

MICHELE TARUFFO

UMA SIMPLES VERDADE
O JUIZ E A CONSTRUÇÃO DOS FATOS

Tradução
Vitor de Paula Ramos

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2012

CAPÍTULO II

NARRATIVAS PROCESSUAIS

1. CREDULIDADE OU INCREDELIDADE

Na primeira de suas *Siete noches* – um comentário fascinante da *Divina Comédia* – Jorge Luis Borges cita Coleridge quando esse diz ser condição preliminar para ler poesia uma «suspensão da incredulidade».¹ Essa perspicaz observação funda-se claramente em duas premissas implícitas (mas evidentes): a) que a incredulidade deveria caracterizar nossa abordagem à experiência cotidiana, como uma posição crítica destinada a impedir-nos de formular ou compartilhar de falsas convicções; b) que não deveríamos ser crédulos se quiséssemos ser capazes de colher, entender e usufruir de fantasias, metáforas, ambiguidades, imagens, sentimentos, emoções e todas as outras qualidades particulares tidas como típicas da poesia.

A amplitude da afirmação de Coleridge poderia ser facilmente aumentada (ainda que não propriamente generalizada) visto que – de certa forma – todo tipo de experiência estética pode ser compreendida como fundada em um «estado de credulidade». Por exemplo, ver um quadro normalmente pressupõe uma abordagem de credulidade: apreciar um Vermeer não implica uma abordagem cética quanto ao fato de saber-se a luz em Delft, na metade do século XVII, era efetivamente conforme o que Vermeer pintou – não obstante o fato de ele ser famoso por sua tentativa de obter uma reprodução fiel da realidade. Mais: para apreciar um quadro de Jackson Pollock, ou uma escultura de David Smith, não se deve perguntar se tais obras representam algo: é muito melhor suspender a incredulidade e aproveitar as formas ali expostas. Abordagem análoga (e inclusive mais profunda) deve ser adotada ao se ouvir

¹ Cfr. Borges, 2005: 16.

música, visto que essa é – como escreveu Schopenhauer² – a forma de arte suprema, a «*catarse estética*». Efetivamente, para apreciar Wyrton Marsalis, ou Astor Piazzola (sem falar em Chopin ou Brahms), uma condição de espírito de não-incredulidade é bastante oportuna.

Voltando a textos escritos, poder-se-ia dizer que uma suspensão da incredulidade é oportuna também para a leitura de textos em prosa, e não somente para a de poesias.³ Por exemplo, lendo um romance de ficção científica é mais oportuno não ser incrédulo, pelo menos com a finalidade de colocar-se no contexto da narração pelo tempo necessário para a leitura. Ser sistematicamente incrédulo – ou seja, cético – sobre a invasão da Terra por grandes e malvadas criaturas de outros mundos poderia ser uma abordagem racional, mas não seria o melhor modo para ler G. H. Wells: Generalizando, o mesmo argumento vale para qualquer tipo de romance, dos policiais às grandes obras-primas da literatura de todos os tempos e lugares. De certa forma, pois, a distinção entre uma abordagem de credulidade e uma de incredulidade corresponde à distinção entre fantasia e convicção: quando a imaginação está (ou deveria estar) em jogo, a suspensão da incredulidade é uma condição necessária da experiência humana; quando se trata de convicções e, em particular, de convicções verdadeiras sobre eventos do mundo humano e material, uma abordagem cética e incrédula é provavelmente mais racional, não obstante seja talvez muito menos fascinante.⁴

Se (conforme parece, pelo menos à primeira vista) essa distinção tem algum sentido, pode ser usada como premissa de fundo para considerar o campo (em certa medida mais limitado) das narrativas e, em particular, o campo (ainda mais limitado) das «*narrativas processuais*».

2. NARRATIVAS

Um dos termos mais em voga e mais alargados dos últimos trinta anos é o termo *narratives*; tornou-se uma espécie de ícone da assim chamada visão pós-moderna de muitas coisas (talvez demasiadas), como da literatura, da crítica literária, da filosofia e até da teoria do direito.⁵ Em razão de seu emprego extremamente amplo e variável, bem como da diversidade dos campos em que o termo é usado, é impossível (no presente contexto e, provavelmente, em geral) examinar todas as questões que concernem às «*narrativas*». De qualquer modo, visto que o *narrative turn* tornou-se uma espécie de lugar-

comum mesmo nos discursos relativos às provas e ao processo,⁶ pelo menos algumas observações esparsas (não sistemáticas e certamente incompletas) podem ser feitas a propósito das narrativas nos contextos processual e probatório. Nessa perspectiva pode-se assumir como certa uma conexão – e talvez uma equivalência – entre os assuntos concernentes às *narratives* e aqueles relativos à assim chamada *story-telling*. Em alguma medida os contextos e implicações culturais dos dois conceitos podem divergir, mas na perspectiva processual pode-se tranquilamente considerar que as «*histórias*» que são contadas em juízo são – ou pelo menos podem ser tratadas como se fossem – «*narrativas*».⁷

Concentrar a atenção sobre as narrativas processuais significa deixar de lado um grande número de opiniões gerais relativas às narrativas. Por exemplo, os ataques pós-modernos contra as assim chamadas *Grand Narratives* (como a História, o Progresso, a Razão, a Verdade, e assim por diante) não podem ser aqui discutidas como mereceriam;⁸ o mesmo vale para o conflito entre essas discussões parecem bastante banais e superadas: pelo menos a partir da metade do século XIX e início do XX⁹ (e especialmente após a II Guerra Mundial) ninguém dotado de um mínimo de cultura acreditava mais nas *Grand Narratives*. Na realidade, muito tempo antes de Baudrillard,¹⁰ a cultura europeia conhecia Jean Paul Sartre e Albert Camus, sem falar de Nietzsche e dos irracionalistas discutidos na *Zerstörung des Vernunft* de Lukács. Os intelectuais europeus estavam bem cientes do fim das certezas otocentistas. De qualquer modo, Baudrillard não foi o único exemplo de filósofo pós-moderno que descobriu banalidades anaerônicas de senso comum e as reformulou em um estilo *flamboyant*, como se os forçamentos retóricos e os exageros apocalípticos fossem o sinal de um pensamento novo e profundo.

Por outro lado, mesmo a limitação do campo à área do direito pode não ser suficiente para definir um âmbito temático adequado ao escopo de analisar as narrativas processuais. O movimento de *Law and literature*¹¹ produziu uma série de análises interessantes sobre assuntos jurídicos, mas também uma quantidade de falácias próprias de *cocktail party* acadêmico. Encontram-se não raramente concepções especialmente vagas e variáveis de *legal narratives*;

² Cfr. SCHOPENHAUER, 1988: 338.

³ Em sua quinta noite, falando da poesia, Borges diz que pensar que a prosa esteja mais próxima da poesia do que da realidade é um erro (Borges, 2005: 116).

⁴ Com efeito, a realidade – apesar de misteriosa – é muito mais simples do que sua descrição literária: cfr. Borges, 2005: 114, 117.

⁵ Cfr., p. ex., Brooks e Gewirtz, 1996.

⁶ Cfr., em particular, TWINING, 2006: 280, 286, 332. Cfr., também, Burns (2005: art. 4, 1), para ulteriores referências. O exemplo mais interessante nessa perspectiva é provavelmente JACKSON, 1988.

⁷ Em sentido análogo cfr. TWINING, 2006: 291.

⁸ Sobre a «morte das *Grand Narratives*» na filosofia pós-moderna, cfr. LITWITZ, 1997: 10.

⁹ A propósito, cfr. MINDA, 1995: 161, 164.

¹⁰ Cfr. a complexa análise desenvolvida por BURROW, 2000.

¹¹ Para uma ampla análise crítica do pensamento de Baudrillard cfr. NOKRS, 1990: 164 ss.

¹² Para uma sintética descrição desse movimento cfr. MINDA, 1995: 149 ss. Na literatura italiana v. recentemente DI DONATO, 2008: 63 ss.

nessas, a distinção entre fato e direito é com frequência perdida de vista,¹³ e os fatos do processo perdem-se em uma indistinta falácia «*literária*» sobre o direito.¹⁴

Não se quer dizer com isso que a teoria das narrativas, especialmente no âmbito da psicologia social, não tenha algo significativo a dizer sobre o *story-telling* processual. Exatamente o contrário: como se verá, essa teoria fornece uma série de pontos de partida muito úteis para a análise aprofundada das narrativas processuais.¹⁵ Os *carvans* mencionados servem para frisar que o *distigue frequenter* característico dos juristas medievais é ainda válido: em realidade são necessárias várias distinções para compreender adequadamente o problema das narrativas processuais.

Falando de *story-telling* jurídico e processual, Twining, com razão, coloca repetidamente em evidência o fato de que as *stories* são, ao mesmo tempo, necessárias e perigosas.¹⁶ Histórias e narrativas são necessárias, tanto no contexto do processo como fora dele; isso porque são o instrumento principal através do qual fragmentos de informação esparsos e fragmentários e «*pedaços*» de acontecimentos podem ser combinados e compostos em um complexo de fatos coerente e dotado de sentido. As histórias dão forma à nossa experiência e nos fornecem modelos do mundo;¹⁷ podem ser compreendidas como «*construções interpretativas de eventos*», que dão uma forma possível, um modelo, a um conjunto disforme de dados.¹⁸ Fornecem uma *heurística*, ou seja, um método para descobrir aquilo que verdadeiramente ocorreu.¹⁹ De resto, sua característica principal é que propõem somente *possibilidades*, não importando quão distantes estejam da realidade.²⁰ Por assim dizer, são o desenho que, de um punhado de pedaços de vidro colorido, faz um mosaico.²¹

Por outro lado, as histórias são perigosas e «*abertas à suspeição*»:²² abrem caminhos para a imprecisão, para a variabilidade, bem como para

¹³ V., *infra*, item 2.2.

¹⁴ Tudo indica que isso não diga respeito somente às relações entre direito e literatura. Sobre o análogo fenômeno existente a propósito das relações entre ciência e literatura cfr. HAACK, 2007: 207 ss.

¹⁵ Um exemplo bastante interessante dessa análise é DI DONATO, 2008: 107 ss., 119 ss., 151 ss., 183 ss.

¹⁶ Cfr. TWINING, 2006: 283, 336, 445.

¹⁷ Cfr. em particular BRUNER, 2002: 9, 25.

¹⁸ Cfr. BORUTTI, 2006: 31.

¹⁹ Cfr. BURNS, 2005.

²⁰ Cfr. BORUTTI, 2006: 31.

²¹ Como ver-se-á mais além, de resto, as relações entre as partes e o todo não são muito simples: V., *infra*, item 4.

²² Cfr. BRUNER, 2002: 43.

manipulações na reconstrução dos fatos;²³ isso varia de acordo com o ponto de vista, os interesses e os escopos dos sujeitos, que as contam em um certo momento e em um determinado contexto. Isso geralmente é verdadeiro,²⁴ sendo particularmente verdadeiro no contexto processual. Como se verá mais além, um processo não inclui somente uma narrativa ou um *story-telling*: é, ao invés disso, uma situação complexa, em que várias histórias são construídas e contadas por sujeitos diferentes, de pontos de vista e em modos diferentes.²⁵ Perigos de erro, de incompletude, de manipulações e de reconstruções incorretas dos fatos são particularmente frequentes e sérios, podendo levar a equívocos dramáticos e a erros substanciais na decisão final da controvérsia.

2.1 Um experimento mental

Existem muitas variedades de narrativas relativas a fatos. O tipo mais comum é o romance, e, em particular, aquele gênero de romances escritos na forma de narrações de histórias. Um inteiro setor da crítica literária, a *narratologia*, ocupa-se dos problemas que dizem respeito à estrutura, às características e às técnicas da narração. Não é, contudo, necessário considerar questões tão sofisticadas.²⁶ Ao invés disso, vale a pena analisar um exemplo muito simples e ver o que se pode dizer — em uma espécie de experimento mental — sobre as narrativas e seus perfis *epistêmicos*, com o escopo de destacar alguns aspectos que parecem característicos das narrativas processuais.

O exemplo (escolhido entre milhares de outros que poderiam funcionar tão bem quanto²⁷) é o conhecido romance policial de John Grisham intitulado *The Broker*. As razões dessa escolha são basicamente estas: a) centenas de milhares ou milhões de pessoas leram o romance; b) a maior parte da história passa-se em Bolonha, cidade que muitos conhecem.

Quando um Leitor Não Informado (LNI), que não sabe coisa alguma sobre Bolonha, lê o romance, encontra descrições de lugares, praças, ruas, restaurantes, igrejas e outros lugares em que se passam os acontecimentos da história. Essas descrições são geralmente detalhadas e realistas, descrevendo muito bem a atmosfera da cidade, dos lugares e do estilo de vida dos bolonheses. Em realidade, Grisham viveu em Bolonha por alguns meses justamente para colher informações e impressões dos lugares que pretendia descrever. Isso dá ao romance um sabor de autenticidade, de coerência e de realismo que pode ser apreciado por si só, e não somente porque acrescenta um forte

²³ Cfr. MENASHÉ e SHAMASH, 2005: art. 3, 8.

²⁴ Cfr. BRUNER, 2002: 23.

²⁵ V. mais amplamente DI DONATO, 2008: 107 ss.

²⁶ Cfr. TWINING, 2006: 318 ss.

²⁷ HAACK, 2007: 210 ss., sublinha que frequentemente romances e obras teatrais são colocadas em lugares reais e incluem eventos reais; fornece, ainda, alguns exemplos ulteriores.

sentimento de credibilidade às aventuras do *Broker*. Quando um Leitor Informado (LI), que conhece Bolonha bastante bem, lê o romance, sua abordagem toma-se instintivamente diferente; não somente por causa de um sentimento de «familiaridade» que um LNI não pode experimentar. O LI pode ser levado a distinguir, nas descrições de Grisham, enunciados que são epistemologicamente diversos um do outro.

a) Alguns (aliás: muitos) desses enunciados são *verdadeiros*. Por exemplo, quando Grisham escreve que no centro de Bolonha há duas torres medievais chamadas *Asinelli* e *Garisenda*, escreve um enunciado verdadeiro, visto que na Bolonha que existe no mundo da realidade empírica tais torres de fato existem e têm aqueles nomes. Analogamente, a afirmação de que na *Via Zamboni*, n. 22 existe um prédio em que se encontra a faculdade de direito da Universidade de Bolonha é também verdadeira. Até aqui, nenhum problema. Essas afirmações, como muitas outras, soam verdadeiras para o LI porque refletem a realidade material dos lugares que descrevem. Para o LNI soam verossímeis, o que para ele é suficiente.

b) Quando Grisham escreve que no prédio da faculdade de direito há salas dos professores, faz uma afirmação que soa *verossímil*, pois em muitos casos (ou na maior parte dos casos) as salas dos professores encontram-se nos edifícios principais das faculdades. Por conseguinte, essa afirmação é verossímil porque corresponde àquilo que ocorre «normalmente».²⁸ O problema é que no caso particular o enunciado é verossímil, mas falso, pois as salas dos professores da faculdade jurídica de Bolonha não se encontram naquele edifício. Nada de surpreendente nisso: muitas coisas que parecem verossímeis somente porque correspondem ao *id quod plerumque acciit* em realidade não existem. De qualquer modo, nada disso é relevante para o LNI: para ele a verossimilhança da assertiva relativa às salas dos professores é suficiente para assegurar a coerência da narrativa. A situação do LI é diversa: ele compreende que a coerência da narração é mantida porque a assertiva é verossímil, mas percebe o afastamento da descrição da realidade no âmbito da invenção e da fantasia, visto que ele sabe que a realidade é diversa da descrição feita por Grisham.

c) Quando Grisham escreve que no prédio da faculdade de direito encontra-se também a sala do professor Rudolph Viscovitch, faz uma afirmação que é descritivamente falsa; entretanto, essa não pretende ser verdadeira nem verossímil, não podendo ser tomada como tal. De fato todo leitor (informado ou não informado) já sabe que o professor Rudolph Viscovitch

não existe e é somente um personagem criado pelo autor: isso resulta claro da descrição do primeiro encontro do *Broker* com o professor em um café, poucas páginas antes. De fato a coerência narrativa da história é assegurada, visto que o professor Viscovitch é descrito como um homem de meia idade e com barba, muito «normal», que corresponde a um tipo humano bastante comum que pode muito bem corresponder à imagem de um professor; não como uma criatura verde vinda de Marte.

Do ponto de vista da coerência narrativa, não há qualquer diferença entre as posições do LNI e do LI: ambos podem apreciar a ordem e a conexão dos eventos descritos. Todavia, o LNI percebe *somente* a coerência da narrativa e a uniforme verossimilhança dos eventos, enquanto o LI sabe que algumas partes da narração são verdadeiras (não somente verossímeis), enquanto outras partes são falsas (se bem que verossímeis). Ele pode apreciar o esforço feito por Grisham para inserir sua história em um contexto verossímil, mas não pode deixar de perceber um afastamento contínuo e repetido da realidade à ficção e, posteriormente, de novo da ficção à realidade. Substancialmente: o LNI e o LI leem a mesma narrativa de duas posições epistêmicas diversas. O LNI não sabe o que há de verdadeiro e o que há de falso na história narrada por Grisham, mas não está tampouco interessado em sabê-lo: aquilo que está lendo, afinal, é um romance, e ninguém espera que um romance seja uma descrição verdadeira de coisa alguma. Também o LI está lendo um romance e não espera que a narrativa seja verdadeira (justamente porque se trata de um romance); todavia, ele sabe o que há de verdadeiro e o que há de falso na narrativa de Grisham.

Deixando agora o *Broker* de lado, imaginemos que o *New York Times* anuncie que «um certo professor Rudolph Viscovitch foi assassinado em sua sala na faculdade de direito de Bolonha, na Via Zamboni, n. 22, por um estudante enfiado por ter sido reprovado»; ainda, que acrescente que essa afirmação constasse na acusação feita pelo Promotor²⁹ de Bolonha, na declaração de uma testemunha e ainda na sentença que condenava o estudante à pena mais grave (visto que matar professores de direito é o pior dos crimes, mesmo para estudantes reprovados). Tanto o LNI como o LI, ao lerem essa notícia, não poderiam evitar uma forte sensação de confusão e, principalmente, de incredulidade. Eles sabem que, salvo uma improvável homonímia, o professor Rudolph Viscovitch não existia fora do romance de Grisham. Excluindo erros na notícia dada pelo *New York Times*, ambos devem chegar à conclusão de que as narrativas relativas ao assassinato do professor Viscovitch são falsas,

²⁸ Sobre o conceito epistêmico de verossimilhança e suas relações com o conceito de verdade cfr., principalmente, NINILUOTO, 1987. A ideia da verossimilhança é aprofundada em TARUFFO, 1992: 158 e ss. Sobre a ambiguidade daquilo que é normal cfr. HAACKING, 1990: 161.

²⁹ [N. do T.] No texto original a expressão assinalada é *Procuratore della Repubblica*. Preferiu-se a tradução por *Promotor*, a fim de que a lógica do texto fosse mantida, sem perda semântica.

ainda que pareçam coerentes, plausíveis e, portanto, confiáveis.³⁰ Por conseguinte, ambos deveriam concluir que se verificara um clamoroso erro judiciário, fundado numa falsa acusação, num falso testemunho e numa decisão equivocada.

As razões pelas quais o LNI e o LI reagem diversamente quando leem Grisham e o *New York Times* são muito claras: lendo Grisham suspendem sua incredulidade por estarem cientes de lerem um romance, e ninguém espera que os romances sejam descritivamente verdadeiros. Mesmo quando se sabe, como no caso do LI, que alguns enunciados incluídos no romance são verdadeiros (pois aquilo que dizem corresponde à realidade de lugares efetivamente existentes em Bolonha) isso acrescenta um tom realista à narrativa. Mesmo o LNI, que não pode perceber o mesmo tom realista, pode apreciar de maneira completa a plausibilidade e o «*realismo verossímil*» da história. Entretanto, quando o leitor sabe que não está lendo um romance, mas sim a narração de fatos que dizem respeito a um caso judiciário real, sua abordagem é completamente diferente: ele parte da premissa de que as narrativas desses fatos deveriam ser verdadeiras (não somente verossímeis) e, portanto, não pode deixar de ser incrédulo quando lê uma narrativa processual que sabe ser falsa. O ponto fundamental é que quando não se espera que uma narrativa seja verdadeira (mesmo se pelo menos em parte o é) a circunstância de que essa seja descritivamente falsa (no todo ou em parte) não é relevante: uma história pode ser narrativamente boa quando é coerente, confiável, normal, familiar, verossímil e, portanto, persuasiva. Uma boa narrativa não precisa ser verdadeira.³¹ Por outro lado, às vezes se espera que uma narrativa seja verdadeira e, portanto, o leitor continua incrédulo até que se convença de que essa corresponde à realidade material dos fatos. Trata-se de contextos e de narrativas diferentes. Afinal, o LNI e o LI não devem jamais esquecer que o direito não é literatura,³² bem como que uma boa narrativa para a literatura pode ser ruim para o direito. À base dessa questão está um problema fundamental que concerne ao conceito de verdade: a definição da verdade depende do contexto em que é formulada. Portanto, contextos diferentes podem implicar conceitos diferentes de verdade, e é a diferença dos contextos que determina a diferença nas definições da verdade.³³ É, por conseguinte,

³⁰ [N. do T.] No texto original a palavra assinalada seria, no singular, *credibile*. Apesar da tradução imediata para a língua portuguesa ser *crível*, preferiu-se utilizar a palavra *confiável*, uma vez que esta se coaduna melhor com os sentidos e contextos em que a palavra original aparece ao longo do texto.

³¹ Cf. TWINING: 2006: 283, 293, 337. Sobre a relação entre veracidade/falsidade e qualidade narrativa das histórias v. também *infra*, item 5.

³² Cfr. GEWIRTZ, 1996: 5.

³³ A concepção relativista da verdade é fonte de problemas assaz complexos que não podem ser aqui analisados. Sobre o assunto conferir, recentemente, MARCONI, 2007; GOLDMAN, 1999: 42; LYNCH, 2004: 21, 69.

com base no contexto que decidimos se um enunciado descreve o mundo em sua realidade empírica – e, portanto, pretende ser verdadeiro – ou se a história visa a criar um mundo imaginário, em que não há qualquer questão sobre a verdade empírica (e pode-se somente pensar em uma verdade «*interna*» nesse universo ficício³⁴). O contexto processual é um contexto em que se requer a verdade empírica; um romance é um contexto em que a «*verdade narrativa*» é compreendida somente como algo que concerne ao mundo ficício criado pelo escritor. Grisham, como muitos autores de romances, mescla os contextos, empregando também enunciados que não são empiricamente verdadeiros; isso é, entretanto, somente um artifício literário. Em todo caso, trata-se de um conceito diferente de verdade, ou seja, da verdade «*interna*» à história do romance do *Broker*.

2.2 Narrativas e fatos

O discurso habitual sobre narrativas e *story-telling* aborda todos os aspectos do caso (mesmo quando concerne especificamente a contextos processuais), juntando em um todo indistinto tanto os aspectos jurídicos como os aspectos fáticos da situação em questão.³⁵ Isso pode depender de várias razões. Uma delas pode ser que os juristas tendem a falar muito mais do direito do que dos fatos. Outra razão pode ser que a prática da narrativa jurídica (e também da narrativa processual) tende a negligenciar diversas distinções, como aquelas entre fato e direito e entre fato e valor.³⁶ Uma terceira razão pode ser que a distinção fato/direito é um problema tradicional e sem resposta, não somente nos ordenamentos de *common law* (nos quais isso concerne sobretudo à separação de funções entre juiz e júri³⁷). A distinção entre fato e direito é, de qualquer modo, incerta e problemática; possui diferentes significados em diferentes contextos, mesmo nos sistemas de *civil law*, onde é usada em particular para definir os limites dos poderes das cortes supremas.³⁸ Uma quarta (e importante) razão é que definir um «*fato*» pode fazer com que surja uma série de questões filosóficas, de modo que se pode tender a não falar especificamente de «*fatos*». Nenhuma surpresa, por conseguinte, se a teoria corrente do *story-telling* não leva em consideração a distinção entre fato e direito.

Seria necessário levar devidamente em conta todas essas dificuldades quando se fala em narrativas processuais. De qualquer forma, é claro que

³⁴ Cf. PRANDI, 1994: 165.

³⁵ Cf., p. ex., TWINING, 2006: 290, 296.

³⁶ Cf. TWINING, 2006: 336.

³⁷ Cf., p. ex., TULLERS, 1983: 2, n. 2; WEINER, 1966: 1867; WEINER, 1968: 1020. Sobre a regra tradicional «*ad questionem facti non respondent iudices: ad questionem juris non respondent juratores*», cfr. THAYER [1898] (repr. New York 1969): 183.

³⁸ Cf., p. ex., MARTY, 1929. Cf. Também os ensaios de Fortes, Ascarelli, Rivero, Buch e Roland, em CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGIQUE, 1961: 51, 113, 149, 175.

as narrativas processuais ligam-se aos aspectos jurídicos da controvérsia, mas isso não significa ser impossível pensar em narrativas que se referem a fatos. Não há dúvidas (ainda citando William Twining) de que os fatos devem ser «*levados a sério*».³⁹ Muitas causas são vencidas ou perdidas «*nos fatos*», dependendo de se o autor conseguiu ou não provar os fatos postos como fundamento de sua demanda; muitos *hard cases* são *hard* porque os fatos são complexos em demasia e difíceis de subsumir em uma clara regra de direito. Além disso, no processo os fatos são o ponto de referência de todo o mecanismo que concerne às provas e à sua produção. Portanto, excluir a possibilidade de se falar especificamente em «*narrações de fatos*» não teria sentido para qualquer pessoa com um mínimo de experiência na prática dos procedimentos judiciais. Pode-se, por conseguinte, presumir racionalmente que os fatos do caso possam ser separados dos aspectos jurídicos da controvérsia, ainda que resse claro que as duas dimensões estão estreitamente conexas. De resto, fato e direito, por serem conexos, devem ser concebidos como diferentes, ou, pelo menos, como diferenciáveis. Em realidade, os fatos do caso *podem* ser determinados como tais, ou seja, separando-os da dimensão jurídica da controvérsia.⁴⁰ Obviamente, aqui não se faz referência aos fatos em sua existência material e empírica: as narrativas podem incluir somente «*enunciados de fato*». Um enunciado de fato é qualquer enunciado em que um evento é descrito como ocorrido «*assim e assim*» no mundo real (que, obviamente, é pressuposto como existente e não somente como imaginado ou sonhado).⁴¹ Por ser descritivo de algo que se diz haver ocorrido na realidade, esse enunciado é *apofântico*: pode ser verdadeiro ou falso.⁴²

Há, ainda, pelo menos um sentido em que a distinção entre fato e direito é *necessária* e, portanto, também possível. Essa distinção é inevitável quando se trata de estabelecer o que pode e deve ser provado em um processo. O princípio geral comumente aceito é que o direito não pode ser «*provado*» no sentido próprio e específico do termo: *jura novit curia*, e diz respeito ao juiz conhecer o direito que deve aplicar para decidir uma controvérsia. Portanto, somente os fatos (ou seja, os enunciados sobre os fatos) são objetos de prova. Os enunciados relativos aos aspectos jurídicos da controvérsia podem ser objeto de escolha, de interpretação, de argumentação e de justificação, mas não podem ser *provados*. Também os enunciados relativos aos fatos são objetos de escolha, de interpretação, de argumentação e de justificação, mas, sobretudo, *pode-se provar* que esses são verdadeiros ou falsos. A relevância das provas

(ou seja, a condição fundamental para sua admissão no processo) é controlada fazendo referência aos enunciados que concernem aos fatos principais da controvérsia, e não às argumentações jurídicas propostas pelas partes para definir seus aspectos jurídicos. Essa distinção entre fato e direito não necessita de análises ulteriores: os princípios que regulam a admissão e a valoração das provas fornecem uma base suficiente para estabelecer o que é considerado como «*fato*» de uma controvérsia.

Pensando nos fatos tratados em um processo, não há qualquer necessidade de que se mergulhe profundamente em questões filosóficas e epistemológicas.⁴³ Em realidade, os fatos relevantes à administração da justiça são *tranches de vie*, ou seja, eventos ou conjuntos de eventos que concernem à vida das pessoas. Isso significa que geralmente esses são determinados em uma perspectiva macro: mesmo quando estão envolvidas a microfísica ou a genética, o escopo final continua sendo o de provar um «*fato da vida*»; normalmente esses fatos são definidos de modo bastante específico, referindo-se às situações jurídicas dos sujeitos interessados.

Há, todavia, na definição dos «*fatos da causa*» alguns aspectos que merecem ser levados em consideração. Primeiramente, os fatos são selecionados e definidos com base em sua relevância na controvérsia. As circunstâncias irrelevantes não são levadas em conta, quando se trata de estabelecer quais fatos devem ser provados. O critério para valorar a relevância tem dois aspectos. Um fato é *juridicamente relevante* (no jargão estadunidense: *material*) quando corresponde ao tipo de fato definido pela regra jurídica (escrita ou fundada em precedentes) considerada como possível base jurídica para a decisão. As normas definem fatos-tipo, e os fatos específicos são relevantes (como *fact-tokens*) quando correspondem a esses fatos-tipo.⁴⁴ Portanto, os fatos relevantes são definidos com referência à norma cuja aplicação é vislumbrada como critério para a decisão final: esses fatos são os *facts probanda* fundamentais (ou seja, o principal objeto de prova) e representam o conteúdo dos enunciados fáticos mais importantes.⁴⁵ Um fato é, pois, *logicamente relevante* se, não sendo principal, pode, todavia, ser usado como uma premissa, como um ponto de partida para inferências que podem levar a conclusões sobre a veracidade ou falsidade de um enunciado relativo a um fato principal.⁴⁶

³⁹ Para essa clara alusão a Dworkin cfr. TWINING, 2006: 14, 417. Cfr., também, DI DONATO, 2008: 81 ss.

⁴⁰ Para uma análise mais aprofundada desse problema cfr. TARUFFO, 1992: 67, 71.

⁴¹ Esse pressuposto funda-se em uma série de condições filosóficas, epistemáticas e até mesmo éticas, que não podem ser aqui discutidas. Em linhas gerais cfr. GOLDMAN, 1999: 3, 41, 69.

⁴² Sobre o retorno a uma concepção «*correspondentista*» da verdade v., *infra*, Cap. III, item 1.

⁴³ Sobre essa característica dos enunciados fáticos v. também *infra*, item 5.

⁴³ Sobre algumas dessas questões cfr. TARUFFO, 1992: 67, 71.

⁴⁴ Essa conexão representa um ponto bem conhecido e largamente analisado na teoria do direito, de modo que referências bibliográficas seriam impossíveis, além de supérfluas. Veja-se, de qualquer modo, pelo menos o texto clássico sobre o tema, ou seja, ENGELSCH, 1960: 19, 37, 83. Para ulteriores indicações v. também TARUFFO, 1992: 74.

⁴⁵ De maneira mais ampla, sobre os problemas que concernem à determinação dos fatos que são objeto da decisão final v., *infra*, Cap. V, item 2.

⁴⁶ A relevância lógica é o critério fundamental para decidir se um meio de prova deve ser admitido ou excluído, com base na regra segundo a qual *frustra probatur quod probatum non*

Os fatos podem ser simples (como quando um evento singular envolve uma ou duas pessoas em um momento específico), podem ter diversos graus de complexidade (como quando vários eventos relacionados entre si envolvem muitas pessoas), e podem ser extremamente complexos (como quando uma série de eventos distribui-se no tempo e envolve centenas, milhares, ou milhões de pessoas⁴⁷). Consequentemente, às vezes esses podem ser descritos por um ou poucos enunciados simples, enquanto outras vezes podem ser descritos somente por narrativas longas e complicadas. Todavia, assim como eventos complexos podem estar intimamente ligados e ser analisados como compostos por grupos de circunstâncias específicas, as narrativas complexas são compostas por séries de enunciados específicos. Do ponto de vista da prova, cada enunciado específico deve ser provado. Por exemplo, se o fato é uma sequência causal complexa como «A→B→C→D», deve-se fornecer provas para A, B, C e D, bem como para todas as conexões causais que os conectam.⁴⁸ Os fatos podem se referir não somente a eventos que se tenham verificado na realidade material (como os acidentes de trânsito), mas também a atitudes ou condições psicológicas (como a intenção ou o dolo); podem, ainda, ser compostos por fatores materiais e psicológicos. Fatos desse gênero suscitam uma série de problemas, mas devem ser provados: isso significa que os enunciados que os descrevem devem ser demonstrados verdadeiros ou falsos.⁴⁹

2.3 Narradores de histórias

Um aspecto frequentemente subvalorizado no tema das narrativas processuais é que o contexto do processo não compreende somente *uma* narrativa homogênea. Um olhar mais atento ao processo na perspectiva da narrativa mostra que, em realidade, esse é composto por um número variável de histórias contadas por sujeitos diferentes, de modos diferentes e com escopos diferentes.⁵⁰ Não se trata somente da diferença entre sujeitos que falam de diferentes pontos de vista⁵¹ e em perspectivas particulares.⁵² No processo as histórias são narradas por advogados com um espírito *adversarial*, estando em

relevat. Sobre esse princípio geral cfr., inclusive para ulteriores referências, TARUFFO, 1992: 338; TARUFFO, 1970, V., ainda, *infra*, Cap. IV, item 2.1.

⁴⁷ Em realidade, a «*complexidade fática*» é um dos fatores principais da *complex litigation*, como nos casos dos *mass torts* e das *class actions*. Cfr. FEDERAL JUDICIAL CENTER, 2004: 242, 341.

⁴⁸ Para uma análise mais ampla da prova das conexões causais cfr. TARUFFO, 2006: 101.

⁴⁹ Sobre a prova desses tipos particulares de fatos cfr. TARUFFO, 1992: 121.

⁵⁰ Para uma observação análoga cfr. JACKSON, 1988: 85. Nesse propósito, v. em particular DI DONATO, 2008: 107 ss.

⁵¹ Cfr. TWINING, 2006: 130, 132; GEWIRTZ, 1996: 8.

⁵² Cfr. BRUNER, 2002: 23.

contraposição entre si:⁵³ o contexto processual tem a estrutura de uma contravérsia, e os advogados apresentam esquemas alternativos e contraditórios⁵⁴ de organização dos fatos. Portanto, supõe-se que o juiz escolha uma das histórias possíveis sobre os fatos da causa. As peculiaridades das histórias narradas no processo requerem algumas observações ulteriores, especialmente do ponto de vista dos principais e típicos «*narradores*» processuais.

a) *Os advogados*: Concentrando sua atenção nas histórias narradas pelos advogados, Twining frisa que a técnica da defesa eficaz implica a não utilização de argumentações racionais e a inclusão de técnicas para excluir informações relevantes, a fim de depurar os fatos e usufruir de instrumentos de persuasão não racional.⁵⁵ tudo isso é feito porque a tarefa essencial do advogado é persuadir o juiz a decidir a favor de seu cliente.⁵⁶ Consequentemente, as histórias narradas pelos advogados tendem a incluir manipulações dos fatos, orientadas ao escopo de vencer a causa.⁵⁷ Outros autores concordam com essa concepção crítica e cética do modo com que os advogados constroem e apresentam suas narrativas, frisando o fato de que essas são frequentemente engadoras e desorientadoras:⁵⁸ *a story* construída pelo advogado é confeccionada com o intuito de ter o máximo efeito persuasivo sobre a plateia, jogando com preconceitos dessa; contém uma narrativa que é vantajosa para a posição do cliente, não uma versão verdadeira dos fatos.⁵⁹ Não é por acaso que no plano epistemológico reconduziu-se a atividade do advogado à *advocacy*, frisando que, portanto, a argumentação visa a demonstrar uma tese, podendo comportar a exclusão de provas relevantes⁶⁰ e a sobrevalorização das provas favoráveis à tese que o advogado pretende sustentar. Distingue-se dessa função a *inquiry*, que não interessa ao advogado e tem como fim a descoberta da verdade objetiva.⁶¹ Portanto, vale em particular para as narrativas dos advogados a afirmação de que as *stories* são «*excellent vehicles for cheating*».⁶² Se, como

⁵³ Cfr. BRUNER, 2002: 43; GEWIRTZ, 1996: 7; BURNS, 2005: 2.

⁵⁴ Cfr. AMSTERDAM e BRUNER, 2002: 173.

⁵⁵ Cfr. TWINING, 2006: 24.

⁵⁶ Cfr. TWINING, 2006: 288. Analogamente cfr. GEWIRTZ, 1996: 5. No mesmo sentido no que diz respeito à finalidade das narrativas dos advogados cfr. DI DONATO, 2008: 162, 173.

⁵⁷ Cfr. TWINING, 2006: 289, 297, 305. Sobre os modos com que o advogado constrói uma narrativa, manipulando as informações que recebe do cliente, cfr. em particular DI DONATO, 2008: 119, 151.

⁵⁸ Cfr., p. ex., GEWIRTZ, 1996: 9; DEKSHOWITZ, 1996: 99. Sobre o baixo nível de veracidade das narrativas dos advogados cfr., também, COLOMA CORREA, 2006: 41.

⁵⁹ Cfr. HUNTER, 2007: 272.

⁶⁰ Sobre o fato de que o advogado refira-se somente às provas favoráveis à posição de seu cliente cfr. DI DONATO, 2008: 163.

⁶¹ Cfr. HAACK, 2008: 564; HAACK, 2007: 169, 339. Um outro epistemólogo observa, analogamente, que geralmente os advogados escondem ou camuflam a verdade, ao invés de esclarecê-la: cfr. GOLDMAN, 1999: 296.

