

COLEÇÃO Raciocínio
Probatório

Coordenação:
VITOR DE PAULA RAMOS

OS FATOS NO DIREITO

Bases argumentativas da prova

MARINA GASCÓN ABELLÁN

Tradução:
RAVI PEIXOTO

Revisão:
VITOR DE PAULA RAMOS

2022

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Canuto Saraiva, 131 – Mooca – CEP: 03113-010 – São Paulo – São Paulo
Tel: (11) 3582.5757 • Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Capa e diagramação: Maitê Coelho e Cendi Coelho (cendicoelho@gmail.com)

Revisão: Vitor de Paula Ramos

A141f Abellán, Marina Gascón
Os Fatos no Direito: Bases argumentativas da prova / Marina Gascón Abellán –
São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.
400 p. (Coleção Raciocínio Probatório)

Inclui Bibliografia.
ISBN 978-85-442-3753-3

1. Direito Processual Civil. 2. Conhecimento dos fatos. I. Abellán, Marina Gascón.
II. Título.

CDD 341.46

Traduzido a partir da 3ª edição da obra *Los hechos em el derecho. Bases argumentales de la prueba*, publicada pela editora Marcial Pons, 2010. 1ª. edição, 1999; 2ª. edição, 2004.

Todos os direitos desta edição reservados a Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e das Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO RACIOCÍNIO PROBATÓRIO E DA EDIÇÃO BRASILEIRA DA OBRA

Foi Michele TARUFFO (que para a imensa tristeza de todos nos deixou recentemente) quem, nos países de *civil law*, buscou (principalmente a partir de *La Prova dei Fatti*, 1992) aproximar o Direito Probatório da Epistemologia (o campo da filosofia que estuda a obtenção de conhecimentos), iniciando uma verdadeira revolução cultural. Desde os anos 90, portanto, no âmbito europeu, diversos autores e autoras passaram a debater tais temas, acarretando muitas e importantes mudanças na realidade daqueles sistemas jurídicos.

Mais recentemente, com a consolidação da *Escola de Girona* (e do *Mestrado em Raciocínio Probatório* daquela universidade) como uma referência mundial sobre o tema do Raciocínio Probatório, diversos países *hispano hablantes* da América Latina iniciaram, também naqueles territórios, tais revoluções – a partir de leituras de diversas obras-chave da literatura relevantes ao tema, praticamente todas em inglês, espanhol ou italiano. O Brasil, apesar de diversos e louváveis esforços individuais (muitos deles de ex-alunos e ex-alunas de Girona), por conta da barreira idiomática, vinha ficando muitas vezes para

3.3.3.3. O requisito da maior confirmação que qualquer outra hipótese.....	350
3.4. Estrutura da sentença e estilo da motivação	354

BIBLIOGRAFIA	363
---------------------------	------------

1.

O CONHECIMENTO
DOS FATOS

O conhecimento dos fatos desenvolvido nos processos judiciais foi considerado muitas vezes uma questão impassível de gerar controvérsia. “Os fatos são os fatos e não precisam ser debatidos” poderia ser o lema dessa tradição. No fundo dessa tradição está escondida uma grande confiança na razão empírica, que torna desnecessária qualquer justificação em matéria de fatos: os fatos são evidentes, e o que é evidente não precisa de justificação; *mesmo se* essa conclusão tiver sido obtida “indiretamente”, mediante uma metodologia indutiva.

A afirmação anterior, no entanto, deve ser suavizada, uma vez que não houve em todos os modelos judiciais nem a segurança no conhecimento empírico nem a ideia de que os fatos efetivamente ocorridos constituem a condição indispensável para a aplicação do direito. Durante algum tempo, a tarefa que

hoje chamariamos de construção da premissa menor do “raciocínio” jurídico fundava-se em rituais e procedimentos mágicos ou quase litúrgicos nos quais não havia qualquer apelo à razão, incluída a razão empírica; de forma que conhecer os fatos como passo prévio à decisão judicial e confiar na observação dos fatos representou um grande passo na evolução da história da racionalidade. No entanto, foi um passo que não foi livre de vários desafios. Ainda que na ideologia judicial se tenha agido tradicionalmente “como se” o juízo de experiência não necessitasse de maiores justificações, o certo é que a história do empirismo é a crônica das tentativas e fracassos em busca de um lugar para o conhecimento empírico no âmbito da racionalidade.

