidade de o fato alegado ter de ser consistente para ser acolhido, mas apenas alivia o peso de se ter de provar a sua existência.”¹⁵⁸

Assim, admite-se a possibilidade de o julgador desprezar a confissão caso ela seja dissonante com as demais provas constantes nos autos. Mas se não se puder comprovar a existência real dos fatos comprovados a despeito da investigação realizada, não havendo contradição com as outras provas já aceitas, o julgador deve aceitar a *presunção de veracidade* com que os fatos confessados passam, desde então, a contar.¹⁵⁹

Fatos admitidos como incontroversos. Essa categoria de fatos difere da anterior porque resulta de uma inércia da parte em impugnar um fato afirmado pela parte contrária. Também chamada de *confissão ficta*, não configura um meio de prova porque não decorre de uma afirmação em que reconhece um fato desfavorável a si e positivo aos interesses do oponente, mas sim pela falta de uma resistência. É omissão. Desse modo, é um mero *indício* de que à parte confessa não assiste razão jurídica e ela tem consciência dessa ausência de razão para resistir.

Imagine-se por exemplo, um jogador de futebol que faz obra em seu apartamento e dela decorrem danos de infiltração no apartamento de seu vizinho,

¹⁵⁷ Para saber mais sobre a verdade em sua versão negociada, ver TARUFFO, Michele. ¿Verdad negociada? In: TARUFFO, Michele. *La prueba*. pp. 229-249. Contra a verdade negociada, também, CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 388: “A confissão e a admissão são *atos informativos*, pelos quais se pretende buscar a veracidade dos fatos deduzidos em juízo, não são *atos negociais* pelos quais as partes podem livremente dispor e forçar a conformação jurisdicional de um direito.”

¹⁵⁸ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 387.

¹⁵⁹ Isso será importante para a ocasião do julgamento. A incerteza persistindo e, chegada a hora da decisão, a *presunção de veracidade* auxilia o julgador na tarefa de distribuir os riscos de comissão de equívocos por sua parte. Foi o legislador que, disciplinando as regras de ônus e *presunções*, decidiu quem tem de suportar o peso da incerteza no caso concreto.

que, por sua vez, cansado de argumentar nas reuniões de condomínio, vê no ajuizamento da ação sua última alternativa. Citado, o réu não comparece para refutar as alegações feitas pelo autor, nunca ingressando no processo, o que, ao final, resulta numa decisão que reconhece a procedência do pedido do autor em razão da presunção de veracidade com que sua pretensão passou a contar: o réu foi julgado à revelia, confessou fictamente. A razão para que o legislador tenha previsto o mecanismo da confissão ficta está relacionada a uma necessidade de não-sujeição da efetivação dos direitos de alguns por força da má-vontade de outros. Fosse assim, se pela mera possibilidade de se nunca aparecer em juízo pudesse se evitar resultados negativos, a Jurisdição deixaria de ser uma alternativa para a resolução de conflitos, perderia a confiança dos antigos jurisdicionados que, irresignados com os resultados sempre negativos, retornariam para a auto-tutela.¹⁶⁰

Mas a revelia é a pior consequência da categoria dos fatos admitidos. Dá-se a revelia porque o réu chega a admitir tudo o que o autor alega pois nunca ingressou no processo. Pelo contrário, é possível ter-se fatos admitidos estando já numa relação processual. Isso ocorre quando não se refuta a alegação feita pela outra parte. Pode se dar por descuido, por exemplo – o que não é justificativa, já que “o direito não socorre aos que dormem”.¹⁶¹ Tendo admitido algum ou alguns fatos, cabe à parte tentar reverter a situação que agora lhe desfavorece por meio de outras provas. Percebe-se, portanto, que da mesma maneira que a confissão traz a inversão do ônus da prova, a admissão também o faz: aquele que tem um fato favorável confessado pela oponente não tem mais de prová-lo mas sim àquele que confessou incumbe provar fatos diversos, que extigam ou modifiquem o direito do autor; aquele que admite como incontroverso um fato porque deixa de oferecer a resistência oportuna, terá a missão de tentar reverter a situação desfavorável por

¹⁶⁰ Eduardo Cambi não chega a relacionar o mecanismo da confissão ficta com a defesa da Jurisdição como resolução viável de conflitos da sociedade, mas enxerga uma relação entre o referido mecanismo e a economia processual. CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 393: “(...) Se o processo somente visasse somente à obtenção da verdade, não se poderia admitir a revelia. Entretanto, como o tempo também é um valor a ser considerado pelo direito processual, o autor da ação não poderia ser sempre prejudicado se o réu resolvesse na comparecer em juízo, o que implica dizer que, caso o réu não corresse o risco de perder o processo, em razão da presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, arrumaria sempre uma desculpa para inviabilizar o transcurso processual.”

¹⁶¹ “Dormientibus non succurrit jus.”

outras provas que ainda possa produzir. Isso, se o julgador valorar positivamente os fatos admitidos. Explica-se melhor.

Igual ao que acontece com as outras categorias de fatos que se transformam em incontroversos (notórios e confessados), os fatos admitidos não obrigam o julgador a um resultado específico. “(...) A não-controvérsia sobre o fato não implica dever o juiz, automaticamente, considerá-lo verdadeiro e dá-lo como definitivamente provado.”¹⁶² Ainda que os fatos sejam incontroversos para as partes, podem ser duvidosos para o julgador. É uma presunção relativa de veracidade, que pode ter sua pretensão rejeitada por não se coadunar com as provas já produzidas no curso do processo.¹⁶³ Ou seja, o legislador pensou na imprescindibilidade do mecanismo da confissão ficta, mas não deixou de lado a necessidade cognitiva que o julgador tem a seu lado, de modo a poder atribuir os efeitos jurídicos apenas a quem lhes merece. Há garantia da estrutura do processo como resolução de conflitos e do tempo razoável, mas também de valores epistemológicos.

Fatos sobre os quais paira uma presunção legal. As presunções legais foram pensadas pelo legislador para tutelar interesses sociais, facilitando a prova e diminuindo o grau de liberdade do julgador na apreciação de certas questões de fato. Podem ser relativas (*iuris tantum*) ou absolutas (*iures et de iure*).

São *relativas* aquelas que admitem prova em contrário. É o caso da presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento, prevista pelo artigo 1597 do Código Civil, que pode ser levantada pela realização do teste de DNA. Ou a hipótese de quitação da última de uma série de prestações periódicas que faz presumir pagas as anteriores, disposta no artigo 322 do mesmo diploma legal, que pode ser igualmente revertida.¹⁶⁴ Sendo assim, é correto se afirmar uma desnecessidade *subjetiva* inicial de provar os fatos sobre os quais

¹⁶² CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 390.

¹⁶³ Mesmo em se tratando de falta de contestação dos fatos alegados na inicial, o juiz pode investigar e, por força dos resultados da investigação, decidir contra a presunção de veracidade. CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 396: “A ausência de contestação não implica, *ipso iure*, o acolhimento automático da pretensão, não podendo ser sempre considerada uma forma de aquiescência à demanda ou um meio de exonerar o autor do ônus primário de provar os fatos alegados.” Isso se relaciona com o livre convencimento do juiz.

¹⁶⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil v.1*. p. 461.

para uma presunção relativa: a parte que tem a seu lado um fato presumido relativamente está dispensada do ônus de prová-lo. Esse tipo de presunção desloca a necessidade de produção probatória para o lado oposto da controvérsia, atribuindo-lhe efeitos jurídicos negativos caso não o faça. Portanto, a pertinência de alocar o fato sobre o que há presunção relativa neste item é a de justamente asseverar que o legislador já predeterminedou um resultado favorável a uma das partes caso a outra não produza a prova pertinente, dispensando maiores preocupações do julgador sobre a determinação da verdade dos fatos nesses casos específicos. Em resumo: para a parte contrária, é bom que faça prova sobre fato dessa natureza e desloque o ônus novamente para seu adversário, mas, não o fazendo, o direito já apresenta uma saída paliativa. Não ficará sem resposta. Os riscos da falta de averiguação da verdade dos fatos já foram repartidos pelo próprio legislador.

Absolutas são aquelas que não admitem prova em contrário, oferecendo limites ao raciocínio do julgador. Por esse mesmo motivo, configuram-se mais escassas. Mas presume-se que o menor de 16 anos é absolutamente incapaz: ainda que haja um jovem na idade de 15 que seja um modelo de responsabilidade, essa prova nunca deverá ser produzida, muito menos poderá ser valorada positivamente pelo julgador.

“(…) A presunção *iure et de iure* contém uma dupla regra geral: i) limita a liberdade do juiz, determinando a força probatória do fato presumido; ii) interfere na problemática da admissibilidade da prova, proibindo a possibilidade de produzir prova contrária a esse fato.”¹⁶⁵

Não cabe questionar as razões pelas quais o legislador determinou 16 a idade-limite entre incapacidade absoluta e capacidade relativa para os atos da vida civil. Schauer oferece um tratamento adequado às críticas direcionadas às presunções absolutas, de que produziriam injustiças na sua aplicação, já que

¹⁶⁵ CAMBI, Eduardo. A prova civil. p. 367. E ainda, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. p. 291: “Na verdade, a avaliação fática, nesse caso (presunção absoluta), não importa, pois as conclusões hipotéticas lançadas na lei o vinculam. Com efeito, a prova é inútil diante da presunção absoluta, não importa se destinada a reforçar a conclusão ou a tentar demonstrar que a presunção parte de um silogismo falso. Toda espécie de contraprova ou de prova concorrente é irrelevante, na medida em que o suporte fático do silogismo, embora tenha sido importante para sua fixação como hipótese normativa, não possui qualquer significado no caso concreto.”

eliminaríamos qualquer chance de se provar o contrário do que foi determinado por elas.¹⁶⁶

Essa recusa de diálogo no ambiente do direito, em que o legislador proíbe que o juiz dê atenção às alegações ou provas trazidas no caso concreto, configuraria uma injustiça que destoaria do ideal do direito. O argumento de Schauer não vem no sentido de negar que, por vezes, com a aplicação das regras presuntivas, ter-se-á de se experimentar resultados indesejáveis. Eles são admitidos. A inexistência de fatos havidos como existentes pelas presunções absolutas combinada com a recusa de diálogo no ambiente processual gera, sem dúvidas, efeitos indesejáveis. Entretanto, como ressalta o autor, essa “subotimidade” de resultados não se dá apenas em sede de presunções absolutas. Pelo contrário, é algo a que se está obrigado a experimentar desde que se aceita o fato de que estar condicionado a um modelo de regras gera mais benefícios do que prejuízos. As regras jurídicas em geral, pela generalidade de que têm de fazer uso no momento de tentar antever as condutas futuras e condicioná-las, serão *supra* ou *infra-inclusivas* sempre, nunca perfeitas. Isto é, sempre haverá mais ou menos situações do que as pensadas originariamente sob o campo de incidência de determinada regra; nunca o número de situações idealmente pensado pelo legislador. A previsão não é tarefa que os homens podem realizar com perfeição,¹⁶⁷ então, nesse sentido, o legislador sempre deixa de pensar em alguma situação que deveria ter enquadrado no campo de incidência de certa norma, ou, pelo reverso, tempos depois da positivação da regra, vê-se que, pelos termos utilizados, o legislador incluiu mais situações do que deveria. Ou seja, a subotimidade é algo com que se está acostumado desde que se esteja regulado por um sistema de regras. E, a despeito dessa imperfeição quanto aos resultados, sabe-se que melhor com ele – o sistema de regras – do que sem ele. É em concordância com esse ideal que age aquele que paga a multa de trânsito porque estava acima do limite de velocidade permitido sem contestar, que os impostos são percebidos regularmente pelo Estado, que as obrigações são adimplidas. Do contrário, se sempre tem-se de discutir sobre as razões subjacentes às regras para verificar se trazem ou não resultados justos, elas deixam de ser boas razões para que condutas

¹⁶⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to the legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press. 2009. p. 227.

¹⁶⁷ Recorde-se da nota n.116.

sejam realizadas e a tarefa que o direito tomou para si, de prever o futuro e lidar com os riscos, perde por completo seu sentido.¹⁶⁸ Sendo assim, não há que se estranhar a falta do resultado perfeito ao caso concreto em se tratando das presunções absolutas. Elas representam situações tão caras ao legislador que sobre elas não se autorizou qualquer tipo de diálogo.

Terminada a análise dos fatos que prescindem de produção probatória, está formado o conjunto de elementos do juízo. A lógica daquele que vai ingressar numa relação processual, porque tem uma pretensão ou porque apresenta-lhe sua resistência, é de alegar os fatos principais. Definidos quais sejam, devem distinguir sobre quais dentre esses fatos principais (constitutivos, modificativos ou extintivos do direito do autor) recai o ônus de requerimento de produção de provas daqueles para os quais há a dispensa instrutória (notórios, confessados, admitidos ou protegidos por alguma presunção legal).

Nessa fixação do conjunto, o papel do juiz é de natureza *complementar*, isto é, compete-lhe indicar os fatos secundários que auxiliarão no seu raciocínio, mas que, a despeito disso, não foram objeto dos recortes empreendidos pelo autor ou réu. A maior contribuição das partes foi dada: fixaram os pontos originários do litígio, fundamentos da pretensão por meio das alegações que fizeram, requereram e produziram as provas que enxergaram eficazes para confirmar suas pretensões. Agora, resta esperar. Inicia-se o momento cognitivo por excelência: a valoração das provas. É chegada a vez do juiz.