⁶² Cfr. TWINING, 2002: 12.

parece, essas são imagens realistas da prática advocatícia nas narrações dos fatos, surgem algumas questões sobre as quais é oportuno versar.

Uma primeira questão concerne à ética profissional dos advogados e a se – e em que medida – a omissão voluntária, ou a distorção dos fatos relevantes por parte de um advogado, é legítima e justificada pela finalidade de vencer a causa. Poder-se-ia questionar sobre a necessidade da existência de uma «ética da narrativa», que impeça o advogado de apresentar uma narrativa a que ele julgue falsa.⁶³ De qualquer modo, a questão sobre se o advogado é ou não obrigado a dizer a verdade quando narra os fatos é muito complicada: o estudo mais recente e influente sobre a ética profissional do advogado somente versa brevemente sobre essa, dizendo que o advogado tem esse dever no processo civil, mas com limitações relevantes.⁶⁴ O aludido estudo frisa, de resto, que os princípios da ética profissional algumas vezes contrastam com os princípios comumente aceitos pela moral cívica.⁶⁵ Provavelmente isso seja particularmente verdadeiro para o dever de dizer a verdade: a moral cívica é talvez a favor de que as pessoas digam a verdade,⁶⁶ mas não parece concebível que os advogados tenham um dever geral de dizer a verdade, ou muito menos um dever de dizer «toda» a verdade. Ademais, eles podem ser obrigados a não usar provas ou declarações de outras pessoas que saibam ser falsas, mas isso não equivale a dizer que tenham um dever moral de dizer a verdade. Conforme já se destacou de maneira realista, ninguém presume que o autor em um processo pense algo sobre sua demanda, e menos ainda que creia que essa seja verdadeira.⁶⁷ Isso é confirmado, por exemplo, na *Rule 11 das Federal Rules of Civil Procedures* estadunidenses: essa norma foi emendada com o escopo de reforçar a responsabilidade dos advogados, mas não prevê qualquer dever claro e explícito sobre a veracidade daquilo que o advogado diz. Ele deve somente atestar que, com base em seu conhecimento e informação (e em seu convencimento formado após uma perquirição razoável segundo as circunstâncias), as alegações e as outras afirmações fáticas tenham um suporte probatório (ou que é provável que venham a tê-lo após uma razoável oportunidade de ulteriores perquirições⁶⁸). A finalidade de uma norma desse gênero é claramente de sugerir que as alegações dos fatos devam ser feitas seriamente e segundo a boa-fé; não se requer, entretanto, que sejam verdadeiras.

Em alguns ordenamentos impõe-se aos advogados um *duty of candor*, e tudo indica que esse dever inclua também o dever de fazer afirmações verdadeiras.⁶⁹ Um exemplo significativo é oferecido pelo sistema inglês, visto que a *Rule 22.1 das Civil Procedure Rules* introduzidas em 1999 requer que o conteúdo fático dos atos do processo seja confirmado por uma «declaração de verdade» jurada pela parte e pelo seu defensor, sob pena de condenação por *contempt of court* nas hipóteses em que o juramento for falso.⁷⁰ Uma norma de certa forma similar está presente no § 138 n. 1 da *Zivilprozessordnung* alemã, com base na qual as partes têm o dever de dizer a verdade em suas assertivas sobre os fatos da causa.⁷¹

Na Itália, o art. 14 do código deontológico forense prevê para o advogado um dever de veracidade, afirmando que «as declarações prestadas em juízo relativas à existência de fatos objetivos, que sejam pressuposto específico para uma medida do magistrado, e das quais o advogado tenha total conhecimento, devem ser verdadeiras». Como é fácil perceber, trata-se de uma formulação fortemente restritiva, que não inclui os fatos alegados dos quais o advogado não tem (como geralmente ocorre) conhecimento direto, pela óbvia razão de que ele fica sabendo da existência desses fatos por outras pessoas, em particular, por seu cliente. Além disso, o dever em questão não é sancionado, não encontrando tampouco correspondência no Código de Processo Civil⁷² italiano.

De qualquer modo, normas desse gênero não existem em todos os lugares; pelo contrário: diversos ordenamentos não preveem qualquer dever de veracidade para as partes e seus advogados. Por outro lado, geralmente é muito duvidosa a efetividade da aplicação concreta do *duty of candor* do advogado.⁷³ É, por conseguinte, razoável pensar que em linhas gerais – e com poucas limitações – os advogados não são obrigados a dizer a verdade. Eles têm menos ainda o dever de evitar distorções, manipulações ou lacunas em suas alegações fáticas. Se, por outro lado, existissem verdadeiramente deveres desse gênero, em linha de princípio, a consequência seria que toda vez que uma versão de um fato relevante fosse desmentida pelas provas (ou mesmo que fosse considerada indigna de credibilidade pelo juiz) o advogado que a houvesse alegado em juízo deveria sofrer sanções por ter deduzido enunciados fáticos inverídicos. Isso é visivelmente absurdo, pelo menos no estado atual

⁶³ O problema é posto, p. ex., por GEWIRTZ, 1996: 9.

⁶⁴ Cfr. HAZARD e DONDI, 2004: 114, 327, n. 2. Não são, todavia, especificadas as limitações que teria o dever de verdade do advogado no processo civil.

⁶⁵ Cfr. HAZARD e DONDI, 2004: 114.

⁶⁶ Sobre o valor moral e social da verdade v., *infra*, Cap. III, item 3.

⁶⁷ Cfr. AMSTERDAM e BRUNER, 2002: 174.

⁶⁸ Para referências às emendas da *Rule 11* e alguns comentários, cfr. *Federal Rules of Civil Procedure. Abridged Edition as Amended to May 13, 2005*: 50.

⁶⁹ Cfr. HAZARD e DONDI, 2004: 234.

⁷⁰ Cfr. MULLER, 2000: 630.

⁷¹ Cfr. MURRAY e STRUBNER, 2004: 159. Cfr., além disso, SCARSELLI, 1998: 102 ss., também para ulteriores indicações bibliográficas.

⁷² Não é por acaso que o maior comentarista do código de ética define em termos assaz vagos o conteúdo do dever em questão, e a casuística relativa às hipóteses de violação de tal dever é, mais do que nunca, reduzida e fragmentária: cfr. DANOVU, 2001: 216, 224.

⁷³ Cfr. HAZARD e DONDI, 2004: 237.

das coisas em todos os ordenamentos, o que confirma que, em realidade, o advogado é livre – com escassas e secundárias limitações – para contar aquilo que julga mais vantajoso para os interesses de seu cliente.

Uma segunda questão pode ser posta nestes termos: se as histórias narradas pelos advogados são parciais,⁷⁴ manipuladas e desorientadoras, fundadas em omissões e instrumentos não racionais de persuasão (e, portanto, não verdadeiras), tudo isso não está de acordo com a ideia tradicional – amplamente aceita nos sistemas de *common law* e bastante popular também nos sistemas de *civil law* – de que o juiz deve formular sua decisão somente fazendo uma escolha entre as duas histórias alternativamente apresentadas pelas partes em um contexto *adversarial*.⁷⁵ Se, como parece, ambas as histórias narradas pelas partes forem «*historias ruins*», com o fim de enganar e desorientar o juiz para que uma parte prevaleça sobre o adversário, a situação em que se encontra o juiz (de, de qualquer modo, ter que escolher uma das duas histórias, ou seja, por assim dizer, a «*menos pior*») não é certamente agradável ou feliz. Desse ponto de vista, a posição do juiz nos processos civis de *civil law* é um pouco menos infeliz, visto que normalmente se admite e se exige que ele formule uma reconstrução autônoma dos fatos da causa quando as narrativas das partes forem ambas indignas de credibilidade.⁷⁶

A terceira questão concerne a algumas modalidades com as quais os advogados narram suas histórias sobre os fatos da causa.

Antes de qualquer coisa, é preciso considerar que essas histórias assumem estrutura diferente, dependendo da disciplina dos atos introdutivos do processo. Os sistemas de *civil law* caracterizam-se por aquilo que na terminologia anglo-americana chamar-se-ia *fact pleading*, ou seja, pela regra segundo a qual a demanda deve conter uma alegação específica, detalhada e possivelmente completa dos fatos da causa.⁷⁷ Além disso, com o intuito de fornecer um quadro completo da situação fática que está à base da controvérsia,

⁷⁴ [N. do T.] No texto original a frase aparece como «(...) *le storie narrate dagli avvocati sono parziali, partigiane, manipolate e fuorvianti*». A palavra *parziale* é definida no dicionário «*lo Zingarelli*» de língua italiana assim: «*que tende a favorecer uma ou mais determinadas pessoas, em detrimento das outras*». Já a palavra *partigiano*, no aludido dicionário, é definida assim: «*que está disposto a favorecer uma parte, que tem falta de objetividade e imparcialidade*». Entende-se, com consultas aos dicionários *Houaiss* e *Aurélio* de língua portuguesa, estarem ambos os sentidos contidos na palavra *parcial* em português, razão pela qual foi utilizada somente essa no lugar das duas existentes no texto original.

⁷⁵ Sobre essa afirmação, tradicional na concepção do processo inglês, cfr. JOLOWICZ, 1975: 188. Cfr. também GAWRITZ, 1996: 6; TWINING, 2006: 295, além disso v. *infra*, Cap. V, item 1.

⁷⁶ Sobre a reconstrução dos fatos por parte do juiz v. *infra*, item 2.3, neste Capítulo, e, além, no Cap. V, item 3.

⁷⁷ Cfr., por exemplo, além do art. 163 n. 4 do Código de Processo Civil italiano, o § 130 n. 3 da *Zivilprozessordnung* alemã, os arts. 6 e 62 do *Code de Procédure Civile* francês e o art. 399 n. 3 da *Ley de enjuiciamiento civil* espanhola.

bem como com o de fornecer ao juiz o quadro de referência para a admissão das provas relevantes, normalmente são indicadas também as circunstâncias que «*circundam*» os fatos principais (ou seja, os assim chamados fatos secundários logicamente relevantes). Nesses sistemas, por conseguinte, o processo tem início com uma narrativa proposta pelo autor, na qual se presume que os fatos sejam descritos de modo detalhado e completo. Há ainda regras substancialmente similares para o demandado: ele pode contestar no todo ou em parte a narrativa do autor,⁷⁸ mas de qualquer maneira deve apresentar a sua narrativa dos fatos relevantes, que pode ser uma versão negativa da narrativa do autor, ou uma versão dos fatos completamente diversa. De qualquer modo, mesmo a narrativa do demandado deve ser fundada em uma alegação detalhada e completa dos fatos.

A situação é diferente no aspecto processual, mas equivalente substancialmente, quando se tem um sistema fundado nos assim chamados *notice pleading*, como ocorre com as *Federal Rules of Civil Procedure* estadunidenses. Nesse sistema a formulação inicial da demanda não inclui necessariamente uma narração completa dos fatos da causa. Esses podem ser descobertos, um passo por vez, através da *discovery*: portanto, somente na conclusão da fase *pre-trial* é que ambas as partes estarão em condições de traçar um quadro completo da situação fática em que se funda a controvérsia.⁷⁹ Isso resulta que a construção e a redação das narrativas das partes são mais longas, fragmentadas e complexas do que aquelas que aparecem normalmente nos sistemas de *civil law*. Todavia, mesmo nos sistemas fundados no *notice pleading*, chega o momento em que as partes devem apresentar histórias que compreendam os fatos da causa.

Além das diferenças ora referidas, essas histórias apresentam algumas características que merecem atenção.

Antes de qualquer coisa, possuem uma *pretensão de veracidade*. Não são falatórios entre os advogados e o juiz: quando um advogado alega fatos, implicitamente ou explicitamente afirma que tais fatos são verdadeiros.⁸⁰ Na realidade, não teria sentido, para um advogado, alegar um fato que fundamenta sua demanda e, concomitantemente, dizer ou sugerir que o enunciado que concerne àquele fato é falso. Se ligo para minha esposa e digo a ela que meu voo de Nova Iorque está com cinco horas de atraso, mas ao mesmo tempo digo que aquilo que estou dizendo é falso, ela pode se perguntar sobre quantos gins-tônicos eu bebi. Brincadeiras à parte, pode-se recordar que um dos prin-

⁷⁸ Sobre o tema v. *infra*, Cap. III, item 5.1.

⁷⁹ Sobre esse famoso aspecto do sistema processual americano cfr. p. ex. JAMES, HAZARD e LUTSENDORF, 1992: 145 ss.; FRIEDENTHAL, KANE e MILLER, 1985: 252 ss.

⁸⁰ Sobre a natureza da alegação v. mais amplamente, *infra*, Cap. III, item 5.

cípios fundamentais da correção da conversação implica a convicção de dizer o verdadeiro.⁸¹

Portanto, a pretensão de veracidade é típica da narrativa dos advogados (como de muitas outras narrativas), independentemente do fato de que em realidade sejam verdadeiras ou falsas. Entretanto, visto que uma pretensão de veracidade não é equivalente à veracidade de um enunciado, a história que o advogado narra em relação a um fato da causa não é outra coisa senão uma história *hipoética* sobre aquele fato. Essa hipótese é apresentada «*como verdadeira*», mas isso nada mais é do que uma hipótese: a veracidade ou falsidade será estabelecida posteriormente, no curso do processo e na decisão final. Nos termos da teoria dos atos linguísticos essas histórias pertencem à categoria dos atos *ilocutórios*, caracterizados por uma função *assertiva ilocutória*. Com efeito são constituídas por *assertivas*, ou seja, por enunciados que pretendem afirmar proposições verdadeiras que descrevem fatos com uma *word-to-world direction or fit*.⁸²

No caso das histórias provenientes das partes, há ainda dois aspectos da função que essas desempenham. Um deles está ligado à circunstância de que o intuito do advogado é vencer a causa; portanto, a história por ele narrada é construída para persuadir o juiz de que seu cliente merece vencer.⁸³ Nessa perspectiva a narrativa do advogado tem também outra função ilocutória de caráter *diretivo*, visto que tem o fim de justificar um pedido que pode ser acolhido ou não.⁸⁴ O outro aspecto – não levado em consideração pela teoria do *story-telling*, mas relevante do ponto de vista jurídico – está ligado ao ônus da prova. Na realidade, o advogado não conta sua versão hipotética dos fatos com o escopo de informar o juiz e as outras partes. Quando apresenta sua narrativa, o advogado assume para si o ônus da prova referente aos fatos que relata. A não ser que no caso particular operem presunções legais – e salvo se o juiz distribuir diversamente entre as partes o ônus probatório – o princípio fundamental é que *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Quem afirma que um fato é verdadeiro tem o ônus de demonstrar a veracidade de sua afirmação. Essa regra vale, em geral, em muitas áreas da experiência: no âmbito do processo significa que satisfazer o ônus da prova assumido alegando os fatos é uma condição para vencer a causa.⁸⁵

No curso do processo podem-se verificar mudanças nas narrativas fáticas das partes, nos limites admitidos pelas diversas disciplinas processuais e em-

⁸¹ Cfr. GRICE, 1989: 27.

⁸² Sobre o conceito de função *ilocutória* dos atos linguísticos cfr. SEARLE, 1998: 137, 140, 148; SEARLE, 1980: 23, 29, 65.

⁸³ Cfr. AMSTERDAM e BRUNER, 2002: 174; DI DONATO, 2008: 173.

⁸⁴ Sobre o conceito de função *ilocutória diretiva* cfr. SEARLE, 1998: 148.

⁸⁵ O tema do ônus da prova não pode ser discutido adequadamente nessa sede. Em linhas gerais, cfr. GASKINS, 1992, e v. mais amplamente, *infra*, Cap. V, item 5.

função do andamento da causa.⁸⁶ Exaurida a produção de provas, e antes da decisão, normalmente os advogados apresentam a versão final de suas narrativas relativas aos fatos. Essa versão pode ser no todo ou em parte diferente da versão inicial, ou pode coincidir com essa, dependendo do que ocorreu no curso do procedimento e, em particular, em função dos resultados produzidos pelas provas. Todavia, a versão final apresenta substancialmente as mesmas características da versão inicial. Essa, de fato, é *parcial*, já que, de qualquer modo, tem a finalidade de sustentar as razões da parte que o advogado representa. Além disso, tem também *pretensão de veracidade*. Tal pretensão pode ser em alguma medida reforçada, se o advogado tiver condições de extrair das provas elementos que confirmem a veracidade da sua versão dos fatos e, portanto, possa afirmar ter atendido ao ônus probatório que assumira inicialmente; pode, por outro lado, ser enfraquecida, caso o êxito das provas não tenha sido favorável. De qualquer modo, as versões finais dos fatos que ambos os advogados propõem têm ainda natureza hipotética, visto que não compete a eles estabelecer definitivamente se tais hipóteses são verdadeiras ou falsas. O que eles fazem, na realidade, é propor ao juiz hipóteses de decisão, indicando quais são – do seu ponto de vista – os elementos que o juiz deveria levar em consideração com o fim de estabelecer qual narrativa apresenta-se como verdadeira.

b) *As testemunhas*. De certo modo, a testemunha é o típico narrador. Supõe-se que ela tenha conhecimento sobre alguns fatos da causa e se espera que ela «*narre*» os fatos que conhece. A testemunha pode desempenhar sua tarefa de narrador de diversos modos: às vezes se pede que conte o que sabe em um discurso contínuo e outras vezes, mais frequentemente, ela é inquirida. Tal inquirição, que pode ser feita pelo juiz, pelos advogados das partes ou por ambos (de acordo com o sistema probatório) dá-se através de uma série de perguntas específicas. Nesse caso, a narrativa da testemunha emerge das respostas que fornece, não havendo um texto espontâneo e contínuo: a história é fragmentada, e geralmente a testemunha fornece peças diferentes e separadas de um mosaico⁸⁷ que devem, pois, ser combinadas em um desenho que as compreenda. Frequentemente o fato é descrito na pergunta feita, e a testemunha limita-se a responder «*sim*» ou «*não*». Essa espécie de diálogo, ainda, pode ter estruturas diversas: na maior parte dos sistemas processuais de *civil law* quem inquirir é o juiz, que, via regra, dirige à testemunha perguntas relativas a fatos previamente indicados pelas partes. Nos sistemas que adotam o método da *direct e cross-examination* quem inquirir são os advogados; a inquirição pode ser articulada em duas ou mais fases, nas quais eles formulam suas perguntas na ordem que julgam mais eficaz para a finalidade de obter o

⁸⁶ Para uma análise estrutural mais aprofundada sobre essas variações cfr. TARUFFO, 2002: 235.

⁸⁷ Cfr. GEWIRTZ, 1996: 7; BURNS, 2005: 2.

testemunho. Não obstante essa forma essencialmente dialogada e interativa de inquirição, ou a variedade dos modos em que essa pode se desenvolver, pode-se dizer que a testemunha narra uma história e que, de qualquer modo, uma história pode ser reconstruída com base nas atas da inquirição.

As histórias contadas pelas testemunhas têm dois aspectos que merecem ser frisados. Essas têm uma *forte pretensão de veracidade*, muito mais forte do que a *preensão* que (conforme visto) é típica da narrativa dos advogados. Ao passo que o advogado não tem um dever de dizer a verdade, a testemunha tem: ela jurar dizer a verdade, e o falso testemunho é punido pela lei penal. Isso não significa, obviamente, que as testemunhas não mintam jamais, mas implica que se tenha ao menos uma presunção *prima facie* a favor da veracidade daquilo que a testemunha relata. Há, todavia, um aspecto que pode ser considerado problemático, pelo menos em alguns sistemas processuais. Nos ordenamentos de *civil law* as testemunhas são frequentemente indicadas pelas partes; algumas vezes o juiz tem o poder de determinar de ofício a inquirição de testemunhas.⁸⁸ Em ambos os casos, de qualquer modo, espera-se que a testemunha seja imparcial, visto que sua função é de relatar *ao juiz* uma história confiável sobre os fatos que conhece. A testemunha não é *party-centered* ou *party-oriented*, e a história que ela conta é considerada uma «*verdadeira*» narração dos fatos. Também no sistema estadunidense as testemunhas são indicadas pelas partes (já que as cortes fazem raramente uso do poder a elas conferido pela *Rule 614 (a)* das *Federal Rules of Evidence*); nesse sistema, entretanto, elas são substancialmente *party-centered*, já que são escolhidas e previamente instruídas e treinadas pela «*sua*» parte. Supõe-se que digam a verdade (e eles juram nesse sentido), mas espera-se também que digam uma verdade que sustente a posição processual da «*sua*» parte. Caso contrário, tornam-se testemunhas «*adversas*», sendo interrogadas como tais; mesmo nesse caso, todavia, não se espera que sejam neutras e imparciais, visto que são, de qualquer modo, *party-oriented*, de modo favorável ou desfavorável. Pode, por conseguinte, existir uma forte tensão entre o dever de dizer a verdade e a inclinação da testemunha a contar a história mais favorável à parte que a chamou a depor.

Por outro lado, geralmente a inquirição da testemunha inclui perguntas que têm o fim específico de verificar sua credibilidade. Isso acontece nos sistemas de *civil law*, nos quais o juiz (e em certa medida também as partes) pode dirigir à testemunha perguntas relativas à sua credibilidade pessoal e à confiabilidade da sua reconstrução e narração dos fatos. Isso ocorre também — provavelmente de maneira mais eficaz — nos sistemas de *common law*, nos quais a *cross-examination* tem tipicamente o fim de atacar (e possivelmente destruir) a credibilidade da testemunha e a confiabilidade das respostas por

ela dadas no curso da *direct-examination*. Desse modo pode-se entender bem o significado do famoso *dictum* de Wigmore, segundo o qual a *cross-examination* «*is beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of the truth*».⁸⁹ Naturalmente aqui se faz referência àquele que pode ser considerado o funcionamento fisiológico da *cross-examination*. Um problema completamente diferente surge quando os advogados abusam desse instrumento, com o fim de esconder ou distorcer a verdade; visam a destruir a testemunha, independentemente do fato de ela ter dito ou não a verdade.⁹⁰ Ao que tudo indica, todavia, os abusos são bastante frequentes; a ponto de alguns ordenamentos de *common law* terem introduzido normas que visam a proteger as testemunhas das agressões dos advogados no curso da *cross-examination*.⁹¹ Não por acaso diz-se que em muitos casos a vitória de quem conduziu a «*contra-inquirição*» é a vitória de um «*trained curial assassin ambushing an easy target*».⁹²

O ponto essencial é, de qualquer modo, este: a inquirição de uma testemunha é — ou deveria ser — conduzida justamente com o escopo de buscar a verdade daquilo que a testemunha conhece sobre os fatos da causa. Não se espera que ela conte uma história qualquer para entreter a corte, os advogados, ou o público. Espera-se — e ela é obrigada a isso — que ela narre uma história verdadeira. Também essa narrativa pertence à categoria dos atos *illocutórios assertivos*, sendo constituída por assertivas relativas à descrição dos fatos e tendo a função de fornecer ao juiz informações verdadeiras e confiáveis.

c) *O juiz*. O juiz que decide sobre os fatos é o último, definitivo e, portanto, mais importante narrador no âmbito do processo. Ao final do procedimento, ele se vê diante de diferentes histórias narradas pelas testemunhas e pelos advogados: geralmente essas histórias são em larga escala divergentes ou contrastantes. A função principal do juiz é estabelecer qual das diversas narrativas dos fatos é relativamente «*melhor*»; para tanto, ele pode escolher uma entre as histórias já narradas, ou construir uma original — se autorizado a fazê-lo e se insatisfeito com as histórias narradas pelas partes.⁹³ A narrativa apresentada pelo juiz em sua decisão final tem pelo menos três características relevantes: 1) é também um ato *illocutório assertivo*, sendo constituída por uma série de enunciados que descrevem fatos; 2) é *neutra* e *não de parte* (e *não competitiva*): o juiz não tem qualquer escopo a atingir, salvo aquele de

⁸⁸ Cfr. WIGMORE, 1974: vol. 5, 32.

⁸⁹ Cfr., p. ex., FREIDMAN, 1966: 1474, em que se diz que o bom advogado deve usar a *cross-examination* para destruir a testemunha adversa, especialmente quando sabe que ela disse a verdade. Cfr., também, EHRlich, 1970: 18; APRLEMAN, 1965: 6.

⁹⁰ Cfr. HUNTER, 2007: 262 ss.

⁹¹ Nesse sentido HUNTER, 2007: 271.

⁹² Sobre a característica da narrativa do juiz v. DI DONATO, 2008: 183 ss. Sobre a estrutura dessa narrativa v., *infra*, Cap. V, item 3.

⁸⁸ Cfr. TARUFFO, 2007: 53, inclusive para ulteriores referências.

pronunciar uma decisão justa e precisa. Ele não tem qualquer interesse pessoal a realizar, nem sujeitos que deva particularmente proteger ou tutelar. Sua posição típica é, nos termos de Norbert Elias, de *destaque*: sua narrativa dos fatos é e deveria ser «*destacada*» da competição das partes sobre os fatos da causa.⁹⁴ A função dessa narrativa é somente afirmar que alguns fatos resultam confirmados de modo objetivo. 3) Finalmente, mas não menos importante, essa narrativa é *verdadeira*, não somente no sentido de ter uma pretensão de veracidade, mas também porque o juiz afirma ser essa verdadeira com base na confirmação resultante das provas produzidas e valoradas. No contexto do processo um enunciado fático é considerado verdadeiro quando confirmado pelas provas: «*verdadeiro*» equivale a «*provado*».⁹⁵ Portanto, a narrativa do juiz é definitivamente verdadeira, pois vai no sentido demonstrado pelas provas.

É oportuno, todavia, fazer uma distinção entre a decisão sobre os fatos feita por um juiz daquela feita por um juiz (ou por um colegiado de juízes), como ocorre via de regra nos sistemas de *civil law* e no processo civil na Inglaterra.⁹⁶ Muitas argumentações sobre o *story-telling* foram feitas com referência ao *jury*, mas – paradoxalmente – os júrís, na verdade, não narram história alguma: o veredito jamais é acompanhado de uma motivação ou de qualquer texto oral ou escrito que explique ou até mesmo justifique a decisão tomada sobre os fatos da causa. Consequentemente, na melhor das hipóteses, pode-se tentar adibir quais narrativas dos fatos os jurados construíram em suas mentes e discutiram no sigilo da *jury room*; entretanto, concretamente não se pode descobrir coisa alguma sobre essas histórias. Em realidade, trabalha-se com a imaginação, ou um pouco mais. Essa imaginação pode encontrar algum apoio direto ou indireto, mas ninguém pode ler ou escutar as narrativas dos membros do júri; jamais se sabe diretamente como um determinado jurado (ou o júri como um todo) elaborou uma ou mais narrativas dos fatos da causa. Portanto, jamais é possível estabelecer se o júri escolheu uma das narrativas apresentadas pelas partes, ou se elaborou uma reconstrução autônoma e original de tais fatos.

A situação é completamente diferente para o juiz de *civil law*. Ele tem o dever, frequentemente reforçado por normas constitucionais, de redigir uma narrativa, na qual a decisão das questões de direito deve ser justificada com argumentações jurídicas adequadas; a decisão sobre os fatos deve fundar-se

logicamente nas provas produzidas em juízo.⁹⁷ Existe, portanto, uma narrativa dos fatos, do modo como foram apurados pelo juiz. Essa narrativa pode corresponder no todo ou em parte à narrativa apresentada por uma das partes, na medida em que essa parte tenha conseguido provar os «*seus*» fatos.⁹⁸ Todavia, quando o juiz entende que nenhuma das narrativas propostas pelas partes foi confirmada por provas adequadas, constrói uma história diferente, fundada numa reconstrução autônoma dos fatos da causa, justificá-la-á com base nas provas que levou em consideração. Se as provas produzidas não atingem o *standard*⁹⁹ que a lei requer para uma apuração «*positiva*» dos fatos, o juiz redige uma narrativa «*negativa*», dizendo que os fatos relevantes não foram apurados e que – portanto – os enunciados relativos a tais fatos não podem ser considerados verdadeiros.¹⁰⁰ De qualquer modo, nesses sistemas há, na verdade, uma narrativa dos fatos que é enunciada pelo juiz. Essa narrativa pode ser analisada, criticada e confrontada com as outras histórias contadas no curso do processo.

3. CONSTRUINDO NARRATIVAS

Uma narrativa dos fatos jamais pode ser (especialmente em um processo) algo já pronto e acabado que cai do céu na mesa de um advogado ou de um juiz. Pelo contrário: as narrativas são *construídas* por seus autores, frequentemente através de atividades criativas, complexas e sofisticadas. Essa construção não é uma descrição passiva, abstrata ou neutra dos fatos: como já dito, as narrativas *constróem os fatos* que são contados.¹⁰¹ De certa maneira, portanto, a construção de uma narrativa por parte de seu autor é também a construção dos fatos que o autor conta.¹⁰² Em outros termos: o autor constrói a *sua versão* dos fatos. Construindo a sua narrativa, o autor «*dá forma à realidade*».¹⁰³ Por essas razões, pode ser interessante considerar pelo menos alguns dos aspectos mais importantes da construção das narrativas, derivando alguns conceitos gerais da teoria da narração, mas tentando concentrar a atenção nas narrativas processuais. Nessa perspectiva podem-se distinguir alguns «*tipos de construção*», não obstante esses se combinem e se interliguem na formulação de qualquer narração fática.

⁹⁷ Sobre o assunto v. *infra*, Cap. V, item 6.

⁹⁸ Sobre a tendência do juiz de decidir escolhendo uma das narrativas fornecidas pelas partes cfr., de resto, DI DONATO, 2008: 202.

⁹⁹ [N. do T.] A palavra assinalada foi colocada em itálico, visto que, conforme confirmado pelos dicionários Aurélio e Houaiss de língua portuguesa, a aceção utilizada («*a level of quality or attainment*», do dicionário Oxford de língua inglesa) não existe no idioma vernáculo.

¹⁰⁰ Sobre os *standards* de prova v. mais amplamente *infra*, Cap. V, item 4.

¹⁰¹ Cfr. AMSTERDAM e BRUNER, 2002: 111.

¹⁰² A propósito, cfr. em particular DI DONATO, 2008: 107 ss., 159 ss., 196 ss.

¹⁰³ Cfr. AMSTERDAM e BRUNER, 2002: 135.

⁹⁴ Para uma análise mais aprofundada da posição de destaque do juiz, em contraposição ao envolvimento dos advogados no âmbito das provas, cfr. TARUFFO, 1993: 267 ss.

⁹⁵ Cfr. em linhas gerais FERRER BELTRÁN, 2002: 61; COLOMA CORREA, 2006: 33; TARUFFO, 2007: 35, 50, 143.

⁹⁶ Sobre essa distinção e sobre algumas de suas consequências, v. mais amplamente *infra*, Cap. IV, 4.

a) *Construção de categorias*: Como evidenciavam Amsterdam e Bruner, as categorias estão por todas as partes, sendo inevitáveis no emprego do pensamento;¹⁰⁴ isso porque são o instrumento principal que usamos para interpretar e organizar a realidade, conferindo significados e colocando eventos em um contexto específico;¹⁰⁵ portanto, construindo narrativas. As categorias são numerosas: mudam no tempo e espaço e jamais têm forma e conteúdo estáveis;¹⁰⁶ além disso, cada um tem as suas categorias, que integram sua cultura individual.¹⁰⁷ Visto que a construção das narrativas funda-se na atividade de categorização, a óbvia consequência é que se constroem narrativas diferentes quando se usam categorias diferentes (ou quando uma categoria é usada em versões ou com significados diferentes). Não é o caso de se desenvolver aqui uma análise aprofundada do emprego das categorias;¹⁰⁸ alguns exemplos podem ser suficientes para mostrar como as narrativas podem variar quando são empregadas categorias diversas.

Mesmo que se faça referência à ideia mais comum de *tempo* - sem entrar nas complicações filosóficas que dizem respeito ao conceito de tempo, ou em conceitos ainda mais complicados (como o de tempo-espaço) - resta claro que categorizações temporais diferentes implicam diferenças relevantes na construção das narrativas. Uma coisa é dizer, por exemplo, que o fato F2 ocorreu um segundo ou cinco minutos depois do fato F1; outra, completamente diferente, é dizer que F2 ocorreu seis meses, um ano ou dez anos depois de F1. Tratar-se-ia de narrativas completamente diferentes da ocorrência dos dois fatos. Analogamente, uma coisa é dizer que F1 e F2 ocorreram no mesmo lugar, e outra completamente diversa, é dizer que F2 ocorreu a um metro, um quilômetro ou dez mil quilômetros de F1. A variação das distâncias leva a que se narrem histórias completamente diferentes.

Outro exemplo interessante, que se verifica frequentemente no contexto processual, concerne à *causalidade*. O conceito de causa é um dos de uso mais frequente (na direção¹⁰⁹ e em todos os outros campos de experiência), sendo há muitos séculos objeto de discussões filosóficas e científicas (que naturalmente não podem ser aqui repercutidas). Na perspectiva da construção de narrativas é provavelmente mais interessante considerar a causalidade como um modelo mental,¹¹⁰ ou como um «*modelo cognitivo idealizado*»,¹¹¹ ou seja, como um esquema psicológico utilizado comumente com o fim de dar forma à conexão

¹⁰⁴ Cfr. AMSTERDAM e BRUNER, 2002: 19.

¹⁰⁵ *Idem*, *ibidem*: 28.

¹⁰⁶ *Idem*, *ibidem*: 37.

¹⁰⁷ *Idem*, *ibidem*: 27.

¹⁰⁸ Para essa análise cfr., sobretudo, AMSTERDAM e BRUNER, 2002: 19, além dos exemplos amplamente analisados *ivi*, p. 55.

¹⁰⁹ Cfr., p. ex., o clássico estudo de HART e HONORÉ, 1959, e, em particular, STELLA, 1990.

¹¹⁰ Cfr. JOHNSON e LAIRD, 1999: 67.

¹¹¹ Cfr. WINTER 2001: 88, 93, 105.

entre eventos. Todavia, se dizemos que o comportamento de A provocou dano físico a B, estamos falando de uma causalidade direta e específica, visto que descrevemos dois acontecimentos particulares e individuais e afirmamos que um desses é a causa efetiva, concreta e imediata do outro.¹¹² Se, ao invés disso, dizemos que o fato F1 pode fazer com que aumente em certa medida a probabilidade de acontecimentos do tipo F2 em uma dada população, estamos falando da assim chamada causalidade geral, que é um conceito de causalidade completamente diferente e que - na melhor das hipóteses - pode ser expresso somente em termos de probabilidade de ocorrência de F2 em presença de F1.¹¹³ Essas são narrativas completamente diferentes: a primeira funda-se corretamente na categoria de causa (entendida como uma conexão direta entre dois eventos), ao passo que a segunda deveria ser mais corretamente expressa em termos de probabilidade estatística. Formular a primeira narrativa em termos de probabilidade seria errado e desorientador, visto que sugeriria a impressão de uma forte conexão entre fatos específicos que em realidade não existe. Formular a primeira narrativa em termos de probabilidade seria também desorientador, visto que sugeriria a existência de somente uma conexão provável entre os dois eventos; ao invés de uma causalidade direta. Se, além disso, eventos do tipo F1 e do tipo F2 verificam-se em uma dada população, mas não se descobre qualquer ligação particular entre esses, isso significa que sua mera conexão não pode ser propriamente descrita nem em termos de probabilidade nem - muito menos - em termos de causalidade.¹¹⁴ descrições feitas assim distorceriam o significado dos dados fornecidos pela ciência, sendo, portanto, falsas.

Se se combinam todas as possíveis variações de conexões temporais, espaciais, causais e não causais, o que disso resulta claramente é a existência de um grande número de narrativas possíveis, relativas à ocorrência conjunta de F1 e F2. Muitas dessas narrativas podem ser mais coerentes e plausíveis do que outras; algumas podem ser verdadeiras e algumas podem ser falsas. De qualquer modo, empregos diversos das categorias não podem produzir outra coisa senão narrativas diferentes.

b) *Construção linguística, semântica e lógica*. Naturalmente a qualidade de uma narrativa funda-se no emprego correto da linguagem em que essa é formulada: uma história mal contada, cheia de erros de gramática e de sintaxe, pode ser até mesmo impossível de se entender. Igualmente óbvio é o requisito da correção semântica: há regras elementares (que não requerem ulteriores

¹¹² Sobre o conceito de causalidade específica ou individual cfr. TARUFFO, 2007: 107; STELLA, 2003: 339; GREEN, FREEDMAN e GORDIS, 2000: 381.

¹¹³ Sobre o conceito de causalidade geral cfr. TARUFFO, *ibidem*; STELLA, *op. cit.*: 291; GREEN, FREEDMAN e GORDIS, 2000: 374, 383.

¹¹⁴ Sobre o conceito de mera conexão cfr. KAYE e FREEDMAN, 2000: 91, 94; RUBINFELD, 2000: 183, 185; GREEN, FREEDMAN e GORDIS, 2000: 336.

análises) que impõem, por exemplo, que as palavras sejam utilizadas em seu significado apropriado e que sejam evitadas modificações do significado do termo durante a narrativa. A mesma coisa pode ser dita a propósito das regras de coerência lógica, como aquelas que pregam que devem ser evitadas contradições, lacunas na argumentação e na descrição de eventos conexos, bem como o emprego de inferências não justificadas. Se pensarmos em um texto de literatura experimental podemos admitir que algumas dessas regras, ou todas, sejam colocadas à parte; essas, entretanto, devem ser seguidas em um texto que pretende ser uma narrativa descritiva de um fato ou de um conjunto de fatos.