Muitas vezes, o conhecimento racional foi identificado com a obtenção de certeza absoluta, e essa assimilação gerou uma séria dificuldade para que o conhecimento empírico – incapaz de garantir essa qualidade de certeza – pudesse se revestir de uma aura de racionalidade. O insistentemente suscitado e nunca resolvido “velho problema da indução” é a expressão da incapacidade que as epistemologias empiristas têm de se afastar do objetivo racionalista de alcançar conhecimentos seguros e impassíveis de gerar controvérsia.

Foi nos dois últimos séculos que o contínuo avanço das ciências conduziu a uma substituição da própria ideia do conhecimento indutivo e, com isso, a uma reabilitação da racionalidade empírica (que constituiu a base daquele êxito científico). Em concreto, para as novas epistemologias empiristas, o objetivo do conhecimento indutivo não é a busca de certezas absolutas, mas tão somente de “suposições” ou hipóteses válidas, ou seja, apoiadas por fatos que as tornam “prováveis”.

É nesse ponto que radica o seu problema, mas igualmente a sua grandeza: restaurou-se a confiança em uma racionalidade empírica que, renunciando ao objetivo inalcançável da certeza absoluta, recupera, através do conceito de “probabilidade”, um elemento de objetividade.

A recuperação da racionalidade empírica através do conceito de probabilidade não está livre de consequências para a determinação judicial dos fatos. De um lado, a declaração dos fatos provados já não pode ser concebida como um momento místico e/ou insuscetível de controle racional, como tem sido (e ainda é) frequente em certas ideologias do processo. Por outro lado, se o conhecimento indutivo dos fatos não produz resultados infalíveis, devem ser introduzidas todas as garantias possíveis (garantias epistemológicas) para alcançar uma maior confiança na declaração desses e, nesse caso, facilitar uma eventual revisão. Tudo isso produz, diante do que tem sido a tradição, uma exigência de fundamentação.

1. DO CONHECIMENTO MÁGICO AO CONHECIMENTO RACIONAL

Foi dito que os juristas sempre pretenderam estender o paradigma epistemológico dominante ao conhecimento do direito, quando não ao próprio direito (PRIETO SANCHÍS, 1987: 19). Não é surpreendente por isso que, nas etapas mais primitivas, dominadas pelo mágico ou sobrenatural, o direito fosse considerado uma representação de forças ocultas, fruto de instrumentos misteriosos ou a exteriorização de uma vontade divina não completamente acessível à razão humana, e em todo caso, indiscutível. E isso, que pode ser dito das regras

jurídicas e das fontes do direito, vale também para a tarefa de determinação judicial dos fatos, que às vezes parecia mais uma experiência mística de busca da verdade – ou, simplesmente, de busca de uma decisão aleatória ou de um juízo sobrenatural – do que um método com aparências de racionalidade. Esse é o caso do ordálio, que, entendido em sentido amplo (duelo judicial, ordálio, juízo de Deus), “designa qualquer experimento gnosiológico-místico do qual se tenha extraído uma ordem oculta do mundo sensível por diversas vias, desde técnicas de adivinhação a uma ‘*pugna inter duos ad probationem veritatis*’” (CORDERO, 1981: 468): caminhar sobre brasas incandescentes sem sofrer lesões, recolher uma pedra ou anel submerso em água fervente, prender o acusado e o acusador com um animal feroz e dar razão ao que sair ileso etc.¹

A verdade é que só com certo abuso da linguagem é possível afirmar que o ordálio era um procedimento voltado ao conhecimento de fatos previamente tipificados como condição indispensável para a aplicação da pena. É mais adequado pensar que, nesse contexto, o que falta é a ideia de “fato”, de conduta externa e voluntária como requisito para a imposição da pena. A confusão entre delito e pecado e entre pena e penitência; a ideia de que o “desvio”, mais do que de ações ou de comportamentos, é um assunto subjetivo ou de caráter e a própria reminiscência do sacrifício individual como purgação da culpa coletiva explica que os “fatos” sejam concebidos somente

1. FILANGIERI [1821: vol. 3, 113 ss.] oferece um amplo catálogo dessas práticas “bárbaras e ferozes”. Da mesma forma: VOLTAIRE, 1995: vol. 2, 483; PATETTA, [1890]; H. LEW-BRUHL, 1964; e, também, vários dos artigos mencionados em VVAA, 1965.

como um sintoma de que o sujeito é merecedor da pena, e não sua única e exclusiva razão.