3.4.2. Valoração da prova

O momento da conformação dos elementos do juízo foi superado. Deu-se a fixação dos pontos controvertidos, ao que se seguiu a produção das provas havidas como relevantes ao suporte das hipóteses defendidas por cada uma das partes. Agora, resta ao juiz avaliar cada uma delas para que, só então, possa atribuir os efeitos jurídicos pertinentes ao caso concreto. De nada adiantaria a garantia de produção das provas indicadas como relevantes pelas partes se disso

¹⁶⁸ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. p. 18.

não decorresse necessariamente o dever jurisdicional de valorá-las.¹⁶⁹ O que deverá ser feito mediante critérios racionais, não mais restringidos por regras jurídicas.¹⁷⁰

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

“Se o primeiro dos momentos, a conformação do conjunto de elementos de juízo, acolhe a grande maioria de especificidades jurídicas, este segundo momento (sempre que estivermos no âmbito da livre valoração da prova) é o momento da racionalidade. Trata-se aqui, insisto, como em qualquer outro âmbito do conhecimento, de avaliar o apoio empírico que um conjunto de elementos de juízo traz a uma determinada hipótese ou a sua contrária.”¹⁷¹

A apreensão da verdade absoluta assume o papel de um importante ideal regulativo.¹⁷² Diz-se ideal regulativo pois sabe-se que a apreensão da realidade em sua totalidade e com perfeição não é um horizonte possível de ser alcançado. No entanto, dessa constatação não se segue uma atitude cética, senão vigilante: “se é correto que a certeza absoluta é inalcançável, bastará a maior aproximação, mas efetivamente a maior, isto é, quando tenham sido investigadas todos os motivos possíveis a se investigar.”¹⁷³

¹⁶⁹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Cuadernos y debates. 2003. p. 161: “(...) El derecho a la prueba se desglosa en dos derechos: el derecho a que sean admitidas las pruebas pertinentes y el derecho a que éstas sean valoradas.”

¹⁷⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 387. “Princípios comuns de racionalidade”. E também GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 161.

¹⁷¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 46. (T.L.)

¹⁷² IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. p.139: “La verdad absoluta sigue funcionando, pero como ideal regulativo. En el entretanto, sin embargo, hemos de conformarnos con verdades relativas, relatividad que se predica de un doble sentido: primero, porque la verdad alcanzable está en relación con los medios cognoscitivos – datos instrumentales etc. – disponibles (que nunca son ilimitados); segundo, porque nuestro acceso a lo existente es relativo al contexto o estructuras de referencia (teorías, conceptos etc.) que median entre nosotros y la realidad. Destiérrese de una vez la pretensión de una verdad homologada al estilo de sistema métrico (donde un metro es un metro en cualquier lugar y para todo menester).

¹⁷³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 123.

Percebe-se, portanto, que a valoração busca a hipótese *mais provável*, a partir das provas eficazes na sua corroboração. É isso o que se espera da fase de avaliação das provas.¹⁷⁴ Mas nem sempre foi assim. A seguir, uma uma passagem necessária pelos diversos sistemas de valoração da prova já implantados. A possibilidade de realização dos objetivos epistemológicos processuais está diretamente relacionada a que método é aplicado pelos julgadores frente ao material fático do caso concreto.

3.4.2.1. O tempo das ordálias

Houve um tempo em que o exame acerca da existência de fatos não era relevante para a atribuição de efeitos jurídicos. Os fatos eram apenas mais um indício da necessidade de uma sanção ao caso concreto. As provas, portanto, não recaíam sobre eles, mas sobre as intenções, pensamento e imaginação. Havia mesmo uma confusão entre pecado e delito, pena e penitência:¹⁷⁵ mais importante do que saber da existência ou não de fatos em decorrência dos quais uma regra jurídica mereceria aplicação, o que estava em jogo era a idéia de desvio.¹⁷⁶

Assim, o risco de se punir um inocente era menos pior do que deixar alguém sem purga. Por isso as *ordálias*. Caminhar sobre brasas, recolher objetos imersos em água fervente, enfrentar feras etc. Os exemplos são muitos, e, em todos se observa que a justiça ou injustiça do resultado não era um assunto dos homens, e sim de Deus. Era a vontade divina que definia quem merecia viver ou morrer, sendo esse resultado da própria resposta acerca da inocência ou culpabilidade do acusado.

O direito, portanto, viu-se inicialmente conectado ao sobrenatural. Por meio de seus procedimentos místicos afirmava-se uma infalibilidade de resultados - até porque, se quem decidia sobre eles eram forças divinas, o erro estava fora de questão. Certezas absolutas sem qualquer ida aos fatos.

¹⁷⁴ Sobre isso, em pontos subseqüentes, haverá um tratamento mais pormenorizado.

¹⁷⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p.9.

¹⁷⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 8.

3.4.2.2. A prova legal ou tarifada

Com a progressiva secularização estatal – por meio da qual se distinguiu o delito do pecado –, as ordálias saem de cena e o direito apresenta o *sistema da prova legal* como antídoto ao arbítrio e excesso de poder judicial.¹⁷⁷ Esse sistema consistiu na produção de regras que predeterminavam de forma geral e abstrata o valor que deveria ser atribuído a cada tipo de prova.¹⁷⁸ Ao contrário do que se pensa, o sistema da prova legal inicialmente foi fruto da elaboração doutrinal dos juristas medievais. Sua origem primária não foi a lei, e sim a cultura jurídica formalista, “amante das sutilezas e das complicações classificatórias”.¹⁷⁹ Depois desse primeiro desenvolvimento é que o legislativo entrou em ação no sentido de sistematizar as regras cuja função era a de predeterminar o valor de cada prova segundo critérios “racionais”; virar de vez a página da irracionalidade jurídica experimentada no Medievo.

“(…) No sistema da prova legal se expressa uma racionalidade metodológica substancialmente coerente com as formas de racionalidade geral das épocas caracterizadas por esse fenômeno. Os juristas enfrentam o problema de elaborar critérios para a valoração das provas e o fazem empregando, pouco a pouco, os instrumentos culturais gerais de que dispõem: primeiro a lógica aristotélica-tomista e depois técnicas da (lógica) combinatória e de análise classificatório.”¹⁸⁰

Ou seja, mais do que vontade legislativa, o sistema da prova legal expressa a racionalidade de uma época. Desenvolveu-se do século XIII ao XVII, refinando-se em complexas listas de regras detalhadas que estabeleciam o peso específico de cada meio de prova. Passou por várias premissas culturais e filosóficas, da escolástica ao racionalismo humanista.¹⁸¹

Nas suas versões mais sofisticadas, atribuiu ao julgador a elaboração de cálculos por ocasião do julgamento do caso concreto: valores quantitativos fixados *a priori* para cada meio de prova – habitualmente expressados em frações

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 134: “En un cierto sentido, ese sistema era ‘racional’: sustituía a las antiguas formas probatoria irracionales basadas en ordalías y en el juicio de Dios.”

¹⁷⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 387.

¹⁷⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 389.

¹⁸⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 389. (T.L.)

¹⁸¹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 134.

ou em relações equivalentes a frações –¹⁸², tabelas cujo objeto era o estabelecimento de classificações hierárquicas dos meios de prova, que deviam ser tomados em conta pelo julgador de modo a definir uma ou outra consequência jurídica. Esses cálculos tinham a função de “proteger” as partes do subjetivismo judicial. Álgebra, e não apreciação das provas.¹⁸³

Vê-se, pois, que o sistema da prova legal foi uma busca irracional da razão. Por ter representado uma “jaula vinculante” ao juiz,¹⁸⁴ tentando reduzir a entrada dos valores particulares do julgador, transformando a contra-golpes casos difíceis em casos fáceis, a prova legal perdurou no direito probatório europeu até o fim do séc. XVIII.¹⁸⁵ Mas fica claro o quanto a busca da verdade dos fatos restou excluída de seus propósitos, basta atentar para o reconhecimento da confissão como peça chave da determinação da verdade, o que tornou corriqueira a cena do tormento judicial.¹⁸⁶ A dor como melhor amiga da verdade, garante das deduções “inequívocas” providas por esse sistema.

Jeremy Bentham percebeu isso em seu tempo (a primeira publicação do *Tratado das provas judiciais* é de 1827) e não se furtou às críticas.¹⁸⁷ Defendeu a

¹⁸² Isso foi notado por Voltaire na crítica que fez à obra de Beccaria “Do delito e das penas”: *apud* ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. p. 197: “Bien reveladoras al respecto (fala sobre a queda da prova legal) son las palabras de Voltaire, en su comentario al libro de Beccaria, cuando denuncia la admisión de ‘medias pruebas que no son en realidad más que dudas, pues es sabido que no existen medias verdades; pero en Tolouse se admiten las cuartas y octavas partes de prueba. Por ejemplo un *he oído decir*, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro *he oído decir* un poco más vago, como una octava parte; de modo que ocho rumores que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, peden componer una prueba completa...’.”

¹⁸³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 391.

¹⁸⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 393.

¹⁸⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 134.

¹⁸⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 11.

¹⁸⁷ Bentham faz uma crítica específica à confissão obtida por meio dos tormentos judiciais. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. p. 588: “Esas confesiones formales, arrancadas por los tormentos, dejan por lo menos tantas dudas como las confesiones virtuales resultantes del silencio, las contradicciones o los absurdos a que un acusado culpable recurre en los interrogatorios. Nada se gana, pues, para la seguridad del juez. Y quienes piensan que la pena de muerte es injustificable sin la confesión directa del acusado, deben llegar a la conclusión de que se debe abolir esa pena. No hay término medio: se tiene que suprimir si no se la puede justificar nada más que por medio tan funesto a la justicia y tan terrible a la inocencia. Es superfluo porque con relación a la prueba para un acusado suficientemente convicto, la tortura tiene un efecto contrario al fin perseguido por la ley, tratándose de un criminal robusto y endurecido, capaz de resistir el dolor y bastante apegado a la vida para tratar de conservarla a ese precio. El resultado es que se asegura una impunidad final y escapa a una convicción manifiesta. Y, ¿cuál es la clase de criminales en cuyo favor esa probabilidad llega al más alto grado? Precisamente aquellos que, después de su liberación, serán los más peligrosos para la sociedad y los más fecundos en crímenes futuros. (...) Pero supongamos otro resultado del que no faltan frecuentes y averdados ejemplos.

importância da atividade valorativa do julgador frente um procedimento que prescrevia de antemão as conclusões que deveriam ser extraídas na ocasião da sentença. Se com isso almejava-se a eliminação do arbítrio, o que era conseguido, sem dúvidas, era a supressão das promessas feitas pelas leis substantivas.¹⁸⁸

“A forma de atuar pode ser constrangida, mas a maneira de pensar não: a conduta pertence ao ofício, o sentimento à natureza. Se o juiz, de acordo com as regras do procedimento, absolve o acusado que crê culpado segundo os termos da lei, se faz perder um direito um cidadão que, conforme seu entendimento, a lei queria lhe conservar; em uma palavra, se o negócio tem um desenlace contrário ao que haveria tido segundo a integridade de um juiz livre, se pode estar seguro de que aquelas leis são ruins.”¹⁸⁹

Mas faz a ressalva que não defende a abolição de todo e qualquer controle sobre os julgadores. Não pensa a vontade dos juízes como uma regra absoluta. Contudo, vê sim como absurdas as regras que obrigam a um juiz sentenciar sem liberdade de valorar as provas, fazendo do procedimento o inimigo do direito (direito material, já conferido normativamente aos cidadãos).¹⁹⁰ Demais disso, Bentham elenca as finalidades do processo sendo elas; 1. A retitude das decisões, 2. A celeridade, 3. Economia e 4. Eliminação dos obstáculos supérfluos,¹⁹¹ enfatizando que o sistema da prova legal não realiza nenhuma delas, pelo contrário; multiplica gastos, dilações, aproveitando para agregar “tudo o que possa fazê-lo mais ininteligível”.¹⁹² Essas complicações defendidas sob o manto de trazerem “objetividade” no trato do caso concreto e “certeza matemática” para seus resultados. Assim, não se pode deixar de notar uma certa continuidade entre a prova legal e sua antecessora: em ambas existe a defesa do uso exclusivo de raciocínios dedutivos; as ordálias amparadas na vontade de Deus; a prova legal na

Supongamos que el acusado sea inocente y que la confesión del delito le haya sido arrancada por la tortura. El agravio producido a la confianza pública es profundo y la inocencia, única salvaguardia con la cual se puede contar, no será ya un recurso asegurado. Véase qué contraste de resultados: la tortura no sólo no ofrece peligro para el criminal, sino que proporciona un medio de salvación; mientras que todo el peligro recae sobre quien no es delincuente.”

¹⁸⁸ Decidiu-se preservar a classificação “regras substantivas-regras adjetivas” empregada pelo autor.

¹⁸⁹ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. p. 6. (T.L.)

¹⁹⁰ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. p. 6: “(Lo que la ley sustantiva promete a los ciudadanos, la ley adjetiva les quita los medios de obtenerlos; los dos aspectos de la ley están en oposición uno con el otro.”

¹⁹¹ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. p. 5.

¹⁹² BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. p. 7.

irrefutabilidade dos números. Por essa razão, merecem figurar no capítulo da irracionalidade jurídica.¹⁹³

3.4.2.3.

A livre convicção (uma garantia epistemológica *em negativo*)

Com o advento da Revolução Francesa e chegada da filosofia iluminista, o sistema da prova legal entrou em colapso.¹⁹⁴ No lugar da desconfiança dos juízes corruptos aos que a “investigação” sobre os fatos era atribuída, via-se o juiz funcionário estatal, treinado para desempenhar sua atividade de forma imparcial e responsável. Desnecessário, portanto, os esforços normativos em se evitar a liberdade do julgador face à resolução sobre os fatos.

“O método de uma valoração baseada no cálculo de valores numéricos predefinidos foi abandonado e substituído por uma concepção completamente diferente da valoração da prova. O julgador já não está obrigado a seguir regras abstratas: tem que determinar o valor probatório de cada meio de prova específico mediante uma valoração livre e discricional. Essa valoração tem de ser feita caso a caso, conforme *standards* flexíveis e critérios razoáveis. A idéia básica é que esse tipo de valoração deve conduzir ao julgador a descobrir a verdade empírica dos fatos objeto de litígio, sobre a única base de apoio cognitivo e racional oferecidos pelos meios de prova disponíveis.”¹⁹⁵

No entanto, como acentua Taruffo, a introdução do sistema da livre convicção, por si só, não soluciona todos os problemas relacionados à decisão sobre fatos.¹⁹⁶ Ou seja, dizer que um determinado ordenamento jurídico incorporou a livre convicção não equivale a dar por resolvidas todas as complicações concernentes à avaliação do conjunto empírico. Que o juiz seja livre para valorar, isto é, que não esteja vinculado a um resultado previamente normatizado é apenas uma *condição necessária* para uma correta determinação dos fatos, nunca sendo-lhe *suficiente*. Sendo assim, cabe dizer que a livre convicção é uma garantia epistemológica *em negativo*:¹⁹⁷ resguarda a tarefa de

¹⁹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 12. E também ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. La motivación de los hechos en la sentencia penal. p. 197.