Há, todavia, um aspecto da construção linguística e semântica que requer algumas observações ulteriores. Twining frisa que as narrativas geralmente descuidam da distinção entre fato e valor.¹¹⁵ Essa, entretanto, é uma das questões mais importantes que concernem à construção das narrativas processuais: segundo a Grande Distinção, devida a Hume, os enunciados que descrevem fatos devem ser rigorosamente diferentes dos juízos de valor; um não pode ser derivado do outro.¹¹⁶ Essa distinção é inevitável (e não somente por razões de caráter filosófico), não obstante sua difícil aplicação prática — seja porque o direito frequentemente define os fatos em termos valorativos,¹¹⁷ seja porque frequentemente as pessoas não entendem a diferença entre fato e valor. Todavia, seria preciso ter sempre presente que os enunciados descritivos são *apofânticos* (ou seja, verdadeiros ou falsos) e, portanto, pode-se provar sua veracidade ou falsidade. Os enunciados que exprimem juízos de valor são *não apofânticos*: podem ser compartilhados e justificados, ou criticados e rejeitados, mas não se pode provar sua veracidade ou falsidade. Em termos jurídicos e processuais isso significa que somente os enunciados que descrevem fatos (ou seja, somente as partes fáticas de uma narrativa) podem ser objeto de prova, ao passo que os enunciados valorativos (ou seja, os aspectos valorativos de uma narrativa) não podem ser objeto de prova. Por exemplo: uma coisa é dizer que a velocidade de um veículo era «excessiva», e outra coisa é dizer que essa «*superava o limite de 50 quilômetros por hora*». Esse segundo enunciado é «*fático*», podendo ser objetivamente verificado por um medidor de velocidade; o primeiro, por sua vez, exprime uma valoração puramente subjetiva, que pode também ser compartilhada por diversas pessoas, mas não pode ser objetivamente verificada. O segundo enunciado é objeto de prova, ao passo que o primeiro é objeto de valoração.¹¹⁸ Na medida em que uma narrativa pretende ser verdadeira (merece ser tomada como verdadeira ou deve ser

considerada verdadeira porque confirmada por provas suficientes) a diferença entre enunciados descritivos e enunciados valorativos está claramente pressuposta. Essa diferença é importante no contexto processual de muitos pontos de vista. Por exemplo: geralmente a testemunha ordinária (que não é especialista) não pode exprimir as suas valorações pessoais sobre os fatos que está narrando. Em termos mais genéricos, a relevância das provas é estabelecida com base na possibilidade de que essas forneçam informações relativas à veracidade ou à falsidade de um enunciado, o que implica que as provas devam ter relação com fatos, não com valorações. Consequentemente, narrar um acontecimento em termos valorativos, ao invés de fazê-lo em termos descritivos, significa narrar um acontecimento diferente, que não pode constituir objeto de prova.

c) *Construção social ou institucional*. Mesmo não sendo necessário concordar em toda sua amplitude com o ataque de Ian Hacking à «*construção social*» de qualquer coisa,¹¹⁹ é necessário reconhecer que em inúmeras situações, tanto na vida cotidiana como no âmbito do processo, deparamo-nos com fatos materiais. Um acidente de trânsito, um ferimento ou a morte de uma pessoa são acontecimentos materiais «*brutos*», antes de serem o fundamento jurídico de uma demanda de ressarcimento de danos, e antes de serem «*construídos*» de qualquer outro modo.¹²⁰ Ocorre com frequência, todavia, que os fatos da experiência cotidiana (e em particular os fatos de que se trata em um processo) sejam *institucionais*, ou *socialmente construídos*, não obstante frequentemente fundados em acontecimentos «*brutos*» que se colocam logicamente antes da sua qualificação institucional.¹²¹ No conhecido exemplo de Searle, o pedaço de papel verde é uma nota de 100 dólares não em função da sua realidade empírica, mas em função das convenções sociais, jurídicas, institucionais e organizativas em virtude das quais é «*rito como*» uma nota de 100 dólares.¹²² Considerações análogas podem ser feitas a propósito de muitos fatos relevantes em um processo: por exemplo, se pensarmos na transferência dos assim chamados derivativos financeiros, ou nas transações estipuladas via internet, estaremos pensando em fatos que podem ter relevância jurídica — e, portanto, devem ser apurados em juízo — mas que têm uma base empírica muito reduzida (partindo do pressuposto de que tenham uma). Nessas situações, descrever e narrar um fato requer necessariamente que sejam determinadas também as dimensões sociais e institucionais desse, mesmo se isso significar ir muito além da sua realidade empírica.

¹¹⁹ Cfr. HACKING, 1999.

¹²⁰ Para uma discussão crítica das teorias que afirmam que os fatos não são outra coisa senão construções sociais, cfr. HACKING, 1999: 23, 80.

¹²¹ Para uma visão geral sobre a distinção entre fatos «*brutos*» e fatos «*institucionais*» cfr. SEARLE, 1996: 36; MACCORMICK e WEINBERGER, 1986. Para uma teoria geral dos fatos institucionais cfr. SEARLE, 1996: 130. Sobre a prioridade lógica dos fatos «*brutos*» cfr. SEARLE, 1996: 67, 138.

¹²² Cfr. SEARLE, 1996: 38, 41, 47, 93.

¹¹⁵ Cfr. TWINING, 2006: 312, 335.

¹¹⁶ Na ampla literatura existente sobre o tema cfr. em particular CEIANO, 1994.

¹¹⁷ Sobre esse problema v. mais amplamente TARUFFO, 1992: 105, 1985: 45. Cfr. também WROBLEWSKI, 1983: 108.

¹¹⁸ Uma velocidade de 30 quilômetros por hora pode ser considerada por alguém excessiva em circunstâncias particulares, ainda que o limite seja de 50 quilômetros.

d) *Construções culturais*. Em um sentido muito genérico, a construção de uma narrativa é em si mesma *cultural*: categorias, linguagem e construções sociais são parte da cultura de cada narrador. Há, todavia, um sentido mais específico, no qual a construção de uma narrativa é cultural: qualquer narrativa funda-se em uma cultura e é construída através de uma cultura (compreendida como conhecimento do mundo). Portanto, a coerência de uma narrativa pode ser definida em termos de sua correspondência aos modelos narrativos existentes no *stock of knowledge* que constitui o conteúdo daquela cultura.¹²³ Como frisa Twining, as narrativas fazem continuamente referência ao *stock of knowledge* que representa o pano de fundo cultural de cada narrador.¹²⁴ De certo modo esse *stock of knowledge* pode ser compreendido como equivalente ao senso comum ou à cultura média,¹²⁵ ou àquela que Umberto Eco definiu como a Enciclopédia Média, aludindo a todos os conteúdos que pertencem a uma determinada cultura.¹²⁶ Trata-se, de qualquer modo, de um «conjunto de coisas» extremamente vago, indeterminado, variável e incerto. É evidentemente impossível defini-lo, sobretudo por causa da vagueza e variabilidade dos seus conteúdos; todavia, alguns aspectos dos «conhecimentos» contidos no *stock* merecem algumas observações ulteriores.

Antes de qualquer coisa, é necessário frisar que no meio desse conjunto desordenado de «conhecimentos» há muitas coisas que são de fato conhecimentos em sentido próprio. Segundo Twining trata-se de um conjunto de «*filled agglomerations of beliefs*» que consistem tipicamente em uma «*complex soup of more or less well-grounded information, sophisticated models, anecdotal memories, impressions, stories, myths, proverbs, wishes, stereotypes, speculations and prejudices*».¹²⁷ Esse não é composto por proposições particulares, empiricamente verificadas e bem articuladas.¹²⁸ Essa *soup* inclui alguns ingredientes que requerem consideração mais aprofundada. Primeiramente: os *preconceitos*. O senso comum é cheio de preconceitos sexuais, raciais, religiosos, étnicos e até mesmo profissionais, que – segundo Schauer – são convicções não justificadas sobre as pessoas; fundam-se, geralmente, em generalizações estatísticas, carentes de fundamento.¹²⁹ Esses podem incidir acidentalmente na construção das narrativas, sendo especialmente perigosos sobretudo porque podem ser eficazes no sentido de tornar as narrativas particularmente coerentes e confiáveis para aqueles que compartilham dos mesmos *preconceitos*. Desse modo, os fatos podem ser substancialmente distorcidos,

¹²³ Para essa definição cfr. JACKSON, 1998: 59.

¹²⁴ Cfr. TWINING, 2006: 310, 335, 443.

¹²⁵ Sobre essas noções v. mais amplamente TARUFFO, 2002a: 121.

¹²⁶ Cfr. Eco, 2007: 77.

¹²⁷ Cfr. TWINING, 2006: 338.

¹²⁸ *Idem, ibidem*.

¹²⁹ Cfr. SCHAUER, 2003: 15.

e manipulados, mas a narrativa pode parecer muito persuasiva a um público igualmente *biased*.¹³⁰

A *soup* é composta também por «*tramas*» (*scripts*). Essas incorporam as expectativas e as práticas consideradas normais em uma determinada cultura; exprimem os modos normais com que as pessoas se comportam (e com que se espera que se comportem) na vida cotidiana ordinária.¹³¹ Muitos aspectos do conhecimento de base de uma cultura são organizados em tramas, que frequentemente estão escondidas no interior da narrativa e estão implícitas, ao invés de explícitas.¹³² Por conseguinte, as tramas exprimem a ideia de «*normalidade*» existente em determinada cultura: são usadas para organizar os fatos segundo esquemas normais de eventos ou de comportamentos. Trata-se também aqui de instrumentos que podem ser muito eficazes para manipular os fatos: esses não são narrados do modo como efetivamente ocorreram, mas são «*reconduzidos à normalidade*», porque desse modo podem parecer mais familiares a um público que compartilha da mesma concepção daquilo que é normal e daquilo que é anormal. Isso não implica somente que os acontecimentos sejam organizados em uma sequência predefinida: são também interpretados segundo um modelo predeterminado e – visto que a referência à normalidade é mais prescritiva do que descritiva¹³³ – têm também o efeito de induzir a uma espécie de juízo moral: aquilo que é apresentado como normal é bom, ao passo que aquilo que é apresentado como anormal é ruim. Não se trata, portanto, de um meio para informar um destinatário sobre a verdade de algo: trata-se de um instrumento para condicionar as razões do destinatário.¹³⁴

Outros ingredientes importantes da *soup* são os *estereótipos* e os *perfs*.¹³⁵ Segundo Schauer, esses concernem sobretudo a pessoas, como «*a mulher feia*», «*o marido infiel*», «*o policial corrupto*», «*o motorista negro*»,¹³⁶ «*o estuproador negro*», «*o contrabandista de drogas sul-americano*»,¹³⁷ «*o terrrista islâmico*»,¹³⁸ e assim por diante. Estereótipos e perfs são normalmente fundados em generalizações grosseiras, e, portanto, têm uma quantidade de defeitos. Às vezes as generalizações que estão à base dos estereótipos e perfs são justificadas e, portanto, podem ser úteis – pelo menos em alguma medida

¹³⁰ Cfr. MENASHE e SHAWASH, 2005: 11.

¹³¹ Cfr. AMSTERDAM e BRUNER, 2002: 121; MENASHE e SHAWASH, 2005: 13.

¹³² Cfr. AMSTERDAM e BRUNER, *ibidem*.

¹³³ Cfr. em particular HACKING, 2002: 160 ss., 163.

¹³⁴ Cfr. DI DONATO, 2008: 174, que frisa acertadamente a natureza retórica desse instrumento.

¹³⁵ Esses dois ingredientes podem ser considerados um conjunto, pois consistem em dois aspectos do mesmo fenômeno: na realidade, a atividade chamada *profiling* pode produzir tanto perfs como estereótipos. Sobre esses temas cfr. em particular SCHAUER, 2003: 138, 155.

¹³⁶ Cfr. SCHAUER, 2003: 191.

¹³⁷ Cfr. *Idem, ibidem*: 167.

¹³⁸ Cfr. *Idem, ibidem*: 181.

– para orientar decisões e valorações.¹³⁹ Esses estereótipos ou perfis poderiam ser, então, corretamente usados para construir narrativas. Em muitos casos, entretanto – e talvez na maior parte desses (em particular naqueles que têm a ver com a raça, o gênero e as tendências sexuais) – os estereótipos são tipicamente fundados em generalizações estatísticas incorretas:¹⁴⁰ não correspondem, portanto, a qualquer realidade concreta. De fato esses não têm como finalidade fornecer um retrato preciso de uma pessoa específica, são, ao invés disso, usados como um meio para reconduzir pessoas ou comportamentos específicos a «tipos» bem conhecidos, ou seja, como instrumentos que reduzem a especificidade das pessoas e dos comportamentos com a finalidade de simplificar a compreensão e a descrição da realidade. Utilizar estereótipos, com efeito, equivale a usar uma espécie de leito de Procusto, ou seja, esticar as pernas das pessoas de pequena estatura e cortar as das pessoas altas, com o fim de fazer com que elas correspondam a uma estatura preestabelecida.¹⁴¹ Quando isso acontece, aquele que conta os fatos cai na *falácia narrativa*, visto que distorce os fatos para colocá-los à força em uma estrutura narrativa culturalmente familiar.¹⁴² Nenhuma surpresa, então, se o termo «*estereótipo*» tem uma conotação negativa.¹⁴³ Por conseguinte, na medida em que uma narrativa é fundada em estereótipos, provavelmente não pode ser considerada como uma descrição fiel de acontecimentos reais: tende, pelo contrário, a tornar-se uma espécie de idealização de personagens típicos que se comportam em modos típicos, como na *commedia dell'arte*.¹⁴⁴

Talvez os ingredientes mais importantes e problemáticos da *soup* sejam as generalizações de senso comum, ou de *background*. Essas são necessárias em cada passo da argumentação sobre as provas e os fatos, visto que em muitos casos constituem a premissa das inferências que ligam informações e fatos. Como diz David Schum, essas são a «*cola*» que mantém unida a argumentação inferencial.¹⁴⁵ O problema é que o *status* epistêmico dessas generalizações é geralmente vago e indeterminado: em realidade, essas podem ser racionais ou irracionais, boas ou ruins, dependendo de terem ou não um suporte cognoscitivo adequado.¹⁴⁶ Em alguns raros casos essas são vulgarizações de leis científicas ou de generalizações válidas produzidas pela ciência. Nesses casos – imaginando que a tradução da ciência ao senso comum não tenha alterado ou distorcido o conhecimento científico original – essas são gerais¹⁴⁷ e podem

¹³⁹ Cfr. SCHAUER, 2003: 76.

¹⁴⁰ Cfr. *idem*, *ibidem*: 22, 138, 144, 151.

¹⁴¹ Cfr. *idem*, *ibidem*: 199.

¹⁴² Cfr. MENASHE e SHAMASH, 2005: 17, 19, 20, 27.

¹⁴³ Cfr. SCHAUER, 2003: 17.

¹⁴⁴ [N. do T.] Sendo a expressão intraduzível para o português, colocou-se esta em itálico.

¹⁴⁵ Cfr. SCHUM, 1994: 82, 109.

¹⁴⁶ Sobre essas distinções cfr. por exemplo SCHAUER, 2003: 7, 132.

¹⁴⁷ Cfr. *idem*, *ibidem*: 7.

ter um grau elevado de confiabilidade. O caso normal, todavia, é aquele de generalizações que não têm, na realidade, caráter geral.¹⁴⁸ Essas generalizações podem ter uma base estatística válida, e, nesse caso, podem ter um grau considerável de confiabilidade. Na maior parte dos casos, entretanto, não têm um fundamento estatístico confiável, sendo fundadas somente no senso comum. Em outros termos, são generalizações *espúrias*,¹⁴⁹ já que fundadas nas corretamente definidas como «*freside inductions*» – a fim de frisar que essas não têm fundamento empírico algum, nascendo de «*conversas fiadas*». ¹⁵⁰ Isso significa que essas não são justificadas, que seu significado é vago, que sua generalidade é duvidosa e que podem ser contrariadas por outras generalizações de senso comum ou por diversos casos particulares.¹⁵¹

Em algumas áreas da cultura jurídica europeia existe há tempos a tendência a conceituar a noção de generalizações de senso comum, com o escopo de lhes atribuir um *status* epistêmico menos vago, referindo-se à «*experientia*» em que essas deveriam se fundar. O conceito fundamental em questão é o de «*máxima de experientia*», originalmente formulado por Friedrich Stein no âmbito de uma concepção silogística do juízo de fato.¹⁵² Esse conceito difundiu-se em algumas áreas da cultura processualística, como na Itália, na Alemanha e, em alguma medida, na Espanha. Parece, entretanto, mais desorientador do que útil: tende, de fato, a dar a impressão de que as máximas exprimam generalizações universais (ou pelo menos fundadas no *id quod plerumque accidit*), podendo, portanto, embasar inferências capazes de produzir conclusões dedutivamente certas (ou pelo menos próximas à certeza). Essa impressão é, entretanto, falaciosa, pois em muitos casos as noções formuladas nas máximas de experientia não exprimem qualquer generalização fundada em alguma base cognoscitiva; ao invés disso, exprimem nada mais do que lugares-comuns, preconceitos e estereótipos, consolidados em alguma medida no senso comum (que não correspondem, contudo, a qualquer conhecimento efetivo de algo).¹⁵³ O conceito de máxima de experientia nasce da confusão entre generalidade e generalização, tendendo a atribuir um caráter de generalidade – e, às vezes, de universalidade – a metas generalizações, que na maior parte dos casos são carentes de fundamento.

Por fim, outro ingrediente importante e frequentemente usado é constituído pelas *quantificações estatísticas* ou *probabilísticas* não justificadas e não verificadas. Quando os dados estatísticos são usados corretamente e as possi-

¹⁴⁸ Cfr. SCHAUER, 2003: 9.

¹⁴⁹ Sobre esse conceito cfr. SCHAUER, 2003: 11.

¹⁵⁰ Cfr. MCEWAN, 2007: 194.

¹⁵¹ Cfr. TWINING, 2006: 335.

¹⁵² Cfr. STEIN, F. [1893]: 16 ss.

¹⁵³ Sobre o conceito de máxima de experientia v. mais amplamente (e para ulteriores referências) TARUFFO, 2002a: 140; TARUFFO, 2008: 189.

bilidades (bayesianas ou não bayesianas) são calculadas de modo apropriado, não surgem problemas particulares, e os fatos podem ser apurados através de inferências válidas.¹⁵⁴ As dificuldades surgem quando – talvez na tentativa de parecer «científico» – alguém se exprime em termos de frequência e de probabilidade, atribuindo valores numéricos e percentuais a qualquer coisa, em uma série de situações em que, em realidade, não se dispõe de quantificações numéricas ou frequências estatísticas confiáveis. Sabe-se bem (sobretudo depois da fundamental análise de Nisbett e Ross¹⁵⁵) que os seres humanos são normalmente incapazes de quantificar corretamente sua experiência: probabilidades erradas e frequências estatísticas inventadas estão entre as fontes mais importantes e frequentes de falácias heurísticas no discurso comum. O mesmo erro verifica-se quando uma máxima de experiência é formulada em termos estatísticos ou probabilísticos¹⁵⁶ (talvez em formas vagas, do tipo «a maior parte das pessoas faz assim»), sem que haja fundamento algum para uma quantificação similar.

Por conseguinte, as generalizações de senso comum são necessárias, mas perigosas.¹⁵⁷ Todavia, essas podem ser mais ou menos perigosas, ou não ser nada perigosas, dependendo do tipo de narrativa e do modo com que são usadas. É possível que em um romance histórico faça-se referência à experiência, executada por sujeitos que vivem em outra época, do Sol que gira ao redor da Terra, mas seria muito estranho que tal referência constasse em uma narrativa processual atual. Os indícios de bruxaria podem ser descritos em um romance medieval, mas seria muito inusitado falar desses em uma narrativa processual moderna – o adjetivo «moderna» é necessário, pois, por muitos séculos, e nos Estados Unidos até o ano de 1693, como no processo das bruxas de Salem, as narrativas processuais eram cheias de bruxas, ou seja, de personagens criados pela cultura da época.¹⁵⁸

Em substância, o *stock of knowledge* que constitui a base inevitável para a construção cultural das narrativas apresenta diversos aspectos que sugerem extremo cuidado e cautela na sua construção e valoração. Naturalmente essa cautela é necessária quando levam-se em consideração as narrativas processuais, partindo do princípio de que essas deveriam ser orientadas à descrição de acontecimentos reais; obviamente não é necessária cautela alguma quando se fala de narrativas literárias.

¹⁵⁴ O emprego de provas estatísticas e de inferências probabilísticas constitui tema complexo que não pode ser aqui discutido. Cfr. por todos Frosini, 2002.

¹⁵⁵ Cfr. Nisbett e Ross, 1989: 91, 123.

¹⁵⁶ Cfr. p. ex. Koch e Rüssmann, 1982: 285, 308, 332.

¹⁵⁷ Cfr. Twining, 2006: 334. A inevitabilidade do recurso a generalizações em qualquer tipo de decisão, e em particular nas decisões judiciais, é a tese fundamental de Schauer, 2003.

¹⁵⁸ Cfr., p. ex., os casos minuciosamente analisados por Hoffer (1997) e por Merlo (2006).

O primeiro desses aspectos deriva do fato de que – conforme já dito – muitos dos conhecimentos incluídos no *stock* não são de fato conhecimentos, a não ser que mitos, preconceitos e generalizações infundadas sejam assim considerados. A utilização de qualquer coisa tirada do senso comum para a construção de narrativas pode ser vantajosa para construir um romance plausível, mas não é um método confiável para construir narrativas processuais. A credibilidade dessas narrativas depende de que essas se fundem em conhecimentos válidos. Naturalmente um relativista poderia dizer que um conhecimento é válido somente dentro de um contexto cultural específico, mas em resposta poder-se-ia dizer que o problema, então, está em escolher o contexto social apropriado. Se escolhermos um contexto cultural em que a bruxaria existe, poderemos nos encontrar facilmente fora da cultura ocidental moderna; isso criaria alguns problemas se voltássemos a queimar bruxas com base em decisões judiciais.

Outro aspecto relevante é que o *stock* está bem longe de ser um conjunto claro, ordenado e coerente de conhecimentos. É justamente o contrário: na *soup* existe um número infinito de coisas que se contradizem reciprocamente. Provérbios, mitos e outros jamais formam uma composição coerente: no imenso estoque do conhecimento comum cada um pode achar aquilo que quiser. Isso significa que do mesmo *stock* podem-se obter muitos materiais diferentes e mesmo contraditórios sobre os mesmos fatos. Muito da indeterminação do *stock* deriva do fato de que esse muda com o tempo, frequentemente, de modo substancial e, às vezes, muito rapidamente. Provavelmente poucas pessoas compartilham hoje em dia daquela, que era a convicção geral, de que a Terra é plana¹⁵⁹ ou da existência e dos hábitos das bruxas. Felizmente o estereótipo do Italiano que come somente massa e pizza enquanto toca bandidim está desaparecendo, assim como aquele do Chinês pequeno de estatura que vende gravatas na rua. Mesmo estereótipos que tiveram grande influência, como «*Bush, o Grande Condutor*», estão desaparecendo rapidamente do panorama político. Por outro lado, novos ingredientes da *soup* emergiram e se difundiram em escala global: basta pensar na internet, na cozinha chinesa e, mais recentemente, no *sushi*, nos celulares, na oximétrica *new age*, na moda étnica, e assim por diante.¹⁶⁰

Ulterior aspecto interessante é que se se pensasse, mesmo que somente por um momento, na existência de um só *stock* de conhecimentos, isso seria uma abstração. Desde sempre existem diferentes contextos culturais, e cada cultura teve e ainda tem o seu próprio *stock* de conhecimentos. É realmente verdade que na «*sociedade horizontal*» de que fala Friedman existem forças muito

¹⁵⁹ Sobre a variabilidade histórica da Enciclopédia Média que inclui os conteúdos de uma cultura cfr., p. ex., Eco (2007: 78), que faz referência a esse exemplo.

¹⁶⁰ Em termos gerais sobre esses fenômenos, cfr. Friedman, 1999.

potentes que criam estratos de uma cultura globalizada bastante uniforme, mas é também verdade que muitas sociedades atuais são multilínguas e multiculturais. Diversas culturas existem no mesmo lugar e ao mesmo tempo; cada uma dessas tem os seus valores, as suas regras, os seus estereótipos, os seus mitos e as suas formas de conhecimento. Em cidades como Londres ou Nova Iorque, como em muitas cidades europeias, nenhum sociólogo sério seria capaz de apontar e descrever um específico *stock* de conhecimentos, nem poderia identificar uma só cultura. Em realidade, para imaginar a imensa riqueza e variedade daquilo que uma sociedade moderna conhece, seria necessário, talvez, pensar em um *stock* composto por vários *stocks* de conhecimentos.¹⁶¹

Há, enfim, outro aspecto que merece ser frisado, sobre os riscos que o emprego descuidado do *stock of knowledge* comporta. Esse deriva do fato de que nele existem esquemas narrativos, como estereótipos, *scripts*, máximas de experiência, e assim por diante, que são «*hegemônicos*»: isso por serem produzidos e impostos, no âmbito do senso comum e da opinião pública, dos grupos de poder cultural, econômico, político ou religioso – que, para que conste, são hegemônicos em um determinado contexto social.¹⁶² Os esquemas narrativos hegemônicos têm o efeito de impor como «*normais*» as situações, os comportamentos e os critérios de valoração configurados como positivos e dignos de aprovação por grupos sociais que compartilham deles e os impõem, valorando, pois, negativamente todas as situações ou comportamentos que não correspondam a esses esquemas. Deriva disso que uma aplicação acrítica desses pode determinar uma falácia narrativa consistente em adotar critérios e modalidades de reconstrução e de interpretação dos fatos que implicam manipulações até mesmo substanciais da realidade: o êxito dessa manipulação pode consistir ou em excluir a consideração de fatos relevantes (pois esses não correspondem aos esquemas hegemônicos), ou em levar em consideração fatos inexistentes (mas impostos pela referência a esses esquemas) – ou mesmo em uma mistura de ambas as coisas. Parece, por conseguinte, evidente que a incidência dos esquemas hegemônicos traduz-se em uma distorção também relevante dos fatos narrados.

¹⁶¹ Para considerações análogas cfr. TWINING, 2006: 444. Umberto Eco, referindo-se em parte a Panam, imagina uma espécie de Enciclopédia Máxima em que várias Enciclopédias Especiais cumpram órbitas de amplitude diferente ao redor de um núcleo central constituído por uma Enciclopédia Média. Nessa, entretanto, ao centro do núcleo, deveremos também «*imaginar o jargalhar de Enciclopédias Individuais que representam de maneira mutável e imprevisível o conhecimento enciclopédico de cada indivíduo*» (cfr. Eco, 2007: 77). A imagem é sugestiva, mas talvez simples em demasia, já que se deveria incluir a existência não de uma Enciclopédia Média, mas de várias Enciclopédias Médias, cada uma pertencente a uma cultura diferente.

¹⁶² Sobre esse aspecto do problema cfr. em particular MENASHE e SHAMASH, 2007: art. 3, 1.

4. AS PARTES E O TODO

A conexão necessária entre as partes (palavras, frases, parágrafos) e o todo de um texto é assunto clássico no âmbito da hermenêutica. A passagem dialética contínua das partes ao texto inteiro, e do texto inteiro às suas partes (o assim chamado círculo hermenêutico), é a dinâmica fundamental de toda interpretação, como já esclarecera Schleiermacher, e como posteriormente analisou Gadamer no clássico *Wahrheit und Methode*.¹⁶³ Os princípios gerais da hermenêutica podem ser obviamente aplicados também na interpretação das narrativas jurídicas e, em particular, das narrativas processuais. Portanto, o significado das partes singulares de uma história pode ser determinado somente com referência à totalidade do texto, e o significado geral da história pode ser interpretado somente com referência a todas as suas partes. Usando ainda a metáfora do mosaico, pode-se dizer que o significado de cada peça de vidro é determinado por sua posição no desenho final, mas o significado do mosaico em sua totalidade é determinado pelas cores e pela posição de cada peça.

Com algumas adaptações secundárias, o que é dito sobre a interpretação de um texto pode ser dito também sobre sua redação. Um escritor sabe que o significado de cada parte daquilo que escreve depende do conjunto do texto, e que o significado geral do texto é determinado pelas suas partes.¹⁶⁴ Essas observações um tanto banais podem dizer respeito também às narrativas processuais: o sujeito que constrói uma narrativa dos fatos da causa está compondo as diversas partes do acontecimento, em um texto em que cada parte (enunciado relativo aos acontecimentos, ações e circunstâncias específicas) assume um significado; esse é determinado também pelo contexto da narrativa em seu todo, que, por sua vez, é uma combinação ordenada e coerente de enunciados particulares. Conforme anteriormente dito, constrói-se uma narrativa justamente para atribuir significado a um conjunto fragmentário de pedaços de discurso.

O tema da «*historia completa*» está na base da concepção holística das narrativas processuais: proposta, em contraste com os ordenamentos analíticos ou atomistas em matéria de provas, sobretudo no âmbito da psicologia social, refere-se especificamente ao modo com que se supõe que os júris formulam suas decisões sobre fatos. As pesquisas empíricas realizadas em particular

¹⁶³ Cfr. GADAMER, 1972: 188, 194, 296.

¹⁶⁴ De qualquer modo, a vontade do autor, e sua interpretação do texto, não é relevante para o significado do texto, que é determinado somente pela interpretação. O autor não é um intérprete privilegiado, e sua interpretação não é vinculante. A propósito cfr., por todos, GADAMER, 1972: 196.

por Bennet e Feldman¹⁶⁵ e por Pennington e Hastie¹⁶⁶ parecem confirmar a conclusão de que os jurís não se empenham em análises detalhadas dos fatos e das provas que lhes competem, mas usam tipicamente «*histórias*», com o escopo de organizar os elementos de prova apresentados na audiência.¹⁶⁷ Portanto, os jurados chegam às suas conclusões sobre os fatos valorando a plausibilidade de «*histórias completas*» relativas aos próprios fatos,¹⁶⁸ sem desenvolver qualquer raciocínio analítico sobre circunstâncias específicas ou sobre elementos singulares de prova. Em outras palavras, os jurís norte-americanos estabelecem a «*verdade*» dos fatos¹⁶⁹ essencialmente construindo e confrontando narrativas, ao invés de fazê-lo valorando criticamente as informações oferecidas pelas provas. Há, ainda, quem diga que não só isso ocorre, como – aliás – é um método positivo e recomendável para a formulação das decisões sobre fatos.¹⁷⁰

O valor descritivo da teoria holística não está aqui em discussão e pode ser reconhecido:¹⁷¹ ao fim e ao cabo, pode muito bem acontecer de os jurados comportarem-se justamente do modo que a teoria fala. Isso não significa, todavia, que essa teoria mereça ser tomada como um modelo prescritivo para a formulação das decisões sobre os fatos, e muito menos que possa ser considerada uma teoria geral da decisão judicial.¹⁷²

Por um lado, conforme já dito, as narrativas são meios necessários e inevitáveis para compor fatos fragmentados singulares e elementos de prova singulares em um contexto ordenado e plausível. Em síntese: as histórias são necessárias para interpretar as informações disponíveis e para reconstruir a realidade à qual se referem. Se a teoria holística for compreendida nesse sentido «*fraco*», é aceitável, mas não acrescenta coisa alguma de relevante às concepções correntes da decisão judicial: que o juiz do fato deva compor fatos e provas em um todo possivelmente coerente de enunciados que se referem aos fatos da causa é óbvio.¹⁷³ Todavia, os defensores da teoria holística propõem-na como modelo em um sentido muito mais «*forte*», segundo o qual a decisão sobre os fatos deve ser concebida e formulada somente como uma escolha entre narrativas concorrentes consideradas como «*totalidades*», ou seja, evitando qualquer consideração atomista ou analítica dos fatos e qualquer valoração

dos elementos de prova singulares.¹⁷⁴ Nessa versão a teoria holística é, sem dúvida, discutível, sobretudo quando frisa que as narrativas são insuscetíveis de verificação no que tange à realidade das situações que descrevem,¹⁷⁵ pois os jurís decidem com base em sua plausibilidade, não em sua veracidade. Uma abordagem crítica resulta ainda justificada se se considerar que uma narrativa pode incluir fatos inventados ou carentes de fundamento,¹⁷⁶ sobretudo quando se lê que a função das histórias consiste em *colmar as lacunas* deixadas por provas incompletas ou insuficientes sobre os fatos relevantes.¹⁷⁷ Algo similar é afirmado também por Neil MacCormick, quando diz que a coerência da narrativa é útil para estabelecer a verdade, ou a probabilidade, de um fato do qual não se tem demonstração probatória direta.¹⁷⁸

É claro que, nessa perspectiva, as provas empíricas e a análise lógica têm um papel secundário no controle sobre a completez e a coerência da narrativa,¹⁷⁹ sendo o valor das provas difícil de determinar.¹⁸⁰ Os perigos do *story-telling* no âmbito do processo incluem ainda outros aspectos negativos, como, por exemplo, a referência a preconceitos e estereótipos escondidos e o emprego de linguagem indevidamente emotiva e analogias impróprias.¹⁸¹ Vale a pena, todavia, frisar aqui os fatores que podem levar à construção de narrativas que têm pouco ou nada a ver com a verdade dos fatos da causa. Essas narrativas podem se fundar em fatos irrelevantes,¹⁸² ou em fatos inventados pelo narrador (sem qualquer fundamento racional ou probatório); podem ser usadas, ainda, para afirmar a existência de fatos que não foram provados justamente porque a falta de provas determinou uma lacuna na sequência de eventos narrada. Colmar as lacunas com o escopo de construir uma narrativa «*completa*» significa, em realidade, que fatos que não são verdadeiros (pois não há qualquer prova que demonstre sua existência) são apresentados como se verdadeiros fossem, simplesmente porque inserem-se coerentemente no acontecimento narrado. Em síntese: se «*falta*» (por não ter sido provado) um fato que seria necessário para o desenvolvimento organizado do acontecimento, esse é simplesmente obtido no *stock of knowledge* de que o narrador dispõe e inserido na posição apropriada no interior do mosaico. Consequentemente, o mosaico do acontecimento parece coerente e completo, independentemente

¹⁶⁵ Cfr. BENNETT e FELDMAN, 1981. Cfr. também JACKSON BERNARD, 1988a: 61.
¹⁶⁶ Cfr. PENNINGTON e HASTIE, 1991: 519; PENNINGTON, 1993; HASTIE, PENROD e PENNINGTON, 1983.

¹⁶⁷ Cfr. TWINING, 2006: 368; PARDO, 2000: 399.

¹⁶⁸ Cfr. TWINING, 2006: 334; MENASHE e SHAMASH, 2005: 5.

¹⁶⁹ Cfr. TWINING, 2006: 336.

¹⁷⁰ Cfr. HAREIRA, 1986: 79.

¹⁷¹ Para uma apreciação crítica cfr., de qualquer modo, JACKSON, 1988: 65, 71.

¹⁷² Para críticas articuladas a propósito cfr., em particular, DAMAŠKA, 1990: 91; TARUFFO, 1992: 281.

¹⁷³ De maneira mais ampla a propósito cfr. TARUFFO, *op. cit.*: 282.

¹⁷⁴ Sobre essa versão da teoria em exame, e para ulteriores referências, cfr. TARUFFO, *op. cit.*: 283.

¹⁷⁵ Nesse sentido cfr. BENNETT e FELDMAN, 1981: 33; e em sentido crítico cfr. TWINING, 2006: 308.

¹⁷⁶ Cfr. TWINING, 2006: 336.

¹⁷⁷ *Ibidem*, 308, 336.

¹⁷⁸ Ver MACCORMICK, 1984: 48. Cfr. também JACKSON, 1988: 18.

¹⁷⁹ Cfr. ainda TWINING, 2006: 308.

¹⁸⁰ Cfr. MENASHE e SHAMASH, 2005: 26.

¹⁸¹ Cfr. TWINING, 2006: 336, e, analogamente, MENASHE e SHAMASH, 2005: 5.

¹⁸² Cfr. TWINING, *ibidem*.

de quantas «*peças*» falsas tenham sido inseridas. Tudo isso significa, substancialmente, que não se pode esperar que essas narrativas em alguma medida respeitem a verdade dos fatos. A circunstância de serem holisticamente coerentes não acrescenta coisa alguma à sua falta de veracidade.

O problema sobre se esse é um argumento favorável ou contrário ao sistema do júri não pode ser discutido nessa sede. Todavia, é lícito duvidar da existência real de boas razões para sustentar ou preferir um sistema em que alguns sujeitos, no papel de juízes do fato, constroem narrativas que *a priori* não refletem a realidade dos fatos da causa. A teoria holística tem o mérito de pagar um pouco de luz nesses aspectos da narrativa, mas levanta o problema sobre se a plausibilidade geral de uma narrativa deve ser o único elemento que pode ou deve determinar a sua aceitação no âmbito da decisão.