De qualquer forma, a existência dessas provas irracionais em quase todos os povos primitivos, sua sobrevivência durante a Alta Idade Média e mesmo em épocas posteriores, além de colocar em destaque o peso do sobrenatural nas fases iniciais do direito e a consequente associação entre julgamento e ritual, demonstra que a compreensão da atividade judicial como operação racional ou – ao menos, racionalizável – constitui uma qualidade associada a uma determinada ideologia ou cultura jurídica, não se tratando de um traço conceitual ou definatório dessa. O fato de a culpabilidade ou a inocência dependerem da vitória no duelo ou no êxito em um experimento natural – que na verdade demonstram a força, a agilidade ou a sorte do réu, mas nada dizem sobre os fatos imputados – pressupõe uma ruptura do nexo entre o ilícito e a pena, fazendo com que o processo seja um meio que *constitui* (e não que busca apurar) a verdade.²

Na opinião de FERRAJOLI, o modelo de prova legal ou taxada, com a limitação dos meios probatórios e a atribuição a cada um de um peso ou valor próprio, e conjuntamente todo o procedimento inquisitivo, nada mais seria senão uma

2. Como afirma MONTESQUIEU (1985: 359), “nos assombrará comprovar que nossos pais fizeram depender assim a honra, a riqueza e a vida dos cidadãos, de coisas que tinham menos relação com a razão do que com o azar, e que se utilizaram continuamente de provas que nada provavam e que não tinham conexão nem com a inocência e nem com o delito”.

prolongação lógica e coerente da prova irracional ou de ordálio³, e assim também entenderam outros autores, como BECCARIA e FILANGIERI⁴. Talvez não seja essa a primeira impressão que se obtém, pois, de um lado, parece que os meios probatórios inquisitivos, como a declaração de testemunhas ou a confissão, não recorriam a forças ocultas e misteriosas, mas a formas de conhecimento diretamente relacionadas aos fatos; e de outro, a atribuição legal a cada meio de prova de um valor probatório próprio pretende ter um fundamento empírico⁵. O certo é, no entanto, que, tanto a prova de ordálio, como a prova legal, constituem hipóteses de “prova formal”, pois em ambos os casos se excluem “a investigação e a livre valoração do juiz, substituindo-as por um juízo infalível e superior”. O fato de esse juízo ser “divino no primeiro caso e legal no segundo” não obscurece a comentada continuidade entre ambos os tipos de provas (FERRAJOLI, 1995: 136); somente evidencia a absoluta

3. L. FERRAJOLI, 1995: 135 ss. Analogamente, FURNO (1954: 144 ss.) apresenta o primitivo processo germânico, baseado nos “juízos de Deus”, como exemplo puro de “prova legal”.

4. “(A tortura) esse infame caldeirão da verdade é um momento ainda subsistente da antiga e selvagem legislação, quando eram chamadas de juízos de Deus as provas de fogo e de água fervente e a incerta sorte das armas [...] A única diferença que existe entre a tortura e as provas de fogo e da água fervente é que o resultado da primeira parece depender da vontade do réu e o das segundas de um fato puramente físico e extrínseco, mas essa diferença é apenas aparente e não real” (BECCARIA, 1974: 97).

Por sua vez, FILANGIERI [1821: vol. 3, 137 ss.] afirma que “se se considera o tormento como critério de verdade, esse se demonstrará tão falacioso e absurdo como os juízos de Deus”.

5. Por isso, depois de se perguntar se a tortura significou algo mais racional do que o ordálio, TOMÁS Y VALIENTE (1973: 214) responde que “parece mais perto da verdade a autocondenação, ou seja, a confissão de culpa, do que a condenação em virtude de ritos mágicos”.

irracionalidade da primeira, por estar fundada em uma tese mágica, sobrenatural ou religiosa, e a maior racionalidade da segunda, por estar baseada em leis da natureza ou em máximas de experiência⁶. Em suma, a prova legal do procedimento inquisitivo é também, como o ordálio, um tipo de prova formal, ainda que, diante da magia do anterior, o processo inquisitivo queira apresentar-se como racional.