¹⁹⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 134.

¹⁹⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 135. (T.L.)

¹⁹⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 136. No mesmo sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 160.

¹⁹⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 396. E GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 158.

tentar conhecer dos resultados inconvenientes ditados de forma apriorística pelos regramentos probatórios.

“Com efeito, quando cai (nos limites em que isso acontece)¹⁹⁸ o sistema da prova legal, este não é substituído por uma nova racionalidade, senão pelo vazio. É uma constatação comum que o princípio da livre convicção do juiz tem sempre um significado essencialmente negativo, no sentido de que indica uma área do fenômeno probatório não coberta por regras de prova legal. Não há uma racionalidade, entendida como corpo orgânico de princípios racionais geralmente aceitos, que venha a dar conteúdo ao espaço que a queda da racionalidade medieval e do século XVIII deixou livre.”¹⁹⁹

Desse modo, por não determinar nenhuma forma pela qual o julgador deve valorar os fatos e cuidando apenas de livrar o sujeito cognitivo de amarras normativas, deu-se o surgimento de diversas interpretações, nem sempre favoráveis ao uso de critérios racionais ou de fornecer controlabilidade às decisões proferidas pelo Judiciário. Uma dessas formas foi a *convicção íntima* do juiz, segundo a qual a valoração seria uma espécie de experiência espiritual subjetiva.²⁰⁰ Um momento místico.

Essa forma de se entender a livre convicção, isto é, como convicção íntima do julgador, está bastante relacionada à técnica conhecida como *imediação*. A imediação representa uma maneira eficiente de produção da prova. Imagine-se a oitiva de uma testemunha por exemplo, em que, a qualquer momento o juiz, por estar em contato direto e imediato com o colaborador, pode lhe pedir que esclareça tal ou qual ponto. Tanto se pode esclarecer eventuais ambigüidades em decorrência de palavras mal escolhidas pelo declarante, como as contradições podem restar mais evidentes.²⁰¹ Ou seja, para a determinação correta dos fatos, a técnica de produção probatória da imediação mostra sua eficiência. Contudo, seu

¹⁹⁸ A ressalva feita em forma de parêntese pelo autor vem no sentido de explicitar que a mudança do sistema da prova legal para o da livre convicção se deu de forma gradual. Ver TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 394.

¹⁹⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 396. (T.L.)

²⁰⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 137.

²⁰¹ Perfecto Andrés Ibáñez ressalta a positividade da imediação, já que agiliza o controle do juiz sobre a veracidade das alegações, possibilitando a contestação imediata de cada antinomia ou ambigüidade contida na fala daquele que colabora, assim como torna viável que as partes desmascarem falsidades ou reticências de seu opositor. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre el valor de la inmediateción (una aproximación crítica). In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *En torno de la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto. p. 159.

valor pára por aí: constitui uma *técnica* para a produção da prova, nunca um *método* para valorá-las.²⁰²

Mas foi exatamente deste segundo modo que a íntima convicção a entendeu. O fato de se estar frente a frente com a testemunha ou com a vítima foi interpretado como um momento extrasensorial, um contato direto, não com as alegações sobre os fatos (que é o que qualquer testemunha ou parte fornece), mas com os fatos mesmos. Imediação e verdade dos fatos, esta sucedânea daquela. A descoberta da verdade era uma atividade personalíssima e desde sempre, livre de qualquer tipo de controle; só o juiz manteve um contato direto com a verdade dos fatos, expressada pela forma de olhar, no correr das lágrimas, no apertar das mãos suadas pela aflição etc. Essa presença com o “inefável” era o tido por verdade pela livre convicção preenchida pela interpretação da íntima convicção. Nem mesmo os recursos em que se pedia a reforma de sentenças equivocadas eram providos, com base nessa versão supervalorada da imediação. O inefável é irrepetível. Ninguém pode entender melhor o caso concreto do que o juízo *a quo*. E nisso, também os tribunais recursais se excusavam do trabalho que tinham de prover. Como se dos mesmos fatos não se pudesse haver interpretações distintas, como se a atividade jurisdicional fizesse uso de um raciocínio meramente dedutivo.²⁰³

“(…) Uma coisa é a objetiva produtividade da confrontação e do diálogo direto, com tradução discursiva em expressões e argumentos articulados com o propósito de justificação, de explicação, de retificação, de evasão ou de excusa, suscetível de se registrar fielmente por escrito e, com isso, também um exame diferenciado, que permita reconsiderar eventuais conclusões apressadas fruto da percepção original imediata. E outra coisa é a leitura da linguagem gestual, da atitude do que declara no momento em que o faz, conformada por traços essencialmente ambíguos, de imprecisa significação e, por isso, abertos a todas as interpretações em quaisquer das chaves possíveis. Pois, a palidez do rosto, o gaguejar e a insegurança na expressão ou o que se faça com as mãos durante o interrogatório, a olhos de um observador não-especializado nesse tipo de exames e sem outros dados e antecedentes do declarante que os formalizados constantes da causa, o mesmo poderia significar medo do culpado a ser descoberto na encenação da mentira e o pavor do inocente a não lhe acreditarem quando conta a verdade.”²⁰⁴

²⁰² IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. p. 177. Acompanhando essa tese ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica). p. 159.

²⁰³ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica). p. 169.

²⁰⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica). p. 160. (T.L.)

Frente a essa incontornabilidade e ao caráter personalíssimo que mais funcionava como proteção a qualquer possibilidade de verificação do que foi tido por verdade, surgiu a defesa da livre convicção como uma *valoración racional da prova*.²⁰⁵ E é desta metodologia que se toma partido nesse trabalho, que defende para além da ausência de regras jurídicas “hierarquizadoras” dos resultados extraídos dependendo do meio de prova que fora utilizado, também a imprescindível adoção de critérios racionais.

Todavia, essa afirmação de critérios racionais remete outras necessidades à decisão do julgador. Não basta ser racional. É preciso que o julgador compartilhe o seu raciocínio (espera-se, criterioso) primeiramente com as partes, tornando-lhes possível a discordância e, frente a ela, a interposição do recurso cabível, assim como também é imprescindível sua disposição ao controle da sociedade (caso seja necessário). Sendo assim, não se fala de outra coisa, senão no imperativo de que os julgadores motivem suas decisões. Não há como se falar de *valoración racional* sem relacioná-la, de imediato, com a *premência da motivação*. É ela que torna possível a verificação da utilização de critérios racionais pelo julgador na ocasião da avaliação das provas e das conclusões que dela foram extraídas, em que, construiu sua premissa fática. Por isso, a análise da *valoración racional*, que poderiam pensar, pertinente ainda neste capítulo, ficará mais bem localizada junto à *motivação*, portanto, ambas no próximo e último capítulo.

²⁰⁵ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas e Juan Igartua Salaverría. México: Doctrina Jurídica Contemporánea. 2003. pp. 253-254: “La libre valoración de las pruebas no es sin embargo libre en relación a las reglas de la lógica. La lógica significa el respeto del principio de no-contradicción y de racionalidad interna de la decisión probatoria.” No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. p. 1297: “El principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado a las reglas de la razón.”

4

Valoração racional do conjunto probatório, decisão judicial e motivação

O fim do trabalho se aproxima e até aqui já se fez algumas defesas. É possível retomá-las. No capítulo inicial afirmou-se a verdade como correspondência com um mundo exterior, mas fez-se a ressalva de que não se pensa numa verdade absoluta (esta sendo realocada a um ideal regulativo a ser perseguido), porquanto são sabidas suas limitações – tanto relativas a uma verdade totalmente cognoscível quanto com respeito às limitações do sujeito que a pretende conhecer.²⁰⁶ A isso, seguiu-se a afirmação de que também no contexto processual há uma preocupação cognitiva estrutural, em razão de que a determinação correta dos fatos é uma condição necessária – sabe-se, no entanto, nunca suficiente – para que os efeitos jurídicos sejam adequadamente atribuídos e, assim, a norma e, em última instância, o direito, possam continuar a cumprir sua tarefa de oferecer motivações para as condutas de seus destinatários.²⁰⁷ Mas se a verdade é um dos propósitos processuais, não chega a ser o único. Daí a presença de regras não e contra-epistemológicas, as quais objetivam salvaguardar outros interesses, como a razoável duração do processo e os direitos fundamentais reconhecidos por um ordenamento jurídico em questão. Contudo, a admissão da verdade como importante ao processo, isto é, da determinação correta dos fatos, não resolve, por si só, as inquietudes epistemológicas que acometem aos julgadores no momento da decisão. Há modos e modos de se interpretar o que seja a determinação da verdade dos fatos. Foi do que se tratou no capítulo anterior, sob o nome de sistema da prova legal,²⁰⁸ que não fazia outra coisa senão sujeitar a critérios jurídicos o momento das conclusões cognitivas advindas da produção probatória, ou da livre convicção entendida como convicção íntima,²⁰⁹ que tornava incontrolável o momento da valoração das provas, confundindo-o com sua mera produção. O que há em comum em ambos os modelos, assim como nas ordálias, é o mascaramento da natureza indutiva do raciocínio empreendido pelo julgador, isto é, que dele se extrai conseqüências prováveis, nunca conclusivas.

²⁰⁶ Recorde-se do item 2.3.

²⁰⁷ Item 2.4.1.

²⁰⁸ Item 3.4.2.2.

²⁰⁹ Item 3.4.2.3.

Por isso, chegou-se aqui. Mesmo indutivamente, o julgador pode realizar sua tarefa mediante critérios racionais. Em poucas palavras, a falta de certeza absoluta não se configura como um sinônimo de um agir irracional. Daí a defesa da valoração racional da prova, segundo o método da *corroboração de hipóteses*, objeto do próximo item.

4.1. A corroboração de hipóteses

Através da corroboração de hipóteses objetiva-se determinar qual dentre as hipóteses trazidas ao processo guarda mais probabilidade de ser verdadeira, isto é, de se corresponder com a realidade do(s) fato(s) exterior(es) objeto(s) da lide. Por outros termos, busca-se avaliar a *confiabilidade* de uma inferência que vai de uma proposição a outra em contextos não afeitos à lógica dedutiva.²¹⁰ Assim, quando inexistem elementos probatórios em favor de uma hipótese não se conclui mecanicamente por sua falsidade. Continua sendo possível que a hipótese se corresponda com a realidade, mas isso não pode ser inferido a partir das provas produzidas. Daí a recomendação de que seja conformado o conjunto de elementos o mais rico possível na fase que antecede à valoração; do contrário enfrenta-se-á maiores riscos de situações de insuficiência de provas e a necessidade de se recorrer às regras de ônus ou presunções relativas, haja vista a premência da decisão.

Mas como se pode concretizar a corroboração de hipóteses? Antes, uma passada a uma questão que lhe é prejudicial: a *credibilidade das provas*.²¹¹ Porque de nada adianta primar por um raciocínio criterioso a ser realizado pelo julgador no que tange às conclusões a que está logicamente autorizado a chegar se não se cuida da qualidade das premissas que lhe servem de base. Sendo assim,

²¹⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 123.

²¹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 125. E também, TARUFFO, Michele. *La prueba*. pp. 139-140: “El primer paso de establecer la conexión entre pruebas y hechos consiste en valorar la credibilidad de cada medio de prueba. El juzgador tiene que determinar si las personas que fueron interrogadas como testigos tienen credibilidad y si una prueba documental, real o demostrativa es auténtica. Establecer la credibilidad de una prueba puede requerir llevar a cabo valoraciones complejas; por ejemplo, cuando la veracidad de un testimonio es dudosa y tiene que ser verificada sobre la base de datos acerca del comportamiento del testigo en el curso del interrogatorio, o de su relación peculiar con la causa. En tales circunstancias, puede suceder que otros medios de prueba acerca de la persona del testigo sean necesarios para lograr una valoración bien fundamentada de su credibilidad. Ese juicio – a su vez – puede ser complejo y basarse en un conjunto de otros medios de prueba.”

importa sempre o exame se o testemunho é ou não confiável (“ouvii” muito de longe a ameaça; estava sem óculos mas tem “certeza” de que se tratava de Fulano, tem interesse na causa ou não), se o documento é forjado, ou seja; se dessas provas é mesmo possível extrair algo que tenha a pretensão de corresponder-se com a realidade dos fatos.

Superada a credibilidade das provas, é certo dizer que a corroboração busca chegar à hipótese mais provável criando circunstâncias que a diferencie das hipóteses concorrentes. *Falseamento e refutação*.²¹² A hipótese que sobreviver a essas operações será, enfim, a mais provável. Buscando o esclarecimento dessas afirmações, alguns exemplos podem ser examinados.

O primeiro deles de fato ocorreu.²¹³ Entre os anos de 1844 e 1848, o médico Ignaz Semmelweis investigou sobre as possíveis causas dos altos níveis de morte por febre puerperal na maternidade em que trabalhava (1844: 8,2%; 1845: 6,8%, 1846: 11,4%) se comparados aos óbitos resultantes da mesma doença nas outras maternidades (1844: 2,3%; 1845: 2,0%; 1846: 2,7%). A primeira hipótese levantada foi a de que a febre era causada por “influências epidérmicas”, que se estendiam por cidades inteiras. Mas essa hipótese cedeu frente ao fato de que as unidades adjacentes foram afetadas de modos muito distintos pela epidemia. Então se procedeu à elaboração de uma comissão designada para investigar o caso, da qual surgiu a hipótese de serem os estudantes com pouca experiência e conhecimentos obstétricos os causadores da elevada mortalidade. Se essa hipótese fosse verdadeira, bastaria o afastamento desses estudantes para que as ocorrências de morte também baixassem. Mas isso não se deu. Ou seja, também a hipótese de os estudantes serem a causa teve de ceder. A isso, passou-se à análise da hipótese de ser o sino do padre o causador da febre e dos conseqüentes índices de mortalidade, em função da angústia da proximidade

²¹² Juan Igartua Salaverría faz menção a três estágios da atividade jurisdicional, tendo como foco a análise das hipóteses (isto é, as teses das partes antes guardam um valor inicial de apenas hipóteses; podem ser verdadeiras ou não). 1. A primeira fase é a verificação de hipóteses, se não houver provas que as corroborem, nem é preciso ir além; 2. Apresentadas provas, dá-se o momento do falseamento (falsación), analisando as provas que refutam a hipótese. Se se logra refutá-la, ela deve, ou ser modificada, ou abandonada. 3. Mas pode ser que ela supere o falseamento. Aí, um terceiro momento: a hipótese que sobreviveu não é a única, isto é, uma outra hipótese também passou pelo crivo do segundo estágio. O juiz então deverá, num terceiro momento *decantar* a hipótese mais provável. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. p. 146.