5. NARRATIVAS BOAS E NARRATIVAS VERDADEIRAS

Como Susan Haack frisou recentemente, o mesmo fato pode ser objeto de muitas descrições verdadeiras,¹⁸³ mas anteriormente Borges já constatara que «*tan compleja es la realidad, tan fragmentaria y tan simplificada la historia, que un observador omnisciente podría redactar un numero indefinido, y casi infinito, de biografías de un hombre*». ¹⁸⁴ Pode-se acrescentar, então, que o mesmo fato podem-se também fazer muitas – e talvez mais numerosas – descrições falsas, assim como sobre o mesmo personagem podem-se escrever muitas – e mais numerosas – biografias fantasiosas. Em certo sentido, isso constitui uma importante confirmação do fato de que o mesmo conjunto de acontecimentos pode ser descrito em uma grande variedade de modos, verdadeiros e falsos. A observação de Haack é feita em termos epistemológicos gerais, e a de Borges coloca-se em um contexto literário; entretanto, ambas podem valer inclusive no contexto mais específico do processo: conforme visto mais acima, no processo há diversos narradores, podendo-se supor que todos narram histórias diferentes sobre o mesmo fato, o mesmo conjunto de fatos ou o mesmo sujeito. Entretanto, essa observação implica também que, quando há descrições diferentes do mesmo fato ou conjunto de fatos – não importando quantas sejam essas descrições – haja sempre razão para se questionar sobre quais descrições são verdadeiras (naturalmente partindo do pressuposto de que algumas possam sê-lo). Se isso vale no plano epistemológico geral, não há razões para julgar que não valha no contexto do processo, em que, todavia – conforme já acenado – é necessário utilizar um conceito particular de verdade: um enunciado que descreve um fato pode ser considerado verdadeiro se racionalmente confirmado pelas provas produzidas no processo.¹⁸⁵

Por outro lado, entretanto, a teoria do *story-telling* geral e processual não fala de narrativas verdadeiras, mas somente de narrativas boas.¹⁸⁶ Em geral, a ideia de uma narrativa «boa» é obscura e ambígua, visto que uma narrativa pode ser boa em função de escopos diferentes.¹⁸⁷ De qualquer modo, é bastante fácil estabelecer quais são os requisitos de uma boa narrativa processual: ela deve ser plausível, coerente com o *stock of knowledge* típico da plateia a que se destina (e, portanto, «familiar») para essa, narrativamente coerente¹⁸⁸ – e, pois, persuasiva.¹⁸⁹ Todavia, uma objeção decisiva a essa teoria – assim como a qualquer teoria da verdade fundada na coerência do texto – é que narrativas coerentes e persuasivas podem ser completamente falsas.¹⁹⁰ Para dar-se conta disso, basta pensar em um testemunho, que pode ser narrativamente coerente, mas falso, ou em uma sentença, que pode ser justificada de modo coerente, sem corresponder às provas e, portanto, à realidade dos fatos: trata-se de claros exemplos da distinção fundamental entre a coerência (ou a persuasão) das narrativas e sua veracidade.

Portanto, deparamo-nos com duas distinções que concernem às narrativas dos fatos da causa: entre narrativas verdadeiras e falsas, e entre narrativas boas e ruins. Essas distinções não se equivalem; podem, pelo contrário, estar cruzadas, obtendo um conjunto de quatro situações diferentes. Ao levar essas situações em consideração podemos partir (para não complicar excessivamente a argumentação) do pressuposto de que uma narrativa é verdadeira quando todos os enunciados relativos aos fatos são verdadeiros, ao passo que é falsa quando pelo menos um dos enunciados que a compõem não resulta provado (e, portanto, não corresponde à realidade dos acontecimentos descritos). Portanto, «falso» significa totalmente ou parcialmente falso.

a) *Primeira situação*: uma narrativa pode ser boa e falsa. O romance de Grisham, assim como milhares de outros romances, é um exemplo desse gênero de narrativa: é narrativamente bom, mas – pertencendo ao mundo da imaginação e da invenção – nem mesmo pretende ser verdadeiro. Por definição, um romance – sobretudo se considerado holisticamente – é descrito-

¹⁸³ Em uma perspectiva diferente, cfr. Burns (2005: 2), segundo o qual no processo é possível obter uma verdade que se coloque para além das narrativas.

¹⁸⁴ Cfr. TWINING, 2006: 340, n. 37.

¹⁸⁵ O conceito de coerência, seja no sentido de *consistency* seja no sentido de *coherence* (que não são exatamente equivalentes, mas são frequentemente usados como se fossem), foi amplamente discutido no âmbito da teoria da argumentação jurídica. Cfr. sobretudo MacCORMICK, 1984; LENBLÉ, 1990: 138; NERHOFF, 1990: 204. Para ampla análise do tema cfr. PINO, 1998: 84.

¹⁸⁶ Esses termos são uma síntese aproximativa das qualificações que em geral são usadas para definir as características de uma narrativa processual eficaz. Cfr. em particular TWINING, 2006: 283, 288, 308, 445.

¹⁸⁷ Cfr. em particular PECZENIK, 1989: 161.

¹⁸³ Cfr. HAACK, 1998: 157.

¹⁸⁴ Cfr. BORGES, 1998: 201.

¹⁸⁵ Cfr. FERRER BELTRÁN, 2002: 61.

vamente falso, mesmo se (como no caso do *Broker*) inclui alguns ou muitos enunciados verdadeiros.

b) *Segunda situação*: uma narrativa pode ser *ruim e falsa*. Esse é, infelizmente, o caso de muitos romances mal escritos: pretendem narrar um acontecimento, mas lhes faltam alguns requisitos das boas narrativas. De qualquer modo, trata-se de romances que não pretendem ser verdadeiros, mesmo podendo incluir enunciados verídicos.

c) *Terceira situação*: uma narrativa pode ser *boa e verdadeira*. É o caso, por exemplo, de reconstruções históricas escritas de modo coerente, plausível e persuasivo, e também descritivamente verdadeiras, visto que representam fielmente o evento ou o conjunto de eventos a que se referem. Esse pode ser também o caso de uma narrativa processual, se narrativamente bem construída e, ao mesmo tempo, fundada, de modo apropriado, nas provas disponíveis, correspondendo, assim, à realidade dos fatos da causa.

d) *Quarta situação*: Uma narrativa pode ser *ruim e verdadeira*.¹⁹¹ Esse é o caso de uma reconstrução histórica mal escrita, por exemplo, porque não fornece uma descrição completa de um conjunto ou de uma concatenação de eventos, ou porque fala de circunstâncias incoerentes ou fragmentadas, mas que é descritivamente verdadeira porque reflete a realidade dos fatos de que se ocupa, na medida em que os enunciados relativos resultam confirmados pelas fontes de prova adequadamente verificadas. Esse pode ser também o caso de uma narrativa processual, que pode não ter os requisitos de uma boa narrativa (por exemplo, porque as provas disponíveis não fornecem um fundamento suficiente para uma reconstrução completa e coerente da concatenação dos fatos relevantes), enquanto somente algumas circunstâncias específicas são confirmadas pelas provas. Essa narrativa ruim pode ser, todavia, verdadeira, na medida em que se funda nos elementos de prova que concernem aos fatos em questão.

A relevância e a função desses quatro tipos de narrativas são obviamente diferentes, de acordo com o tipo de contexto em que são construídas e usadas. Por exemplo, as narrativas do tipo «a» e «b» são relevantes no contexto de um concurso literário: se o escopo é vencer o prêmio de melhor romance policial do ano, a falsidade da narrativa não é significativa, e a qualidade narrativa do romance é o único critério decisivo de valorção. Nesse contexto uma narrativa do tipo «c» pode ser relevante, mas somente porque é narrativamente bem escrita, não porque verdadeira. Em um concurso literário a veracidade da narrativa não tem qualquer importância; pode até mesmo ser contraproducente, se a demonstração da veracidade da história requer, por exemplo, referências excessivas às provas que confirmam que a narrativa é verdadeira. No mesmo

concurso, naturalmente, as narrativas do tipo «d» seriam descartadas imediatamente: um acontecimento mal contado é sem dúvida uma narrativa ruim, que não pode vencer prêmio algum simplesmente pelo fato de ser verdadeira.

A perspectiva é diferente se trata-se de valorar a qualidade de uma reconstrução histórica, porque nesse caso a veracidade da narrativa torna-se um dos *standards* principais de valorção. Portanto, narrativas do tipo «c» seriam certamente as mais apreciadas, mas as narrativas do tipo «d» também poderiam ser levadas em consideração (ainda que não sejam boas do ponto de vista literário), na medida em que são verdadeiras.

Se observa-se o contexto do processo, parece claro que as narrativas do tipo «a» são importantes, sobretudo para os advogados. Conforme visto anteriormente, o advogado não tem qualquer dever de buscar a verdade, e a história que ele narra tem somente o fim de fazê-lo vencer a causa. Portanto, uma história narrativamente boa pode ser útil (mesmo se descritivamente falsa), se seu objetivo final for aquele de persuadir um juiz «holístico» supostamente não interessado em apurar a verdade dos fatos, como no caso dos júris norte-americanos. Mesmo para um juiz desse tipo, narrativas do tipo «a» são significativas, pela mesma razão: para o jurado é necessário que uma narrativa seja boa para que seja persuasiva e, portanto, para que seja aceita como uma reconstrução apropriada dos fatos da causa. Não importa se essa é ou não efetivamente verdadeira com base nas provas: uma narrativa boa e falsa pode muito bem ser objeto de um veredito holístico.

Se, por outro lado, pensa-se em um juiz do fato interessado em formular uma decisão precisa sobre os fatos da causa e em fundar sua apuração em uma valorção racional das provas produzidas no processo, então o tipo ideal de narrativa é evidentemente o tipo «c». Uma narrativa que corresponde descritivamente à realidade dos fatos (assim como essa emerge das provas) e que é, também, coerente, plausível e completa, é a melhor narrativa que pode ser construída por um juiz. Nessa situação, o que se deve pensar sobre histórias do tipo «d»? À primeira vista, dir-se-ia que para o advogado não são interessantes: a narrativa pode até ser verdadeira, mas se for narrativamente infeliz não servirá ao escopo de vencer a causa. Se, ao invés disso, considerar-se o ponto de vista do juiz, uma narrativa desse gênero requer algumas observações ulteriores.

Imaginemos que os fatos relevantes que embasam a demanda sejam descritos por enunciados como estes:

- 1) No tempo T e no lugar L, o sujeito A teve o comportamento X;
- 2) O comportamento X envolveu o sujeito B;
- 3) O sujeito B sofreu danos «*assim e assim*».

¹⁹¹ Em perspectiva diferente cfr. COLOMA CORREA, 2006: 33, segundo o qual narrativas boas são aquelas que se fundam nas provas e, portanto, são verdadeiras.

Se as provas produzidas em juízo demonstram que os enunciados 1, 2 e 3 são verdadeiros, esses podem ser combinados em uma narrativa coerente, plausível e possivelmente completa pela sequência dos fatos que se verificaram. Temos, portanto, uma narrativa do tipo «c»: boa e verdadeira. Entretanto, se as provas não fornecem uma demonstração suficiente – por exemplo – do enunciado 2, surge, então, um problema. Que gênero de história pode ser narrada nesse caso? Um defensor da concepção holística diria que o juiz do fato pode colimar a lacuna provocada pela falta de provas do enunciado 2 fazendo referência a alguns conhecimentos de senso comum – segundo os quais, em situações similares, «*normalmente*» se verifica uma conexão causal entre fatos do tipo descrito no enunciado 1 e os fatos descritos no enunciado 3. Portanto, esse juiz poderia construir a partir do acontecimento em questão uma narrativa boa, plausível, coerente e completa. Essa narrativa seria, entretanto, do tipo «b» descrito acima: seria falsa no que diz respeito ao enunciado 2, visto que na realidade ninguém sabe se, verdadeiramente, o comportamento de A envolveu B, causando-lhe danos; portanto, um enunciado afirmativo não pode ser tomado como verdadeiro com base nas provas disponíveis. Uma situação ainda mais clara verificar-se-ia se resultasse provado que o comportamento X não atingiu o sujeito B. Nesse caso o jurado holístico poderia narrar a mesma história, simplesmente não levando em consideração as provas que contrastam com uma boa, completa e «*normal*» narração dos fatos.

Um defensor da orientação analítica ou atomista diria, pelo contrário, que se o enunciado 2 não foi provado falta uma parte importante do acontecimento hipotético, visto que não é plausível apontar um nexos causal entre os enunciados 1 e 3. Consequentemente um juiz analítico do fato não poderia construir uma narrativa coerente e completa do acontecimento: poderia somente dizer que, com base nas provas disponíveis, resulta verdadeiro que A teve o comportamento X e que B sofreu danos, mas não há qualquer correlação causal entre os dois fatos. Do ponto de vista narrativo, essa não seria uma história boa: fragmentada, incoerente e incompleta. Todavia, essa história seria verdadeira, porque reflete precisamente aquilo que resulta das provas: tratar-se-ia, por conseguinte, de uma narrativa do tipo «d» acima descrito. A diferença óbvia entre as duas narrativas que podem ser construídas na mesma situação é que o jurado holístico construiria uma narrativa do tipo «b» e, portanto, concluiria que A é responsável pelos danos sofridos por B; o juiz analítico, por sua vez, concluiria, com base em uma narrativa do tipo «d», que A não é responsável por esses danos.

Essa sintética análise de uma das situações que podem ocorrer em um processo mostra que as boas narrativas podem ser falsas, bem como as narrativas verdadeiras podem ser ruins. Não é simples estabelecer se na prática – e em todos os sistemas processuais – as boas narrativas eliminam as narrativas verdadeiras do mesmo modo que a moeda ruim elimina a boa, como sustenta

Twining.¹⁹² Provavelmente existe uma preferência pelas narrativas boas, ainda quando falsas, em detrimento das verdadeiras, especialmente quando estas não são narrativamente boas. Todavia, podem existir variações nessa preferência, dependendo do tipo de juiz do fato (jurado ou juiz profissional), bem como do tipo de contexto processual em que a narrativa é criada. Um jornalista pode preferir uma boa narrativa sem se preocupar em demais com sua veracidade, ao passo que um juiz pode preferir uma narrativa verdadeira, mesmo se narrativamente infeliz. De qualquer modo, o problema é a qual tipo de narrativa deve-se dar preferência como fundamento de uma decisão judicial. Se compartilhar-se da premissa de que existe uma diferença entre um processo e um prêmio literário, estar-se-á inclinado a crer que somente narrativas verdadeiras podem fornecer reconstruções precisas dos fatos. Narrativas boas que incluem enunciados falsos e fatos carentes de fundamento levam provavelmente a decisões viciadas, errôneas e não confiáveis. Essa é a razão principal pela qual a afirmação de que «*narrative thought, although necessary, is inherently flawed*»¹⁹³ é muito radical, mas pode ser substancialmente compartilhada, pelo menos se referir-se às orientações narrativas mais extremas concernentes ao problema da formulação da decisão sobre os fatos.

¹⁹² Cfr. TWINING, 2006: 336.

¹⁹³ Cfr. MENVASHE e SHAMASH, 2005: 14.

CAPÍTULO III

NOTAS SOBRE A VERDADE NO PROCESSO

1. O RETORNO DA VERDADE

Nos anos daquela que foi apropriadamente definida como «*embriaguez pós-moderna*»¹ e *deconstructionist vortex*,² o conceito de verdade, junto com muitos outros (como os de razão, história e conhecimento), foi colocado à parte, considerado instrumento superado e não confiável. Foi dito, por exemplo, por Lyotard, que a condição pós-moderna fundava-se na rejeição das *Grand Narratives*, entre as quais incluía-se a Verdade (com letra maiúscula).³ A tese segundo a qual a verdade deveria ter sido banida do discurso filosófico (e, portanto, de todos os discursos) foi sustentada de maneira incisiva por Richard Rorty, segundo o qual falar de verdade seria um *nonsense*; essa seria nada mais do que aquilo sobre o que um grupo de amigos que racionalmente dialoga está de acordo. A ideia de verdade (como muitas outras ideias) foi desconstruída até tornar-se inútil para qualquer uso: no pós-modernismo acabou por ser dominante uma abordagem cínica à verdade, assim como à objetividade e ao conhecimento.⁴ Susan Haack – uma das vozes mais importantes da epistemologia contemporânea – define como *New Cynics* o variado grupo que inclui sociólogos radicais, feministas, multiculturalistas, teóricos radicais da literatura, semiólogos e outros, que previram a crise dos grandes conceitos tradicionais; em particular, negaram que qualquer *concern of truth* tivesse sentido, criando uma *almost orthodoxy* que representou a moda cultural das

¹ Para essa expressão cfr. CUSUMANO, 2007: 220.

² Cfr. WILLIAMS, 2002: 3.

³ Cfr. LYOTARD, 1981, 6. Sobre o pensamento de Lyotard cfr. p. ex. LITWITZ, 1997: 10, 13, 110; NORRIS, 1990: 7, 24; NORRIS, 2005: 86. Sobre a grande crise das *Grand Narratives* cfr. também FELDMAN, 2000: 29.

⁴ Cfr. LYNCH, 2004: XIV.

últimas décadas.⁵ Afirmou-se também a tendência de sustentar-se a existência de verdades múltiplas (dependendo dos pontos de vista e dos grupos sociais a que os sujeitos pertencem),⁶ além de pensar-se que, se um número suficiente de pessoas aceita uma narrativa, essa constitui a verdade.⁷

Tratou-se, de resto, de um dos muitos aspectos de uma fase cultural bastante complexa (e também muito curiosa) que aqui não pode ser analisada como mereceria. Vale a pena, todavia, referir – naturalmente sem qualquer pretensão de completude – pelo menos alguns dos paradoxos que a caracterizam e que, de vários modos, têm relação com a «*questão*» da verdade.

Afirmou-se, por exemplo, que a ciência e os conhecimentos científicos deviam ser colocados à parte para serem substituídos pela sociologia da ciência, como se as conotações sociais do cientista fossem o único critério para valorar a validade de suas descobertas.⁸ Sob outro prisma, os «*constructivistas*» radicais reduziram os resultados das pesquisas científicas à condição de metas construções mentais dos cientistas, negando com isso que tais resultados pudessem ter qualquer conexão com os fenômenos empíricos aos quais se referiam.⁹ Além disso, revisitações simplistas da teoria khuniana da revolução científica¹⁰ acabaram por favorecer um ceticismo e um relativismo radicais;¹¹ em função desses, se os paradigmas da ciência podem mudar, então cada paradigma equivale a outro, e nenhum deles pode ter particular pretensão de verdade. O paradoxo insito nessas abordagens é evidente: cada um tem a sua verdade pessoal,¹² de modo que ninguém comete erros¹³ e qualquer construção do mundo é verdadeira para aqueles que nela creem. Houve, portanto, um tempo (talvez ainda não terminado) em que era verdadeiro que os negros eram fisiologicamente inferiores aos brancos,¹⁴ e houve um tempo (talvez não totalmente terminado, ou não para todos) em que era verdadeiro que a Terra era plana e que o Sol girava em torno dela. Do mesmo modo, poder-se-ia dizer que, visto que a teoria astronômica do Cardeal Bellarmino era sustentada por um forte consenso – ou seja, pelas autoridades da Igreja – essa era verdadeira, pelo menos tanto quanto a de Galileu (se não mais); assim permaneceu a

situação até o recente arrependimento da Igreja sobre o caso de Galileu.¹⁵ De resto, a ideia da relatividade cultural da verdade parece ainda hoje bastante difundida, se for possível dizer que «uma sentença proferida nos nossos dias com base em provas rigorosamente científicas, no que diz respeito à apuração dos fatos, não é por si só mais justa do que a decisão pronunciada, em outros contextos culturais e sociais, com base no ordálio do fogo» e que «os fatos apurados diante do êxito do ordálio, nas sociedades que o praticavam, eram indiscutivelmente verdadeiros».¹⁶

Os paradoxos verificaram-se em muitas áreas da filosofia,¹⁷ não atacando somente a ciência,¹⁸ tendo-se referido em modo particular ao problema da verdade. A dificuldade dos matemáticos em estabelecer se seus cálculos eram «*verdadeiros*» (isto é, se existiam ou não os «*entes*» matemáticos descritos por seus cálculos),¹⁹ junto com os outros fatores já abordados, induziu a que muitos voltassem a pregar uma concepção radicalmente «*contextualizada*» da verdade, segundo a qual a verdade de um enunciado poderia ser estabelecida em função da *coerência* desse com os outros enunciados que constituem o contexto no qual esse se insere.²⁰ Desse modo, alguns significados da ideia de verdade podiam ser salvos, mas tornava-se definitiva a separação entre o conhecimento e o mundo. Seja qual fosse o sentido da concepção coerentista da verdade no âmbito da matemática e das teorias científicas, de fato, essa acabava por tornar sem sentido a hipótese relativa à própria existência do mundo externo, propondo um *revival* da orientação do pensamento cético que remonta pelo menos ao diabo enganador de Descartes.²¹ Era assim negada qualquer possibilidade de se configurar um conhecimento de algum modo verdadeiro de qualquer acontecimento externo ao sujeito: o *linguistic turn* teve o efeito de extinguir todas as conexões entre a linguagem e o mundo, bem como de mover todo o problema da verdade *para dentro* da dimensão linguística da experiência e do conhecimento. Afirmando que o conhecimento, a realidade

⁵ Cfr. HAACK, 2007: 20.

⁶ A propósito, cfr. FELDMAN, 2000: 39.

⁷ Cfr. FELDMAN, 2000: 159, com referência à teoria norte-americana do direito.

⁸ Cfr. WILLIAMS, 2002: 3. Para uma ampla crítica demolidora dessa orientação cfr. HAACK, 2007: 180, que fala em *cynical sociology of science*.

⁹ No âmbito das orientações constructivistas cfr. p. ex. ARBIB e HESSE, 1992; WATZLAWICK, 1988. Sobre as várias tendências constructivistas cfr. em particular as análises críticas de HACKING, 1999: especialmente 44, 59, 63, 128, e de GOLDMAN, 1999: 10, 20, 251.

¹⁰ Para uma análise crítica do pensamento de Kuhn sobre o tema, cfr. HAACK, 2007: 42.

¹¹ Cfr. LYNCH, 2004: 35. Para um recente exame das orientações relativistas cfr., além disso, MARCONI, 2007: especialmente 49, 57, 64.

¹² Cfr. LYNCH, 2004: 35.

¹³ *Idem, ibidem*: 38.

¹⁴ *Idem, ibidem*: 43.

¹⁵ A propósito cfr. MARCONI, 2007: 15.

¹⁶ Cfr. CAVALLONE, 2008: 950, 973.

¹⁷ Um paradoxo interessante, dentre os muitos, disse respeito ao sucesso do pensamento de Martin Heidegger na cultura filosófica italiana. Foi, de fato, a cultura progressista que impôs Heidegger como modelo, não somente esquecendo a explícita adesão do filósofo ao regime nazista, mas, sobretudo, não considerando as implicações substancialmente nazistas da sua filosofia (sobre os quais cfr. FAYE, 2006: 439 ss.; FAYE, 2005). Não por acaso Gianni Vattimo, que foi um dos maiores entusiastas da difusão da moda heideggeriana, foi inserido nos «*Heideggerian apostles of unreason*» (cfr. NORRIS, 1990: 164).

¹⁸ Recentes exposições dos problemas relativos à verdade das teorias científicas encontram-se em CASTELLANI, 2005: 13; MASSIMI, 2005: 35; AGAZZI, 2007: 97; MARSONET, 2007: 145.

¹⁹ Cfr. WILLIAMS, 2002: 137; MARCONI, 2007: 4.

²⁰ Sobre as teorias coerentistas da verdade cfr. por exemplo LYNCH, 2004: 54, 90, 246; AMORETTI, M.C. e MARSONET, M., 2007: XV; NANNINI, 2007: 55; GOLDMAN, 1999: 45. Para uma articulada crítica do coerentismo cfr. p. ex. HAACK, 1995: 52.

²¹ Cfr. a propósito LYNCH, 2004: 21 ss.

e a verdade são exclusivamente produtos da linguagem, acabava-se, de fato, por negar a existência de qualquer realidade independente da linguagem que pudesse determinar a veracidade ou a falsidade de cada pensamento.²²

Aos batalhões tradicionais de cétricos radicais, de irracionalistas e de idealistas solipsistas, somaram-se os novos cétricos, os novos críticos, os construtivistas, os relativistas, os entusiastas do *linguistic turn*, os sociólogos da ciência, os críticos do método científico e muitos outros pensadores. Tais pensadores eram fascinados pela ideia de que a coisa mais importante e necessária seria separar-se completamente toda e qualquer forma de conhecimento (científico e não científico) de qualquer conexão com a realidade (hipotética) do mundo externo: ainda que se pudesse falar de verdade algumas vezes (não sempre), a condição para tanto seria que se excluísse qualquer referência a tal mundo e que se reconduzisse a verdade à coerência do discurso ou ao consenso daqueles que discorrem.²³

Cresceu, por conseguinte, de maneira desmedida o número daqueles que Bernard Williams chama timidamente de *deniers* da verdade,²⁴ e que Alvin Goldman define adequadamente como «*purveyors of anti-truth hostility*»; frisa esse último que eles se tornaram uma legião, referindo-se também à abordagem deles ao termo *veriphobia*,²⁵ conforme visto, Susan Haack chama-os de *New Cynics*.

Com o passar do tempo, todavia, os efeitos da embriaguez começaram a atenuar-se – mesmo que em algumas áreas da cultura filosófica e da cultura geral esses ainda não tenham se exaurido de todo. Naturalmente o fim da embriaguez não implica simplesmente o retorno ao *status quo antea* do pensamento filosófico e metodológico. O pós-modernismo não foi uma doença do pensamento, do qual se possa sair recuperando a saúde de antes: foi uma longa fase que determinou a crise irreversível de muitas ideias «*ingênuas*» que não merecem ser recuperadas. Se é verdade que não era necessário o estilo vazio e *flamboyant* de Baudillard para entender a complexidade da sociedade moderna, da televisão e da realidade virtual,²⁶ é também verdade que a proble-

²² A referência está na conhecida tese de Jacques Derrida, seguida por muitos outros filósofos pós-modernos, segundo a qual o texto é tudo, e nada existe fora dele. Para uma análise crítica sobre o assunto cfr. GOLDMAN, 1999, 17 ss.

²³ Vale à pena ler a alegre paródia de BARBERY, 2007: 52 do filósofo de cunho idealista e husserliano que não consegue estabelecer se o seu gato realmente existe (é transparente à referência ao problema do *cat on the mat*, que ocupou as discussões de vários filósofos em anos recentes) e, ao fim, conclui que não importa se o gato existe ou não, já que existe somente a *assimilação* do gato.

²⁴ Cfr. WILLIAMS, 2002: 5.

²⁵ Cfr. GOLDMAN, 1999: 7, 9. Sobre o assunto cfr. também VASSALLO, 2007: 1; MARCONI, 2007: 89.

²⁶ É opinião que pode ser compartilhada a de NOKRS, 1990: 164, de que «*we would do well to forget Baudillard*». De fato, o pensamento do filósofo francês constitui «*an extreme opposi-*

matização da linguagem e de suas complicadas relações com a realidade, a importância atribuída à dimensão contextual dos fenômenos e uma racional relativização dos conceitos (com o desaparecimento das Grandes Ideias – com letras maiúsculas) são aquisições significativas (mesmo que nem todas possam ser atribuídas, em realidade, ao pensamento pós-moderno).

A passagem do pós-modernismo a uma fase que se poderia talvez definir como pós-pós-moderna implica notáveis mudanças de perspectiva no que concerne ao problema da verdade.

Fundadas ou não (mas com tudo indicando que sim) as acusações de desonestidade intelectual que Susan Haack dirigiu a filósofos como Stich e Rorty,²⁷ resta o fato de que a orientação representada por esse último (para quem a verdade é somente aquilo sobre o que se está de acordo – e, de qualquer modo, não vale a pena falar dela) foi objeto de críticas destrutivas por parte de filósofos e epistemólogos. Assim, por exemplo, Goldman escreve que o pensamento de Rorty é «*strikingly abortive*» e fundado em um «*palpable error*», bem como em sua ignorância sobre teorias mais sérias.²⁸ Williams diz que Rorty fornece «*striking examples*» daquilo que define como «*running to empty*».²⁹ O principal ponto de ataque dessas críticas foi justamente a desvalorização radical da ideia de verdade e da possibilidade de que se deem descrições verdadeiras sobre acontecimentos que se verificam no mundo externo.³⁰ Não por acaso Goldman afirma que, justamente negando a realidade do mundo externo, «*postmodernists seem to be old-fashioned idealists or solipsists*»,³¹ frisando também que as concepções construtivistas equivalem, em realidade, a uma «*half-baked metaphysics*». ³² De seu lado, Susan Haack desenvolve com ironia contundente uma série de argumentos críticos contra a tese dos *New Cynics*, colocando em relevo a inconsistência teórica de muitas de suas afirmações.³³

tional stance toward every last truth-claim, every form or vestige of enlightened critical thought» (NOKRS, 1990: 165). Isso foi objeto de críticas devastadoras como aquela desenvolvida por C. Norris no volume citado (p. 164), o qual conclui afirmando que «*any politics which goes along with the current postmodernist drift will end up by effectively endorsing and promoting the work of ideological mystification*» (ivi, p. 191).

²⁷ Cfr. HAACK, 1998: 7, 14, 18, 23. Para ampla crítica ao *vulgar pragmatism* de Richard Rorty, definido também como um *unedifying prospect*, cfr. também HAACK, 1995: 182. V., além disso, HAACK, 2008: 32.

²⁸ Cfr. GOLDMAN, 1999: 11.

²⁹ Cfr. WILLIAMS, 2002: 59.

³⁰ Cfr. em particular S. Haack, que dirige críticas duríssimas a Rorty no plano epistemológico (HAACK, 1998: 18, 48) e afirma, por exemplo, que «*Rorty's radical claims about truth, representation, etc., are radically false*»; ainda, que, no desastre geral provocado pelo pensamento de Rorty, «*Rorty'sque dilettantism, leaving room only for "conversation", "fake reasoning, can do justice neither to science nor to literature*» (ivi, p. 65). Para críticas ao pensamento de Rorty cfr. também LYNCH, 2004: 93; DELL'UTRI, 2007: 38.

³¹ Cfr. GOLDMAN, 1999: 19.

³² Goldman, 1999: 17.

³³ Cfr. HAACK, 2007: 20, 99, 115, 180, 217.

Naturalmente ninguém fala de verdades ou de certezas absolutas, que são «o privilégio do fanático»,³⁴ e que, de fato, entram em conflito somente em algumas metafísicas e em algumas religiões integralistas. Além disso, ninguém pensa em correspondências automáticas entre pensamento e mundo, ou entre linguagem e mundo, que seriam típicas de um realismo ingênuo insustentável, ou de um fiscalismo radical já há muito superado. Delineiam-se, ao invés disso, formas de realismo crítico – ou, como chama Susan Haack, de *innocent realism*³⁵ – que, mesmo com modalidades diversas, convergem sobre alguns pontos de grande relevo.³⁶ O primeiro ponto – aparentemente banal (mas, na realidade, bastante intrincado sob o prisma ontológico) – é que há sentido julgar que o mundo externo existe.³⁷ Como observa Searle, por outro lado, o *external realism* não é uma teoria da qual se pode ou não compartilhar: é, ao invés disso, um pressuposto necessário para a própria possibilidade de se ter opiniões ou teorias sobre a realidade.³⁸ Desse modo, colocam-se à parte todas as orientações de tipo cético, subjetivista e irracionalista, bem como a abordagem de todos aqueles que ainda creem no diabo enganador de Descartes e julgam não poder sair do clássico dilema do «sonho ou estou acordado»,³⁹ ou que têm sonhos como aquele de Chuang Tzu.⁴⁰

Um segundo ponto consiste em configurar uma ideia *aléica* da verdade, segundo a qual todo enunciado relativo a acontecimentos do mundo real é verdadeiro ou falso em função da existência desses acontecimentos no mundo real. Substancialmente, é a realidade que determina a veracidade ou a falsidade das narrativas que a descrevem.⁴¹ Sob esse prisma não é importante que tal veracidade ou falsidade seja determinada no contexto dos conhecimentos de que se dispõe em um momento ou em um determinado ambiente social.⁴² O ponto essencial é que cada enunciado fático é verdadeiro ou falso em si, em função da existência ou inexistência do evento que descreve. Isso implica a adoção, mesmo que de forma não «ingênua» e criticamente madura, de

³⁴ Cfr. LYNCH, 2004: 34.

³⁵ Cfr. HAACK, 1998: 156; HAACK, 2007: VI, 124.

³⁶ A propósito do realismo crítico cfr., por exemplo, NORRIS, 2005: 42, 58, 67, 166; GOLDMAN, 1999: 48.

³⁷ Cfr. em particular MARCONI, 2007: 3.

³⁸ Cfr. SEARLE, J. R., 1998: 32.

³⁹ A propósito, vale recordar o argumento de WILLIAMS, 2002: 131, que parece mais ou menos assim: se quando estou sonhando não sei se estou sonhando, quando estou acordado não posso dizer se estou acordado; analogamente, visto que se estou morto não posso dizer que estou morto, não posso nem ao menos dizer que estou vivo.

⁴⁰ Chuang Tzu sonhou ser uma borboleta; quando acordou, não sabia se era um homem que sonhava ser uma borboleta ou uma borboleta que sonhava ser um homem. Para uma análise do sonho de Chuang Tzu cfr. BORGES, 1998: 281.

⁴¹ Cfr. MARCONI, 2007: 3, 57; LYNCH, 2004: 4; SEARLE, 1998: 5, 12; GOLDMAN, 1999: 60; GOLDMAN, 1986: 17; NORRIS, 2005: 6, 56, 61; HAACK, 2004: 4; HAACK, 2007: 25, 140; HAACK, 2008, 30; PARRINI, 2005: 63; DELL'UTRA, 2007: 29; GONZALES LAGIER, 2005: 97.

⁴² Cfr. LYNCH, 2004: 6; MARCONI, 2007: 4.

uma concepção *correspondentista* da verdade, segundo a qual – justamente – a realidade externa existe e constitui a medida, o critério de referência que determina a veracidade ou falsidade dos enunciados que dela se ocupam.⁴³

Um aspecto ulterior concerne à possibilidade de que dessa verdade «*objetiva*» se possa ter um conhecimento confiável. Isso vale sobretudo para aquelas que Williams define como *plain truths*, ou seja, como verdades que parecem evidentes na vida cotidiana (inclusive na dos próprios pós-modernistas),⁴⁴ mas vale também no plano filosófico geral, no sentido de que a verdade é cognoscível e como tal representa um valor em si.

Não por acaso, nos últimos anos filósofos como Williams e Lynch (e como Pio Marconi na Itália) e epistemólogos como Haack, Goldman e Norris, dedicaram artigos e livros importantes à verdade e à racionalidade dos métodos para obtê-la. Justamente, pois, na primeira página de seu livro, Williams fala da «*demand for truthfulness*», da «*devotion to truthfulness*» e do «*desire for truthfulness*» como abordagens que atualmente são «*prominent in modern thought and culture*»,⁴⁵ dedicando Lynch seu livro à demonstração de «*why truth matters*». ⁴⁶ De resto, não faltam na literatura filosófica e epistemológica recentes análises convincentes que explicam as modalidades de um conhecimento confiável da realidade, colmatando o *gap* que caracterizaria a relação entre mente, linguagem e realidade externa.⁴⁷

É oportuno, todavia, frisar que a opção realista a que se fez alusão não representa uma condição necessária para que se possa voltar a falar sensatamente de verdade, saindo-se da espiral solipsista típica do ceticismo pré e pós-moderno. De fato, mesmo sem compartilhar de teses ontologicamente realistas, é possível imaginar que exista uma verdade racionalmente cognoscível e demonstrável. Trata-se da concepção *epistêmica* da verdade, surgida com Dewey, mas reproposta recentemente por Michael Dummett; segundo essa, a verdade de um enunciado corresponde à sua *warranted assertibility*, ou seja, à existência de justificativas válidas para julgar-se verdadeiro um

⁴³ Sobre a recuperação de concepções correspondentistas da verdade cfr. as argumentações de NORRIS, 2005: 8, 61; GOLDMAN, 1986: 42, 59, 66. Sobre a necessária adoção de uma concepção correspondentista no âmbito do processo v., por último, FERRER BELTRÁN, 2007: 19.

⁴⁴ Cfr. WILLIAMS, 2002: 9, 45; MARCONI, 2007: 141. Mesmo os pós-modernistas, na verdade, interessam-se em estabelecer a verdade sobre o horário de partida de seu avião, sobre as trações dos respectivos cônjuges, sobre a data do Concílio de Viena, sobre a velocidade da luz e sobre muitas outras circunstâncias – banais ou não – do contexto *real* em que vivem.

⁴⁵ Cfr. WILLIAMS, 2002: 1.

⁴⁶ Esse é de fato o subtítulo da versão original do volume de Michael Lynch, que não aparece na tradução italiana da obra.