Naturalmente não estamos defendendo com isso a eficácia, e muito menos a humanidade do direito processual do Antigo Regime. Basta pensar no sistema de delação, no sigilo, na figura plenamente “parcial” do juiz inquisidor e, sobretudo, em que, sendo a confissão do réu a rainha das provas, a tortura judicial se converteu na peça-chave para a busca da verdade, ou – dito de outra forma, da culpabilidade, que era o fim ao qual se endereçava a inquisição⁷. Isso sem esquecer de que a existência de provas semiplenas (por exemplo, a declaração de apenas uma testemunha) levou a uma construção ridícula de um estado intermediário entre a culpabilidade e a inocência, merecedor de uma diminuição da pena legal.⁸ No entanto, independentemente de tudo isso, o sistema em questão, rígido e formalista, aparentava certa dose de racionalidade ou, se se

6. Similar interpretação da prova legal como um tipo de prova formal mais racional do que os ordálios pode ser visto em C. VARELA, 1990: 95. Igualmente, FURNO, 1954: 146-147.

7. Com razão, BECCARIA (1974: 179) o qualificava de “processo ofensivo”.

8. Em geral, sobre o processo inquisitivo, veja-se TOMÁS Y VALIENTE (1969: 153 ss.), assim como a bibliografia ali citada; também o mais recente texto de ALONSO (1982). Sobre o Tribunal da Inquisição ver ESCUDERO, 1982.

preferir, de submissão a regras na tarefa de comprovação dos fatos⁹.

Na realidade, como observa FERRAJOLI (1996: 133 ss.), essa aparência deriva do caráter disfarçadamente dedutivo, e, portanto, seguro, que aparenta ter a decisão sobre os fatos no sistema de prova taxada, pois, sendo aceitável que o êxito de determinados meios de prova garanta a verdade do seu conteúdo probatório, a declaração de inocência ou de culpabilidade apresentar-se-á como uma consequência lógica das premissas. Dessa forma, se 1) o réu reconheceu a sua responsabilidade, e 2) sempre que o réu reconhece a sua responsabilidade essa deve ser considerada correta, 3) então o réu é culpado. Ou também: 1) a confissão é prova impassível de controvérsia da culpabilidade; 2) o réu confessou; 3) logo, o réu é culpado.

Com razão ANDRÉS IBÁÑEZ (1992: 277) afirma que esse procedimento não pretendia chegar a uma verdade *provável*, mas *real*; ainda caberia afirmar que o que importa nesse caso não eram tanto os fatos em si, mas a consumação de um ritual probatório formal e simbólico que se considerava equivalente à demonstração efetiva dos fatos. A partir dessa perspectiva é possível incluir o modelo de prova legal e taxada próprio do sistema inquisitivo no capítulo da irracionalidade jurídica.

A racionalidade jurídica é, como sugere TARELLO (1976: 383 ss.), uma consequência do processo de secularização que

9. Como observa FURNO (1954: 147), o processo alcançou um formalismo rígido e obtuso, desenvolvendo-se através da atenta observação de um juiz sem ciência e com consciência, mas com a aparência de que "a forma protege, defende, tutela".

postula a separação das ideias de delito e de pecado, de pena e de penitência, e seguramente não alcançaria sua maturidade plena até a segunda metade do século XVIII. Precisamente um pré-iluminista como CHRISTIAN THOMASius, com a sua crítica à punição da heresia e da magia¹⁰, ofereceria uma das primeiras contribuições a essa racionalidade, que definitivamente tira o lugar dos vícios morais ou de caráter, substituindo-os pelos fatos externos como base para qualquer sanção jurídica; a heresia não deve ser punida, entre outras coisas, porque pode ser um erro intelectual, mas em nenhum caso um fato, e *cogitationis poenam nemo patitur*¹¹; isso significa que o simples pensamento não faz parte da esfera do *justum*, cujos domínios se estendem ao externo e obrigatório¹².