²¹³ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. pp.129-130.

com a morte que o sino fazia surgir. Mas também essa hipótese não sobreviveu, pois o padre passou a fazer outros caminhos excluindo os corredores da maternidade de seu roteiro na tarefa de alentar seus moribundos. Finalmente, Semmelweis chega à hipótese que se mostrará correta: um médico se cortou com instrumento utilizado nas autópsias e, com o passar de alguns dias, veio a falecer. Imagina então que o elevado índice de óbito das mulheres que acabaram de dar à luz pode se dever ao fato de serem operadas com instrumentos contaminados pela autópsia. Se essa hipótese estiver certa, a inserção de mecanismos de desinfecção do instrumental utilizado em autópsias assim como do pessoal a que cumprem ambas as atividades (obstétrica e autópsia) fará baixar o número de mortes – previsão. Em 1848, a mortalidade da Maternidade de Semmelweis caiu para 1,27%, após a adoção de mecanismos de desinfecção dos instrumentos e profissionais.

Um exemplo do contexto jurídico.²¹⁴ Suponha-se que a polícia tenha sido alertada por um alarme anti-roubo de uma casa. Lá chegando, depara-se com um sujeito no jardim, sendo o mesmo detido. Inspeccionada a casa, comprova-se que foram furtadas jóias muito valiosas que estavam guardadas num esconderijo do quarto do casal. Se a hipótese de que o homem do jardim é culpado estiver correta, ainda estarão em seu poder as mencionadas jóias – uma previsão lógica. Pois bem, a revista é realizada e de fato as jóias se encontram nos bolsos do sujeito. Essa prova claramente corrobora a hipótese de que o sujeito do jardim é o culpado pelo furto. No entanto, o detido faz uso de uma outra hipótese: ele é jardineiro da casa e, quando ouviu o alarme foi em sua direção para ver o que acontecia; ao ver as jóias caídas no chão as recolheu para devolvê-las à dona tão logo a visse. A previsão de as jóias estarem sob poder do suspeito é compatível com as duas hipóteses (culpado, inocente). Até aqui, não é possível decidir-se racionalmente por uma ou outra. A preferência por uma das alternativas não pode ser estabelecida segundo critérios racionais. Contudo, se a hipótese de que seja culpado estiver correta, dado que não carregava luvas, nem foram encontradas luvas jogadas no jardim, pode haver impressões digitais suas no quarto dos proprietários – outra previsão. Se ela se cumprir, já será possível eleger uma dentre as hipóteses.

²¹⁴ Exemplo utilizado por Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración racional de la prueba*. p. 135.

Os exemplos trazidos servem para aclarar algumas características da corroboração. Há sempre uma *previsão* que desempenha uma dupla função: descarte de uma hipótese + suporte de outra hipótese. Não se terá nunca a certeza absoluta de que a hipótese vencedora é mesmo verdadeira. Ainda que uma hipótese “H” disponha de grande apoio indutivo, sempre haverá a possibilidade de que uma hipótese diversa “J” preveja o mesmo resultado (como as jóias em poder do detido, compatível tanto com “H”, sendo H culpado, como com “J”, sendo J inocente). O importante é que a valoração em questão esteja justificada com base no estado atual de conhecimento (elementos de prova produzidos no processo), isto é, que o grau de conhecimento que se tem ao dispor no momento da valoração não permita que se chegue à mesma previsão via hipótese “J”, mas tão-somente por “H”. “J” seria, ao tempo da valoração, inexplicável, inatingível.

“A comprovação do cumprimento da previsão se converte num novo elemento de juízo para o processo, uma nova prova para o processo, que se incorpora ao processo e introduz um novo fato (predito e cumprido) como dado que se acumula aos já existentes. As hipóteses sobreviventes, se são mais de uma, deverão ser compatíveis com esse novo dado e os já existentes anteriormente. Para aumentar a corroboração das hipóteses sobreviventes deverá se realizar alguma nova previsão que permita eliminar alguma delas (por não ser compatível ou não poder explicar o fato previsto), e assim sucessivamente. Quanto mais passos desse tipo se haja dado e mais hipóteses rivais tenham sido eliminadas (falseadas), maior será a corroboração da(s) hipótese(s) sobrevivente(s).”²¹⁵

4.2.

Prova direta, prova indireta e máximas da experiência

A tarefa de determinar qual a hipótese mais provável pode ser bastante complexa. Isso, porque uma hipótese pode ser composta por uma pluralidade de alegações sobre os fatos. Observe-se o exemplo das jóias: se se toma a hipótese do suspeito inocente, vê-se ser composta por 1) alegação de que não furtou as jóias, 2) de que é jardineiro, 3) de que é jardineiro e recolheu as jóias quando foi atraído à casa em função do alarme. Sendo assim, existem fatos secundários, inicialmente desimportantes juridicamente e há o fato principal, pelo que o direito se interessa precipuamente, que é o furto das jóias, conduta tipificada como ilícita pelo regramento penal, mas que pode ser provado *direta* ou *indiretamente*. Uma prova

²¹⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 138. (T.L.)

direta seria uma testemunha dizendo que viu o furto (fato principal), ou fita de vídeo que haja gravado o mesmo evento (fato principal).

No entanto, dada a dificuldade de se poder contar sempre com provas diretas, o direito tem de se contentar com provas indiretas, que são indícios que, uns somados a outros, podem levar à conclusão do fato principal. Da prova de um fato secundário a outro, chega-se ao fato principal. Ser jardineiro (secundário) e estar com os pertences valiosos da patroa no bolso (secundário) não traz a conclusão necessária de que seja ele o culpado de furto (principal) – é possível que seja um empregado diligente e honesto, que apenas cumpria com sua consciência de guardar o que sabe não ser seu para devolver à dona tão logo pudesse. Mas a combinação de estar ao jardim quando da chegada dos oficiais (secundário), com jóias em seu poder (secundário), e ter suas digitais no quarto do casal (secundário), pode configurar uma cadeia racional de inferências que leva à conclusão de que é sim culpado pelo furto (principal). Ou seja, nessas condições (estar ao jardim + jóias no bolso + digitais no quarto onde as jóias estavam guardadas), é mais provável que haja cometido o furto do que sua negativa. As inferências que se realizam buscando interligar as circunstâncias (fatos secundários) a fato principal têm apoio em conhecimentos prévios à investigação, informações já sabidas de antemão. Que seriam essas informações? Como autorizam a passagem de fatos secundários, portanto não havidos como relevantes ou preocupantes para o direito, a fato principal?

Esse o papel das *máximas da experiência*, regras que obedecem à estrutura “Se A, então *normalmente* B”, muito utilizadas nos mais variados contextos da experiência. Como quando se está numa partida de futebol e se vê alguém muito contente no momento do gol, infere-se que se trata de um torcedor daquele time; quando alguém numa mesa de bar passa a falar um pouco enrolado, infere-se que tenha bebido mais do que devia; quando se depara com uma pessoa muito bronzeada, infere-se que tenha passado o dia na praia. Ou que a gestação humana tem a duração de mais ou menos nove meses, que o átomo é a partícula indivisível, que a água ferve a 100 graus centígrados etc. Percebe-se, pela diversidade de exemplos que elas podem ter origens as mais distintas. Aqui, serão classificadas em 1) decorrentes do senso comum ou 2) advindas das ciências. O

que as une é que ambos os tipos fazem parte do *patrimônio antropológico e cultural*, podendo levar uma vida invisível sendo empregadas automaticamente.²¹⁶

No entanto, quando se trata do contexto processual, sua aplicação deve ser implementada de modo bem mais prudente, isto é, refletido. A utilização do vocábulo *normalmente* significa, sob um olhar mais cuidadoso, *nem sempre*. Logo, as *máximas* suportam exceções e será preciso averiguar no caso concreto se se trata de uma regular incidência da regra ou de sua exceção. Que se volte ao exemplo do jardineiro. Segundo a experiência comum, um sujeito que está cheio de jóias no lugar do furto *normalmente* é o culpado. No entanto, necessária a verificação se o caso concreto se encaixa na premissa menor da regra cantada pela máxima, ou se, de outro modo, trata-se de uma exceção. Até porque, sob a categoria de máximas da experiência há generalizações, no mínimo, apressadas, construídas com base em ilações sem fundamento (“Quem não deve, não teme”, “o brasileiro é um povo preguiçoso”).²¹⁷ Assim, há que se reconhecer a imperiosidade de a elas se recorrer, mas sem que isso represente uma atitude negligente frente aos perigos que lhes são inerentes.

“(…) As noções de sentido comum não podem ser eliminadas do raciocínio decisório e justificativo do juiz, desempenhando um importante papel no âmbito da prova e de sua valoração. É verdade, sem dúvida, que as máximas da experiência e as noções de sentido comum têm essa relevância, mas isso não demonstra que essas sempre constituam critérios válidos de inferência e valoração. Ao contrário, precisamente o fato de que o recurso a estas noções seja inevitável e que estas sejam tão incertas e perigosas se utilizadas acriticamente como regras de inferência torna obrigatório um uso extremamente cuidadoso e prudente das mesmas e, sobretudo, que sua força heurística e justificativa não seja supervalorada.”²¹⁸

Por isso, foram criadas algumas condições para a incorporação das generalizações do senso comum: 1) que sejam comumente aceitas no ambiente socio-cultural da lide em questão, de maneira que somente as noções e

²¹⁶ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de la sentencia, imperativo constitucional*. p. 164.

²¹⁷ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de la sentencia, imperativo constitucional*. p. 167: “(…) Las mencionadas generalizaciones, que tienen su asiento en el sentido común, forman un conjunto heterogéneo, incierto, incoherente, histórica y localmente variable, epistémicamente dudoso e incontrolable (…).”

²¹⁸ TARUFFO, Michele. Apêndice IV: La prueba del nexo causal. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. In: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons. 2008. p. 270. (T.L.)

informações claramente patrimônio da cultura média desse tempo e lugar possam ser usadas sem maiores justificações, 2) as máximas as quais se quer incorporar ao processo não podem já ter sido falseadas por conhecimentos científicos, 3) que as máximas a serem utilizadas não entrem em conflito com outras máximas. Por último, evidente que há generalidades mais ou menos prováveis, tudo depende da *base empírica* que lhe fornece suporte e da *regularidade* que apresenta: quanto maior a regularidade apresentada num amplo espectro de casos analisados, maior também a probabilidade. Pelo contrário, muitas exceções a serem suportadas, trazem descrédito à generalização sob exame.²¹⁹

“Que o fundamento e o grau de probabilidade das máximas ou regularidades usadas na confirmação, isto é, as que conectam a hipótese com as provas que a confirmam, tenha de influir na probabilidade final da hipótese confirmada não pode trazer dúvidas. Nenhuma dessas generalizações estabelece relações de necessidade, senão de probabilidade, mas é evidente que nem todas expressam o mesmo grau de probabilidade nem têm o mesmo fundamento cognoscitivo. Enquanto algumas destas regularidades expressam relações mais ou menos seguras ou precisas, outras, inversamente, apenas expressam toscas e imprecisas generalizações de sentido comum. Ademais, enquanto algumas delas possuem um fundamento cognoscitivo mais ou menos sólido (como as que constituem vulgarizações de conhecimentos naturais ou científicos), a outras falta fundamento suficiente (como as que reproduzem tópicos ou preconceitos difundidos). É evidente que tudo isso influirá no resultado da confirmação.”²²⁰

Contudo, os sujeitos do processo²²¹ devem permanecer atentos mesmo em se tratando de máximas decorrentes do contexto científico. Falou-se que o grau de probabilidade pode variar de máxima para máxima. Sendo o caso de máximas produzidas pelo contexto científico, a generalização extraída foi resultado efetivo da observação de uma amostra suficientemente larga, e mais; na qual não se observou exceções.²²² Logo, as máximas científicas são mais fortes se

²¹⁹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de la sentencia, imperativo constitucional*. p. 168.

²²⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 180. (T.L.)

²²¹ “Sujeitos do processo” significa partes e julgador. 1) O julgador deve apreciar com atenção a máxima trazida pela parte ao processo, avaliando segundo os critérios narrados, já que a qualidade da hipótese formulada pela parte (composta por alegações sobre os fatos, estas conectadas entre si por raciocínios inferenciais) depende da qualidade da máxima em questão; 2) As partes devem estar atentas às máximas levantadas pelo oponente, auxiliando o julgador quando este não se aperceba da falsa conexão explorada entre os enunciados fáticos trazidos ao juízo; 3) As partes devem estar atentas também ao julgador, porque pode fazer uso de alguma máxima na decisão e ela deve ser explicitada, isto é trazida à superfície, para que possa ser contraditada, refutada, posta à prova caso seja pertinente.

²²² PRITCHARD, Duncan. *What is this thing called knowledge?* p. 106. Referindo-se às induções no contexto científico, Duncan acentua a necessidade de contarem com uma amostra representativa (representative sample). Ex: “emas não podem voar”. Essa é uma afirmação

comparadas com as do senso comum. É possível que existam exceções, mas a probabilidade é baixa em razão da amostra representativa a que se procedeu. E, tão logo se observe uma exceção, a máxima deixa de ser considerada científica. Por isso é que há muita cautela quando se revelam regras científicas, elas são fruto de elevado esforço e dedicação dos pesquisadores envolvidos.