⁴⁷ Cfr., p. ex., SEARLE, 1998: 12, 39, 67, 135; SEARLE, 2004: 107, 132, 193; HAACK, 1995: 73, 95, 118.

enunciado.⁴⁸ O conceito de verdade como justificativa foi amplamente discutido, sobretudo sob o prisma das implicações antirealistas de algumas de suas versões.⁴⁹ Todavia, à parte os aspectos que concernem à dimensão ontológica e epistemológica do problema (sobre os quais não se pode aprofundar a análise nesta sede),⁵⁰ é oportuno reconhecer que também a discussão sobre a concepção epistêmica da verdade tem a função de colocá-la no centro das atenções; mesmo porque deve-se recordar que em pelo menos uma das suas possíveis versões o conceito de justificativa pressupõe a verdade do enunciado que se procura justificar.⁵¹

Tudo isso demonstra uma coisa bastante óbvia, que, todavia, vale a pena frisar. Resta claro, de fato, que não obstante dificuldades teóricas e variedades de orientações, a verdade – concordando com Lynch – é objetiva, é boa, é um objeto digno de perquirições e digna de ser cultivada por si mesma.⁵² Todavia, uma vez terminada há tempos a época das Verdades com «v» maiúsculo, é necessário reconhecer que em alguns aspectos a ideia de verdade não pode ser outra coisa senão algo culturalmente relativo, em pelo menos dois sentidos. Por um lado, houve (e podem ainda existir) culturas em que o conceito de verdade não existia ou não tinha papel algum. Em culturas assim, inúmeros problemas (inclusive aqueles atinentes às decisões de controversias judiciais) resolviam-se, por exemplo, interpretando-se o voo dos pássaros,⁵³ recorrendo-se à intervenção divina imaginada nos oráculos,⁵⁴ ou envenenando-se um pinto para observar o seu comportamento.⁵⁵ Por outro lado, é possível que no âmbito de contextos culturais diferentes (e também em contextos cognoscitivos diferentes) utilizem-se conceitos diferentes de verdade, ou métodos diferentes para determiná-la: a verdade ou a sua descoberta seriam, por conseguinte, *theory-laden*⁵⁶ e *context-laden*.⁵⁷

De resto, essa dupla relatividade ou contextualidade da ideia de verdade não resolve o problema, em realidade reabrindo-o, em termos mais maduros e

articulados do que no passado. Por um lado, de fato, a existência de culturas que não incluem qualquer conceito de verdade (ou que não incluem um conceito de verdade adotado a partir de outras culturas), certamente não exclui a existência de culturas que incluem uma versão aceitável desse conceito, atribuindo-lhe um valor relevante. É verdade, em outros termos, que quem interpretava o voo dos pássaros, ou celebrava os oráculos, ou envenenava os pintos,⁵⁸ julgava talvez que pudesse, com essas práticas, descobrir a verdade,⁵⁹ de modo que não se pode dizer que a ideia de verdade inexistisse totalmente nesses contextos culturais. Todavia, o mínimo que se pode dizer é que se tratava de ideias de verdade um tanto peculiares e que, de qualquer modo, aqueles métodos para a descoberta da verdade podem ser considerados inadequados se colocados em um contexto histórico-cultural diferente. Adequadamente Williams distingue os métodos de busca *truth-acquiring* dos que não o são;⁶⁰ talvez não seja por acaso que ninguém mais interprete o voo dos pássaros para prever o êxito das batalhas, e que o fim dos oráculos tenha sido substancialmente determinado também por se ter percebido sua ineficiência no que concerne ao escopo de se descobrir a verdade.⁶¹ Sobre o envenenamento dos pintos, pode ser excitantemente interessante ocupar-se do ritual com que os Azande estabeleciam (ou estabelecem) a inocência ou a culpabilidade dos adúlteros, esperando-se, entretanto, que ninguém proponha a adoção de tal método em causas de divórcio na Itália ou nos Estados Unidos. Pode ser que os arúspices antigos e os juízes medievais – assim como o Cardenal Bellarmino, os Azande e muitos outros que cultivavam convicções que na perspectiva de outra cultura (ou da cultura atual) pudessem parecer curiosas – tivessem boas razões para pensar que daquele modo conseguiriam chegar a conclusões verdadeiras. Vale, todavia, a observação de que o fato de as justificativas serem «*filhas do tempo*», não implica que assim seja a verdade.⁶² A consequência é que a opinião do Cardeal Bellarmino era, de qualquer modo, falsa, independentemente das justificativas que ele, em sua cultura, podia encontrar para dizer que as teses de Galileu não podiam ser aceitas. Tal opinião, conforme já acenado, seguia sendo, de qualquer modo, falsa, independentemente do consenso que poderia existir sobre ela: vale, de fato, a regra fundamental de que «nenhuma maioria, nem mesmo

⁴⁸ Sobre essa concepção da verdade cfr. em particular GOLDMAN, 1986: 44; NORRIS, 2005: 25, 107, 124.

⁴⁹ Cfr. os trechos de A. Goldman e C. Norris citados na nota precedente, e, além disso, LYNCH, 2004: 87, 89, 105; MARCONI, 2007: 8.

⁵⁰ Para críticas de orientação «*realista*» à concepção da verdade como justificativa cfr., p. ex., NORRIS, 2005: 25, 61, 101, 107; GOLDMAN, 1986: 44.

⁵¹ Cfr. MARCONI, 2007: 13, 19. Sobre a concepção da verdade de um enunciado em função dos elementos de prova que o justificam ver. por último, FERRER BELTRÁN, 2007: 20.

⁵² Cfr. LYNCH, 2004: 18.

⁵³ Cfr. WILLIAMS, 2002: 131.

⁵⁴ Sobre o assunto cfr. Cap. I, item 2.

⁵⁵ Essa referência é à prática dos Azande analisada por CHASE, 2005: 15.

⁵⁶ Sobre a *theory-ladenness* das observações científicas cfr. em sentido crítico GOLDMAN, 1986: 238.

⁵⁷ Sobre a influência do contexto cfr. em particular LYNCH, 2004: 50; MINOW e SPELMAN, 1990: 1597.

⁵⁸ CHASE, 2005: 149, n. 2, refere que entre os Azande essa prática era ainda documentada em 1982, mas não se sabe se ainda é usada, nem com que difusão.

⁵⁹ Ao que tudo indica, os Azande estão convencidos de que o envenenamento do pinto constituía um bom método para descobrir-se a verdade: cfr. CHASE, 2005: 149, n. 2. Talvez não seja relevante, sendo excessivamente racional a observação de que se o pinto fosse verdadeiramente envenenado, necessariamente morreria, de modo que a culpabilidade do adúltero seria estabelecida *a priori* no momento em que o sacerdote preparasse o veneno. Analogamente, quando o pinto não morresse poder-se-ia pensar que o sacerdote não o teria envenenado verdadeiramente, predeterminando, assim, um êxito favorável à inocência do pretenso adúltero.

⁶⁰ Cfr. em particular WILLIAMS, 2002: 127.

⁶¹ A esse propósito cfr. *supra*, Cap. I, item 2.

⁶² MARCONI, 2007: 15, 151.

a unanimidade dos consensos ou dos dissensos, pode tornar verdadeiro aquilo que é falso, ou tornar falso aquilo que é verdadeiro».⁶³

Por outro lado, pode-se observar que não parece justificável qualquer relativismo substancialmente nihilista sobre o conceito de verdade,⁶⁴ sendo a verdade de um enunciado – conforme já dito – determinada pela realidade dos acontecimentos que aquele enunciado descreve. Se assim não fosse – e, isso é, caso se aceitassem teses relativistas – chegar-se-ia à conclusão paradoxal de que existiriam infinitos conceitos de verdade, todos substancialmente equivalentes; portanto, cada um poderia escolher o seu. Em uma situação desse gênero, cada um poderia sustentar estar com a verdade a propósito de qualquer coisa. Isso leva a dizer-se que o que deve ser ligado ao contexto não é a verdade considerada em si, mas sim as metodologias e as técnicas empregadas para tentar determiná-la. Isso consente, ainda, que se coloque em um plano diferente a questão do contexto, seja no sentido de reconhecer que em contextos diferentes adotam-se métodos diferentes (com a consequência de que, muito provavelmente, serão diferentes também os êxitos levados a cabo por tais métodos), seja no sentido – já mencionado – de que há métodos adequados para a descoberta da verdade e métodos inadequados para esse fim.

Resta evidente que não se pode afrontar aqui o insolúvel problema consistente em definir o que é a verdade.⁶⁵ É, todavia, possível assumir como válido (concordando com a doutrina filosófica e epistemológica largamente prevalente) o clássico critério proposto por Tarski, segundo o qual o enunciado «a neve é branca» é verdadeiro se, e somente se, a neve é branca.⁶⁶

2. ALGUMAS DISTINÇÕES

Antes de começar o discurso sobre a função que a verdade desempenha no âmbito do processo, parece oportuno esclarecer sinteticamente alguns problemas terminológicos (em realidade de caráter conceitual), que surgem sobretudo do modo em que, na linguagem comum (e mesmo na linguagem processualista corrente), fala-se da verdade. Não se trata, evidentemente, de propor uma definição geral da verdade (que – conforme dito há pouco – é indefinível), mas sim de evidenciar alguns mal-entendidos que frequentemente viciam ou tornam complicado o discurso concernente à verdade no processo. Com esse fim podem ser recordadas algumas distinções frequentes.

na linguagem comum (porém, inúteis ou carentes de fundamento, sendo, portanto, deixadas de lado), e outras talvez menos frequentes (porém, úteis para conferir um mínimo de clareza aos argumentos com os quais os juristas tratam da verdade).

2.1 Distinções inúteis

De algumas distinções inúteis podemos nos liberar rapidamente. A principal dessas é a que contrapõe verdades absolutas e verdades relativas. Sendo evidente que a Verdade com letra maiúscula (ou seja, a verdade absoluta) não pertence ao mundo das coisas humanas, é também evidente que essa não pertence ao mundo da justiça e do processo.⁶⁷ Essa constatação pode deslindar o absolutista, fazendo-o cair no ceticismo,⁶⁸ mas parece dificilmente contestável. De resto, dizer que nas coisas humanas (e, portanto, também no processo) se lide somente com verdades relativas (com letra minúscula), não significa de fato desvalorizar a função da verdade, nem mesmo adotar uma concepção subjetivista ou relativista dessa. A esse respeito, remetendo-se ao que foi observado anteriormente,⁶⁹ aqui somente cumpre, de qualquer modo, rechaçar que a verdade seja *objetiva*. Essa pode ser considerada relativa não no sentido de depender das opções individuais dos sujeitos que delas se ocupam (visto que, desse modo, cair-se-ia em um relativismo radical inaceitável), mas sim no sentido de que o *conhecimento* da verdade relaciona-se com o contexto em que surge, com o método com que se desenvolve sua busca e com a quantidade e a qualidade de informações de que se dispõe (e sob as quais tais conhecimentos fundam-se). Em outros termos: a verdade de um enunciado é univocamente determinada pela realidade do evento que esse representa e, portanto, é «*absoluta*» (no sentido de que não admite graus).⁷⁰ O enunciado é verdadeiro ou não: não pode ser «*mais ou menos*» verdadeiro. O que pode variar, dependendo das circunstâncias, é o grau de confirmação⁷¹ que pode ser atribuído a esse enunciado, com base nos conhecimentos disponíveis; portanto, pode-se dizer que, em contextos determinados e de acordo com as circunstâncias, pode existir uma maior ou menor aproximação à verdade.⁷²

Por conseguinte, é o conhecimento da verdade que se qualifica como relativo, já que fundado nas razões pelas quais é provável que um convencimento seja verdadeiro. Isto é, esse guarda relação com os argumentos que

⁶³ Cfr. FERRAJOLI, 2007a: 215.

⁶⁴ Nesse sentido cfr. em particular LYNCH, 2004: 50; MARCONI, 2007: 57, 81, 113. Para uma recente análise crítica ao ceticismo filosófico e epistemológico cfr. também STEIN, 2005: 56.

⁶⁵ É sabido que a verdade é indefinível: cfr. WILLIAMS, 2002: 63; AMORETTI e MARSONER, 2007: XVIII; DELL'UTRI, 2007: 42.

⁶⁶ Sobre o critério de Tarski a literatura é ampíssima. Cfr., por exemplo, WILLIAMS, 2002: 63; GOLDMAN, 1986: 65; MARCONI, 2007: 6; PARRINI, 2005: 64; NANNINI, 2007: 59.

⁶⁹ É contra essa pretensa Verdade que G. Zagrebel'sky reivindica o valor essencial da ética da dúvida: cfr. ZAGREBEL'SKY, 2008: VIII.

⁷⁰ Sobre o absolutista, ou o perfeccionista, destituído cfr. TARUFFO, 1992: 10, 153; FERRER BELTRÁN, 2007, 27.

⁷¹ V. *supra*, item I.

⁷² Cfr. AGAZZI, 2007: 104; DELL'UTRI, 2007: 33.

⁷³ Sobre o assunto v. mais amplamente *infra*, Cap. V, item 3.1.
⁷⁴ Cfr. GOLDMAN, 1986: 147.

justificam o convencimento sobre a verdade de um enunciado.⁷³ O conhecimento da verdade é relativo, mas também objetivo, visto que a justificativa do convencimento verdadeiro não se funda nas preferências ou nas idiossincrasias dos sujeitos particulares, mas sim na capacidade deles de se exprimirem em proposições representativas do mundo como ele é.⁷⁴ Naturalmente, os argumentos utilizados para justificar um convencimento podem ser válidos ou inválidos, mas podemos falar somente nas justificativas fundadas no primeiro tipo: se um convencimento é injustificado é muito pouco provável que possa chegar à verdade, já que são os convencimentos justificados que podem levar à descoberta dessa.⁷⁵

No contexto do processo é apropriado falar-se em verdade relativa e objetiva. A verdade da apuração dos fatos é relativa – no sentido de que é relativo o conhecimento sobre essa, isso porque essa funda-se em provas que justifiquem o convencimento do juiz, representando a base cognoscitiva na qual o convencimento de que um determinado enunciado corresponde à realidade dos fatos da causa encontra justificativa.⁷⁶ A mesma verdade é objetiva, já que não é fruto das preferências subjetivas e individuais do juiz, fundando-se em razões objetivas que justifiquem seu convencimento e derivando dos dados cognoscitivos resultantes das provas.⁷⁷

Outra distinção carente de fundamento que se pode rapidamente deixar de lado (não obstante se trate de um consenso bastante difundido) é aquela que se põe entre verdade *formal* ou *processual*, que se estabelece no contexto do processo, e verdade *real*, que seria apurada somente fora do processo. Há até mesmo quem diga que no processo se obtém somente uma «*fixação formal*» dos fatos da causa, que não teria qualquer relação com a verdade.⁷⁸ A justificativa dessa distinção parece consistir na circunstância de que no processo existem normas que concernem às provas (condicionando, portanto, de várias maneiras a apuração dos fatos) e regras (como aquelas sobre a coisa julgada) que põem fim à busca da verdade. Pelo contrário, fora do processo a busca da verdade «*verdadeira*» poderia desenvolver-se de forma livre e ilimitada.⁷⁹

⁷³ Cfr. LYNCH, 2004: 62, 97; MARCONI, 2007: 8. Analogamente, mas em termos mais analíticos, v. *infra*, Cap. 5, item 3.1 e 3.2.

⁷⁴ Cfr. LYNCH, 2004: 99.

⁷⁵ Sobre as relações entre conhecimento, verdade e justificativa cfr. em particular VASSALLO, 2007: 3; MARCONI, 2007: 8, 11; LYNCH, 2004: 29, 89, 97, 105, 240.

⁷⁶ Cfr. por todos FERRER BELTRÁN, 2007: 20.

⁷⁷ Sobre a estrutura do raciocínio do juiz, bem como sobre sua justificativa, v. *infra*, Cap. 5, itens 3 e 6.

⁷⁸ Sobre o assunto cfr. em particular CARNELUTTI, 1992: 29, 56, 61. De resto, a distinção entre verdade formal e verdade real já tinha sido posta em dúvida pela doutrina menos recente: cfr., p. ex., FURNO, 1940: 18.

⁷⁹ Para uma resenha crítica dessas opiniões cfr. FERRER BELTRÁN, 2002: 41, 63. Cfr. também TARUFFO, 1992: 4, 24.

Esse modo de argumentar é, entretanto, falacioso. Por um lado, pode-se dizer que, em linhas gerais, não existem diferentes espécies de verdade, que dependeriam de se estar no interior ou no exterior do processo: como foi dito várias vezes, a verdade dos enunciados sobre fatos da causa é determinada pela realidade desses fatos, e isso acontece seja no processo, seja fora dele. Portanto, a distinção entre verdade «*processual*» e verdade «*real*» carece de fundamento.⁸⁰ Se, pois, pensarmos que fora do processo são apuradas verdades absolutas que no processo não são cognoscíveis, valerá, a propósito, o que foi dito há pouco. Quanto às regras que concernem à admissão, à produção – e, por vezes, até mesmo à valoração das provas – pode-se observar que essas podem limitar ou condicionar de modos diferentes a busca da verdade,⁸¹ isso não implica, entretanto, que essas determinem a descoberta de uma verdade *diferente* daquela que se poderia descobrir fora do processo.⁸² Pode-se somente dizer que essas produzem um *deficit* na apuração da verdade que se dá no processo, já que, por exemplo, obstem a produção de provas relevantes à apuração dos fatos cujo conhecimento é importante para a decisão.⁸³ Esse *deficit* não implica que haja uma verdade *processual*: implica somente que, em um processo em que vigem normas limitadoras da possibilidade de servir-se de todas as provas relevantes, apura-se somente uma verdade limitada e incompleta, ou – nos casos mais graves – não se apura verdade alguma. O problema, então, não concerne à verdade, mas aos limites em que a disciplina do processo consente que essa seja apurada.

Quanto às regras que preveem o vínculo derivado da formação da coisa julgada, não se pode dizer que excluem a apuração da verdade ou imponham a existência de uma verdade ontologicamente diferente daquela que se pode apurar fora do processo.⁸⁴ Por um lado, na verdade, nada impede que a coisa julgada forme-se sob uma decisão que tenha apurado a verdade dos fatos, o que – aliás – é justamente o que deveria ocorrer na normalidade dos casos. Se a verdade for descoberta, é claro que a coisa julgada não imporá qualquer limite à sua busca. Por outro lado, vale lembrar que o vínculo derivado da coisa julgada não diz respeito aos fatos: como é sabido, a «*declaração*» de que fala o art. 2.909⁸⁵ definindo o objeto da coisa julgada não diz respeito à reconstrução dos fatos da causa, mas sim à decisão sobre a existência da situação

⁸⁰ Cfr. em particular FERRER BELTRÁN, 2007: 71 e ss.

⁸¹ Sobre o assunto v. mais amplamente *infra*, Cap. IV, item 2.2.

⁸² Cfr. FERRER BELTRÁN, *op. cit.*: 45.

⁸³ Sobre o assunto v. mais amplamente *infra*, Cap. IV, item 2.2.

⁸⁴ Nesse sentido, cfr. FERRER BELTRÁN, *op. cit.*: 64.

⁸⁵ [N. do T.] A norma mencionada encontra-se no Código Civil italiano. Nesta frase, ainda, a palavra «*accertamento*», que vinha sendo traduzida ao longo do texto como «*apuração*», foi traduzida por «*declaração*», visto que nesse contexto refere-se ao efeito declaratório da sentença. Exemplo disso ocorre com as sentenças «*ali mero accertamento*», traduzidas habitualmente em português por «*declaratórias*».

jurídica deduzida em juízo.⁸⁶ Por conseguinte, a formação da coisa julgada não impede que se volte a discutir os mesmos fatos em outra sede, nem que sobre os mesmos fatos haja uma decisão diferente.⁸⁷ Não faltam, além disso, em todos os ordenamentos, regras que permitam reduzir-se a zero o vínculo da coisa julgada quando surge a necessidade de adequar-se a apuração dos fatos à realidade, como na hipótese de revogações extraordinárias previstas no art. 395 números 2 e 3 do Código de Processo Civil italiano. Enfim, visto que é possível admitir que sobre todos os fatos acerca dos quais houve uma decisão transitada em julgado (ou acerca de alguns desses) possa-se voltar indefinidamente a decidir,⁸⁸ pode-se colocar o problema de tornar ainda mais flexível a vinculação derivada da coisa julgada; amplia-se, assim, a possibilidade de reabrir a apuração dos fatos nas hipóteses (que vêm sendo frequentes – como no caso do DNA) em que emergem técnicas de análise científica inexistentes no momento em que os fatos foram apurados, que, entretanto, consentiriam (por seu grau de confiabilidade) verificar se aquela apuração fora verdadeira ou não.⁸⁹

2.2 Verdade e certeza

Uma distinção muito útil (mesmo se não recorrente no discurso comum) é aquela traçada entre *verdade* e *certeza*. Ocorre frequentemente que se diga que «*se esta sobre a verdade*» de uma afirmação, ou que uma afirmação é verdadeira porque alguém está certo disso; discursos desse gênero, entretanto, fundam-se em um equívoco bastante evidente. A verdade, conforme já repisado diversas vezes, é objetiva e determinada pela realidade dos fatos de que se fala. A certeza, de seu turno, é um *status* subjetivo, dizendo respeito à psicologia daquele que fala e correspondendo a um grau elevado (muito elevado, quando se fala em «*certezas absolutas*») de intensidade do convencimento do sujeito em questão.⁹⁰ Entre as duas noções não há qualquer correspondência ou implicação. Por um lado, uma afirmação é verdadeira independentemente da certeza do convencimento de alguém: a Terra tinha forma quase esférica mesmo quando ninguém estava certo disso (aliás, mesmo quando muitos estavam certos de que fosse plana). Por outro lado, um sujeito pode estar certo de uma afirmação verdadeira; a verdade dessa, todavia, não deriva da certeza subjetiva daquele indivíduo, mas sim da correspondência daquela afirmação com a realidade de que se fala. Sobretudo, porém, pode-se

estar certo – talvez absolutamente certo – de afirmações falsas: para seguir usando o mesmo exemplo, o Cardeal Bellarmino estava absolutamente certo de que o Sol girava ao redor da Terra, mas a intensidade de seu convencimento não tornava verdadeira a teoria de que estava convencido.

Por conseguinte, visto que a certeza corresponde ao grau de persuasão que um sujeito tem a respeito da veracidade de um enunciado, poder-se-ão fazer distinções de acordo com o grau de certeza, que pode ser diferente dependendo do caso e da *justificativa* utilizada para sustentar-se a própria certeza. Inicialmente, pode-se estar mais ou menos certo do que se pensa sobre alguma coisa: pode-se até mesmo pensar em uma escala contínua de graus de certeza, que vai da incerteza (=falta de certeza) total até a certeza absoluta (=falta de incerteza). Nessa escala colocam-se infinitos graus de certeza do convencimento que um sujeito pode ter a respeito do conteúdo de um enunciado.⁹¹ É particularmente relevante a perspectiva das razões que um sujeito pode aduzir sempre que alguém lhe pedir para justificar a certeza que ele tem a respeito de algo. Se alguém afirma estar certo de X porque X foi dito por uma quiomante que goza de sua confiança, ou porque X na infalível eficácia heurística da leitura de borras de café, será provavelmente justificado todo e qualquer ceticismo sobre o fundamento das suas certezas. Se, por outro lado, um cientista diz estar certo da confiabilidade de um experimento por ter criado um procedimento epistemologicamente correto, ou se um historiador diz estar certo de que Napoleão morreu em 5 de maio de 1821 não por ter lido a ode homônima de Manzoni, mas por dispor de documentos que assim demonstram, poder-se-á concordar sobre a existência de justificativas válidas para que se tenham tais certezas. Em todo caso, pode-se observar que a credibilidade da certeza de um sujeito sobre o conteúdo de uma afirmação depende da seriedade das justificativas que ele está em condições de dar. Se as justificativas são do tipo «*estou certo disso porque estou profundamente convencido*» (ou seja, não justificativas), trata-se, então, de argumentos que têm a mesma força demonstrativa de leituras de borras de café.

Não valeria a pena insistir na importância desses aspectos, ao fim e ao cabo bastante banais, se não se encontrassem frequentemente nos discursos dos juristas opiniões em que verdade e certeza confundem-se – e até mesmo em que a certeza toma o lugar da verdade.⁹² Quando se afirma, por exemplo, que a condenação de um acusado justifica-se quando o juiz tem *certeza absoluta* de sua culpabilidade,⁹³ ou quando se diz – como ocorre comumente – que o juiz deve obter a *certeza moral* sobre a existência dos fatos da causa, comete-se um erro duplo: de um lado deixa-se de lado a ideia da verdade, excluindo-se a necessidade de que a decisão funde-se em uma apuração verdadeira dos

⁸⁶ Sobre o assunto v., por todos, inclusive para numerosas referências, VOLPINO, 2007: 121, 205, 287 ss. Em sentido análogo cfr. FERRER BELTRÁN, *op. cit.*: 65.

⁸⁷ Cfr. FERRER BELTRÁN, *op. cit.*: 66.

⁸⁸ *Ibidem*: 64.

⁸⁹ Surge, a propósito, a exigência de «*relativizar*» a coisa julgada de modo a consentir uma nova apuração: cfr. ARRUDA ALVIM WAMBIER e GARCIA MEDINA, 2003: 188.

⁹⁰ Sobre a ideia de certeza como convicção subjetiva, cfr., inclusive para ulteriores referências, CUELLO IRIARTE, 2007: 86.

⁹¹ Sobre o assunto v. mais amplamente *infra*, Cap. IV, item 4.

⁹² A propósito v. em particular a crítica de FERRER BELTRÁN, 2002: 90.

⁹³ Cfr., p. ex., PAGLIARO, 2005: 1042. Outros exemplos em FERRER BELTRÁN, 2002: 90.

fatos; por outro lado, fortalece-se a ideia de que o que deve fundar a decisão do juiz é o grau de persuasão subjetiva que ele deve obter. A eventualidade de que tal persuasão seja errônea não é nem ao menos levada em consideração, como se por definição um grau adequado de certeza subjetiva equivalêsse à verdade ou pudesse tomar seu lugar. É evidente que o recurso a adjetivos como «*absoluta*» ou «*moral*» não evita o erro em questão: ademais, o uso desses adjetivos indica que se espera que o juiz obtenha um grau elevado de certeza, ou mesmo que ele deva estar «*moralmente*» certo daquilo que pensa (segundo, obviamente, incerto o que é uma certeza «*moral*»).

Não se trata, contudo, somente de impropriedades linguísticas, sobre as quais não valeria a pena debruçar-se mais longamente. O problema é muito mais sério, derivando do fato de que teorias difundidas sobre como o juiz deveria embasar seu juízo sobre os fatos ancoram-se em noções genéricas de certeza, de qualquer modo embebidas de subjetivismo. E, sobretudo, o caso da orientação segundo a qual o juiz deveria valorar as provas (e, por conseguinte, formular o próprio convencimento sobre os fatos) retirando certezas da sua *intime conviction*, ou seja, de uma espécie de persuasão interior, imperscrutável e impassível de racionalização (e, portanto, não analisável ou controlável), sobre os fatos da causa que se trata de apurar. Um *quid inefável* situado em algum lugar das profundezas interiores das emoções do juiz, que deveria, contudo, produzir certezas morais (possivelmente absolutas) sobre as quais a decisão se fundaria.⁹⁴ Não há quem não veja que desse modo configura-se a decisão sobre os fatos como uma espécie de intuição, de ordem emocional, de execução integralmente subjetiva, para não dizer solipsista. Naturalmente, dizer que essa certeza deve ser «*profunda*», «*elevada*» ou «*absoluta*» não significa acrescentar coisa alguma a tudo isso: na melhor das hipóteses, trata-se de recomendações dirigidas ao juiz, no sentido de que ele não deve ser apressado ou superficial na formação das próprias certezas, devendo, ao contrário, dedicar-se a uma séria e profunda introspecção, escavando nas camadas mais recônditas de seu ser. O mínimo a pedir é que o juiz evite decidir de modo superficial; todavia, a exigência de que a introspecção seja séria não diz coisa alguma sobre a possibilidade de que essa produza um convencimento verdadeiro sobre os fatos da causa. A intensidade e a profundidade do convencimento não garantem de fato a verdade daquilo que é seu objeto. Muitas pessoas estão intensamente convictas sobre muitas coisas sobre si mesmas, sobre os outros, sobre a idade do mundo, sobre a existência do diabo e dos lugares extraterrenos, mas é claro que a força de sua persuasão não faz com que se torne verdadeiro aquilo em que elas creem. A intensidade de uma convicção errada não muda, na verdade, o erro. As mesmas considerações valem em geral, mas particularmente para o juiz e seus convencimentos sobre fatos: ele

pode estar profundamente convencido, *in interiore homine*, da existência ou inexistência de um fato, mas esse seu convencimento, por mais profundo que seja, não o conduz à verdade. É certo, por outro lado, que utilizando somente sua convicção interior ele terminaria por formular uma decisão completamente arbitrária.⁹⁵

2.3 Verdade e verossimilhança

Uma distinção útil de recordar-se, mesmo porque frequentemente desconsiderada, é aquela que se pode traçar entre um enunciado *verdadeiro* e um enunciado *verossímil*. O conceito de verossimilhança foi objeto de sofisticadas análises lógicas,⁹⁶ mas nesta sede pode ser suficiente utilizar convencionalmente uma definição bastante simples, segundo a qual se considera verossímil aquilo que corresponde à normalidade de certo tipo de comportamentos ou de acontecimentos.⁹⁷ Substancialmente, é verossímil aquilo que corresponde ao *id quod plerumque accidit*: se um determinado evento verifica-se geralmente de certo modo em um determinado dia da semana, é verossímil que o mesmo evento verifique-se no futuro, ou que se tenha verificado no passado naquele dia da semana. Se normalmente ocorre que eu receba os estudantes nas manhãs de quarta-feira às 10 horas, é verossímil que eu tenha assim procedido também na quarta-feira passada e que assim proceda também na próxima quarta-feira, no mesmo horário.

Essa definição da verossimilhança tem várias implicações; duas delas serão aqui recordadas. A primeira delas é que para se julgar verossímil um enunciado relativo a um evento é necessário dispor de um conhecimento preliminar sobre a normalidade de sua ocorrência, ou seja, do *id quod plerumque accidit* relativo a ele. Se não se sabe se Tício tem o hábito de receber os estudantes nas quartas-feiras às 10 da manhã (ou se de fato ele não tem esse hábito), não é possível configurar como verossímil a eventualidade de que ele estivesse em sua sala na Universidade na quarta-feira passada naquela hora, nem a previsão de que ele se encontre lá nessa hora na próxima quarta-feira. Substancialmente, somente se se tiver à disposição o conhecimento do curso «*normal*» de certo tipo de evento é possível considerar verossímil o enunciado relativo à ocorrência de uma manifestação daquele evento. Para citar um exemplo clássico, somente se tenho algum conhecimento empírico acerca da cor normal dos cisnes posso julgar verossímil que o cisne visto por terceiros (ou que verei amanhã) é branco. Se, por outro lado, o evento em questão

⁹⁴ Em sentido análogo, com referência às concepções segundo as quais o juiz deveria retirar certezas subjetivas do contato imediato com as provas e, em particular, com as testemunhas, cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, 2008: 207.

⁹⁶ Cf. NINILUOTO, 1987.

⁹⁷ Mais amplamente sobre essa definição, bem como para ulteriores referências, cfr. TARUFFO, 1992: 159.

⁹⁴ Sobre as concepções irracionaisistas do convencimento do juiz v. mais amplamente TARUFFO, 1992: 370; FERRER BELTRÁN, *op. cit.*: 95. V., além disso, *infra*, Cap. IV, item 4.

é único e irrepetível, não se podem fazer sobre ilações ou previsões: o Cisne Negro é – de fato – algo que não parece verossímil com base nos conhecimentos normais relativos aos cisnes.⁹⁸ Se, pois, ninguém sabe de um *iliquid plerumque accidit* ao qual o evento em questão possa ser reconduzido, não se pode dizer se o enunciado que a ele concerne é ou não verossímil. Isso não impede, todavia, de apurar-se se esse é verdadeiro ou falso.

A segunda implicação relevante é – portanto – que não há qualquer coincidência ou correspondência entre verossimilhança e verdade. Um fato considerado verossímil no sentido há pouco indicado pode muito bem, por qualquer razão, não ter ocorrido: isso significa que o enunciado que concerne àquele fato pode parecer verossímil, mas é falso, já que a realidade daquilo que ocorre não corresponde àquilo que o enunciado narra. De fato, podem existir várias razões para que Tício não estivesse em sua sala na Universidade às 10 da manhã da quarta-feira passada. Pode ser que ele estivesse ali, e nesse caso o enunciado seria verossímil e também verdadeiro; pode ser, entretanto, que ele não estivesse ali, e nesse caso o enunciado continuaria sendo verossímil, mas seria também falso. Por outro lado, pode ocorrer que seja verdadeiro um enunciado que parece inverossímil por não corresponder a qualquer critério de normalidade. Pode ser verdadeiro um enunciado segundo o qual na quarta-feira passada Tício estava a bordo de uma canoa em um afluente do Rio Amazonas, mesmo que isso não corresponda a qualquer *id quod plerumque accidit* relativo aos seus hábitos ou àquilo que geralmente ocorre naquele rio. Do mesmo modo, pode ser verdadeiro o enunciado que fala da aparição do Cisne Negro, não obstante isso não corresponda à normalidade da cor dos cisnes. Substancialmente, a verossimilhança e a inverossimilhança de um enunciado são irrelevantes do ponto de vista da veracidade ou da falsidade desse. Isso implica que, em toda e qualquer circunstância em que é necessário estabelecer se um enunciado é de fato verdadeiro ou falso, deve-se, de qualquer modo, fundar nas provas, e não em um juízo de verossimilhança: somente as provas podem demonstrar se aquilo que parece verossímil é também verdadeiro, ou se é falso, bem como se aquilo que parece inverossímil é também falso, ou se é verdadeiro.

2.4 Notas sobre verdade e probabilidade

O conceito de verossimilhança é frequentemente confundido, tanto no discurso corrente como no jurídico, com o de probabilidade: isto é, tende-se a pensar que se um enunciado é verossímil, então, é também provável; ou seja, tende-se a pensar que esse é *provavelmente verdadeiro*. Nesse uso linguístico estão contidos alguns equívocos, que derivam tanto da confusão (a que fazemos referência recentemente) entre verdade e verossimilhança,

quanto daquela – que reina soberanamente entre aqueles que não se ocupam diretamente do tema – sobre o conceito de probabilidade e sobre suas relações com o conceito de verdade.⁹⁹

Não é certamente esse o lugar para esclarecer-se o conceito de probabilidade, que, em realidade, inclui uma família de conceitos um tanto diversos,¹⁰⁰ constituindo um dos setores mais complicados da lógica e da estatística. Visto que, todavia, fala-se de probabilidade frequentemente também no contexto do processo e da apuração dos fatos, será útil frisar sinteticamente alguns aspectos relevantes do problema.

Por um lado, pode-se fazer uma distinção entre verossimilhança e probabilidade, já que (conforme visto há pouco) o juízo de verossimilhança não fornece qualquer elemento de cognição sobre a veracidade ou falsidade de um enunciado, enquanto a probabilidade diz respeito à existência de razões válidas para sustentar-se que um enunciado é verdadeiro ou falso. Por assim dizer, a probabilidade fornece informações sobre a veracidade ou falsidade de um enunciado, ao passo que a verossimilhança diz respeito somente à eventual «normalidade» daquilo que o enunciado descreve. Ambos os conceitos referem-se a critérios de qualificação diferentes e não coincidentes.

Por outro lado, é necessário ter presente a distinção (muito mais óbvia) entre verdade e probabilidade. Conforme dito mais de uma vez, a verdade de um enunciado é determinada pela realidade do evento ao qual esse se refere. De outra feita, pode-se dizer que um enunciado é provável no momento em que se dispõe de informações com base nas quais se considera adequado afirmar que aquele enunciado é verdadeiro. Substancialmente, a probabilidade é uma função da justificativa que se atribui a um enunciado, com base nos elementos cognoscitivos disponíveis. No âmbito do processo, em que as informações disponíveis são oferecidas pelas provas, pode ocorrer que essas forneçam um determinado grau de confirmação ao enunciado que concerne a um fato relevante para a decisão.¹⁰¹ Poder-se-á, então, dizer que esse enunciado é «*provavelmente verdadeiro*», com a condição de que se queira dizer com essa expressão que as provas produzidas no processo fornecem razões suficientes para que se considere confirmada a hipótese de que aquele enunciado seja verdadeiro. Pode, por conseguinte, ocorrer de um enunciado que parece *prima facie* verossímil (segundo o que se falou há pouco) resultar, em realidade, «*improvável*», pelo fato das provas não fornecerem qualquer confirmação desse; pode ocorrer, ao contrário, de um enunciado que parece

⁹⁹ Para uma crítica dos usos de termos como «*prováveis*», «*probabilidades*», e similares, na linguagem comum, é ainda atual TOULMIN, 2007: 41.

¹⁰⁰ Para uma clara e sintética resenha cfr. FERRER BELTRÁN, 2007: 93. Cfr. também TARUFFO, 1992: 166, 199. Sobre a probabilidade lógica como modelo de decisão racional v., ainda, Cap. V, itens 3.1 e 4.

¹⁰¹ Ver mais amplamente *infra*, Cap. V, item 3.1.

⁹⁸ Sobre o Cisne Negro e suas numerosas implicações TALEB, 2007.

prima facie inverossímil resultar, posteriormente, provavelmente verdadeiro, pelo fato das provas fornecerem razões suficientes para que se considerasse justificada a hipótese de sua veracidade.

Substancialmente, por conseguinte, os conceitos de verdade, verossímil-hança e probabilidade não são equivalentes entre si e tampouco são passíveis de conversão entre si. Eles dizem respeito a qualificações diferentes que podem ser dadas sobre um mesmo enunciado: às vezes essas podem estar desejavelmente presentes no mesmo enunciado (como ocorre quando esse é verdadeiro, verossímil e provável por ter sido confirmado pelas provas), mas pode também ocorrer que isso não se verifique. Em outros termos, pode ocorrer que um enunciado seja verdadeiro, mas não seja verossímil; pode, da mesma forma, ocorrer que um enunciado seja verdadeiro, mas não seja provável, na medida em que não se dispõe de elementos de prova suficientes para que se considere confirmado e, portanto, «*provavelmente verdadeiro*». Em outros termos, dizer que um enunciado fático foi provado (ou seja, que é provavelmente verdadeiro), não equivale a dizer que esse é verdadeiro, visto que não resta, de qualquer modo, excluída a eventualidade (talvez improvável) de que esse seja falso; ao contrário, dizer que um enunciado carece de confirmação probatória (e, portanto, provavelmente inverídico) não exclui a eventualidade de que, na realidade, seja verdadeiro.¹⁰² Em ambas as situações é irrelevante o fato de o enunciado ser verossímil ou não.