Apenas a partir dessa visão secularizada os "fatos" podem deixar de ser um mero *indício* de uma culpabilidade baseada, na verdade, no vício e no pecado – em suma, na corrupção da natureza nascida do pecado original – para se converter em seu único *fundamento*, pois antes de decidir como se conhecem os fatos, é preciso aceitar, no mínimo, que os fatos representam o único fundamento da decisão jurídica. Mais adiante

10. Tema sobre o qual insistiriam todos os iluministas do século XVIII. Em particular, MONTESQUIEU (1985: 131) escreve, mostrando sua desconfiança em relação a qualquer processo judicial não dirigido à constatação de fatos ou condutas externas e precisas, "a acusação de ambos os crimes (magia e heresia) pode prejudicar a liberdade e dar origem a uma infinidade de tiranias, se o legislador não souber restringi-la, pois como não incide diretamente sobre as ações de um cidadão, mas sim sobre a ideia que se tem de seu caráter, é tanto mais perigosa quanto maior for a ignorância do povo".

11. THOMASius [1697]. Ver CATTANEO, 1976: 114 ss., e BETEGÓN, 1998: 483 ss.

12. Ver THOMASius, 1994: 171 ss.

nos ocuparemos da contribuição iluminista; nesse momento basta destacar que esse giro da visão na direção dos fatos, e, portanto, na direção do juízo empírico como motivo exclusivo da aplicação do direito, constitui um passo decisivo na história da racionalidade jurídica.

O fato de a premissa menor do raciocínio jurídico ter que ser formada exclusivamente por fatos, uma realidade fáctica que ao menos se supõe tão comprovável como qualquer outro fenômeno histórico ou natural – e não por misteriosos desígnios divinos ou da sorte – representou, sem dúvida, uma transformação importante, ainda que paulatina; do ordálio ao sistema de prova taxada e deste ao modelo da livre convicção (que se fundamenta em uma concepção probabilística do conhecimento) verifica-se, em alguns aspectos, um processo de continuidade em que cada novo período conserva resíduos do anterior. De qualquer forma, uma vez definido que a constatação de certos fatos constitui o fundamento da aplicação da norma, o problema surge no momento de determinar as possibilidades ou limites do seu conhecimento, ou seja, o que poderíamos chamar de epistemologia judicial dos fatos.

A esse respeito não parece que essa epistemologia “particular” que está por debaixo do conhecimento judicial dos fatos tenha sido sempre coerente com a epistemologia geral. Tudo indica, nesse sentido, que, enquanto os juristas em geral abordaram a questão de forma um tanto acrítica, confiando em um esquema de conhecimentos infalíveis, o conhecimento empírico, ao contrário, teve que lidar com diversas dificuldades para encontrar um espaço no âmbito da racionalidade. Contudo, sendo essa epistemologia geral o modelo ao qual necessariamente deveria recorrer o pensamento jurídico, convém se deter minimamente na sua análise.

2. O CONHECIMENTO RACIONAL DOS FATOS

2.1. Vicissitudes do empirismo na epistemologia moderna

2.1.1. *A confiança na racionalidade empírica e suas dificuldades*

O ideal de conhecimento racional sempre consistiu em alcançar certezas absolutas e inquestionáveis, e o raciocínio dedutivo apresentou-se como o único a fornecê-las. Por isso, o grande desafio das epistemologias empiristas tem sido o de fundar um conhecimento racional (seguro) baseado na observação, mas também – e principalmente – o de superar o problema da indução, uma vez que o desafio da prova do conhecimento empírico é a questão de como conhecer os fatos que não podem ser observados, seja porque se trate de fatos passados, seja porque se trate de fatos futuros. Obviamente, não se fará aqui uma reconstrução da rica história do empirismo, mas convém relembrar alguns dos seus momentos fundamentais a fim de comprovar como o recurso à experiência muitas vezes levou a alguma forma de ceticismo, ao menos enquanto o ideal racionalista do conhecimento seguro e incontroverso se manteve como paradigma.

De fato, é seguramente esse ideal “racionalista” de conhecimento que explica o ceticismo diante da racionalidade empírica no mundo grego; e mais, aqueles que, como PLATÃO, exigiam do conhecimento uma certeza absoluta puderam entender como era absurdo o próprio conceito de “conhecimento empírico”¹³.

13. Ver, por exemplo, “FEDÓN”, no qual desenvolve-se a tese de que o conhecimento empírico não pode ser fonte da verdade, em PLATÓN, 1986.