Mas se as exceções são de baixa probabilidade e são realizadas observações de amostras consideráveis, por que não se pode descuidar de máximas científicas no contexto do processo? Por que tem de se admitir com suspeita até mesmo as generalizações científicas se as conclusões delas surgidas contam com altos graus de probabilidade de se corresponderem à verdade dos fatos? A resposta a esses questionamentos deve versar sobre o lucrativo negócio que as “provas científicas” representam na atualidade.

Essa banalização do argumento “científico” é assunto de Taruffo,²²³ Igartua²²⁴ e Goldman,²²⁵ entre outros. Resulta evidente a relação cada vez mais próxima entre um processo compromissado com uma determinação correta dos fatos e os expedientes científicos. O progresso de métodos investigativos como o exame de DNA não deixa dúvidas. Nos dias de hoje configuram-se cada vez mais esparsas as situações em que o julgador tem de se contentar em aplicar uma presunção de que o marido da mãe é o pai da criança, posto que, à mínima dúvida, está ao alcance um exame que garante 99,99% de probabilidade de um resultado verdadeiro.²²⁶ Como o DNA, há outros exemplos; numerosas técnicas químicas e físicas de análises de materiais, de identificação de sons, de reconstrução e reprodução de certos acontecimentos e acidentes, de análises farmacológicas,

científica apenas na medida em que foi extraída da observação de uma quantidade expressiva de emas, por muitos anos, em diversas partes do mundo. Nunca, portanto, porque se viu duas emas que não voavam.

²²³ TARUFFO, Michele. Apéndice V: La prueba científica. In: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons. 2008. pp. 277-295.

²²⁴ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. pp. 165-166.

²²⁵ GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. pp. 304-311.

²²⁶ Mas com isso não se está a afastar a possibilidade de que mesmos métodos científicos válidos e corretos sejam aplicados de maneira incorreta e, conseqüentemente, gerem resultados contestáveis do ponto de vista cognoscitivo ou probatório: o DNA tem um grau de confiabilidade muito elevado, mas apenas se os protocolos de análise tenham sido adequadamente aplicados. Se o material foi manipulado com negligência, a confiabilidade da técnica se perde por completo. Ou seja, também as provas científicas estão sujeitas a um exame de *credibilidade*. TARUFFO, Michele. Apéndice V: La prueba científica. p. 282.

médicos, biológicos e genéticos das mais diversas naturezas.²²⁷ A lista é extensa. Isto posto, percebe-se que a ciência vem ocupando mais espaço; assim como a expansão do uso do termo “científico”. Mas esses são eventos distintos e nem tudo que se auto-qualifica como científico o é efetivamente.

“A aparição de métodos de investigação científica cada vez mais sofisticados e o aumento constante dos tipos de saber que ambicionam a ser considerados como conhecimentos científicos deram origem a um problema não apenas sumamente importante em termos epistemológicos gerais senão que adquire também grande relevância acerca do papel que a ciência pode desempenhar na comprovação dos fatos num juízo e na determinação de seu valor como elemento probatório. O problema é que nem todo conhecimento apresentado como científico é, só por esta circunstância, atendível e merecedor de ser usado como prova. Trata-se, pois, de distinguir a ‘boa’ ciência, válida, confiável, da ‘má’ ciência ou *junk science*, como foi denominada pela doutrina norte-americana.”²²⁸

O desafio fornecido pelo surgimento da *junk science* no processo foi inicialmente sentido pela ordenamento jurídico norte-americano, tendo sido abordado pela *Supreme Court*, ao ano de 1993,²²⁹ em *Daubert vs. Merrerll Daw Pharmaceuticauls, Inc.*. Na sua motivação, o juiz Blackmun ditou um sintético tratado de epistemologia, apontando critérios que deveriam ser atendidos no caso de conhecimentos científicos devessem ou não ser integrados ao processo: 1) controlabilidade e refutabilidade da teoria científica ou técnica em que a prova se fundamenta; 2) percentagem de erro conhecida ou potencial, bem como o cumprimento dos *standards* correspondentes à técnica empregada; 3) publicação em revistas submetidas ao controle de outros *experts*, da teoria ou técnica em questão; 4) existência de um consenso geral da comunidade científica interessada.²³⁰ Esse passou a ser um precedente de grande peso para os norte-

²²⁷ TARUFFO, Michele. Apéndice V: La prueba científica. p. 280. E ainda: “En muchos casos estos desarrollos ofrecen pruebas más seguras y objetivas sobre hechos pasados: basta pensar en la diferencia cualitativa de los actuales tests genéticos con respecto a las antiguas pruebas hematológicas.”

²²⁸ TARUFFO, Michele. Apéndice V: La prueba científica. pp. 281-282. (T.L.)

²²⁹ Caso *Dalbert* como um marco no tratamento processual do conhecimento científico em TARUFFO, Michele. Apéndice V. La prueba científica. p. 283: “La buena ciencia. El caso Dalbert” e também em IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. p. 168: “La tónica imperante hoy tiene su inicio en 1993, con ocasión de una sentencia del Tribunal Supremo conocida como caso *Dalbert* (...)”

²³⁰ TARUFFO, Michele. Apéndice V: La prueba científica. p. 283.

americanos, influenciando a promulgação do novo conteúdo da regra 702 das *Federal Rules*, em 2000.²³¹

Assim, conclui-se pela necessidade de atenção mesmo em se tratando de conhecimentos científicos. Não se pode prescindir do raciocínio indutivo no contexto processual, mas nem por isso o trânsito é livre para qualquer indução. Ela deve-se mostrar pertinente à resolução do caso concreto, dependendo dela a construção da “ponte” entre as circunstâncias indiciárias e o fato principal. Que sejam confiáveis, estejam conforme os critérios expostos, que possam ser debatidas.²³²

Mister, portanto, que estejam à *superfície*, e não escamoteadas por pretensas certezas irrefutáveis. Deixar à superfície, isto é, explicitar as induções, vale especificamente para o julgador, a quem compete zelar pela busca da verdade dos fatos no processo (e não para as partes, que apenas cumprem o esperado ao fazerem uso de um amplo expediente com o propósito de agir sobre o convencimento daquele que decidirá sobre seus interesses). Isso é o que garante máximas de qualidade, ou seja, de probabilidades altas, auxiliando a determinação

²³¹ TARUFFO, Michele. Apêndice V: La prueba científica. p. 284. Por esse motivo, Taruffo toma a experiência norte-americana no caso da *junk science* como “referência indispensável”. Ver também, GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. pp. 305-306. Goldman, por sua vez, ressalta como o caminho foi extenso até se chegar aos critérios surgidos do caso *Daubert*. Em 1897, a posição da Suprema Corte era a de que o que era dito por um *expert* deveria ser aceito sem ressalvas ou rechaçado inteiramente (“take it or leave it”); se o tribunal decidisse por aceitar o *expert*, tudo o que fosse por ele dito, estaria fora de dúvidas (“whatever qualified witness said was okay”). Em 1923, essa permissividade foi alvo de mudanças, decididas pela ocasião de *Frye vs. United States*. A questão versava a respeito da aceitação do detector de mentiras como meio de prova. A corte decidiu pela negativa, haja vista a falta de consenso da própria comunidade científica a respeito da confiabilidade do aparelho em questão. Nascia, portanto, um primeiro critério: consenso da comunidade científica. Aceitação geral como pressuposto da admissibilidade do conhecimento científico. Em 1975, uma regressão. A regra 702 das *Federal Rules of Evidence* passa a disciplinar o testemunho dos *experts*, mas não faz qualquer menção à consenso científico ou aceitação geral. A jurisprudência se divide, uns seguem *Frye*, outros ficam com a regra 702. Em 1983 é a vez do caso *Barefoot vs. Estelle*, que começou por força de um homicídio no Texas. A acusação trouxe um psiquiatra que testemunhou que havia “100% de chance” do acusado cometer novos delitos dessa violência no futuro. Como *amicus curi*, a *American Psychiatric Association* declarou pouco confiável a predição feita pelo *expert* (2 em 3 predições do gênero não se confirmam), mas, ainda assim, em 1984, *Barefoot* foi executado com base em “conhecimentos científicos”. Depois desse longo caminho é que chega *Daubert*, em 1993.

²³² IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. p. 164: “(...) Cuando el criterio que sirve de nexo inferencial no funciona tan mecánicamente es preciso sacarlo a la superficie de la motivación para analizarlo y debatirlo, sin olvidar que el empleo de tales inferencias debe ser bastante más prudente del que usamos en la vida cotidiana y hasta más arduo cuando se juzga una ‘conducta compleja’ (como en los procesos contra la mafia).”

correta dos fatos, sendo essa a sabida finalidade de uma valoração racional da prova.

“(…) Para evitar a infiltração sub-reptícia de elementos tão descontrolados nas decisões judiciais, a primeira medida consiste em exigir que os juízes tragam à superfície as máximas com que justificam sua decisão, a fim de que se possa controlar sua eventual arbitrariedade ou a consistência de seu embasamento empírico.”²³³

4.3. O momento da decisão

Ultrapassada a valoração racional dos elementos, adentra-se ao último momento constitutivo da atividade probatória, a decisão judicial. Ou seja, o julgador torna-se apto para decidir sobre dado conflito jurídico à medida em que se intera das especificades fáticas daquele caso, extraíndo, por meio da avaliação das provas, as conclusões cabíveis. Viu quais enunciados fáticos emitidos pelas partes guardam chances de correspondência com a realidade, distinguindo-os daqueles que somente intentavam lhe persuadir, sem a fundamentação fática pertinente. Aplicando máximas, empreendendo operações indutivas, elaborando previsões e as falseando, chegou à hipótese mais provável. Após essa digressão, poder-se-ia pensar que só resta ao juiz a tarefa de decidir conforme a hipótese mais provável. Mas não é assim. O resultado da valoração da prova que se obtenha não implica, por si só, nada a respeito da decisão a ser adotada.²³⁴

Será necessária a intermediação de algum *standard* de prova, que tem a prerrogativa de fixar qual grau de probabilidade é necessário para que se considere provada uma hipótese a fim de lhe conceder os efeitos jurídicos previamente apontados pelo ordenamento jurídico. Os *standards* representam as escolhas éticas feitas pelo legislador na tarefa de distribuir o risco das decisões equivocadas.²³⁵ Até que ponto um ordenamento jurídico julga ser aceitável o risco de decisões injustas, obrigando efeitos jurídicos, indesejáveis a quem não merece. Como se demonstrou aqui, a metodologia indutiva nunca habilita a aquisição de

²³³ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. p. 167. (T.L.)

²³⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 48.

²³⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 143.

certezas absolutas acerca da verdade das hipóteses.²³⁶ Sendo assim, subsiste a possibilidade dos *falsos positivos* e *falsos negativos* – respectivamente, declarar provada hipótese falsa, declarar não-provada hipótese verdadeira.²³⁷ Mas há estratégias distintas dependendo do bem jurídico que esteja envolvido. Essas estratégias estão representadas pelo 1) *standard* da *probabilidade lógica prevalecente* e por 2) *standard além de qualquer dúvida razoável*.

4.3.1. Probabilidade Lógica Prevalecente

Antes de explicar em que consiste esse critério, é necessário advertir que quando se usa o termo “probabilidade” não há uma referência a uma probabilidade matemática ou estatística. Isso porque, quando o que importa é a resolução do caso concreto, é preciso considerar suas especificidades e não apenas sublinhar as generalidades ou o que há em comum com outros casos parecidos. Se o dado estatístico pode apresentar grande utilidade para a implementação de políticas públicas, para a solução de conflitos individuais não trazem consideráveis contribuições. De fato, as estatísticas e os argumentos matemáticos podem fornecer equivocadamente uma aparência dedutiva a induções, o que implica numa redução de transparência da fundamentação subjacente aos julgados.²³⁸ Frente a essa inadequação, a probabilidade no contexto probatório refere-se ao grau de confirmação que uma hipótese recebe das inferências realizadas a partir da apreciação do conjunto de elementos probatórios fornecidos em juízo.

Feita a ressalva, é possível seguir com a definição do critério propriamente dito. Costuma ser aplicado aos conflitos atinentes à esfera cível, em razão da disponibilidade dos bens sobre os quais geralmente os desentendimentos versam. Ou seja, são igualmente ruins as situações de falsos positivos e falsos negativos, autor e réu suportam o mesmo risco acerca de uma eventual decisão equivocada. Ser condenado a pagar quantia a que originalmente não se deve (falso positivo, já que o autor em questão conseguiu que o juiz declarasse sua hipótese verdadeira quando em realidade era falsa), aos olhos do legislador civil é tão

²³⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 139.

²³⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 143.

²³⁸ TARUFFO, Michele. Apêndice IV: La prueba del nexo causal. p. 275.

indesejável quanto não se ganhar a indenização justa porque o juiz não tenha considerado provada a hipótese verdadeira trazida pelo autor (falso negativo).²³⁹

Demais disso, a probabilidade lógica prevalecente implica em duas condições para que se considere provada uma hipótese: 1) que seja mais provável que as outras hipóteses; e 2) que seja mais provável que a sua negação. Mas essa análise poderá ser feita a partir de dois ângulos. Tanto com relação à cada prova individualmente, avaliando se ela é eficaz e prova o fato principal ou secundário a que se propõe (abordagem atômica ou analítica), quanto considerando a plausibilidade da hipótese como um todo (abordagem holista ou sintética).

Neste trabalho, sustenta-se principalmente a imprescindibilidade da abordagem atômica, porquanto seja possível que um único fato que compõe uma cadeia seja provado como inexistente para que a hipótese perca sua força. Enquanto os partidários da abordagem holista afirmam ser possível suprir eventuais faltas probatórias em prol do conjunto da narrativa da hipótese mais plausível – pouco importando se essa “plausibilidade” está fundamentada tão-somente em fatos irrelevantes, acentuados por uma linguagem emocional e que, sendo necessário, fará uso de estereótipos e preconceitos –,²⁴⁰ a abordagem atômica permanece comprometida com o propósito de falsear a hipótese; que cria as previsões para serem derrotadas ou não pela hipótese, sendo ela, mais provável ou não a partir de cada desafio epistêmico ultrapassado. Há, pois, entre as duas estratégias uma distinção entre *narrativas boas* e *narrativas verdadeiras*.²⁴¹

Evidente que é possível que uma narrativa boa seja também verdadeira, mas seu autor não teria de se esforçar para provar sua provável correspondência com a realidade fática de acordo com os holistas, simplesmente porque a conexão com os fatos não é um fator tido como importante por seus seguidores.²⁴² Caso se retorne às considerações feitas no capítulo inicial acerca das teorias da verdade atuantes dentro do processo, ver-se-ia uma relação de completude entre holistas e

²³⁹ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. p. 222: “Unlike in the criminal case, where we deem the mistake of imprisoning the innocent far worse than the mistake of freeing the guilty, in the civil context we consider the mistake of a wrongly uncompensated plaintiff to be no less serious than that of a defendant wrongly held liable. The two errors being equal, the burden of proof selected reflects this underlying equality of values.”