Por outro lado, reconhecer que no contexto do processo possa-se falar em probabilidade não significa serem apropriados todos os numerosos argumentos que remetem à ideia de probabilidade na apuração judicial dos fatos. Sem que se entre aqui no mérito desse problema bastante complexo (que requereria uma análise específica), vale a pena, todavia, precisar que há várias razões pelas quais a concepção difundida em algumas áreas culturais não é confiável: segundo essa, o raciocínio probatório deveria ser desenvolvido de acordo com o cálculo fundado no teorema de Bayes, ou seja, o cálculo quantitativo do aumento de probabilidade devido à inserção de dados novos em um determinado contexto. Na maioria avassaladora dos casos, de fato, os cálculos da probabilidade quantitativa não são aplicáveis ao processo.¹⁰³ Há sentido falar sobre probabilidade no que concerne ao raciocínio probatório, desde que se refira ao conceito de probabilidade *lógica*, ou seja, do grau de confirmação que as provas têm condições de fornecer aos enunciados fáticos postos à base da decisão.¹⁰⁴

¹⁰² Para um adequado aprofundamento dessas distinções cfr. FERRER BELTRÁN, 2002: 28.

¹⁰³ Para o desenvolvimento das razões a que se faz referência nesse texto cfr. TARUFFO, 1992: 166. Em sentido análogo v., por último, FERRER BELTRÁN, 2007: 98.

¹⁰⁴ Sobre esse conceito de probabilidade cfr., inclusive para ulteriores referências, TARUFFO, *op. cit.*: 166; FERRER BELTRÁN, 2002: 98.

3. O VALOR SOCIAL DA VERDADE

Se os problemas aqui mencionados dissessem respeito somente à ciência e às suas verdades, talvez não fosse o caso de discuti-los nesta sede. Poderia, de fato, parecer impróprio – mesmo que não raro isso ocorra – relacionar aos eventos «*macro*» da vida cotidiana (como aqueles sobre os quais geralmente se discute em um processo) teorias e conceitos da física das partículas subatômicas; igualmente impróprio poderia parecer a referência (a propósito de acontecimentos singulares e ordinários) à teoria das revoluções científicas de Kuhn. Analogamente, uma concepção coerentista da verdade talvez possa ser válida no âmbito da matemática, mas é por muitos rejeitada no plano filosófico geral,¹⁰⁵ podendo produzir resultados paradoxais se utilizada indiscriminadamente para qualquer tipo de narrativa. Por exemplo, seria impossível através dela distinguir um testemunho dado em juízo, ou uma reconstrução histórica, de um romance ou de uma peça de teatro. De fato, também um romance ou uma tragédia podem ser contextualmente (ou narrativamente) coerentes, já que nessa perspectiva teria sentido que se perguntasse se seria verdade que David Copperfield era homossexual (o que resulta talvez coerente com o contexto), e também perguntar-se quantos filhos teria Lady Macbeth (não obstante isso não seja passível de decisão com base no contexto).

O aspecto mais relevante do *revival* que andou se manifestando há algum tempo não reside, com efeito, somente no fato dos epistemólogos terem voltado a se posicionar no sentido do realismo crítico,¹⁰⁶ tendendo, pois, a julgar que a ciência possa obter conhecimentos verdadeiros sobre o mundo (e não somente sobre as construções mentais e os condicionamentos políticos e sociais dos cientistas). No que diz respeito àquilo que interessa em maior escala ao presente estudo, esse aspecto consiste na descoberta (ou talvez na redescoberta) daquele que se poderia definir como *valor social da verdade*.¹⁰⁷ Esse valor apresenta pelo menos dois aspectos que merecem consideração.

O primeiro tem o caráter essencialmente *ético*, podendo ter diferentes manifestações. Por um lado, o pensamento integra o sistema de regras indicadas geralmente com o termo «*moral*». Historicamente houve sistemas morais cujo cerne era o dever de dizer a verdade e a correspondente proibição de dizer o falso, presente em São Tomás, Kant e muitos outros teóricos da moral. A verdade é que, com o fim de aplicar na prática esses sistemas, foi necessária

¹⁰⁵ Cfr. por exemplo GOLDMAN, *op. cit.*: 44. Uma posição intermediária entre *foundationalism* e *coherentism* é o *foundherentism*, sustentado por Susan Haack (da qual cfr. sobretudo Haack, 1995). Essa orientação é muito interessante, mas não pode ser aqui discutida como mereceria; basta assinalar-se que essa parte de uma articulada crítica às concepções coerentistas (ivi, p. 52), além de uma revisão crítica das doutrinas fundacionalistas (ivi, p. 34), recuperando, todavia, uma concepção substancialmente realista do conhecimento (v. ivi, p. 73).

¹⁰⁶ De um «*striking revival in the fortunes of causal realism*» fala, p. ex., NORRIS, 2005: 10.

¹⁰⁷ Nessa perspectiva cfr. em particular LYNCH, 2004: 57.

a invenção de vários *escamotage* que atenuassem seu rigor e consentissem de não dizer a verdade ainda que sem dizer o falso.¹⁰⁸

É também verdade que um dever absoluto de dizer a verdade poderia produzir resultados danosos,¹⁰⁹ já que parece necessária a configuração de deturpações, exceções e limitações na aplicação concreta desse dever.¹¹⁰ Todavia, mesmo as atenuações práticas de tal dever não são outra coisa senão a confirmação de sua existência,¹¹¹ ou seja, a necessidade de que qualquer sistema ético inclua o dever de verdade entre os seus valores fundamentais. Seria, por outro lado, inconcebível (e, igualmente, inaceitável) um sistema «moral» que não distinguisse a verdade da mentira, ou mesmo que legitimasse expressamente a falsidade, fazendo, assim, da mentira e do engano as regras fundamentais de comportamento para aqueles que adotassem essa peculiar espécie de moral.

Por outro lado, o tema do valor social da verdade contou com contribuições recentes que prescindem em larga escala da metafísica e da teoria dos sistemas morais (ainda que sem esquecê-la), colocando a verdade no centro da dinâmica da vida social. Para Bernard Williams, por exemplo, as «*virtudes da verdade*», representadas pela precisão e pela sinceridade, são essenciais na difusão de informações que representa o fundamento da dinâmica social, mesmo nas suas formas mais simples.¹¹² Assim, a sinceridade de quem exprime convicções que julga verdadeiras torna-se uma condição essencial da vida social; mesmo que na realidade a mentira seja frequente (e por vezes possa parecer inevitável ou justificada), a sinceridade – como aspecto «*virtuoso*» da verdade – constitui, de qualquer modo, um valor fundamental.¹¹³ Também a precisão, compreendida como adesão à realidade, é uma qualidade necessária do convencimento verdadeiro comunicado no contexto do agir social.¹¹⁴ Um convencimento é verdadeiro quando resultado de um procedimento idôneo à descoberta da verdade (ou seja, de um método *truth-acquiring*),¹¹⁵ ou, igualmente, quando justificado por razões suficientes para julgar de maneira fundada que esse seja verdadeiro.¹¹⁶ Por outro lado, a intenção de buscar a verdade é um fator importante na formação do convencimento,¹¹⁷ bem como na distinção

entre o convencimento em sentido próprio e a ficção.¹¹⁸ Por conseguinte, um comportamento social fundado em uma falsa comunicação de convencimentos não sinceros (e errôneos, pois não fundados em uma busca precisa da verdade) seria inaceitável justamente por carecer da «*virtude da verdade*».

Em uma perspectiva parcialmente diferente, Michael Lynch desenvolve um discurso substancialmente divergente daquele de Williams. Tampouco Lynch põe o problema da verdade no plano das ideias abstratas, preferindo colocá-lo no contexto da vida social, com o escopo de demonstrar que nesse contexto *truth matters*:¹¹⁹ substancialmente, a verdade é aquilo que faz com que valha a pena crer em uma assertiva, seja essa compreendida como um valor instrumental, seja essa compreendida como um valor em si.¹²⁰ Mesmo se for verdade que em alguns casos o conhecimento da verdade, ou mesmo a própria busca da verdade, possa ser perigoso ou danoso,¹²¹ persiste o fato de que, em linha de princípio, o que justifica o convencimento é o fato de que esse seja fundado em razões suficientes para fazê-lo parecer provavelmente verdadeiro.

O valor determinante da verdade como condição para o bom funcionamento das relações sociais encontra uma clara confirmação também em uma perspectiva diferente de análise. Formulando o princípio de cooperação que governa a conversação, Paul Grice refere-se especificamente à qualidade da conversação que se regula com base em tal princípio; formula a «*supermáxima*» segundo a qual quem participa da conversação deveria tentar contribuir com essa de algum modo verdadeiro. Essa regra geral articula-se em duas regras mais específicas, segundo as quais: a) não é necessário afirmar aquilo que se sabe ser falso; b) não é necessário fazer afirmações carentes de provas adequadas.¹²² Também nessa perspectiva, por conseguinte, um momento fundamental da dinâmica social serve de base para seu próprio bom funcionamento, sob condição constituída pela verdade daquilo que se diz. A honestidade da argumentação, na verdade, requer, acima de tudo, que a verdade dos fatos seja respeitada.¹²³

O segundo aspecto da verdade como valor social tem caráter eminentemente político, consistindo na conexão entre verdade e democracia. Essa conexão não é nova: já Eduardo Couture, em uma de suas *Meditaciones sobre la libertad*, utilizara um discurso de Roosevelt para frisar como a verdade é um atributo necessário da relação entre o Estado democrático e os seus

¹⁰⁸ Cfr. a propósito a interessante análise contida em WILLIAMS, 2002: 101.

¹⁰⁹ Cfr., p. ex., LYNCH, 2004: 57.

¹¹⁰ Sobre os limites do dever moral de dizer a verdade cfr. WILLIAMS, 2002: 105; LYNCH, 2004: 39.

¹¹¹ Cfr. LYNCH, *ibidem*.

¹¹² Cfr. WILLIAMS, 2002: 57, 84, 123. Sobre o pensamento de Williams a respeito das implicações políticas da verdade cfr. em particular LUKES, 2005: 159; CARTER, 2005: 177.

¹¹³ Para amplas argumentações a propósito cfr. WILLIAMS, 2002: 84.

¹¹⁴ Cfr. WILLIAMS, 2002: 123.

¹¹⁵ *Idem*, *ibidem*: 127.

¹¹⁶ *Idem*, *ibidem*: 123, 129.

¹¹⁷ *Idem*, *ibidem*: 133.

¹¹⁸ Cfr. WILLIAMS, 2002: 135.

¹¹⁹ Cfr. LYNCH, 2004: 10.

¹²⁰ *Idem*, *ibidem*: 11.

¹²¹ *Idem*, *ibidem*: 57.

¹²² Cfr. GRICE, 1989: 27.

¹²³ Cfr. ZAGREBELSKY, 2008: 125.

cidadãos.¹²⁴ De resto, como bem sabiam o doutor Goebbels, Stalin e muitos outros antes e depois deles, o uso sistemático da mentira e da enganagem foi historicamente um traço característico dos regimes totalitários.¹²⁵ Há, todavia, fatos recentes que trouxeram de volta ao centro das atenções a relação entre política e verdade. Os exemplos não faltam, mas é suficiente que se faça referência à mentira contada por George W. Bush ao povo americano (e ao mundo todo) a respeito da existência de armas de destruição em massa nas mãos de Saddam Hussein, com o escopo de mistificar a realidade das razões que levavam à guerra contra o Iraque. Tornou-se evidente que aquelas armas – posteriormente ironicamente definidas como *weapons of mass distraction* – não existiam, e que Bush tentara legitimar com uma colossal mentira uma ação brutal de *Realpolitik*.¹²⁶ Não pode ser considerada casual, então, o fato de que nesses últimos anos se tenha dado nova ênfase ao nexó direto existente entre a verdade nas relações entre Estado e cidadãos e o caráter democrático do sistema político.

Assim, por exemplo, frisou-se que a verdade é uma condição necessária para a confiança que o cidadão deveria ter no Estado; confiança essa que deve fundar-se no princípio de que o Estado não deve enganar os cidadãos.¹²⁷ Além disso, a verdade é uma condição necessária para o exercício das liberdades que devem ser reconhecidas aos cidadãos: o falsamento ou a supressão das informações é um limite grave ao possível exercício da liberdade.¹²⁸ Parece, pois, particularmente forte o argumento *anti-tyranny* segundo o qual as ações ilegítimas e equivocadas levadas a cabo por quem exerce o poder devem poder ser descobertas; isso implica, entretanto, que informações verdadeiras sejam disponibilizadas para as vítimas em potencial do tirano, de modo que elas possam controlar as modalidades com que o poder é exercido.¹²⁹ Resta, por conseguinte, evidente que a preocupação com a verdade é um componente essencial da democracia:¹³⁰ para um Estado democrático é sempre errado mentir aos cidadãos. Esses, de resto, não terão condições de formar opiniões corretas ou executar seu direito à crítica se imersos em um sistema fundado na

¹²⁴ Cfr. COULTURE, 2002: 14, n. 1.2.24.

¹²⁵ Como diz ZAGREBELSKY, *ibidem*: «São regimes corruptores das consciências "até a medida" aqueles que tratam os fatos como opiniões e instauram um "nihilismo da realidade", colocando no mesmo plano realidade e mentiras».

¹²⁶ Não é o caso de que esse exemplo sirva de ponto de partida para as diversas discussões filosóficas sobre a natureza e sobre a função da verdade: cfr., p. ex., NORRIS, 2005: 18, que desenvolve uma elegante e irônica análise sobre a teoria da verdade enunciada por Donald Rumfeld; LYNCH, 2004: XIII. No que diz respeito à Itália, cfr. em particular TRAVAGLIO, 2006: 115, que esclarece como mesmo políticos e jornalistas Italianos se associaram a Bush na mentira.

¹²⁷ Sobre esse tema cfr. em particular WILLIAMS, 2002: 211; WILLIAMS, 2005: 158.

¹²⁸ Cfr. WILLIAMS, 2002: 211; WILLIAMS, 2005: 158.

¹²⁹ Cfr. *Idem*, 2002: 207; *Idem*, 2005: 156; LYNCH, 2004: 252.

¹³⁰ Cfr. LYNCH, 2004: 227.

mentira e na supressão da verdade.¹³¹ É claro, por outro lado, que um sistema fundado na verdade é democrático na medida em que garante aos cidadãos a liberdade de fazer escolhas não manipuladas sobre aquilo que os próprios cidadãos preferem, a respeito de todos os aspectos da vida individual e social. Consequência disso é que a própria existência dos direitos fundamentais, que é essencial em um sistema democrático, encontra fundamento em uma concepção objetiva da verdade: se os valores da democracia são levados no coração, necessário faz-se que se leve no coração a verdade.¹³²

Diante de argumentos como esses, a reação do cético parece óbvia: a política não é feita de almas puras que se preocupam com a verdade; o exercício do poder funda-se sistematicamente na mentira e na manipulação; manter a verdade escondida é frequentemente indispensável, e assim por diante. Nem o príncipe de Maquiavel nem o Leviatã de Hobbes, ao fim e ao cabo, podem ser considerados incansáveis defensores da verdade. Considerações desse tipo contêm, naturalmente, muito de verdade. Todavia, pode-se observar que essas se referem à política, e mais precisamente às nem sempre confessáveis práticas da *Realpolitik*, mas não têm relação alguma com as regras que deveriam ser seguidas em um sistema autenticamente democrático. Verdade é que mesmo os sistemas democráticos devem calcular a relação custo-benefício das necessidades da política; é, portanto, inevitável que a verdade sofra limitações e derrogações. Isso implica, de resto, que se trate somente de exceções ao princípio de verdade. Além disso, essas exceções – que jamais deveriam se tornar a regra – devem encontrar adequadas justificativas na exigência de realizar finalidades que às vezes possam prevalecer sobre a aplicação de tal princípio. Em outros termos: em um sistema verdadeiramente democrático o princípio da verdade pode sofrer limitações, mas a decisão correspondente não pode ser arbitrária, devendo, ainda, ser sempre sujeita a controle e não podendo fundar-se na mentira ou em manipulações da opinião pública. Como frisou Williams, há casos em que as necessidades da política podem justificar o segredo, mas a mentira não pode jamais ser justificada.¹³³ Não obstante o fato de ser «*instrumento ordinário da vida pública*», a mentira intencional deveria ser tratada como crime contra a democracia.¹³⁴

Não se pode, todavia, esconder que mesmo sistemas políticos que amam definir-se como democráticos (e que são frequentemente indicados como modelos de democracia) não raro tomam atitudes de sistemática desinformação e de manipulação da opinião pública, como ensinam os casos – mas os exemplos poderiam ser numerosíssimos – de Bush e da guerra no Iraque. Todavia, o fato de que isso aconteça não demonstra de modo algum que a

¹³¹ Cfr. LYNCH, 2004: 232.

¹³² LYNCH, *ibidem*.

¹³³ Cfr. WILLIAMS, 2002: 159.

¹³⁴ Cfr. ZAGREBELSKY, 2008: 125.

democracia seja indiferente à verdade nas relações entre o poder político e os cidadãos: demonstra somente que frequentemente os sistemas que amam definir-se como democráticos são muito menos democráticos do que pensam. O grau de adesão concreta ao princípio da verdade parece, com efeito, um índice eficaz do grau de democracia efetivamente existente em um regime político. Se, nessa perspectiva, pensar-se na multiplicidade de casos em que na Itália, em anos recentes, os fatos relevantes foram escondidos e manipulados (e, portanto, a verdade foi escondida),¹³⁵ vêm à tona sérias dúvidas acerca da natureza democrática do sistema político italiano. De resto, se quem detém o poder pretende impor a todos «verdades» estabelecidas *a priori*, de modo dogmático e autoritário, o que se verifica é exatamente o contrário da democracia: não é certamente a verdade que é antidemocrática, mas sim a pretensão de impor a todos a «verdade» de alguém. É essa pretensa «verdade», que via de regra não é verdadeira de fato, que tem uma efetiva «força antidemocrática».¹³⁶

4 VERDADE E JUSTIÇA

As considerações precedentes, bem como as análises filosóficas nas quais essas se inspiram, delineiam um quadro de uma situação sociopolítica na qual a verdade constitui um valor basililar de referência a um *standard* ao qual – mesmo que com inevitáveis exceções e limitações, que deveriam, entretanto, ser reduzidas ao mínimo – deveriam se conformar tanto com o Estado quanto com os cidadãos particulares. Pode ser que nisso haja certa dose de otimismo e de *wishful thinking*, mas à parte o fato de que o ceticismo jamais chega muito longe, não se trata de uma visão abstratamente idealizada: no fundo poder-se-ia desejar que se vivesse em um contexto sociopolítico inspirado o máximo possível em valores de veracidade, sinceridade e correção, ao invés de um contexto orwelliano em que os Bush de plantão, e os *opinion makers* que lhe servem, governam com a mentira, o falsamento e a manipulação das consciências.

No contexto ético-político que assim se delineia, há sentido em colocar-se o problema sobre a existência do valor da verdade (e eventualmente sobre qual seja ele) no âmbito da administração da justiça. *Prima facie* caberia dizer que tal valor existe e é relevante. Por um lado, a administração da justiça constitui um setor importantíssimo da vida social e da atividade do Estado; desse modo, nessa dever-se-iam encontrar os próprios valores de verdade que constituem (conforme visto recentemente) os critérios constitutivos do correto funcionamento do sistema sócio-político. Seria, por assim dizer, um tanto paradoxal imaginar um sistema democrático, inspirado no valor da verdade,

no qual, entretanto, a administração da justiça não se inspirasse em tal valor, ou mesmo que se fundasse sistematicamente no erro, na mentira e na distorção da verdade. Por outro lado, o binômio «verdade e justiça» aparece com frequência na linguagem comum e – poder-se-ia dizer – no inconsciente coletivo, onde os dois termos guardam estreita conexão. Por exemplo, pensa-se que as testemunhas devem dizer a verdade, que os direitos existem se e quando verdadeiros os fatos sobre os quais se fundam,¹³⁷ que alguém é culpado somente quando for verdade que cometeu um delito, e assim por diante. Não por acaso um famoso epistemólogo publicou há pouco um livro importante, fundado na premissa de que o processo penal deva ser orientado a minimizar os erros em juízo e, por conseguinte, a maximizar a possibilidade de que a decisão funde-se em uma apuração verdadeira dos fatos.¹³⁸ Por outro lado, uma igualmente famosa epistemóloga escreve, recordando à «marvelous metaphor» de Benham que fala da «*Injustice, and her handmaid Falsehood*», que «*factual truth is an essential element of substantive justice*».¹³⁹ Enganar-se-ia, porém, quem parasse nessas banais – não obstante renomadas – considerações, pensando ser a verdade um óbvio e fundamental valor de referência também na administração da justiça, bem como para aqueles que dela se ocupam no plano científico. O fato é que mesmo entre os juristas (e em particular entre aqueles que estudam o processo civil e o processo penal) abundam os *deniers* e os *veriphobics*.¹⁴⁰

As razões pelas quais frequentemente juristas negam que a verdade tenha um papel a desempenhar na administração da justiça são muito diversas. As vezes trata-se simplesmente do genérico e grosseiro ceticismo do *hard-nose practitioner* de que fala Twining,¹⁴¹ que não acredita na justiça nem (muito menos) na verdade. Em grande escala essa figura corresponde, no âmbito jurídico, ao «americano com o maxilar quadrado» de que fala Lynch,¹⁴² que também manifesta o ceticismo daqueles que resolvem os problemas e não se preocupam com besteiras intelectuais como a verdade. Em outras vezes, entra em cena o absolutista (ou perfeccionista) desiludido, que acredita na verdade absoluta, mas – não a encontrando, nem mesmo no processo – cai no extremo oposto, pensando que jamais se possa obter qualquer verdade.¹⁴³ Além de abordagens como essas, que na realidade pertencem mais à psicologia individual do que às concepções da justiça (e que, portanto, mesmo que bastante difundidas, não servem para análises aprofundadas), há orientações substancialmente *veriphobic* que têm (ou pretendem ter) um fundamento mais sólido e, portanto, virtualmente passível de generalização. Tal fundamento

¹³⁷ Cfr., p. ex., LYNCH, 2004: 237.

¹³⁸ Cfr. LAUDAN, 2006.

¹³⁹ Cfr. HAACK, 2007a: 14; HAACK, 2008a: 1053; HAACK, 2008b: 564.

¹⁴⁰ V. *supra*, ns. 17 e 18.

¹⁴¹ Cfr. TWINING, 2006: 103.

¹⁴² Op. cit., XV.

¹⁴³ Sobre essa figura, cfr. TARUFFO, 1992: 9, 153.

¹³⁵ Cfr. os numerosos exemplos documentados e explicados em TRAVAGLIO, 2006.

¹³⁶ Cfr. ZAGREBELSKY, 2008: 164.

tem, às vezes, caráter teórico; em outras vezes, entretanto, funda-se somente em peculiares ideologias da justiça. Seja como for, vale a pena desenvolver, a propósito, alguns aprofundamentos ulteriores, com o escopo de verificar se a verdade é um valor também para a administração da justiça, ou se essa é uma espécie de «*terra de ninguém*», ou de desvalor, mesmo no contexto do estado democrático.

4.1 Rabelais, Luhmann e outros

No conhecido episódio do *Tiers Livre*, Rabelais narra um dos encontros de Pantagruel com a justiça francesa:¹⁴⁴ O juiz Bridoye deve justificar-se por uma sentença que parece ser discutível e pede desculpas dizendo que, por causa da idade, pode ter errado na leitura do número dos dados que usava para decidir as causas, podendo ter trocado um quatro por um cinco. À pergunta de Trinquamelle, Bridoye responde que se comportava como todos os outros juízes, ou seja, jogando os dados, visto que «*le sort est fort bon, honeste, utile et necessaire à la vuidange des procès et dissensions*».¹⁴⁵ A uma outra pergunta sobre o seu modo de proceder Bridoye responde dizendo passar muito tempo a folhear cartas e documentos, recorrendo ao dado somente «*Ayant bien veu, revu, relu, paperassé et feuilleté les complaintes, adjournements, comparitions, commissions, informations, avant procedetz, productions, allegations, interdictz, contredictz, requestes, enquestes, repliques, dupliques, tripliques, escriptures, reproches, griefz, salvations, recollements, confrontations, aclarations, libelles, apostoles, lettres royaulx, compulsuaires, declinatoires, anticipatoires, evocations, envoysz, renvoysz, conclusions, fins de non proceder, apoincements, reliefz, confessions, exploitz, et autres telles dragées et espisseries d'une part et d'autre, comme doit faire le bon juge*».¹⁴⁶ Somente depois de ter feito tudo isso Bridoye põe-se diante das petições das partes, lança os dados e decide a favor daquele que obtiver a pontuação maior.¹⁴⁷ Ao espectador curioso que lhe pergunta porque é que ele estudava tão a fundo as causas se, posteriormente, decidia jogando os dados, Bridoye responde indicando três razões; a primeira delas é: «*pour la forme, en omission de laquelle ce qu'on a fait n'estre valable*», e acrescenta que «*souvent en procedures judiciaires les formalitez destruisen les materieliez et substantances*».¹⁴⁸ A segunda razão é que mudando de lugar os sacos que contêm os documentos e as manifestações das partes ele se dedica a um «*jeuz*

¹⁴⁴ Para uma análise mais ampla e brilhante desse episódio cf. CAVALLONE, 2008a: 433, em que se fala também do outro conhecido episódio, no qual Pantagruel decide em linguagem incompreensível uma difícilíssima e, em igual medida, incompreensível (nos termos em que as partes apresentam-na) controvérsia.

¹⁴⁵ Cf. RABELAIS [1552]: Cap. XXXIV, 10, 30.

¹⁴⁶ *Idem, ibidem*: 40, 45.

¹⁴⁷ *Idem, ibidem*: 50, 72.

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*: Cap. XL, 9.

d'exercice honeste et recreatif»;¹⁴⁹ a terceira razão, por sua vez, é que, como de resto fazem todos os juízes, ele «*sursoye, delaye et differe le jugement, affin que le procès bien venillé, grabelé et debatü, viene par succession de temps à sa maturité, et les sort par après advenent soit plus doucementement porté des parties condamnées*».¹⁵⁰ Rabelais era médico, mas evidentemente conhecia bem a justiça de seu tempo, e a ironia com que escreve não esconde uma mensagem muito clara que Bridoye envia a todos os juízes: a decisão é casual, mas o que importa é que aquilo que a precede pareça ter surgido de um exame analítico, detalhado e longo, visto que desse modo a decisão poderá parecer aceitável aos olhos do público e ser acatada mais facilmente por quem for derrotado. Em outros termos: se o observador está convencido de que o juiz *procede*, então aceitará a decisão.

Em certo sentido, Rabelais pode ser considerado um predecessor de Luhmann,¹⁵¹ especificamente do Luhmann de *Legitimation durch Verfahren*. Em sua obra jovem, de fato, o sociólogo de Bielefeld explica como seria o procedimento (de qualquer gênero e, portanto, também o do judiciário) que determinaria a legitimação dos resultados que produz. Também nesse caso é posto em evidência o procedimento considerado em si mesmo, como instrumento que favorece a aceitação social da decisão que o conclui, ao passo que a decisão, considerada em si mesma, segue nas sombras. Essa, por conseguinte, não se legitima em razão de seu conteúdo ou de sua qualidade (que seguem sendo irrelevantes), mas sim em razão do fato de que as modalidades procedimentais com que é obtida (especialmente se houver participação dos sujeitos interessados) são objeto de aceitação por parte desses sujeitos, bem como por parte do ambiente social circundante.¹⁵²

Rabelais e Luhmann são exemplos de uma abordagem bastante difundida. Em um contexto cultural completamente diferente, isso caracteriza, de fato, também as teorias chamadas de *procedural justice*. Por um lado, essa abordagem está presente no pensamento de John Rawls, que tanto influenciou a teoria do direito anglo-americana, mas também em uma escala muito mais ampla. Para Rawls a *pure procedural justice*, que é substancialmente aquela da loteria corretamente gerida,¹⁵³ é completamente indiferente a respeito de seu resultado: mesmo que a loteria tenha se desenvolvido corretamente, não importa quem vence. Não por acaso, quando se introduzem no discurso algumas considerações sobre os êxitos (como pode acontecer no caso dos

¹⁴⁹ Cf. RABELAIS [1552]: Cap. XL, 25.

¹⁵⁰ *Idem, ibidem*: 56.

¹⁵¹ Em sentido análogo, CAVALLONE, *op. cit.*: 437.

¹⁵² Cf. LUHMANN, 1995: 75, 103, 110, 129. O autor esclarece que a legitimação não implica necessariamente um consenso real dos interessados: cf. *Idem, ibidem*: 115.

¹⁵³ Cf. RAWLS, 1971: 83.

procedimentos judiciais que são «*framed to search for and to establish the truths*»¹⁵⁴ a *procedural justice* não é mais *pure*, tornando-se *imperfect*.

Por outro lado, a expressão *procedural justice* designa um conjunto de pesquisas, desenvolvidas sobretudo no campo da psicologia social, e em particular nos Estados Unidos, a partir dos anos 70, que tinham como fim verificar empiricamente que tipo de procedimento era considerado mais «*justo*» e, portanto, mais facilmente aceito. Os diferentes experimentos feitos com tal propósito, cujos êxitos foram expostos em ensaios recolhidos em vários volumes,¹⁵⁵ produziram resultados não desprovidos de interesse, mas críticos de vários pontos de vista. Assim, por exemplo, pode-se observar que os modelos simplificados de procedimento usados nos experimentos estavam tão longe da realidade que suscitavam dúvidas legítimas a respeito da possibilidade de considerarem-se seus resultados aplicáveis a procedimentos judiciais reais.¹⁵⁶ Além disso: em um contexto cultural dominado – em todas as áreas do direito – por uma ideologia individualista e competitiva (que Robert Kagan definiu como o *American way of Law*),¹⁵⁷ não causa qualquer surpresa o fato de que tenha surgido uma clara preferência por um modelo de procedimento semelhante ao *adversarial system* típico da justiça estadunidense, mesmo porque esse concorria com modelos fortemente simplificados (e não realistas) de procedimentos «*inquisitórios*» que não existem em ordenamento algum. Em vários aspectos, por conseguinte, os resultados das pesquisas sobre a *procedural justice* são – tratando-se de um contexto anglo-americano – uma invenção da roda,¹⁵⁸ visto que ou são assimilados *a priori*, ou se resolvem na confirmação de ideias e de preferências bastante óbvias, pelo menos no que diz respeito ao sistema de referência. Qualquer pessoa, em realidade, preferiria envolver-se em um processo em que pudesse se defender em uma posição de paridade em relação ao seu adversário, do que em uma inquisição conduzida por Bernardo Gui: para chegar-se a essa conclusão, entretanto, não seriam, talvez, necessárias décadas de complicadas pesquisas empíricas. De seu turno, as aludidas pesquisas não verificaram se os interessados teriam preferido vencer ao final de um procedimento «*injusto*» ou perder ao final de um procedimento «*justo*».

O que, de resto, importa nessa sede não é tanto a escassa confiabilidade do método seguido nessas pesquisas, ou a obviedade de muitos dos resultados

¹⁵⁴ Cfr. RAWLS, *op. cit.*: 85.

¹⁵⁵ Cfr. em particular TYLER, 2005; RÖHL e MACHURA, 1997; THIBAUT e WALKER, 1981. Para ampla apresentação das referidas pesquisas cfr. LIND e TYLER, 1988.

¹⁵⁶ Nesse sentido, ver mais amplamente TARUFFO, 1981: VIII, XI.

¹⁵⁷ Cfr. KAGAN, 2001: especialmente 3 e 229.

¹⁵⁸ [N. do T.] A expressão original é *scoperta dell' ombrello* (descoberta do guarda-chuva); designa algo que se limita a dizer o que já foi anteriormente dito, com pretensão de originalidade. Preferiu-se a tradução por expressão semanticamente equivalente.

a que chegaram, mas sim a premissa – implícita e jamais posta em discussão – de que partiram. Tal premissa é de que a natureza, o conteúdo e a qualidade das decisões produzidas nos diferentes procedimentos são substancialmente irrelevantes (e, portanto, indiferentes), mesmo do ponto de vista dos sujeitos diretamente envolvidos no procedimento, além de – naturalmente – para o contexto social circundante. Sendo a individualização das valorações desses sujeitos sobre a *justice* do processo em si considerado o escopo – assim como o estabelecimento sobre se esses estão inclinados ou não a aceitar determinado modelo de procedimento¹⁵⁹ – o perfil da decisão que o conclui permanece fora do horizonte da busca. Há, em realidade, um pressuposto implícito (mas claro) na orientação em questão: justamente que a *procedural justice* seja, na realidade, tudo (e nada mais do que aquilo) que é necessário para que se tenha uma boa administração da justiça, não sendo necessário (e, de qualquer forma, tampouco interessante), pois, preocupar-se com a qualidade das decisões. Em outros termos: é interpretada como justa, *a priori* e por definição – resultando, portanto, aceita em maior escala – a decisão que deriva de um procedimento qualificável como justo, com base em critérios procedimentais de valoração. Consequência automática é que, se a justiça da decisão está implícita na *justice* do procedimento, sua eventual veracidade em termos de correspondência com a realidade dos fatos da controvérsia é totalmente irrelevante. Não por acaso, as pesquisas sobre a *procedural justice* que levaram em consideração os fatos da causa examinaram alguns aspectos do comportamento dos advogados na busca e na apresentação dos fatos ao juiz, com referência sobretudo à propensão das partes a se servirem das provas, sem, contudo, afrontar o problema de saber se as provas assim produzidas serviriam ou não para a apuração da verdade dos fatos.¹⁶⁰ Trata-se evidentemente de um raciocínio circular que nada demonstra, mas esse – como será visto – parece bastante difundido mesmo fora da doutrina estadunidense da *procedural justice*. À parte o interesse relativamente escasso de pesquisas como essa a que se fez referência, resta evidente que nada impede que se estude o procedimento – judiciário ou de outra natureza – prescindindo dos resultados e das conclusões a que esse chega. Resta claro, entretanto, que essas são de interesse quase nulo para quem leva em consideração a qualidade

¹⁵⁹ Por exemplo, Tyler afirma que não é aceitável a opinião corrente segundo a qual a aceitação de uma decisão depende de seu conteúdo; ainda, afirma que a aceitação do resultado do processo depende também das características desse: as partes, por conseguinte, estavam mais inclinadas a aceitar uma decisão, independentemente de seu conteúdo, se pensassem ser essa fruto de uma *fair procedure* (Cfr. TYLER, 2005: (1), XII).

¹⁶⁰ Cfr. THIBAUT e WALKER, *op. cit.*: 41 e ss., em que se fala de apuração da verdade, dando-se por certo, entretanto, somente que essa seja descoberta no âmbito de um procedimento *adversary*, ou seja, assumindo-se uma premissa muito discutível (sobre a qual v. Cap. IV, item 5). Além disso, não por acaso, em todo o volume de Lind e Tyler já citado (no qual se desenvolve amplo exame sobre as pesquisas em questão) em momento algum fala-se de provas, de fatos ou de verdade.

e o conteúdo de tais resultados ou conclusões, sob o prisma de sua justiça «*substantial*».

Existem analogias interessantes entre as perspectivas da *procedural justice* e as outras orientações de análises sociológica e antropológica do processo, que merecem ser lembradas no presente contexto.

Por um lado, refere-se às análises que evidenciaram o caráter *teatral* do processo: a audiência vista como uma representação que tem pronunciado caráter de teatralidade, presente na cenografia (a sala de audiências com seus espaços e sua mobília peculiar),¹⁶¹ na vestimenta dos personagens (togas e, às vezes, perucas – como na Inglaterra)¹⁶² e nos estereótipos (o juiz, o advogado, a testemunha) de seus comportamentos.¹⁶³ A função da dimensão teatral do processo é bastante clara: trata-se de comunicar simbolicamente ao ambiente social que constitui o público, além de às partes, uma mensagem que consiste em uma representação da justiça «*feita*» na cena judiciária. O público «*vê*», interpretando os símbolos, a justiça, já que *it is important that justice be seen to be done*: portanto, a representação teatral é eficaz no sentido de tornar seguro o ambiente social em que a justiça é administrada. Naturalmente, essa função social varia de acordo com a teatralidade do procedimento, que nem sempre existe e nem sempre é a mesma: é maior nos Estados Unidos do que na Europa, bem maior no processo penal do que no civil,¹⁶⁴ maior nas cortes superiores do que nas inferiores, e assim por diante. Não é esse, entretanto, o aspecto que aqui interessa em maior escala. O ponto mais relevante é que a justiça que desse modo é feita e comunicada ao público é uma justiça simbólica, que não tem qualquer relação com o conteúdo da controversa ou com a decisão do caso singular. Os atos do procedimento não comparam ao teatro judiciário, no qual nem mesmo a decisão é levada em consideração: no máximo, a representação conclui-se com a pronúncia em audiência do dispositivo da sentença. Então, pode-se dizer que a justiça é feita se e na medida em que o teatro funciona e atinge seus escopos, não porque seja justa a decisão que põe fim à representação. Não por acaso, uma recente análise do ritual judiciário dedica escassa atenção à decisão final da controversa: de um lado, leva-se

¹⁶¹ Sobre o assunto cfr. em particular GARAPON, 2007: 8, 139.

¹⁶² Também sobre o valor ritualístico da vestimenta judiciária cfr. GARAPON, *op. cit.*: 55.