²⁴⁰ TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas Judiciais. p. 220.

²⁴¹ TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas Judiciais. pp. 221-222.

²⁴² TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas Judiciais. p. 224.

coerentistas.²⁴³ A coerência como o conceito de verdade não a distingue da falsidade, porque também os enunciados falsos podem ser coerentes, mesmo quando fortemente persuasivos.²⁴⁴ No entanto, aqui não se chega a afirmar a coerência como um traço negativo de uma hipótese, diz-se apenas que não é suficiente. A confirmação da hipótese por meio de cada fato que a compõe é que precisa acontecer, mesmo que a narrativa apresentada pela parte não seja tão favorecida sob o ponto de vista “literário”.

No entanto, a teoria holista guarda sua utilidade, principalmente nos casos em que o julgador observe um “empate” entre as hipóteses formuladas em juízo, não lhe sendo possível justificar uma que seja preferível em termos de maiores chances de correspondência com o real porque a valoração das provas não deixa nenhuma delas em posição mais favorável do que sua oposta. Nesses casos, frise-se, *em que se procedeu o exame cuidadoso do conjunto probatório e*, a despeito disso, não há uma preponderância racional, é viável falar-se na escolha da melhor narrativa. Melhor narrativa quer dizer uma melhor reconstrução fática, e não a mais emocionante, a mais romântica etc. O juízo a ser feito deve estar vinculado a fatos.²⁴⁵ Fazendo uma analogia entre um mosaico e as narrativas judiciais, Taruffo acentua:

“Tendo que escolher um desenho entre todos os possíveis, é razoável escolher o que combina as peças no desenho mais bonito. De forma similar, tendo que eleger um entre diferentes relatos, cada um deles compostos por assertivas verdadeiras acerca dos fatos, até mesmo um julgador ‘analítico’ escolheria racionalmente a ‘melhor’ narração dos fatos em questão. Em uma palavra: os aspectos narrativos de uma história não são suficientes, por si mesmos, para determinar a preferência por essa história; contudo, esses aspectos podem ser considerados como parâmetros de preferência entre os vários relatos verdadeiros que narram os mesmos fatos.”²⁴⁶

Relacionando a coerência narrativa como critério de desempate ao risco de falsos positivos e falsos negativos de que o legislador previamente cuidou, vê-se que a hipótese mais coerentemente narrada empurrará para sua rival a decisão

²⁴³ Ver item 2.1.2.

²⁴⁴ TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas Judiciales. p. 222: “Basta con pensar en un testimonio que puede ser narrativamente coherente, pero falso, o en una decisión judicial que puede también estar justificada de forma consistente, pero que no se corresponde con las pruebas y, por lo tanto, con la realidad de los hechos, para encontrar ejemplos fáciles y claros de la distinción básica entre coherencia, consistencia o persuasividad y veracidad.”

²⁴⁵ TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas Judiciales. p. 226.

²⁴⁶ TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas Judiciales. p. 227. (T.L.)

desfavorável. Não há qualquer preferência previamente determinada pelo ordenamento jurídico a se evitar um tipo de decisão equivocada em especial. Mas mesmo admitindo-se a atribuição de um papel à coerência narrativa, não se diminui a preocupação que o processo, representado na figura do julgador, deve ter. Frente às boas narrativas, ele não se exime de ter de buscar o maior grau possível de correspondência entre alegações e os fatos mesmos por meio das provas produzidas.

Por isso, aqui se admite algum papel à abordagem holista, mas não se deixa de acentuar a preponderância do exame analítico das provas que corroboram os enunciados fáticos que compõem a hipótese nas suas individualidades. A probabilidade lógica prevalente ganha contornos mais apropriados ao método da corroboração de hipóteses quando a abordagem analítica assume seu protagonismo.

4.3.2. Além de qualquer dúvida razoável

Já em se tratando de conflitos referentes à comissão de ações valoradas penalmente, porque o bem jurídico envolvido na maior parte dos casos é a liberdade do acusado, o legislador costuma tentar evitar mais os falsos positivos. Por isso só vê como aceitável a punição se se tenha afastado todas as dúvidas razoáveis. Essa diretiva de ação já tinha sido apontada pelo jurista inglês William Blackstone, em 1769, nos seus *Comentários às leis da Inglaterra*: “Toda e qualquer evidência de crime deve ser admitida com cautela: porque de acordo com o direito, é melhor que dez culpados escapem do que um inocente sofra.”²⁴⁷ Mas o que a precaução frente à dúvida razoável prescrita pelo *standard* significa efetivamente?

Tal obscuridade é assunto de Larry Laudan,²⁴⁸ que se encarrega de mostrar quantas interpretações já foram assumidas pelas cortes norte-americanas para a aplicação da mencionada diretiva. De início, por volta de 1850, o *standard*

²⁴⁷ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Livro 4. Cap. 27. Versão digital disponível em <http://www.lonang.com/> acesso em agosto de 2009. (T.L.)

²⁴⁸ LAUDAN, Larry. Is reasonable doubt reasonable? *Legal Theory*. n. 9. United States: Cambridge University Press. 2003.

nasceu relacionado com a abstrata noção de “certeza moral”,²⁴⁹ que se atrelava com o modelo da íntima convicção já descrito aqui. Em âmbito penal, ter certeza moral era decorrência da atividade jurisdicional pensada conforme a livre intuição do julgador. Essa noção vingou até meados do séc. XX, quando, por volta dos anos 50, os tribunais norte-americanos decidiram reformar essa definição, pois sendo demasiadamente vaga, não auxiliava o jurado na tarefa de proferir o veredito.

Então a primeira reformulação pautava a decisão que deveria ser tomada na ocasião do julgamento às decisões que os jurados têm de realizar em suas próprias vidas, fazendo uma analogia entre o modo com que se certificam de afastar as dúvidas cotidianas e como devem atuar dentro do processo.²⁵⁰ O problema estava na premissa. Nas suas vidas, os jurados não agiam tão-somente quando afastavam as dúvidas. Pelo contrário, as dúvidas faziam parte e representavam os riscos constantemente assumidos. Ao resolver por um emprego ou outro não se sabe de antemão qual será o melhor efetivamente já que a felicidade profissional freqüentemente é relacionada a fatores para além da questão financeira dos quais, só é possível se inteirar depois de já excluída a outra oferta de trabalho; ao decidir se casar não é possível se ter certeza de que tudo vai dar certo, quando se escolhe mudar de cidade, se é a hora de ter um filho etc. A certeza dificilmente se configura como condição de ação.

Depois, foi ratificado que no contexto processual esperava-se mais dos jurados do que o que fazem nas suas vidas privadas, passando a ser interpretado como o tipo de dúvida que faz uma pessoa prudente hesitar, versando sobre as questões mais importantes da sua vida.²⁵¹ Mas a hesitação não se relaciona necessariamente com as dúvidas. É possível que não se tenha dúvidas acerca de qual decisão deveria ser tomada e, mesmo assim, há a hesitação. Pense-se na mulher diariamente espancada pelo marido. Ela sabe que deveria se divorciar, mas ainda hesita.

²⁴⁹ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* p. 298.

²⁵⁰ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* p. 301.

²⁵¹ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* p. 303.

Frente a essas dificuldades, alguns tribunais modificaram suas estratégias, excusando-se da tarefa de esclarecer o significado do *standard*. Uma das afirmações, a partir de então, era a de que a dúvida razoável falava “por si só”. Os jurados conheciam ambos os significados, isto é, sabiam o que era dúvida e estavam amplamente familiarizados à noção do razoável, pela evidência inerente deles, e, portanto, prescindiam de maiores esclarecimentos. Aliás, qualquer tentativa de definição, pelo inverso, poderia gerar prejuízos.²⁵²

Laudan, contudo, não deixa de fornecer os apontamentos que vêm pertinentes em se falando da diretiva da dúvida razoável. A seu ver, o equívoco cometido por todas as tentativas mencionadas foi a valorização do elemento *subjetivo*, porquanto tais interpretações concentravam suas atenções no *estado mental* do jurado.²⁵³ Determinavam o estado mental com que os jurados deveriam no momento de uma condenação, mas não faziam referência ao que é necessário para constituí-la. Evitavam o que precisamente se mostra como conteúdo interpretativo necessário da dúvida razoável: o conjunto probatório e o resultado viabilizado a partir das inferências realizadas.

“A questão principal não é se os jurados, individual ou conjuntamente, estão convencidos pela acusação. A questão é se a prova que viram e ouviram é ou não convincente em termos do grau de suporte oferecem para a hipótese de que o acusado é culpado.”²⁵⁴

Então, a dúvida razoável não pode ser vista desconectada da tarefa de apreciar provas. Imagine-se uma hipótese sobre tráfico de drogas. Contra a tese de que o acusado é inocente existem provas de que: 1) foi preso com quantidade pequena de diversos entorpecentes; 2) portava grande quantidade de dinheiro, mas em notas de pequeno valor; 3) sua casa era bastante freqüentada pela noite; 4) suas “visitas”, contudo, permaneciam em média, 10 minutos; 5) em seu domicílio,

²⁵² O autor faz a transcrição de um exemplo de julgado que transmite essa idéia de desnecessidade e até prejuízo na determinação de qualquer tentativa de esclarecimento do significado do *standard*. LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* p. 314: “Reasonable doubt’ must speak for itself. Jurors know what is ‘reasonable’ and are quite familiar with the meaning of ‘doubt’. Judges and lawyers attempts to inject other amorphous catch-phrases into the ‘reasonable doubt’ standard, such as ‘matter of the highest importance’, only muddy the water. It is, therefore, inappropriate for judges to give any instructions defining ‘reasonable doubt’ and it is equally inappropriate for trial counsel to provide their own definition (*US. vs. Glass*, 846 F2d 386 – 1988).”

²⁵³ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* p. 318.

²⁵⁴ LAUDAN, Larry. *Is reasonable doubt reasonable?* pp. 320-321. (T.L.)

foi encontrada balança de precisão e pacotes plásticos pequenos; 6) o acusado é proprietário de um automóvel importado não-condizente com os valores declarados percebidos na sua declaração de imposto de renda. De acordo com as provas produzidas, é possível afastar-se dúvidas razoáveis de que não se trata de um culpado, sendo, por conseguinte, o caso de uma decisão condenatória conforme ao *standard* de além de qualquer dúvida razoável. Se o enunciado 1) não prova tratar-se de um traficante – posto que a quantidade pequena de entorpecentes que portava também era uma previsão compatível com a hipótese de ser apenas um usuário – as previsões seguintes elaboradas pelo julgador, respeitantes aos enunciados 2), 3), 4), 5) e 6), afastam a possibilidade razoável que se trate de um mero usuário. Mas não afastam toda e qualquer possibilidade de equívoco.

Por último, cabe renovar a ênfase no fato de que a escolha sobre quem deve suportar o risco de equívocos decisórios é do legislador. Em razão de vantagens explicativas apenas para se analisar um exemplo, suponha-se que fosse possível traçar probabilidades matemáticas para o contexto jurídico. Se no caso narrado vigorasse um *standard* de dúvida razoável que exigisse que a culpa tivesse a probabilidade de 90%, restariam 10% de o julgador errar na condenação, mas que são vistos como suportáveis, isto é, aceitáveis para o ordenamento jurídico. Essa é uma consequência direta de não se contar com certezas absolutas, por sua vez, combinada com o fato de que não punir inocentes não se apresenta como a única preocupação processual. Fosse assim e o *standard* seria de 99, 99%, mas então o ordenamento jurídico deixaria de cumprir sua função motivacional. As regras não seriam observadas porque as consequências raramente chegariam a ser repercutidas.²⁵⁵

Desse modo, chegado o momento da decisão, ao julgador caberá a aplicação do *standard* previamente prescrito pelo legislador às consequências

²⁵⁵ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. p. 221: “Blackstone’s solution – our solution – to the problem of uncertainty is far from perfect. If we really wanted never, ever to convict the innocent, we would set the burden of proof astronomically high – absolute certainty, or 99,99 percent determined by three consecutive juries, or something of that sort – and we would have solved most of the problem of convicting the innocent. We would have done so, however, at the cost of convicting far too few of the guilty. The standard that common-law legal systems have chosen is a balance, but a balance heavily weighted in favor to the social judgment that convicting the innocent is a great deal worse than freeing the guilty, but also that avoiding convicting the innocent is not the only social value there is.”

extraídas na valoração do conjunto probatório. Consideradas provadas segundo os *standards* em vigor, caberá ao julgador motivar sua decisão. Pelo contrário, também é possível que da aplicação da referida diretiva não se considere provada nenhuma das hipóteses, isto é, os elementos foram insuficientes. Nesse caso, deverá proceder à decisão mediante as regras do ônus da prova, que ditam quem deve suportar, em que casos, as carências probatórias. A seguir, terá de motivar também a insuficiência, indicando os elementos que a compõem.

Por outro lado, importante ressaltar que não cabe a aplicação da coerência narrativa como critério de desempate pela própria definição do *standard* em questão: se há chances quase iguais de que seja culpado ou inocente, a segunda hipótese prevalece. Qualquer que seja a decisão, cabe ao julgador, mediante motivação, externalizar as operações intelectuais que empreendeu fazendo viável a possibilidade de controle e eventual reforma do que foi decidido. Esse o objeto do próximo item.

4.4. Motivação: decisões justificadas

É certo dizer que a necessidade de motivar as decisões judiciais é uma tarefa recente, relacionada à chegada dos regimes democráticos em que a mera autoridade formal de quem decide deixou de ser o único parâmetro de legitimidade do exercício do poder. O argumento segundo o qual uma decisão está correta porque proferida por um tribunal competente para tanto não é mais o único fator a ser observado, compartilhando sua importância com o conteúdo mesmo das decisões.