¹⁶³ Também a esse propósito cfr. GARAPON, *op. cit.*: 79, 101.

¹⁶⁴ Não por acaso, as análises desenvolvidas sobre o ritual judiciário, como a de Garapon apenas citada, concernem essencialmente ao processo penal. O mesmo autor (*op. cit.*: 1, n. 1) afirma que o tema do ritualismo do processo vale também para o processo civil, não obstante seu caráter não público, mas aí nasce a suspeita de que ele confunda o rito com o procedimento, ou de que reduza o procedimento ao rito. Obviamente o procedimento, como sequência de atos, desenvolve-se também no processo civil, mas isso não elimina o fato de que aqui alguns aspectos ritualísticos (desde a sala de audiência até a vestimenta dos juízes e dos advogados) sejam muito menos importantes.

em conta somente o procedimento com que é tomada a decisão colegiada,¹⁶⁵ enquanto, por outro, alude-se à natureza da decisão com fórmulas evocativas, mas substancialmente vagas e vazias, como aquelas segundo as quais na decisão do juiz «o justo surgirá de um duplo movimento de indignação e de institucionalização, de separações e de reintegrações, de ética da convicção e de ética da responsabilidade, de crítica de profeta e de soberania do rei».¹⁶⁶ Nessa configuração o problema do conteúdo da decisão fica completamente de fora, reduzindo-se o «*bem julgar*» à conciliação «*entre realismo antropológico e exigências democráticas*» e a uma arte em que «o rito é, para o juiz, um instrumento de crescimento através do qual ele se emancipa de si mesmo».¹⁶⁷

Se a perspectiva ritualística evita levar em consideração a decisão e seus conteúdos, com maior razão é para essa totalmente irrelevante a eventualidade de que seja ou não apurada a verdade dos fatos.¹⁶⁸ Frisa-se, aliás, que para «*bem julgar*» o juiz deveria afastar-se da realidade e se isolar em um «*mundo paralelo e fictício*» que somente lhe consentiria decidir de modo imparcial.¹⁶⁹ No que diz respeito aos fatos (e nas hipóteses em que esses são considerados de algum modo relevantes), o que ocorre e basta é que não falte na representação do teatro judiciário a parte do espetáculo cuja função é fazer pensar que o processo também se ocupa dos fatos: basta considerar a evidente função simbólica de técnicas probatórias como a *cross-examination*, na qual se realiza a representação dos campestes que duelam (poder-se-ia dizer: na pele das testemunhas) para o triunfo da justiça,¹⁷⁰ ainda, pode-se pensar no papel simbólico desempenhado pelo júri, cuja presença mostra como é «o povo» quem administra a justiça. No *trial by jury* não se trata, de resto, de apurar a verdade, mas sim de colocar em prática uma cena de teatro em função da qual o público possa pensar que a verdade seja buscada.¹⁷¹ Trata-se, de qualquer modo, de uma verdade teatral, como aquela sobre a culpabilidade de Lady Macbeth.

¹⁶⁵ Cfr. GARAPON, *op. cit.*: 267.

¹⁶⁶ *Idem*, *ibidem*: 265.

¹⁶⁷ *Idem*, *ibidem*: 265, 267.

¹⁶⁸ No único parágrafo do volume em cujo título aparece o termo «*verdade*», GARAPON (*op. cit.*: 147) fala, na realidade, da imagem cinematográfica do advogado e do juiz franceses e do advogado americano, após dizer em poucas linhas uma banalidade de duvidoso fundamento, qual seja, que o processo inquisitório visa à verdade, mas que isso não acontece no acusatório. O autor refuta essa ideia (*idem*, *ibidem*: 161) dizendo que o sistema inquisitório (francês) mantém o «*monopólio público da verdade*» (sem explicar, de resto, o que isso significa), enquanto o liberalismo (talvez: norte-americano) prefere «*um tipo de procedimento que "colativiza" os métodos de produção da verdade com o escopo... de fazer neles penetrar eficazmente as relações de força. O caráter genérico de todas essas assertivas, desacompanhadas de documentação ou de uma análise qualquer do conceito da verdade, mostra como o problema é irrelevante na dimensão ritualística*».

¹⁶⁹ Cfr. GARAPON, *op. cit.*: 273.

¹⁷⁰ Sobre a *cross-examination* v. mais amplamente *infra*, Cap. IV, item 3.

¹⁷¹ Sobre o tema v. também *supra*, Cap. I, item 4 e *infra*, Cap. IV, item 6.2.

Conforme se vê, a concepção do processo como representação teatral parece bastante difundida, não sendo possível negar que essa põe em relevo alguns aspectos interessantes do processo como fenômeno social. É lícito, todavia, duvidar de que, mesmo quando os aspectos teatrais são mais evidentes (como no processo penal), a descrição desses seja exauriente em relação à análise do conteúdo e da função do processo.¹⁷² Não é possível, tampouco, que se reduza o processo civil à representação teatral, sobretudo quando não há júri e as audiências desenvolvem-se sem público e sem particulares floresos ou cerimônias.

Orientação substancialmente análoga surge, de resto, também nas análises das características ritualísticas do processo conduzidas com instrumentos da sociologia¹⁷³ e da antropologia cultural. Nessa segunda perspectiva, um ótimo exemplo é o recente volume de Oscar Chase, no qual se estudam os modos em que a cultura de uma sociedade influencia a organização e o funcionamento do processo, sendo, por sua vez, influenciada.¹⁷⁴ Também nesse caso, o processo é compreendido essencialmente como um rito que tem como fim a determinação da resolução de uma controvérsia. O rito desempenha uma função eminentemente simbólica, incorporando uma série de elementos próprios da cultura e da sociedade em que se insere: isso vale tanto para os procedimentos adotados nas tribos africanas (nas quais se reflete sua cultura tradicional),¹⁷⁵ quanto para as modalidades características do processo norte-americano (nas quais se refletem sob forma ritual os valores fundamentais da sociedade estadounidense).¹⁷⁶ Naturalmente, verifica-se também o efeito contrário, já que o rito processual influencia, por sua vez, a cultura geral do contexto social de referência, tornando-se um componente dela.¹⁷⁷ A análise de Chase é muito eficaz no sentido de mostrar — particularmente a propósito do processo norte-americano — a natureza e a função ritualística do procedimento, bem como a dupla conexão que o rito processual guarda com a cultura social circundante. Desse modo, de fato, encontram explicação aspectos e institutos processuais que, não fosse assim, seriam dificilmente compreensíveis.

Todavia, justamente no momento em que se concentra a atenção exclusivamente nos aspectos culturais do rito processual, acaba-se por não levar em consideração a dimensão funcional do procedimento; portanto, acaba-se também por descuidar-se do problema do modo de funcionamento desse como instrumento cuja finalidade é resolver controvérsias. Em outros termos: a análise cultural dos aspectos ritualísticos do processo fornece explicações

úteis sobre as razões pelas quais o processo é «*desse ou daquele modo*» naquela sociedade, mas tende a não dizer coisa alguma (ou a dizer pouco) sobre como aquele processo funciona. É certo que, se o rito é capaz de satisfazer as exigências da cultura social em que se insere, realiza a função consistente em fazer com que a sociedade julgue que as controvérsias sejam resolvidas de modo adequado e que, portanto, a «*justiça seja feita*». Mais uma vez, trata-se de uma mensagem simbólica que o rito processual envia ao ambiente social de referência: encontrando no rito processual os próprios valores e os próprios mitos, a sociedade tende a julgar que aquele processo desenvolva bem sua própria função e que, portanto, seu êxito seja positivo por si só, devendo ser assim considerado. Outra vez, entretanto, trata-se de uma perspectiva que deixa de fora do próprio horizonte o problema de *como* uma controvérsia singular é resolvida, ou seja, o problema da natureza, do conteúdo e da qualidade da decisão que constitui o resultado final do processo.¹⁷⁸ Com efeito, conforme já escrevera Luhmann e já sabia Rabalais no século XVI, a aceitação social de um processo — e, portanto, de seus resultados — prescinde do conteúdo específico da decisão que o conclui, dependendo essencialmente das modalidades ritualísticas do procedimento. A isso o antropólogo cultural acrescenta a consideração da correspondência entre essas modalidades ritualísticas e a cultura de referência. Na verdade, se o que se leva em consideração é a aceitação — ou a legitimação social — do procedimento e, caso julgue-se que isso é suficiente para determinar a aceitação ou a legitimação das decisões que esse produz, fecha-se o círculo.

O círculo não se fecha, porém, caso entenda-se que a aceitação social do procedimento e a qualidade das decisões que esse produz são coisas diferentes, e, portanto, não necessariamente coincidentes. Pode muito bem acontecer, de fato, que um determinado ambiente social aceite decisões erradas ou injustas em função do caráter ritualístico do procedimento que as produz, mas isso não elimina o fato de que aquelas decisões são erradas ou injustas sob o prisma de seu conteúdo específico e de sua qualidade.

Poder-se-ia, de resto, argumentar que, sempre que uma cultura social incluisse a justiça das decisões entre os próprios valores, provavelmente se inclinaria a preferir procedimentos que parecessem ter o fim de obter decisões justas e que fossem funcionalmente aparelhados para esse escopo. Isso não eliminaria a dimensão ritualística do procedimento: muito provavelmente se trataria, entretanto, de um rito diferente, que seria valorado também com base na sua capacidade de produzir decisões bem fundadas, e não somente em sua capacidade de enviar mensagens culturalmente confortantes.

¹⁷² Em sentido crítico cfr., p. ex., GERBER, 1987: 20.

¹⁷³ Na literatura cfr. por último GHEZZI, 2006: 106; BILOTTA, 2008: 81.

¹⁷⁴ Cfr. CHASE, 2005.

¹⁷⁵ *Idem, ibidem*: 15.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*: 47.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*: 125.

¹⁷⁸ CHASE, *op. cit.*: 71 frisa, de fato — referindo-se às análises psicológicas relativas à *procedural justice* — que as pessoas tendem a valorar a correção do procedimento independentemente do êxito do caso particular: «*Satisfaction with a process is enhanced if it is perceived as fair, regardless of whether the individual won or lost*».

À base das orientações aqui recordadas, podem-se citar, não obstante suas relevantes diferenças, alguns fatores comuns. Um desses parece ser representado pela incapacidade (ou pela falta de vontade) de enfrentar-se o problema da determinação de conceitos de justiça que possam ser empregados como critérios de valoração aplicáveis em decisões judiciais consideradas em si mesmas; ou seja, sob o prisma de seu fundamento jurídico e fático, e, portanto, do ponto de vista da aceitação ou da aceitabilidade de seu conteúdo. Não é absurdo pensar que se tenha tomado o caminho da justiça «*procedimental*» justamente em função da falta de conceitos de justiça «*substanciais*» aceitáveis ou dignos de consenso geral. Todos sabem que a história dos conceitos de justiça remonta, pelo menos, a Aristóteles, bem como que houve inúmeras definições desses conceitos, de modo que, quem quisesse se dedicar agora à tarefa de propor conceitos «*substanciais*» de justiça encontrar-se-ia em grandes apuros. Tudo isso não elimina, entretanto, que o recurso à noção de justiça procedimental (como se essa fosse a única noção racional de justiça) funde-se justamente na renúncia (consciente ou inconsciente) à elaboração *também* de conceitos de justiça substancial. Daí a ideia de que se possa falar em justiça somente como se essa fosse uma espécie de equivalente funcional da legitimação ou da aceitação social determinada pelo procedimento e por ritos mais ou menos teatrais, deixando-se fora do foco da atenção a questão da justiça ou da injustiça da decisão singular com base nos fatos e nas dimensões jurídicas das controvérsias singulares.

Outro fator comum às orientações aqui consideradas consiste na adesão (que pode ser mais ou menos explícita, dependendo dos casos) à concepção do processo segundo a qual esse seria orientado *exclusivamente* à resolução das controvérsias. Tal concepção, perspicazmente analisada por Mirjan Damaska,¹⁷⁹ implica que se leve em consideração somente um aspecto da função do processo, ou seja, sua capacidade de fazer com que o conflito entre as partes chegue ao fim. É claro que isso interessa à sociedade como um todo, visto que essa tira vantagem da função de pacificação social que a resolução das controvérsias pode desempenhar. É claro, também, que, quanto mais o caráter ritualístico do processo favorecer ou determinar a aceitação da solução dada à controvérsia, mais eficaz será o desempenho dessa função. De resto, não se pode esquecer o fato de que entre a solução das controvérsias e a justiça das decisões judiciais não há qualquer correspondência necessária: uma controvérsia pode ser eficazmente resolvida — no sentido de conseguir realmente pôr fim ao conflito entre as partes — por uma decisão radicalmente injusta, enquanto uma decisão substancialmente justa pode não pôr fim ao conflito entre as partes. Se o que conta, contudo, é somente a solução *de facto* da controvérsia, então a eventualidade de que a decisão seja injusta torna-se totalmente irrelevante.

¹⁷⁹ Cfr. DAMASKA, 1991: 173; DAMASKA, 2003: 160.

Aquilo que se disse em termos gerais a propósito da justiça substancial das decisões judiciais (frisando-se a desatenção a esse problema) pode ser repetido *a fortiori* a propósito da apuração da verdade dos fatos. A busca da verdade nada tem a ver com a função ritualística do processo, podendo ser até mesmo contraproducente do ponto de vista da função de resolução das controvérsias. Da mesma forma que um conflito pode ser superado por uma decisão injusta, esse pode ser resolvido por uma apuração equivocada dos fatos. Como ocorre com a justiça substancial da decisão, também a sua veracidade resulta totalmente irrelevante.

4.2 Verdade e ideologias do processo

O valor da verdade no contexto da administração da justiça é frequentemente negado por razões *ideológicas*, que dizem respeito ao modo com que são concebidas a natureza e a função do processo.

O exemplo mais relevante nesse sentido é certamente constituído pela concepção *adversarial* do processo (civil e penal) até hoje dominante nos Estados Unidos e deixada de lado na Inglaterra pelas *Rules of Civil Procedure* (que entraram em vigor em 1999).¹⁸⁰ Conforme adequadamente demonstrado por Robert Kagan, o *adversarial legalism* não é somente um fenômeno que diz respeito ao processo: trata-se, pelo contrário, de uma ideologia que serve de inspiração para quase todas as áreas do direito norte-americano.¹⁸¹ Essa se funda na ideia de que o melhor modo para se resolver qualquer problema jurídico consista em abrir livre espaço para a competição entre advogados que representam indivíduos (que, por sua vez, perseguem seus interesses particulares),¹⁸² com a convicção de que dessa forma se obtinha o arranjo ideal dos interesses em conflito. O valor de fundo sobre o qual se radica essa ideologia é — evidentemente — um tipo de individualismo competitivo e aquisitivo; segundo esse, seria a luta do particular para a apropriação e a defesa de seus bens (em contraste com outros indivíduos que também perseguem seus interesses egoístas) que determinaria todos os aspectos da dinâmica social, econômica e jurídica.¹⁸³ Essa ideologia está ainda profundamente radicada na cultura social estadunidense, da qual, aliás, representa o aspecto mais comum e mais característico. Não é de se estranhar, então, que essa se encontre quase

¹⁸⁰ Sobre essa radical mudança do sistema inglês cfr. em particular ZUCKERMAN, 2004: 26, 34; KLOWICZ, 1996: 198.

¹⁸¹ Cfr. KAGAN, *op. cit.*: 61, 99, 126, 159, 181, 207.

¹⁸² Sobre a *lawyer-dominated litigation* como aspecto fundamental do *adversarial legalism* cfr. KAGAN, *op. cit.*: 3, 11, 22, 35. Sobre o papel dos advogados no sistema *adversarial v. ibidem*: 55. Não por acaso, na cultura jurídica estadunidense criou-se um conjunto de regras de *legal ethics* que exaltam os valores do modelo *adversarial v. ibidem*.

¹⁸³ Cfr. em particular KAGAN, *op. cit.*: 14.

que em qualquer lugar, e particularmente no contexto da administração da justiça.¹⁸⁴

No que diz respeito ao processo, a ideia fundamental, ao centro do *adversary system* é de que o melhor modo – e, aliás, o único modo – para se resolver controvérsias seja confiar no confronto entre os sujeitos envolvidos no conflito. Trata-se da concepção que Roscoe Pound definiu, a seu tempo, como *sporting theory of justice*: como em uma competição esportiva, de fato, é o confronto entre os competidores que determina o êxito da partida, estabelecendo quem é o vencedor. Além disso, como em uma competição esportiva, o papel do juiz não pode ser outro senão o de um *passive umpire*: sua tarefa é garantir o regular desenvolvimento da partida («*apitando as faltas*» e «*sancionando as violações às regras do jogo*»); entretanto, ele não pode interferir no comportamento dos competidores, e, sobretudo, não pode influir de maneira alguma sobre o resultado final.¹⁸⁵ O juiz, em outras palavras, deve limitar-se a registrar o êxito da partida: não faz parte da sua função decidir quem venceu, tampouco quem mereceu vencer ou quem deveria por justiça vencer, com base em critérios diferentes e independentes dos que governaram o confronto. Em uma competição esportiva não vence quem é justo que vença ou quem tem razão: vence – e, ao fim e ao cabo, é justo que vença – quem prevaleceu sobre o adversário. Em um processo estruturado como uma competição esportiva não vence quem tem razão; tem razão quem vence. Em uma perspectiva somente em parte diferente, de resto, observou-se que no processo *adversary* «*the ethic of the market is simply transferred to the courtroom*».¹⁸⁶

Naturalmente, a ideologia *adversary* é criticável a partir de muitos pontos de vista. O processo *adversary* é pouco eficiente, caro, complexo e imprevisível.¹⁸⁷ Além disso, favorece as partes que podem se permitir ter a defesa mais eficaz,¹⁸⁸ visto que se funda na igualdade formal das partes, sem assegurar, todavia, a igualdade substancial, sem tutelar as partes fracas (fadadas à sucumbência na maior parte dos casos), sem assegurar adequada representação dos interesses em jogo;¹⁸⁹ e – como frisou Owen Fiss – funda-se em um *individualistic bias*, ou seja, em uma concepção grosseira e empobrece a vida da vida social.¹⁹⁰ Não obstante esses limites (ou talvez justamente porque

esses representam suas características fundamentais), o *adversary system* continua a funcionar como instrumento decisivo de legitimação do sistema de administração da justiça e – portanto – do sistema político.¹⁹¹

Não é essa, todavia, a sede para desenvolver-se uma análise crítica aprofundada sobre o modelo processual *adversary*. Interessam, pelo contrário, suas implicações referentes ao problema da verdade. Como já acenado, a controvérsia é decidida com base no êxito do livre confronto das partes e, se o confronto desenvolver-se regularmente, esse êxito será considerado justo por definição, sendo aceito como tal. A decisão, por conseguinte, nada mais é do que uma espécie de registro do resultado da competição. Isso faz com que o conteúdo daquilo que é decidido e a qualidade da decisão não tenham qualquer relevância autônoma: interessa somente o fato de que a controvérsia tenha sido resolvida através do confronto entre as partes.

Disso deriva a absoluta irrelevância da veracidade ou falsidade da apuração dos fatos em que a decisão se funda. Se há uma coisa que não interessa de modo algum ao processo *adversary* é justamente a verdade.¹⁹² Aliás: os intérpretes mais rigorosos da concepção *adversarial* do processo frisam que a verdade dos fatos não é um objetivo do processo, *não devendo* ser buscada. Essa, de fato, pode requerer tempo, custos e atividades processuais; além disso, pode aprofundar (ao invés de amenizar) o conflito entre as partes, tornando, pois, mais difícil a solução da controvérsia. Por conseguinte, a busca da verdade é contraproducente do ponto de vista da eficiência do procedimento como instrumento utilizado para uma rápida resolução da controvérsia. Substancialmente, a verdade não só não é um valor, como é evidentemente um *desvalor*.¹⁹³

Uma variação da concepção *adversarial* do processo orienta-se em uma direção parcialmente diferente e – admitindo que no processo a busca da verdade valha a pena – afirma que o processo *adversary* é considerado justamente como método eficaz para a apuração da verdade dos fatos.¹⁹⁴ Segundo a tradição que remonta pelo menos a Wigmore, a *cross-examination* (que é o método mais competitivo para a inquirição das testemunhas e representa

¹⁸⁴ V. mais amplamente TARUFFO, *op. cit.*: 239, 299.

¹⁸⁵ Provavelmente não é por acaso que, no momento em que na Inglaterra o sistema processual *adversarial* é colocado à parte com as *Rules* de 1999, aponta-se a busca da verdade como um dos escopos fundamentais do processo civil: cf. ZUCKERMAN, *op. cit.*: 6.

¹⁸⁶ A propósito, cf. em particular LANDSMAN, 1984: 3, 36.

¹⁸⁷ Cf. em particular FULLER, 1978: 382. Essa tese foi recentemente reproposta (ainda que com muitas cautelas) por Susan Haack, segundo a qual o sistema *adversary* não é certamente o melhor método para a descoberta da verdade, mas poderia ser aceito como o método menos pior, pelo menos no contexto do processo norte-americano: cf. HAACK, 2004: 49. Em sentido substancialmente análogo v. também DAMAŠKA, *op. cit.*: 150. Em sentido oposto, e para uma crítica ao sistema *adversary* justamente em função de sua incapacidade de assegurar a apuração da verdade, cf. em particular FRANKEL, 1975: 1031, 1038.

¹⁸⁴ Trata-se de uma ideologia que reflete no plano jurídico os valores fundamentais da ideologia liberal clássica. A propósito, v. mais amplamente TARUFFO, 1979: 259, 291, 296.

¹⁸⁵ Para uma análise do papel do juiz no processo *adversary* cf. em particular DAMAŠKA, 2003: 130, 140; TARUFFO, *op. cit.*: 19, 123.

¹⁸⁶ Cf. FISS, 2003: 16.

¹⁸⁷ Cf. KAGAN, *op. cit.*: 4, 100, 108.

¹⁸⁸ *Ibidem*: 93, 121.

¹⁸⁹ Para uma análise crítica desses aspectos negativos do *adversary system* cf. TARUFFO, *op. cit.*: 51, 195, 269, 277.

¹⁹⁰ Trata-se de um «*sociologically impoverished universe*» em que o mundo é composto exclusivamente de indivíduos. Cf. FISS, 2003a: 51.

uma espécie de símbolo do *adversary system*) seria justamente a técnica mais eficaz para a descoberta da verdade.¹⁹⁵

Quem suscita essa tese geralmente a justifica dizendo que em um processo *adversary* as partes têm interesse em obter e em apresentar todas as provas, o que favorecerá a descoberta da verdade.¹⁹⁶ Por outro lado, está solidamente enraizado na tradição inglesa o entendimento segundo o qual «*The Trial judge's role is to determine where the truth lies between the competing versions of the parties*».¹⁹⁷

É adequado, todavia, duvidar de que o confronto entre as partes (e o confronto entre as respectivas versões dos fatos) seja realmente um método eficiente – ou mesmo o mais eficiente – para a descoberta da verdade.¹⁹⁸ A dúvida já fora manifestada por Charles Sander Peirce (filósofo importantíssimo, mas pouco conhecido pelos juristas americanos), que escreveu que: «*Alguns imaginam que o confronto entre os preconceitos opostos seja útil para a conquista da verdade: que, em resumo, o caminho da investigação seja o debate entre as partes e as paixões que tem seu modelo teórico em nosso atroz [grifos nossos] procedimento legal: mas a Lógica destrói essa pretensão...*».¹⁹⁹ Por um lado, de fato, não há sentido imaginar a priori que uma das duas versões propostas pelas partes corresponda à verdade: ambas poderiam ser falsas, de modo que se adotar somente uma delas por uma parte ter prevalecido sobre a outra na competição processual significaria somente aceitar como verdadeira uma versão inverídica dos fatos. Nada assegura, de resto, que corresponda à verdade a versão dos fatos proposta pela parte que prevaleceu na competição:²⁰⁰ essa versão poderia ser falsa, e poderia ser verdadeira a versão fornecida pela parte sucumbente. Em geral, de resto, o confronto individual entre os que sustentam versões diferentes de um fato não parece um bom método para estabelecer-se a verdade: o litígio entre dois cientistas ou entre dois historiadores pode ser um modo interessante para estabelecer quem dos dois é mais hábil dialeticamente, mas não parece uma técnica idônea para assegurar a apuração da verdade científica ou histórica. Em muitos contextos uma busca neutra e imparcial pode surgir como um método preferível em larga escala: como corretamente afirmado por Mirjan Damaška, qualquer atividade racional de apuração dos fatos aspira à neutralidade: espera-se que

seus protagonistas, mais do que defensores que zelam por um interesse de parte, sejam atores desinteressados.²⁰¹

Além disso, historicamente demonstrou-se que o processo *adversary* jamais foi capaz de funcionar como método para a busca da verdade. Esse ofereceu sempre às partes numerosas oportunidades para ocultarem, distorcem e manipularem a verdade dos fatos.²⁰² Elas podem decidir apresentar somente as provas que são favoráveis a seus interesses, bem como excluir as provas que são as suas contrárias; cada parte, de resto, tende a fazer com que apareça somente uma parte dos fatos, não tendo qualquer interesse em uma obtenção neutra das informações que servem à apuração dos fatos.²⁰³ A oportunidade que ambas as partes têm de comportar-se desse modo não garante de fato que, ao final do confronto, chegue-se verdadeiramente a uma reconstrução confiável dos fatos da causa.²⁰⁴

Partindo dessas considerações chega-se a uma conclusão unívoca. O processo *adversary* é estruturalmente indóneo (e, inclusive, fortemente contraindicado) para a busca da verdade.²⁰⁵ Fundando-se em uma ideologia da justiça segundo a qual à verdade não se atribui qualquer valor positivo²⁰⁶. Naturalmente – e aqui encontra confirmação a tese de Chase recordada anteriormente – isso acontece porque a concepção *adversarial* do processo tem conexão intrínseca com a cultura social ainda hoje dominante nos Estados Unidos, sendo, aliás, uma expressão particularmente relevante dela.²⁰⁷ Nessa cultura, o individualismo competitivo e aquisitivo continua a ser o valor fundamental; não causa, portanto, qualquer surpresa o fato de que também a administração da justiça utilize-se de métodos coerentes com esse valor, construindo ritos que consistam simbolicamente sua atuação.²⁰⁸ De resto,

¹⁹⁵ Cfr. DAMAŠKA, *op. cit.*: 147.

¹⁹⁶ Cfr. LANGBEN, 2003: 332 e ss.

¹⁹⁷ Cfr. DAMAŠKA, *op. cit.*: 145 e ss.

¹⁹⁸ Cfr. LANGBEN, *op. cit.*: 338.

¹⁹⁹ Nesse sentido v. mais amplamente DAMAŠKA, *op. cit.*: 146; TARUFFO, *op. cit.*: 3 e ss., 282 e ss.; BAYLES, *ibidem*.

²⁰⁰ A conclusão a que se chega no texto não é contrariada pela existência de um vasto repertório de instrumentos de *discovery* (analiticamente disciplinado pelas *Rules 26-37* das *Federal Rules of Civil Procedure*), que caracteriza sobretudo o processo estadunidense. Necessário, em verdade, ter-se presente o fato de esses instrumentos terem o fim de fazer com que as partes (não o juiz) possam ter conhecimento das provas de que dispõem as partes contrárias; não necessariamente, entretanto, todas essas provas serão efetivamente produzidas no *trial* (até porque podem também ser objeto da *discovery* provas inadmissíveis). Portanto, a *discovery* tem como fim a maximização das oportunidades de defesa das partes; mas não a maximização da eventualidade de que a decisão final funde-se em uma apuração da verdade dos fatos. Sobre a natureza e a função da *discovery* a literatura é vasta, não podendo ser aqui recordada de modo adequado. Sobre o tema cfr., todavia, DONDI, 1985: 135, 189.

²⁰¹ Chase, *op. cit.*: 54, 68, 133.

²⁰² Não por acaso um epistemólogo observa que a pretensa capacidade do *adversary system* de conduzir à verdade é um mito gerado pela cultura americana, já que tal sistema é, em realidade,

ao mesmo tempo em que parece evidente que o procedimento *adversarial* estadunidense nada tem a ver com a descoberta e a apuração da verdade, é necessário ter presente o fato de que em 1975 o legislador federal seguiu uma orientação completamente diferente. De fato, a *Rule 102* das *Federal Rules of Evidence* (que enuncia o princípio geral segundo o qual dever-se-ia interpretar como um todo o conjunto de normas federais sobre provas) diz que o escopo fundamental deve ser «*that the truth may be ascertained and proceedings justly determined*». Em consonância com essa perspectiva, foram introduzidos significativos poderes de iniciativa instrutória do juiz, evidentemente orientados a fazer com que se pudesse estabelecer a verdade dos fatos independentemente da iniciativa probatória das partes. Todavia, a prevalência da ideologia *adversarial* fez com que a *Rule 102* fosse somente citada de passagem nos manuais de *law of evidence*,²⁰⁹ ainda, determinou o substancial esvaziamento, na prática, dos poderes instrutórios do juiz.²¹⁰

A concepção *adversarial* da justiça é somente uma das diversas manifestações de uma ideologia do processo que parece bastante difundida mesmo fora do contexto norte-americano. Essa ideologia funda-se no princípio segundo o qual deveria acontecer tudo que as partes quisessem, e nada mais ou nada diferente disso. Como se costuma dizer, o processo é uma *Sache der Parteien* e – mais adequadamente – uma coisa *privada* das partes. É sabido que essa concepção do processo foi por muito tempo dominante na cultura jurídica europeia do século XIX.²¹¹ Na Itália, essa encontrou sua expressão talvez mais lúcida e consciente na justamente famosa *Relazione* de Giuseppe Pisanelli ao projeto de código processual de 1865, em que se diz que o valor prioritário do processo civil (diante do qual toda e qualquer outra exigência ou finalidade perde a relevância) é a realização da plena liberdade e da autonomia das partes na condução do processo e no desenvolvimento de suas defesas.²¹²

Não é o caso de discutir-se nesta sede de maneira aprofundada tal ideologia do processo: essa representa a base fundamental sobre a qual se formulou o princípio dispositivo, de forma que é adequado que se remeta à riquíssima e não unívoca literatura que há tempos o discute, a fim de rastrear-se o âmbito de difusão dessa ideologia.²¹³ São, por outro lado, postas em evidência algumas implicações dessa que dizem respeito especificamente ao problema da verdade e de sua função no âmbito do processo.

uma ameaça para a busca da verdade: cfr. GOLDMAN, *op. cit.*: 282, 288.

²⁰⁹ Cfr., p. ex., GRAHAM, 2003: 4.

²¹⁰ Sobre o tema cfr. DAMASKA, *op. cit.*: 113. V., ainda, *infra*, Cap. IV, item 5.2.

²¹¹ Cfr. DAMASKA, *op. cit.*: 162, 173.

²¹² Sobre o tema cfr. TARUFFO, 1980, 114; TARUFFO, 2005: 83 e ss.

²¹³ Sobre o tema v. por todos, inclusive para referências bibliográficas analíticas, a rica reconstrução feita por FABIANI, 2008: 107, 131, 142, 228.

Se o escopo fundamental a realizar-se no processo consiste em fazer com que as partes exercitem seu poder monopolista de governar o procedimento como quiseram, então resta claro que a busca da verdade não se insere como uma das finalidades do processo. Conforme dito anteriormente a propósito do *adversary system*, de fato, as partes podem ter interesse em ocultar ou em manipular a verdade dos fatos. Esse interesse pode surgir para ambas as partes, de forma que cada uma delas pode procurar distorcer a verdade em vantagem própria; entretanto, isso está sempre presente em pelo menos uma delas: aquela que se sabe destinada a sucumbir na eventualidade de ser a verdade dos fatos realmente descoberta. De resto, como também já acenado, ambas as versões dos fatos fornecidas pelas partes podem ser falsas, de modo que escolher uma dessas como fundamento da decisão não corrobora com o fim de se descobrir a verdade. Nada garante, de resto, que a versão dos fatos proposta pela parte que ao fim resulta vitoriosa corresponda à realidade. Conforme ocorrido no âmbito da doutrina norte-americana, também na doutrina italiana não faltou quem defendesse que a posição das partes «*e aquela responsabilidade, que deriva da exclusiva disposição do próprio material [i.e.: o material probatório], sejam suficientes para fazer com que se levem ao processo todos os fatos cuja verdade é possível conhecer*».²¹⁴ Trata-se, de resto, mais de uma espécie de ato de fé do que do fruto de uma demonstração; em sentido contrário, valem as considerações recentemente feitas a propósito da incapacidade do processo *adversarial* de assegurar a descoberta da verdade. Além disso, no pensamento dos muitos autores que se ocuparam do princípio dispositivo, configurando-o como a regra fundamental do processo civil italiano, a referência à apuração da verdade dos fatos ou inexistente absolutamente ou é feita de passagem: em todo caso, essa jamais é colocada ao centro do problema que concerne à função do processo civil.²¹⁵ Nenhuma surpresa, por conseguinte, com o fato de emergir dessa literatura um substancial e radical desinteresse pelo tema da verdade dos fatos.

Pelo que foi falado há pouco, resta evidente que, tanto para a ideologia *adversarial* quanto para a concepção do processo inspirada no princípio dispositivo (em qualquer uma de suas diversas versões),²¹⁶ a verdade dos fatos é totalmente irrelevante. Aliás: a verdade surge como um escopo que as partes

²¹⁴ Nesse sentido BENVENUTI, 1953: 207, entretanto, reconhece (p. 224) que o «*método dispositivo*» nunca foi aplicado de modo rigoroso e, ainda, que esse não fornece garantias suficientes para que no processo se obtenha tudo o que é necessário para a apuração a verdade. Sobre o articulado pensamento de Benvenuti v. por último a ampla reconstrução de FABIANI, *op. cit.*: 162.

²¹⁵ O recente volume de E. Fabiani nos dispensa, felizmente, do ônus de aqui fornecer uma grande quantidade de referências específicas. Remete-se a esse, em particular v. FABIANI, 2008: 107, 195, 228, 301.

²¹⁶ Sobre as diferentes versões do princípio dispositivo é ainda útil a referência a FABIANI, *op. cit.*, loc. cit.

não pretendem perseguir, estando, portanto, qualquer atividade que tenha esse fim destinada a parecer um inútil desperdício de tempo e de recursos.

4.3 Verdade e legalidade da decisão

A frequência com que são encontradas orientações que – como aquelas recordadas anteriormente – consideram irrelevante a qualidade da decisão que conclui o processo (e que, portanto, negam todo e qualquer valor à apuração da verdade) não demonstra certamente que tais orientações estejam corretas, tampouco que sejam as únicas legítimas ou possíveis. Tal frequência demonstra somente quão fácil é perder de vista a função instrumental do processo, ou seja, o fato de que esse não é utilizado somente com o escopo de celebrar um rito social, nem com o fim de oferecer às partes um ambiente para dar vida a seus espíritos competitivos. Nada impede que se concentre a atenção nos aspectos especificamente procedimentais do processo, mas é oportuno que não se esqueça de que o processo é o meio, não o fim.

Desse ponto de vista o problema volta a ser o das finalidades conferidas ao processo, bem como o das funções que esse deveria desempenhar. Como já mencionado, se se parte da premissa de que tal função consiste simplesmente na *dispute resolution*, o processo será concebido, certamente, como um instrumento, mas para a realização do escopo consistente em somente pôr fim à controvérsia. Desse modo, a eficácia é o cerne do processo como instrumento de possível pacificação social, mas não se considera relevante a qualidade da decisão que resolve a controvérsia. O escopo pode ser atingido, de fato, também através de decisões injustas ou fundadas em reconstruções equivocadas dos fatos, desde que as partes, por alguma razão, aceitem a decisão e, conseqüentemente, renunciem a prosseguir com o conflito. Nessa perspectiva, não têm relevância as razões pelas quais isso acontece: é possível que uma parte injustamente derrotada renuncie a impugnar a sentença por não dispor dos recursos necessários para fazê-lo, mas isso não elimina o fato de que a controvérsia, de qualquer modo, tenha sido encerrada.

A perspectiva muda completamente se não se admitir que *qualquer* solução da controvérsia seja boa desde que eficaz no sentido anteriormente indicado, julgando-se que a decisão que resolve a controvérsia deva ser formulada *em conformidade ao direito*. Não se trata de um dogma absoluto (como demonstra o fato de que muitos não o aceitam), mas sim de uma premissa difícil de ser esquecida nos modernos sistemas democráticos e constitucionais. Basta que se recorde, por um lado, que o artigo 24, primeiro *comma*²¹⁷ da Constituição italiana configura o direito de agir em juízo não

em si, como faculdade abstrata, mas sim como algo cujo fim é a obtenção da tutela jurisdicional dos próprios direitos subjetivos e interesses legítimos.²¹⁸ A ação em juízo não tem, por conseguinte, o fim genérico de solucionar uma controvérsia, mas sim de apurar a existência de uma situação juridicamente qualificada. Como adequadamente afirma Luigi Ferrajoli em obra recente, nos sistemas inspirados no princípio de legalidade estrita a jurisdição desenvolve uma fundamental função de garantia, que se insere organicamente no contexto de uma articulada teoria da democracia.²¹⁹

Por outro lado, essa função de garantia desenvolve-se essencialmente através da apuração da posição jurídica que constitui o objeto sobre o qual a jurisdição é exercida e que compreende tanto a dimensão jurídica da controvérsia (ou seja, o direito cuja existência é discutida), quanto a fática (ou seja, a determinação das circunstâncias concretas que fundam a existência do direito).²²⁰ Em outras palavras, nos sistemas governados pelo princípio da legalidade a jurisdição tem como fim a apuração e a atuação do direito: isso permite que a decisão judiciária seja fundada em uma correta aplicação da lei às circunstâncias do caso concreto. Essa afirmativa parece bastante óbvia (e é recorrente na doutrina processualista), a ponto de não parecerem necessárias referências bibliográficas. Nem sempre, todavia, restam claras as conseqüências que daí derivam. Em linhas gerais, pensar que a decisão seja formulada em conformidade ao direito significa introduzir um requisito de qualidade da decisão, que, portanto, passa a ser objeto de valoração também em si mesma, e não somente como êxito de um procedimento potencialmente idôneo a pôr fim à controvérsia. Isso equivale a admitir-se a possibilidade de que se trace uma distinção entre decisões «boas» e decisões «ruins». Todas as decisões podem resolver *de facto* a controvérsia, mas somente as decisões «boas», corretamente formuladas em conformidade ao direito, serão aceitáveis; as «ruins», por sua vez, por não serem juridicamente fundadas, não são aceitáveis, independentemente do procedimento de que derivam, e mesmo que encerrem o conflito entre as partes.