Estados que possuem consideráveis prerrogativas concernentes à efetivação de direitos subjetivos, freqüentemente garantidos nos diplomas normativos de maior relevância dos ordenamentos jurídicos, devem responder constantemente à diretiva de não-arbitrariedade de suas decisões. É preciso, pois, *justificar* a decisão, dar as razões que fundamentam uma preferência racional do julgador por uma hipótese frente a outras. A simples convicção na correção da

decisão que proferiu não finaliza sua atividade. Ainda lhe resta a tarefa de convencer seus destinatários – internos e externos ao processo.²⁵⁶

“(…) Numa sociedade moderna, as pessoas exigem não apenas decisões dotadas de autoridade, mas também pede razões. Isso vale também para a administração da justiça. A responsabilidade do juiz se converteu cada vez mais na responsabilidade de justificar suas decisões. A base para o uso do poder por parte do juiz reside na aceitabilidade de suas decisões e não na posição formal de poder que possa ter. Neste sentido, a responsabilidade de oferecer justificação é, especificamente, uma responsabilidade de maximizar o controle público da decisão. Assim, pois, a apresentação da justificação é sempre um meio para assegurar, sobre uma base racional, a existência de certeza jurídica na sociedade.”²⁵⁷

Nisso se deve o destaque da motivação como importante atividade jurisdicional, porque nela se plasma a justificação do julgador, ficando registradas as razões de suas preferências. Mas dizer genericamente “justificação” e “razões” não esclarece muita coisa. Tanto é assim que, por algum tempo, considerou-se devidamente justificada a decisão que fizesse menção ao silogismo perfeito que prescreve a subsunção da premissa maior à premissa menor, o que podia ser realizado laconicamente: “como obviamente ficou demonstrado que (...), condeno “X”, de acordo com o artigo (...) do Código Civil.”

Mesmo quando as exigências de justificação chegaram a ganhar certa complexidade, isso se refletiu tão-somente sob a questão jurídica, isto é, aumentando-se as discussões a respeito das múltiplas normas que poderiam resultar pelas diversas interpretações de uma única regra, das lacunas que o direito irremediavelmente deixava etc. Enquanto a indeterminação normativa era assunto que só fazia crescer, o problema da determinação correta dos fatos era questão absolutamente relegada ao subjetivismo judicial.²⁵⁸ A lógica dos estudiosos do direito parecia ser “tentemos controlar o controlável, que são as regras; os fatos, estes infelizmente ficarão a cargo do que o julgador achar melhor”. Ou pior:

²⁵⁶ Funções endo e extra-processuais. Ver GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 200.

²⁵⁷ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. p. 29. (T.L.) No mesmo sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 192, p. 200.

²⁵⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 195: “(…) Al ojear las bibliotecas jurídicas se constata que la mayor parte de las preocupaciones de los juristas se han centrado en los problemas de interpretación de las normas, asumiendo – implícita o explícitamente – que el conocimiento de los hechos no plantea especiales problemas y, por tanto, no reclama motivación, o que, planteándolos, está irremediavelmente abocado a una discrecionalidad cuando no a la simple arbitrariedad judicial.”

“vamos nos concentrar na indeterminação normativa, já que os fatos, felizmente, não são acometidos por ela pois podem ser totalmente conhecidos pelo julgador”. Assim, o tratamento do fato, por muito tempo, variou de uma recusa com raízes cétricas²⁵⁹ a negativas fundamentadas num realismo de traços ingênuos.

4.4.1. Justificação interna e externa

A distinção entre *justificação interna e externa*²⁶⁰ de Jerzy Wróblewski tem o mérito de iluminar o problema do fato no contexto jurídico de decisão. Ao silogismo a que todos faziam referência cabe apontar-lhe a insuficiência, porque toma como obviamente demonstrado exatamente o que deve ser seu então objeto de comprovação. Justificar uma decisão não significa apenas demonstrar que a regra “X” é a que deve ser aplicada se ocorre “Y”, mas é preciso que também se demonstre que “Y” tenha efetivamente acontecido. Do contrário, os efeitos jurídicos serão atribuídos equivocadamente. E se o juiz precisa conhecer primeiro para só então aplicar a regra correta para o caso concreto, mister também que compartilhe das razões pelas quais considera provado o evento “Y”.

Desse modo, vê-se que, para Wróblewski, para que uma decisão esteja justificada, não se fala apenas na correção da conclusão frente às premissas, senão que igualmente quer externalizada a *correção das premissas*. A exigência é lógica. A conclusão de uma operação dedutiva será verdadeira, isto é, necessariamente se verdadeiras suas premissas; pelo inverso, a conclusão será falsa sempre que a uma de suas premissas faltar verdade. Tudo explicado, só há como assegurar a veracidade da conclusão se também as premissas forem verdadeiras.

²⁵⁹ Recorde-se do sentido cético explicado no item 2.1.1. Ver nota n. 30.

²⁶⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. p. 52: “La justificación interna (a la que de aquí por adelante nos referiremos por IN-justificación) está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica. Una decisión está IN-justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas. La condición de IN-justificación es la existencia de una regla con qué poder verificar la racionalidad interna de la decisión. La validez de las premisas se da por supuesta. La justificación externa (a la que aquí en adelante nos referiremos como EX-justificación) se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está EX-justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen calificación. Es evidente que la decisión jurídica podría estar IN-justificada pero no tener EX-justificación, si, por ej., los datos científicos o valoraciones utilizados por el que toma la decisión son rechazados por la persona que analiza esta decisión.”

Como a subsunção realizada pelo decisor não é outra coisa senão uma dedução, também a conclusão jurídica constante da decisão proferida pelo julgador depende da qualidade (válida) de suas premissas. Frise-se: premissas, normativa (premissa maior) e também fática (premissa menor). Desde então, entende-se *justificação interna* a concernente à dedução lógica das premissas direto à conclusão (por exemplo, estaria injustificada internamente uma decisão em que alguém que cometeu furto fosse condenado com base na regra que pune homicídios) e *justificação externa* sendo a que versa sobre a qualidade das premissas.²⁶¹ De acordo com esse entendimento mais exigente do que seja justificar, deve-se analisar também a correção lógica da premissa menor. Mas no que isso implica? O que deve ser demonstrado?

4.4.2. A relação entre a motivação e as provas valoradas

Mais uma vez, o direito das partes de produção de toda e qualquer prova relevante deve ser aludido. Se ele implica na correlata exigência de que a totalidade de provas realizadas seja valorada pelo julgador, essa valoração, por conseguinte, deverá ser externalizada *integralmente*. Ora, se não se exige a externalização dessa valoração na motivação da decisão, não se garante a efetividade do direito de que todas as provas sejam valoradas. Sendo assim, cabe ao julgador compartilhar das operações inferenciais que o levaram à hipótese vencedora – a mais provável –, mas sobretudo, externalizar a insuficiência probatória da hipótese perdedora.²⁶² Assim, não sobra ao julgador pensar que se justifica apontando apenas as operações e provas consideradas ao apoio da

²⁶¹COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento jurídico: elementos para un modelo*. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. 2004. p. 107: “En el modelo garantista una decisión está justificada si y sólo si, además de estarlo internamente, lo está también externamente; esto es, si está justificada (la elección, la individualización, la formulación etc.) de la norma que constituye la premisa mayor y si está justificado el enunciado que constituye la premisa menor.” Acompanhando, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. pp. 193-194: “La justificación de una decisión sólo puede entenderse completa cuando esté, no sólo interna, pero externamente justificada (...).”

²⁶² Juan Igartua Salaverría faz referência a uma “regra de ouro” que deve ser seguida pelo julgador: dar conta de todas as provas apresentadas pelo perdedor. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. p. 162.

hipótese que elegeu, como se *implicitamente* estivesse dizendo que se a aceitou é porque refutou todas as que lhe foram contrárias.²⁶³

Da mesma maneira que o julgador efetivou a valoração prova por prova, indicando que enunciados fáticos foram tidos como verdadeiros a partir de cada uma, também no momento da motivação tem de dar conta desses passos. Não apenas uma exposição genérica de razões em favor de uma hipótese, senão a externalização do porquê a prova do fato principal “P” produzida pela parte “A” obteve maior credibilidade do que contra-prova “Pi” produzida pela parte “B”, tudo isso, acompanhado do reconhecimento explícito das máximas consideradas pertinentes para a resolução do caso e até mesmo das provas tidas como eficientes na confirmação de fatos secundários que compuseram seu raciocínio.

Demais disso, entre o analítico e o sintético, o atômico e o holista, caberá ao julgador sempre pautar-se pelos primeiros.

“Se o sentido da motivação é evitar a arbitrariedade, a motivação não pode entender-se cumprida com um simples relato, e tampouco com a mera indicação formal de razões, quaisquer que sejam. Motivar exige compartilhar razões sólidas o bastante ou convincentes para descartar a arbitrariedade e, por isso, a técnica mais de acordo com o modelo cognoscitivista e com o sentido da motivação é a analítica, isto é, a exposição e valoração individual e ordenada de *todas as provas practicadas*.”²⁶⁴

O julgador tem o dever de manter sua racionalidade verificável. Tratando-se de uma conclusão possível dentre outras, será necessário argumentar buscando o convencimento dos destinatários de que aquela é a melhor conclusão frente ao conjunto probatório que examinou.²⁶⁵ 1) Optou pela hipótese que guarda

²⁶³ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre a motivação dos fatos na sentença penal. Trad. Lédio Rosa de Andrade. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 104. No mesmo sentido, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. pp. 204-205: “La denominada motivación implícita consiste sintéticamente en suponer que, cuando no se enuncian las razones que fundan una decisión, éstas se infieren de alguna otra decisión tomada por el juez. Así, si el órgano judicial otorga credibilidad al testimonio de Pedro (aduciendo que éste no mantiene vinculación, ni para bien ni para mal, con el acusado) pero se la deniega a la declaración de Pablo, consuegro y socio capitalista del imputado (sin adjuntar un triste motivo), las razones de esa desconfianza se deducen – por obra del argumento a contrario – de las razones que militan a favor de lo testificado por Pedro. Y eso se revela tan luminosamente razonable que obliga a bajar cualquier mirada crítica a ese respecto.”

²⁶⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 226. (T.L., itálica nossa)

²⁶⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Carpintaria” da sentença penal (em matéria de fatos). Trad. Lédio da Costa de Andrade. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 134: No contexto de justificação as operações que se

mais probabilidade de se corresponder com a realidade (*standard* da probabilidade prevalecente), porque a testou, falseou e ela foi a que sobreviveu; 2) resguardou-se das dúvidas razoáveis (*standard* além de qualquer dúvida razoável), a despeito da insuficiência da maior probabilidade em favor da hipótese acusatória que observou. E isso só é possível se na motivação justifica sua posição acerca de todas as provas produzidas. Se, do contrário, o ordenamento jurídico lhe autoriza a fazer uma motivação genérica, na forma do relato de uma história, poderá fazer o recorte que mais lhe favorecer, minando e esvaziando o caráter justificativo que a motivação deveria desempenhar. A justificação de uma hipótese apenas pode ser verificada mediante a comparação entre ela e as outras. Se o julgador esconde as provas que poderiam tornar as outras hipóteses mais prováveis, faz isso porque se sabe não-justificado.

Desse modo, percebe-se que a motivação é a garantia da racionalidade do julgador. Porque sabe que terá de justificar suas decisões, a valoração se torna mais cuidadosa, dependente de critérios que devem ser consistentemente aplicados. Nela deverão estar expostas analiticamente as razões pelas quais uma hipótese foi tida como mais provável, é a obrigação de motivar que, em última instância, recorda ao juiz que não pode se perder frente às alegações formuladas pelas partes, porquanto ele mesmo não será avaliado somente conforme um critério de coerência, mas sobretudo, terá de demonstrar estar atento ao propósito processual da correta determinação dos fatos, esta significando a busca pela hipótese que guarda mais chances de se corresponder com a realidade. A afirmação de que é possível conhecer e de que há algo externo ao processo que é passível de apreensão – ainda que de forma limitada – se relaciona diretamente com a reivindicação por um julgador que assume a tarefa de realizar a verdade como um dos propósitos do processo mediante critérios racionais e, por isso mesmo, controláveis.²⁶⁶

desenvolvem são de caráter argumentativo e estão orientadas a convencer da existência das melhores razões para a aceitação da conclusão que se propõe.”

²⁶⁶Controláveis e revistos via recursal. Se não fosse possível a reforma de decisões injustificadas, pouco adiantaria a exigência de decisões não-arbitrárias. Sabendo inviável a revisão do que julgou, o decisor se sentiria livre para decidir qualquer coisa em matéria de fatos. Cuidaria da questão de direito, mas a determinação correta dos fatos não seria um propósito a ser perseguido.

5 Conclusão

Ao longo desse trabalho foram feitas algumas afirmações: 1) de que possível a apreensão da verdade, 2) de que a verdade, assim como possível em outros contextos da experiência, também é viável ao processo e 3) de que o único modo de se tratar adequadamente da verdade no processo é mediante a relação fato e prova. Essas são as assertivas que orientam o trabalho, não obstante haverem outras no seu decorrer, porquanto delas sejam conseqüências necessárias.

No capítulo primeiro enfrentou-se o desafio de se defender uma noção de verdade vinculada a uma idéia de correspondência com uma realidade exterior, objetiva. A essa visão é sabido que foram feitas críticas pertinentes, as quais refutam a tese realista segundo a qual haveria a possibilidade de conhecimento do real em razão da sua absoluta cognoscibilidade, isto relacionado a uma ilimitada capacidade intelectual humana. Os questionamentos idealistas trouxeram a subjetividade do conhecimento para o centro de embate se se quer defender a existência de um mundo externo à mente. A partir de então, ganhou espaço a afirmação de que não se conhece o mundo, mas apenas está ao alcance humano às idéias de mundo. Os céticos trouxeram complexidade à questão na medida em que a eles se deve o conselho da desconfiança a tudo o que for dito pelos sentidos. Eles enganam e fazem com que se pense conhecer o que é fruto de ilusão. Não há garantia de sono e vigília claramente distinguidos. Falou-se também dos pragmatistas, para os quais, o conceito de verdade está intimamente conectado ao útil, assim como se abordou o argumento segundo o qual a discussão acerca da verdade é irrelevante.

No contexto jurídico essas teorias dão ensejo a posturas bastante fáceis de serem verificadas. Os estudiosos do direito, os chamados doutrinadores não tomam as regras epistemológicas como um assunto para o qual deveriam voltar suas atenções. No que tange à questão da determinação da verdade dos fatos num processo, por exemplo, esse foi um tema que nunca existiu com a complexidade a que faz jus. Ou era alvo de olhares reducionistas, os quais, contaminados por um realismo ingênuo, diziam que apenas a determinação normativa importava porque os fatos e a realidade podem ser apreendidos com facilidade pelo intelecto

humano. Ou, pelo reverso, era tida por conformados céticos como questão inafastavelmente afeita ao subjetivismo judicial. Nada podiam fazer a respeito; daí a razão da não-abordagem do problema. Diversa expressão das teorias mencionadas pode ser enxergada se se toma em consideração o juiz que julga apenas pela melhor história, a narrativa mais emocionante. À medida que a verdade é irrelevante, nada se podendo fazer a respeito, seu critério exclusivo de resolução do conflito passa a ser a coerência.

Frente a isso, defende-se a possibilidade de uma verdade relativa, provável. Reconhece-se a inviabilidade de se falar em certezas absolutas, pelo contrário elas se mostram freqüentemente revisáveis, mas há como se distinguir primeiramente versões possíveis das impossíveis de se corresponderem aos fatos, assim como há como graduar, dentre essas versões possíveis as mais e menos prováveis. Esse esforço cognitivo, sabe-se, não se apresenta sem dificuldades (subjetividade de quem conhece presente no objeto, restrição intelectual, ilimitação da realidade sobre a qual sempre haverá recortes etc.). Mas tê-las em conta é um passo considerável à empresa do conhecimento. De mais a mais, mesmo que as informações que se tenha não sejam as mais perfeitas, no processo, por exemplo, sempre é necessário se chegar a uma conclusão, sendo tanto mais aceitável quanto mais se buscar o maior grau de correspondência possível com a realidade. A verdade absoluta no realismo crítico a que se almeja defender aqui é alçada à condição de ideal regulativo. Uma utopia irrealizável que faz com que as possibilidades reais sejam cada vez melhores.

De porte dessa correspondência (crítica) com a realidade, adentra-se ao contexto processual. À afirmação de que não é possível se falar na realização da busca da verdade no processo, segundo a qual a verdade não faria parte de seus propósitos, responde-se com a natureza estrutural dela, não apenas para o processo, mas também para o próprio direito. Nas modernas democracias, para que o direito cumpra sua função de fornecer motivos para a conduta dos destinatários das normas é imprescindível que as conseqüências narradas pela regra em caso de descumprimento tenham repercussão. E repercussão adequada, frise-se. Efeitos jurídicos apenas para quem os merece, e não de forma errônea ou pouco criteriosa. Uma decisão baseada num simples “cara-ou-coroa” não

estimularia a observância das regras, já que fica à sorte ou azar de cada um ter-lhe imputados efeitos jurídicos negativos à sua esfera de interesse. Enfrentado o argumento da desimportância da verdade, a determinação correta dos fatos é condição necessária para decisões justas, qualquer que seja o conteúdo de justiça adotado.

Há limitações específicas do processo, mas cada campo da experiência conta com suas próprias limitações na ocasião de investigação da verdade. O processo conta com presunções, com institutos jurídicos como que limitam o tempo de discussão, a duração de cada fase, há regulações específicas à fala das partes, das provas que devem e que, a despeito de serem boas referências epistemológicas, não poderão ser produzidas. No entanto, o fato de a verdade ter de coexistir com outros propósitos não se mostra um obstáculo que inviabiliza sua busca totalmente. O princípio geral de inclusão das provas relevantes combinado à valoração racional de todas elas sendo, por sua vez, externalizada, justificada por ocasião da motivação da decisão assegura a possibilidade de realização.

Nesse sentido, foi de grande valia ao processo de que se fala a adoção do sistema da livre convicção – ou do livre convencimento – mas, como se viu, não resolve a questão da correta determinação dos fatos por si só. Funciona mais como uma garantia epistemológica em negativo, fazendo frente ao antigo sistema da prova legal ou tarifada, que predeterminava através de regras o resultado de cada prova. A confissão era tida como a rainha das provas e, ainda que o fato que lhe serviu de objeto não se correspondesse em nada com a realidade, pelo simples fato de tê-lo sido, já determinava o resultado do processo. Ao juiz cabia apenas repetir o que o legislador já tinha escrito. Isso conferia um aspecto de raciocínio dedutivo, munido de certezas absolutas que pouco se coadunava com o profundo sentimento de injustiça compartilhado pelos destinatários daquelas regras. Era um tempo do processo desconectado com o direito que deveria buscar efetivar. Um momento da verdade formal acima de qualquer manifesta falta de correspondência com a realidade.

A isso, seguiu-se o que pensou ser seu antídoto. Seria o fim das injustiças e do descompasso do processo frente à realidade pela adoção do livre convencimento do juiz. O efeito, contudo, foi o inverso. As injustiças vieram, não

pela generalidade com que o legislador cuidava dos resultados que deveriam ser específicos de cada prova e de cada caso concreto, mas do juiz que passou a se ver como o fiel intérprete dos fatos havidos, livre de cometer equívocos, pela simples ocasião da uma oitiva de testemunha, que sentiu, intimamente, que falava a verdade. A ingenuidade dessas conclusões já havia sido rebatida pelos argumentos céticos segundo os quais os sentidos enganam e mesmo quando se pensa saber, está-se iludido. A imediação, de técnica de produção probatória – que tem vantagens, como a possibilidade de o julgador argüir a imprecisões e ambigüidades no momento subsequente objetivando não dar oportunidade para investidas retóricas – confundiu-se mesmo com a valoração da prova. Diante dessa irrefutabilidade própria das certezas absolutas de que os juízes dessa época dispunham, era descabido se pensar na necessidade de motivar as decisões.

A partir desses erros, a livre convicção foi reinterpretada. Ela não significaria mais uma valoração livre de regras, mas apenas livre de regras jurídicas. Os parâmetros da racionalidade geral deveriam ser observados. Foi esse o momento em que o processo se comprometeu efetivamente com a determinação correta dos fatos. A função das provas foi a primeira a sofrer mudanças. Não lhe cabia mais somente a fixação de fatos formais, mas buscar a maior correspondência possível. Expressão dessas tentativas é a implementação de sistemas de probabilidade matemática ou estatística para resolver casos concretos, mas este foi método que se provou inadequado a esse campo de problemas. Aliás, o emprego de números e argumentos matemáticos por vezes chegou a causar obscuridades à natureza indutiva das operações intelectuais empreendidas pelo julgador.

Um primeiro passo para se chegar a uma versão o mais aproximada possível da verdade é que o julgador saiba que lida com conclusões apenas prováveis, umas mais que outras, porém nunca necessárias. Por isso é que terá de empreender previsões, várias e quantas forem precisas para incompatibilizar o maior número possível de hipóteses de modo que possa, então, expressar racionalmente sua preferência por uma delas. Não será objeto de sua apreciação a pura e simples narrativa das partes, mas o apoio que cada meio de prova em especial traz a cada alegação constitutiva de cada hipótese. Por isso trabalhou-se a

distinção entre abordagens holista e atômica do fenômeno probatório, defendendo-se a maior adequação da última.

A preocupação epistemológica do processo de que tanto se falou oferece um único protagonista: o julgador. Cabe a ele o esforço de distinguir as alegações apoiadas por provas que apresentaram rendimento eficiente das que são vazias em conteúdo, mas que se escamoteiam por belas formas, sentenças e períodos. O critério deve ser sempre o de maior correspondência possível com a realidade dos fatos e não o apego ao literário. Assim, de modo a garantir a racionalidade das decisões, que deverão encontrar fundamentos nas provas, é preciso que elas sejam motivadas, isto é, justificadas.

Para além da mera explicação, é necessária a explicitação de como se chegou a uma conclusão, sabendo-a apenas uma dentre muitas possíveis em razão das induções de que resulta, é preciso que o julgador tente convencer seus destinatários de que agiu bem. De que sua decisão é a melhor possível. De que qualquer um que analisasse e avaliasse as provas do processo que teve em mãos, chegaria igualmente à mesma conclusão. Esse padrão de controle só é possível de ser defendido a partir de uma preocupação cognitiva do agente. O exercício de poder não-arbitrário encontra uma fonte exclusiva na determinação correta dos fatos. Não é uma tarefa simples, mas quando se almeja o conhecimento, o esforço do agente é inevitável. Vê-se, pois, que o ideal extraído do *Teeteto* para a epistemologia, ainda que sua execução não seja fácil, é o norte do processo que aqui é defendido: o juiz, mesmo quando não consegue, sempre busca conferir efeitos jurídicos e dar cumprimento às regras do ordenamento que representa com base em *crenças verdadeiras e justificadas*.

6

Bibliografía

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991. 313p.

AMAYA, Amalia. Justification, Coherence, and Epistemic responsibility in legal fact-finding. In **Episteme**. 2008. p. 306-319.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre a motivação dos fatos na sentença penal. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da prova e Sentença Penal**. Trad. Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. pp. 61-117.

_____. “Carpintaria” da sentença penal (em materia de fatos). In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **Valoração da prova e Sentença Penal**. Trad. Lédio Rosa de Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. pp. 119-162.

_____. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **En torno a la jurisdicción**. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2007. Pp. 177-219.

_____. Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica). In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. **En torno a la jurisdicción**. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2007. pp. 153-177.

APPIAH, Kwame Anthony. **Introdução à filosofia contemporânea**. trad. Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes. 2006. 360 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2ª edição. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2002. 139 p.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Castellana de Manuel Ossorio Florit. Granada: Ed. Comares. 2001. 716 p.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the laws of England**. Livro 4. Cap. 27. Versão digital disponível em <http://www.lonang.com/> acesso em agosto de 2009.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. 479 p.

COMANDUCCI, Paolo. **Razonamiento jurídico: elementos para un modelo**. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. 2004. 127 p.

DAMAŠKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven-London: Yale University Press. 247p.

DESCARTES, René. **Meditações**. Coleção Os pensadores. Trad. J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 3ª edição. São Paulo: Ed. Abril Cultural. 1983. pp. 73-143.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007. 166 p.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba**. 2ª edição. Madrid: Marcial Pons. 2004. 230 p.

GOLDMAN, Alvin I. **Knowledge in a social world**. Oxford: Oxford University Press. 1999. 407 p.

GUIBOURG, Ricardo A. **La construcción del pensamiento: decisiones metodológicas**. Buenos Aires: Colihue, 2004. 186 p.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005. 348 p.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Cuadernos y debates. 2003. 239 p.

LAUDAN, Larry. In reasonable doubt reasonable? **Legal Theory**. n. 9. United States: Cambridge University Press. 2003. pp. 295-331.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil**: interpretado e anotado. Barueri, SP: Manole, 2006. 2662 p.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 7ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2002. pp.159-175.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. 816 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1988. 2ª série. pp. 83-95.

PLATÃO. **Teeteto**. Versão digital de autoria do grupo *Acrópolis* de estudos filosóficos. Acesso em 11.06.2009. <http://br.egroups.com/group/acropolis/>

POPKIN, Richard. **História do ceticismo**: de Erasmo a Spinoza. Trad. de Danilo Marcondes. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves. 2000. 382 p.

PRITCHARD, Duncan. **What is this thing called knowledge?** Routledge. 2006. 200 p.

RORTY, Richard. O declínio da verdade redentora e a ascensão da cultura literária. In: RORTY, Richard, GHIRALDELLI Jr.Paulo. **Ensaios pragmatistas**: sobre subjetividade e verdade. Rio de Janeiro: Ed. DP & A. 2006. pp. 75-103.

RORTY, Richard. In ENGEL, Pascal. **Para que serve a verdade?** Trad. Antonio Carlos Olivieri. São Paulo: Ed. Unesp. 2008. 84 p.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to the legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press. 2009. 239 p.

SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. **Direito, Estado e Sociedade**: Revista do departamento de direito da PUC-Rio. n. 18. 2001. pp.1-27.

_____. Definições legislativas. **Direito, Estado e Sociedade:** Revista do departamento de direito da PUC-Rio. n. 31, 2007. pp. 1-28.

_____. **Teoria do direito:** primeiras lições. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2007. 753 p.

STEIN, Alex. On the epistemic authority of courts. **Episteme.** 2008. pp. 402-410.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. **Derechos y libertades:** Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año 7, n° 11, 2002. pp. 99-124.

_____. **La prueba de los hechos.** Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2ª edição. Madrid: Editorial Trotta. 2005. 542 p.

_____. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. Trad. Miguel Carbonell e Pedro Salazar. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado.** Año 38, n. 114, set-dez de 2005. pp. 1285-1312.

_____. **La prueba.** trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons. 324 p.

_____. Apéndice I: Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. In: TARUFFO, Michele. **La prueba.** trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons. 2008. pp. 159-183.

_____. Apéndice II: Narrativas Judiciales. Trad. Verónica Undurraga Valdés. In: TARUFFO, Michele. **La prueba.** trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons. 2008. pp. 185-227.

_____. Apéndice III: ¿Verdad negociada? In: TARUFFO, Michele. **La prueba.** trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons. 2008. pp. 229-251.

_____. Apéndice IV: La prueba del nexo causal. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. In: TARUFFO, Michele. **La prueba.** trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons. 2008. pp.251-276.

_____. Apéndice V: La prueba científica. In: TARUFFO, Michele. **La prueba.** trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons. 2008. pp. 277-297.

WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil v.1:** Teoria Geral do processo e Processo de Conhecimento. 10^a ed. 2^a tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. 718 p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. 437 p.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Sentido y hecho en el derecho.** Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas e Juan Igartua Salaverría. México: Doctrina Jurídica Contemporánea. 2003. 340 p.