Não é o caso de que aqui sejam discutidas as condições necessárias para que uma decisão seja formulada em conformidade ao direito: a rica literatura existente sobre o tema da interpretação e da aplicação do direito nos socorre nesse sentido, eximindo-nos de ulteriores aprofundamentos do problema. O que importa frisar é que uma condição necessária para que haja correção jurídica na decisão é que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da

²¹⁷ É composto um artigo de lei». Já em nossa língua, inciso é (conforme o dicionário *Houaiss*) a «subdivisão de um artigo de lei».

²¹⁸ Na ampla literatura sobre o tema é ainda fundamental que se remeta a COMOLIO, 1970: 97, 161, 287.

²¹⁹ Cfr. FERRAJOLI, 2007: 880 e ss. e FERRAJOLI, 2007a: 213.

²²⁰ Cfr. FERRAJOLI, 2007a: 203, 212.

²¹⁷ [N. do T.] A palavra *comma* foi mantida no original, pois não tem exatamente a mesma significação do *inciso* da língua portuguesa. Conforme vê-se da leitura do artigo citado, e de acordo com o dicionário *Zingarelli* de língua italiana, *comma* é «cada uma das partes de que

causa. Por um lado, de fato, é evidente que um sujeito só é verdadeiramente titular de um direito se forem verdadeiros os fatos de que depende em concreto a existência daquele direito.²²¹ Uma sentença que afirma a existência de um direito de um sujeito deve, pois, estabelecer de modo verdadeiro se ocorreram todas as condições de fato – além das de direito – necessárias para que se possa dizer que aquele sujeito é verdadeiramente titular daquele direito.²²² Por outro lado, é necessário ter-se em mente a estrutura substancialmente condicional das normas aplicadas. Com algumas simplificações pode-se dizer que, em linha de princípio, toda e qualquer norma prevê que as consequências jurídicas nela indicadas produzam-se se, no caso concreto, ocorrer um fato correspondente ao «tipo» de fato previsto na própria norma. Se F, então CI: se um fato do tipo F verificou-se, então a norma é aplicada, produzindo no caso particular as consequências jurídicas previstas.²²³

Tudo isso é bastante óbvio no plano da teoria das normas e da análise dos suportes fáticos, de modo que não é necessário que se desenvolva ulteriormente o discurso, remetendo-se mais uma vez o leitor à rica literatura sobre o tema. O ponto importante, entretanto, é que se não se verificar o pressuposto de fato de que depende a aplicação da norma, essa não pode ser aplicada no caso concreto. Se, todavia, a norma for aplicada na ausência desse pressuposto, a decisão em questão será viciada e juridicamente equivocada. Isso equivale a dizer que a apuração da verdade dos fatos correspondentes ao assim chamado suporte fático abstrato regulado pela norma é uma *condição necessária* para a correta aplicação da norma no caso concreto: a veracidade da apuração dos fatos é um requisito essencial da legalidade da decisão.²²⁴

Por conseguinte, não só a verdade dos fatos não é irrelevante, como também (e ao contrário disso) condiciona e determina a correção jurídica da solução da controversia. Como comumente dito: nenhuma norma é aplicada de maneira correta a fatos errados: como lembrou Bentham, a falsidade é a serva da injustiça.²²⁵

4.4 Verdade e justo processo

Um argumento em muitos aspectos convergente com aquele acima exposto pode ser obtido a partir da noção de «*justo processo*». Essa noção não é nova, mas conheceu um *revival* por ocasião da recente reforma do art. 111 da Constituição italiana. Deu lugar rapidamente a ampla literatura que não pode

²²¹ Cfr. LYNCH, *op. cit.*: 237.

²²² Como frisa GOLDMAN, *op. cit.*: 296, entre *accuracy* e *substantive justice* da decisão não há qualquer contradição: essas são, aliás, a mesma coisa.

²²³ Sobre o tema cfr., inclusive para referências, TARUFFO, 1992: 45 e ss.

²²⁴ Mais amplamente sobre o assunto cfr. TARUFFO, 2002b: 225; TARUFFO, 1992: 42.

²²⁵ Cfr. HAACK, 2007a: 14.

ser aqui discutida de modo exauriente.²²⁶ Frisa-se, todavia, o surgimento de pelo menos duas noções diferentes de «*justo processo*». Segundo a primeira delas, tem-se um processo justo quando são postas em prática todas as garantias processuais fundamentais, e em particular aquelas que concernem às partes. Essa noção pode ser certamente aceita, mas a propósito pode-se observar que de tal modo os critérios do justo processo coincidem substancialmente com as garantias fundamentais do processo, que já há muito tempo tinham sido definidas pela doutrina e pela jurisprudência constitucional. Tratar-se-ia, então, de uma sintética repetição de princípios já conhecidos e em larga escala já postos em prática. De resto, essa concepção resulta análoga àquelas, por nós recordadas há pouco, nomeadas *procedural justice*. Também essa, de fato, tem a característica de não levar em consideração a natureza e a qualidade da decisão que encerra o procedimento. O processo, por conseguinte, é justo se e desde que seja correto o procedimento em que se articula; o que diz respeito à decisão é, sob esse prisma, irrelevante.

Na segunda interpretação da expressão «*justo processo*», o processo é justo se arquitetado de modo que, além de assegurar que se ponham em prática as garantias, faça com que nele se obtenham decisões justas.²²⁷ Para defender essa interpretação pode-se argumentar que dificilmente se poderia considerar justo um processo sistematicamente orientado a produzir decisões injustas, ou para o qual fosse irrelevante que a decisão fosse injusta. Para prevenir tal eventualidade não é suficiente que o processo articule-se em um procedimento correto sob o *prima das garantias*. Não vale, em verdade, o argumento meramente retórico e conceitualmente circular segundo o qual seriam justas por definição as decisões derivadas desse procedimento. É verdadeiro, na realidade, o contrário. Mesmo um processo em que as garantias fundamentais são postas em prática pode produzir uma decisão injusta, como ocorre – por exemplo – se for violada ou mal aplicada a norma substancial que regula a situação que é objeto do processo.

Esse ponto tem grande importância. Não é possível provocar-se um colapso à razão e reduzir a justiça da decisão à correção do procedimento de que essa deriva. Se assim fosse, encontrar-nos-íamos mais uma vez diante de uma concepção meramente *procedural* da justiça, para a qual não teria qualquer valor a qualidade da decisão final. O conceito de «*decisão justa*» (conforme já se mencionou a propósito da aplicação do princípio da legalidade à decisão judicial) implica, pelo contrário, que a decisão seja tomada em consideração a si mesma, distinguindo-a do procedimento do qual representa o resultado e a valorando segundo um critério autônomo, independente daquele empregado para a valoração da justiça do procedimento. Em outros termos,

²²⁶ Cfr. por último CHARLONI, 2008 e os ensaios recolhidos nos volumes GUARNERI e ZANNOTTI, 2006.

²²⁷ Em sentido análogo cfr. CHARLONI, 2008: 145.

a justiça da decisão não deriva exclusivamente da correção do procedimento e nessa não se exaure, dependendo, porém, da subsistência de condições específicas.²²⁸ Essas condições podem ser divididas em três: a) que a decisão seja, com efeito, o resultado de um processo justo, visto que dificilmente se poderia aceitar como justa uma decisão produzida em um processo em que tenham sido violadas garantias fundamentais; b) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão, visto que não se pode considerar justa uma decisão que – conforme visto há pouco – não tenha sido tomada em conformidade ao direito, em homenagem ao princípio da legalidade; c) que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, visto que – como também se disse – nenhuma decisão é justa se se fundar em fatos equivocados.

Essas condições são *todas necessárias conjuntamente*, sendo evidente que a falta mesmo que de uma delas impossibilitaria a qualificação da sentença como justa. Nenhuma dessas condições, entretanto, é suficiente, se individualmente considerada, para determinar a justiça da decisão.²²⁹

No que diz respeito ao que interessa para o presente estudo, dessas concepções da justiça da sentença derivam pelo menos duas implicações. A primeira é que a condição representada pela «*justiça do processo*» é necessária, mas insuficiente para, sozinha, determinar a justiça da decisão. A principal razão disso consiste no fato de que, mesmo que as partes tenham tido a oportunidade de articular e desenvolver todas as suas defesas – e que, portanto, tenham sido postas em prática as garantias fundamentais e, em particular, o princípio do contraditório – isso não implica de maneira alguma que o processo tenha conseguido estabelecer a verdade dos fatos. É perfeitamente possível, de fato, que as defesas das partes, por qualquer razão, não tenham sido adequadas à perseguição desse escopo.²³⁰ Além disso, como já se observou anteriormente,²³¹ as partes podem não ter qualquer interesse na descoberta da verdade; os advogados utilizam-se geralmente de sua habilidade profissional para que isso aconteça e, em geral, não se pode dizer que o confronto entre as partes conduza à verdade.

A segunda implicação é que a apuração da verdade dos fatos é necessária, mesmo se insuficiente, sozinha, para determinar a justiça das decisões.²³² Tal apuração não é suficiente porque a decisão poderia se fundar em uma reconstrução verdadeira dos fatos tendo as garantias processuais, ou a norma referida pelo juiz, sido violadas. A verdade dos fatos, ao contrário, é necessária seja em si mesma (visto que, efetivamente, uma decisão tomada com base em uma

²²⁸ Mais amplamente sobre esses temas cf.: TARUFFO, 2002b: 219.

²²⁹ Cf. TARUFFO, *op. cit.*: 224.

²³⁰ Cf. mais amplamente TARUFFO, 2006a: 477. V., ainda, *infra*, Cap. IV, item 5.

²³¹ V. *supra*, item 4.2.

²³² Analogamente cf.: CHIARLONI, *op. cit.*: 147.

versão falsa dos fatos não pode ser considerada justa), seja porque – como já se disse – uma apuração verdadeira dos fatos constitui premissa necessária para a aplicação correta da lei que regula o caso.

Visto que parece, por conseguinte, demonstrado que a apuração da verdade dos fatos no processo é *possível*,²³³ bem como que tal apuração é *necessária*, disso deriva que o processo é justo se sistematicamente orientado a fazer com que se estabeleça a verdade dos fatos relevantes para a decisão; é, por outro lado, injusto na medida em que for estruturado de modo a obstaculizar ou limitar a descoberta da verdade, já que nesse caso o que se obstaculiza ou se limita é a justiça da decisão com que o processo se conclui.²³⁴

4.5 Verdade e imparcialidade

Que o juiz deva ser imparcial é uma afirmação da qual, muito provavelmente, jamais se duvidou: a imparcialidade é, desde sempre, um princípio fundamental de qualquer sistema de administração da justiça, sendo, não por acaso, enunciado em inúmeros documentos, como, por exemplo, no art. 6 n. 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Há, por conseguinte, sabor de obviedade na introdução da referência à imparcialidade do juiz no art. 111 da Constituição italiana (realizada com a reforma de 1999),²³⁵ mesmo que essa novidade não tenha sido totalmente irrelevante, tendo servido de pretexto para uma literatura que se ocupou sobretudo da hipótese de parcialidade derivada do fato do próprio juiz já se ter ocupado da mesma controvérsia.²³⁶ Ninguém pode racionalmente pensar, de resto, que os juízes italianos tenham começado a ter que ser imparciais somente em 1999, e que, antes da reforma do art. 111, tivessem a faculdade de não o ser. Há, todavia, alguns aspectos do problema da imparcialidade do juiz que não são totalmente banais.

Antes de qualquer coisa, não se pode esquecer que o conceito geral de imparcialidade oferece inúmeros perfis de complexidade e de variabilidade semântica, tratando-se de um conceito presente não só no âmbito do processo e do direito, mas também no da ética e da política.²³⁷ No contexto da imparcialidade «*processual*» há, ainda, outro aspecto, comumente esquecido, mas interessante para o âmbito do discurso que desenvolvemos nessas páginas. Esse surge quando se instaura uma conexão direta entre imparcialidade e

²³³ A propósito, v. mais amplamente TARUFFO, 1992: 50.

²³⁴ Para uma análise das normas que têm o efeito de limitar ou de eliminar a apuração da verdade v. *infra*, Cap. IV, itens 2.2.2, 3 e 4.

²³⁵ Nesse sentido, cf.: por último CHIARLONI, 2008: 140.

²³⁶ O problema, de resto, já fora objeto de elaboração doutrinária e jurisprudencial também anteriormente: para referências cf.: CAFFI e TARUFFO, 2006: 158. Na doutrina sucessiva à reforma do art. 111 cf.: em particular PROTO PISANI, 2000: 246; SCARSELLI, 2000: 87; CHIARLONI, *op. e loc. cit.*

²³⁷ Sobre o assunto v. a ampla análise de TRUJILLO, 2003.

verdade, frisando que há uma concepção epistemológica da imparcialidade; em função dessa, a imparcialidade constitui não só uma condição preliminar para a obtenção da verdade, como também uma «*parte integrante e pen- trante dessa*».²³⁸ A imparcialidade pode, por conseguinte, ser um «*critério de verdade interno ao procedimento de elaboração do juízo*»: em outros termos, a imparcialidade é uma condição necessária, não obstante obviamente insuficiente, da verdade.²³⁹ Posta essa relação no plano geral, e visto que o juiz dá vida a um procedimento de elaboração do juízo (particularmente com o fim de formular uma decisão sobre os fatos da causa), resta evidente que o conceito de imparcialidade do juiz não se exaure de fato – ao contrário do que comu- mente se creê – nas condições que a lei prevê para assegurar que o juiz não seja parcial, disciplinando as hipóteses de abstenção e recusa. É claro que o juiz não deve se enquadrar em qualquer dessas hipóteses, mas isso é somente um dos aspectos do problema. A imparcialidade do juiz, de fato, resulta também orientada a um escopo determinado, qual seja, o da busca da verdade: um juiz parcial não pode chegar a esse resultado porque se deixa condicionar, no processo e na formulação da decisão final, por fatores estranhos à apuração da verdade, como o interesse pessoal na causa, os próprios pré-julgamentos²⁴⁰ ou relações de diferentes gêneros que tenha com as partes da causa.

Por conseguinte, o juiz é verdadeiramente imparcial quando busca de modo objetivo a verdade dos fatos, fazendo dela o verdadeiro e exclusivo fundamento racional da decisão. Sob esse prisma, aliás, a busca da verdade torna-se um atributo essencial da imparcialidade do juiz. Como diz o art. 10 do Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, «*El juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos*». Disso acarreta que o juiz não deve se limitar a ocupar uma posição de terceiro e de equidistância em relação às partes, e tampouco de indiferença em relação ao objeto da controversia: ele deve também orientar o próprio comportamento com o fim da apuração da verdade dos fatos com base nas provas.

Nessa perspectiva, a previsão constitucional que se refere à imparciali- dade do juiz (no mesmo contexto em que se fala de justo processo) adquire significado muito menos óbvio do que pode parecer *prima facie*. Se, como se disse há pouco, o processo justo é estruturalmente e funcionalmente orien- tado à obtenção de decisões justas – e se a apuração da verdade dos fatos é

²³⁸ No plano da epistemologia geral a relação entre imparcialidade e verdade é frisada por HANCK (2007: 171), segundo a qual «*the closer you come to the ideal of impartiality, the greater your evidential reach, the fairer your judgment of the worth of evidence, and the better-conducted your inquiry*».

²³⁹ Cfr. TRULLIO, 2003: 14, de onde foram tiradas as citações textuais.

²⁴⁰ Refere-se aqui ao *confirmation bias* que pode derivar do fato de que o juiz já tenha anterior- mente se ocupado das mesmas questões, conforme já mencionado anteriormente no texto.

uma condição necessária da justiça da decisão – então a imparcialidade do juiz qualifica-se também como condição para a obtenção de um juízo verda- deiro sobre os fatos, e, portanto, como um atributo necessário da correção do processo. Mais precisamente: representa a apuração dos fatos com base nas provas, feita de maneira imparcial, condição necessária da justiça da decisão.

Nesse ponto poder-se-ia perguntar se não há contradição entre esse fim, atribuído à imparcialidade do juiz, e a tese bastante difundida segundo a qual o juiz poderia ser imparcial somente quando não dispusesse de poderes instru- tórios autônomos ou quando, conferindo-lhe a lei esses poderes, se abstivesse ainda assim de exercitá-los.²⁴¹ Ou seja, poder-se-ia duvidar de que a imparcia- lidade compreendida como busca objetiva da verdade fosse compatível com a imparcialidade compreendida como passividade do juiz frente ao monopólio das partes em relação às iniciativas instrutórias.

O problema, entretanto, é mais aparente do que real. Por um lado, poder- se-ia dizer que a imparcialidade como busca da verdade não implica necessa- riamente o exercício de poderes instrutórios por parte do juiz, sendo possível referir-se à valoração objetiva e equilibrada das provas fornecidas pelas partes: essa ideia de imparcialidade seria, por conseguinte, compatível com a imagem de um juiz passivo. Essa resposta, entretanto, seria satisfatória somente se se partisse da premissa de que as partes, com suas iniciativas instrutórias, orientam o processo no sentido da descoberta da verdade. Todavia, como se mencionou anteriormente,²⁴² essa premissa é desprovida de fundamento: às vezes acontece de as partes efetivamente produzirem todas as provas dispo- níveis, não dando ocasião ao juiz de utilizar os poderes instrutórios e fazendo com que esse fique, corretamente, passivo. Pode acontecer, todavia, das partes não orientarem suas atividades no sentido de uma apuração verdadeira dos fatos, visto que é evidente que elas perseguem a vitória, e não a descoberta da verdade. Então, a passividade do juiz terminaria por desenvolver um papel contraprodutivo, na medida em que o juiz passivo deixa que o processo seja dominado por sujeitos que na maior parte dos casos são indiferentes – se não hostis – em relação à descoberta da verdade. Por conseguinte, a atribuição ao juiz de poderes instrutórios adequados, bem como seu efetivo exercício, aparecem como atributos relevantes do justo processo, já que são instrumentos necessários – não obstante acessórios – para a busca da verdade.²⁴³

²⁴¹ Trata-se de um lugar-comum bastante difundido na doutrina italiana. Cfr., p. ex., LIEBMAN, 1962: 12; MONTESANO, 1978: 189; FAZZALARI, 1972: 193. No que diz respeito à análoga abor- dagem da cultura jurídica norte-americana cfr. DAMASKA, 2003: 178. Sobre o assunto v. também *infra*, Cap. IV, item 5.

²⁴² V. *supra*, item 4.2.

²⁴³ Sobre a função epistêmica dos poderes instrutórios do juiz v. *infra*, Cap. IV, item 5.

Por outro lado, conforme demonstrado alhures,²⁴⁴ não é verdade que o juiz que exerce poderes instrutórios perde com isso sua imparcialidade. Isso aconteceria se ele exercesse seus poderes *de modo parcial*, ou seja, com o intuito de favorecer uma ou outra parte; isso não acontece, entretanto, quando ele os exercita *de modo imparcial*, ou seja, com o escopo «*objetivo*» de obter conhecimentos relevantes e úteis para a apuração da verdade. Naturalmente, decisão final no sentido de direcionar a decisão sobre os fatos para um sentido ou para outro; portanto, no sentido de determinar a vitória de uma parte ou de outra, sem que isso signifique que o juiz tenha sido parcial por ter determinado a produção daquelas provas. Por assim dizer, é a verdade dos fatos que determina o êxito da controvérsia, não o juiz.

Por conseguinte, para ser imparcial não se espera que o juiz seja passivo (ou seja, permanecer neutro). Ao contrário: «*a imparcialidade refere-se a uma posição ativa no juízo*» e «*dá estrutura ao juízo*»,²⁴⁵ pressupondo, portanto, um papel ativo daquele que – inclusive – deve ser imparcial. E, por conseguinte, possível configurar-se uma postura ativa do juiz, que se traduza em uma busca objetiva e imparcial da verdade dos fatos.

5. VERDADE NEGOCIADA?²⁴⁶

Com base no que foi traçado até agora, pode-se abordar o problema da possibilidade de configuração de acordos entre as partes que tenham como razão de se afirmar – no ordenamento italiano e em muitos outros²⁴⁷ – a tendência a se fazer com que os fatos que devem ser apurados em juízo sejam determinados em função do comportamento das partes, ou seja, mediante a combinação entre a *alegação* dos fatos feita por uma parte e a *contestação* desses feita pela outra parte. Se, portanto, um fato alegado não é (temporariamente) contestado, é considerado *incontroverso*, o que significa aproximadamente – pelo menos de acordo com a opinião prevalente na jurisprudência

– dizer que esse não será objeto de prova e nem mesmo de decisão.²⁴⁸ À base desse fenômeno estão principalmente fatores de duas ordens: um de caráter funcional e um de caráter ideológico.

Primeiro é determinado por considerações que podem em alguma medida ser aceitas, podendo ser definidas como de *economia processual*. Tende-se, em outros termos, a fazer com que o objeto da eventual atividade instrutória seja reduzido e simplificado o máximo possível no início do processo: um fato não contestado é excluído pelo *thema probandum*, o que implica uma redução e uma simplificação do trabalho do juiz – bem como do procedimento – no que concerne à admissão e à produção de provas.²⁴⁹ Se, aliás, nenhum dos fatos alegados fosse contestado, ter-se-iam muitas vantagens, visto que não haveria necessidade de provar-se coisa alguma, e a decisão poderia limitar-se às questões de direito da controvérsia. Não por acaso a jurisprudência não hesitou em criar e em aplicar reiteradamente a categoria do «*fato incontroverso*», ou seja, o fato a propósito do qual o juiz nada tem a fazer, e sobre o qual não corre risco algum de decidir de modo equivocado.

As exigências ligadas à economia processual são encaradas com seriedade, sobretudo em sistemas caracterizados pela ineficiência da justiça civil como o italiano; entretanto, é lícito que se questione sobre se essas devem ser consideradas absolutamente prioritárias e invasivas a ponto de anularem e reduzirem a nada qualquer outra exigência processual. Aqueles que pensam no funcionamento do processo somente em termos de eficiência na resolução de controvérsias, de fato, poderiam cair na tentação de – em uma época *new age* – ressuscitar os oráculos medievais, que, com efeito, eram muito rápidos e eficazes; ou, poder-se-ia recorrer ao lançamento de dados praticado pelo juiz Bridoye, ou à *random justice* de que falou recentemente um filósofo inglês.²⁵⁰ Talvez, entretanto, a eficiência do procedimento e a economia das atividades processuais devessem ser transformadas em algo compatível com a atuação de outros valores inerentes ao processo e à administração da justiça que não são menos importantes, não podendo, por conseguinte, ser sacrificados *a priori*, como é o caso da justiça das decisões judiciais.

Por outro lado, partindo-se da premissa enunciada acima, segundo a qual a apuração da verdade dos fatos configura-se como uma condição necessária de justiça da decisão, tem-se que qualquer derrogação ou limitação que se

²⁴⁴ V. *infra*, *idem*, *ibidem*.

²⁴⁵ Sobre a diferença entre imparcialidade e neutralidade cfr. TRUFFO, 2003: 50.

²⁴⁶ Uma versão desse item foi publicada no número especial da *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, TARUFFO, 2008a.

²⁴⁷ Cfr., p. ex., o §138 da *Zivilprozessordnung* alemã, o art. 405 n. 2 da *Ley de enjuiciamiento civil* espanhola. Cfr. Também as *Rules 8(b)* e *8(d)* das *Federal Rules of Civil Procedure* estadunidenses. Essas normas são substancialmente equivalentes aos arts. 167 *comma* I e 416 *comma* 3 do Código de Processo Civil italiano, já que preveem o ônus do demandado de contestar temporariamente os fatos alegados pelo autor; na ausência disso, tais fatos são considerados admitidos. Para uma perspectiva comparatista sobre o tema cfr. DAMAŠKA, 2003: 155, 168.

²⁴⁸ Na Itália a alegação e a contestação/não-contestação dos fatos foram objeto de amplos desenvolvimentos jurisprudenciais e de extensas e minuciosas análises doutrinárias. Sobre o tema cfr. em particular BUONCRISTIANI, 2001; COMOGLO, 1987: 274; COMOGLO, 2004: 73; CARRATTA, 1995; CIACCIA CAVALLARI, 1992; CIACCIA CAVALLARI, 1993; DEL CORE, 2004: 112; PROTO PISANI, 2003: 606.

²⁴⁹ Argumentos desse gênero são encontrados de maneira esparsa na literatura sobre o tema, citada na nota anterior.

²⁵⁰ Cfr. DUXBURY, 1999.

faça a tal apuração determina inevitavelmente – mesmo quando isso acontece por razões dignas de consideração – um *deficit* na descoberta da verdade e, portanto, um *deficit* correspondente na legalidade e na justiça da decisão. Na verdade, se supusermos que A, B, C e D sejam os fatos alegados, mas que C e D sejam considerados incontroversos por não terem sido contestados – sendo, portanto, apurados com provas somente os fatos A e B – a consequência é que se acabará com um contentamento com uma verdade *incompleta*: nada será determinado, de fato, sobre a veracidade ou sobre a falsidade dos enunciados relativos aos fatos C e D.

O fator de caráter ideológico, que está evidentemente radicado na concepção negocial da verdade processual, deriva da conhecida e já recordada concepção do processo civil segundo a qual esse seria somente uma «*coisa privada das partes*», com a consequência de que no processo deveria ocorrer tudo aquilo que as partes quisessem e nada mais ou de diferente em relação a isso.²⁵¹ Essa ideologia é largamente difundida, tendo inúmeras implicações que não podem ser aqui abordadas nem mesmo sumariamente; essas, por outro lado, são há muito tempo discutidas em ampla e variada literatura.²⁵² Evidencia-se, entretanto, aquilo que essa comporta no que diz respeito à determinação dos fatos que devem ser provados.

Trata-se, substancialmente, de uma concepção negocial segundo a qual caberia exclusivamente às partes, através da alegação e da contestação ou da não-contestação dos fatos, o poder de estabelecer o que deve ou não ser provado,²⁵³ bem como o poder de determinar o que deve ou não ser tido como verdadeiro para fins decisórios.

A ideia de que as partes possam estipular um acordo sobre os fatos que fazem parte do *thema probandum*, bem como sobre a verdade dos fatos não contestados, tem algumas consequências acolhidas pela jurisprudência dominante: por exemplo, pode-se citar aquela segundo a qual o juiz não poderia admitir provas produzidas pelas partes nem determinar de ofício a produção de provas sobre o fato não contestado, ou aquela segundo a qual ele deveria ter por verdadeiro o fato sem fazer sobre este qualquer valoração.²⁵⁴ Em alguns casos trata-se de consequências paradoxais, como, por exemplo, aquela que se verifica quando se chega a dizer que o juiz não deve levar em

²⁵¹ A propósito, v. *supra*, item 4.2.

²⁵² Cfr. TARUFFO, 2006a: 452; BUONCRISTIANI, *op. cit.*: 16, inclusive para referências ulteriores. Sobre o tema v. também *supra*, cap. 4.2.

²⁵³ Sobre o problema da determinação do *thema probandum* estar contida ou não no conteúdo do princípio dispositivo há variações nas opiniões da doutrina. Sobre o tema cfr., inclusive para referências analíticas, FABIANI, 2008: 124, 132, 141, 147, 158, 179, 232, 242.

²⁵⁴ Cfr. em particular os casos jurisprudenciais comentados por CEA, 2002: 2030 e FABIANI, 2003: 1335. Sobre a jurisprudência em questão v., ainda, o resumo de DEL CORE, *op. cit.*: 125, para ulteriores referências cfr. CARRI e TARUFFO, 2006: 553, 1192.

consideração prova alguma, nem mesmo, portanto, provas que demonstrem a falsidade do fato «*incontroverso*»: nem mesmo quando tal falsidade for realmente demonstrada por uma prova vinculante (resultando essa, por exemplo, de um ato público). Em outros casos trata-se de consequências pouco claras, como aquela segundo a qual as partes poderiam determinar negocialmente a verdade de um fato somente quando a controversia dissesse respeito a direitos disponíveis; ao passo que um negócio assim seria excluído quando se tratasse de direitos indisponíveis, com a consequência de que somente nessa segunda hipótese o juiz deveria apurar a verdade dos fatos.²⁵⁵ Desse modo, introduz-se uma bifurcação dificilmente justificável: em função dela o processo estaria ou não orientado a apurar a verdade dos fatos dependendo da controversia dizer respeito a direitos indisponíveis (caso em que a verdade deverá ser apurada), ou a direitos disponíveis (caso em que a verdade dos fatos poderá ser apurada somente se as partes acordarem nesse sentido, ou seja, somente no caso de o demandado exprimir a vontade «*negocial*» de não concordar com o autor sobre a «*verdade*» dos fatos alegados por esse último).

A concepção negocial da determinação dos fatos é discutível por diversas razões,²⁵⁶ mas o ponto mais importante é que essa parece fundada em um equívoco que concerne à natureza e à função da alegação dos fatos e de sua contestação ou não contestação. Por outro lado, muitos duvidam com razão de que se possa falar, no processo civil italiano, de um «*princípio da alegação*» ou de um «*onus da alegação*».²⁵⁷ Resta, pois, oportuno esclarecer o que se entende quando se fala da natureza e dos efeitos desses comportamentos das partes.

Acima de tudo, precisa-se que a alegação de um fato consiste na formulação de um enunciado descritivo daquele fato, feita por uma parte em um de seus atos. Esse enunciado é caracterizado por uma pretensão de veracidade, visto que a parte que alega o fato o indica como verdadeiro. Isso corresponde às condições de conversação de Grice, segundo o qual seria incorreto afirmar um fato e contextualmente negar sua veracidade.²⁵⁸ Todavia, isso não implica que aquele fato seja verdadeiro: o enunciado que o descreve pode ser verdadeiro ou falso, mas o *status* epistêmico do enunciado objeto de alegação continua sendo de incerteza. Essa alegação poderá ser resolvida somente pelo juiz na decisão final, com base no êxito das provas.

Em segundo lugar, cabe dizer que a alegação de um fato não tem por si só qualquer efeito dispositivo ou normativo: somente no momento em que a parte o reconduz a um suporte fático legal, atribuindo a esse uma qualifi-

²⁵⁵ Cfr. a jurisprudência citada na nota anterior e BUONCRISTIANI, *op. cit.*: 19 e ss.

²⁵⁶ Para diversas críticas a essa concepção cfr. em particular DE ANGELIS, 2005: 317; CIACCIA CAVALLARI, 1993: 6; CARRATTA, *op. cit.*: 264.

²⁵⁷ Sobre o tema cfr. por último, inclusive para ulteriores referências, FABIANI, 2008: 242.

²⁵⁸ Cfr. GRICE, *op. cit.*: 27 e ss.

cação jurídica, o fato alegado torna-se «*constitutivo*» de uma situação jurídica, integrando, por exemplo, a *causa petendi* da demanda.²⁵⁹ Um fato alegado sem que a ele se dê qualquer qualificação jurídica não tem qualquer eficácia constitutiva, como ocorre quando são alegados fatos secundários, que justamente por essa sua natureza não «*constituem*» qualquer situação jurídica.²⁶⁰ Isso equivale a dizer que se o fato alegado é levado em consideração em sua formulação própria, ou seja, em um momento logicamente (e talvez discursiva e cronologicamente) diferente daquele em que é reconduzido a um suporte fático legal, isso não tem qualquer efeito jurídico: simplesmente, a enunciação desse fato representa a formulação da premissa de um efeito jurídico que se poderá retirar (ou não) desse, na eventualidade de que tal enunciado tenha sua veracidade confirmada pelas provas. Essa consideração induz a que se exclua a aceitabilidade de uma opinião muito difundida, segundo a qual a alegação dos fatos estaria intimamente ligada ao princípio dispositivo; tratar-se-ia, aliás, de um instrumento com o fim de atuari-lo, visto que as partes – alegando os fatos – determinariam justamente com isso o objeto de suas demandas, vinculando, portanto, o juiz a decidir somente sobre aquilo que fora alegado.²⁶¹ Essa tese funda-se na confusão de dois fenômenos, cuja distinção seria útil que se mantivesse:²⁶² de um lado a alegação sobre a existência de determinados fatos (ao fazer a alegação afirmo que «*o fato F verificou-se assim e assim no momento T e no lugar L*»), e de outro suas qualificações jurídicas no contexto da formulação da demanda (formulando a demanda, qualifico «*o fato F como ilícito, de acordo com o art. 2.043 do Código Civil e, portanto, requerito...*»). O princípio dispositivo relaciona-se certamente com a formulação da demanda, ou seja, com os efeitos jurídicos que se pretende retirar dos fatos alegados, mas não se relaciona com a pura e simples formulação de enunciados que descrevem esses fatos.²⁶³

Na realidade, a alegação não é outra coisa senão um ato linguístico através do qual uma parte aduz que um fato verificou-se de certo modo. Trata-se, por conseguinte, na terminologia de Searle, de uma assertiva com função meramente ilocutória, já que o autor *afirma* algo.²⁶⁴ Sob o prisma epistêmico, o

²⁵⁹ Diz-se corretamente, na verdade, que a alegação do fato está funcionalmente relacionada à individualização da *causa petendi* (cfr., p. ex., COMOGIO, 1987: 274), o que pressupõe que por si só a alegação do fato não tenha eficácia de determinar diretamente o fundamento da demanda.

²⁶⁰ Em particular sobre a alegação dos fatos secundários cfr. BUONCRISTIANI, *op. cit.*: 105.

²⁶¹ Sobre essa opinião cfr., inclusive para ulteriores referências, FABIANI, *op. cit.*: 147, 230, 242; BUONCRISTIANI, *op. cit.*: 11, 31; COMOGIO, *op. cit.*: 277; COMOGIO, 2004: 73, 75.

²⁶² Em sentido diferente cfr. BUONCRISTIANI, *op. cit.*: 42, que não faz essa distinção e julga, aliás, ser a alegação dos fatos uma declaração de vontade que equivale à propositura da demanda.

²⁶³ No sentido de que a alegação dos fatos – e, assim, a contestação desses – nada tem a ver com o princípio dispositivo, cfr. em particular CARRATTA, *op. cit.*: 248 e ss.

²⁶⁴ A propósito, cfr., em particular, SEARLE, 1998: 140, 148; SEARLE, 1980: 23, 29, 65.

que é afirmado é um enunciado hipotético: pode ser verdadeiro ou falso em si, mas, no momento em que é expresso, – e até que não seja formulada a decisão final – esse não é nem verdadeiro nem falso.

5.1 Contestação e não contestação dos fatos alegados

Tendo esclarecido um aspecto relevante do ato em que ocorre a alegação dos fatos, devem-se agora evidenciar alguns aspectos do comportamento que pode ser definido como recíproco sobre as alegações, que pode consistir seja na contestação dos fatos alegados, seja na não contestação desses. A contestação pode ser definida como a negação explícita da veracidade de um enunciado objeto de alegação.

Vale a pena frisar que nessa definição fala-se da contestação como negação *explícita* da verdade dos fatos alegados. Por um lado, isso significa que ocorre uma expressão tomada de posição do demandado sobre o fato alegado pelo autor, tanto que normas como os arts. 167 e 416, *comma* 3 do Código de Processo Civil italiano requerem – mesmo que com formulações textuais diferentes, sendo a segunda mais rigorosa do que a primeira²⁶⁵ – que a contestação seja *específica*. Parece óbvio que uma contestação que deve ser específica não pode estar implícita. Ainda, a negação explícita da veracidade do fato alegado pode ser colocada no mesmo patamar da declaração de desconhecimento daquele fato,²⁶⁶ visto que também nesse caso trata-se de uma declaração explícita que deixa no campo da incerteza a existência daquele fato. É dúvida, por outro lado, que se possa falar de contestação *implícita*, como aquela que derivaria da alegação, por parte do demandado, de um fato incompatível com aquele alegado pelo autor, ou de fato diferente daquele, ou ainda da produção de uma prova contrária à sua existência.²⁶⁷ Trata-se, na verdade, de comportamentos que por si só não implicam tomadas de posição *precisas* sobre os fatos alegados, dos quais não se pode deduzir com certeza a negação específica dos enunciados que descrevem esses fatos.

A contestação consiste, por sua vez, em um ato linguístico cujo autor afirma que o enunciado alegado pela outra parte não é verdadeiro. O objeto desse ato linguístico, ou seja, o enunciado que afirma algo a propósito de um fato, não muda: trata-se do mesmo enunciado que foi objeto de alegação e que concerne a um fato principal ou secundário da causa. Muda, por outro lado, a função ilocutória do novo ato linguístico, visto que seu escopo é o de afirmar que aquele enunciado é falso.

²⁶⁵ Sobre as duas normas cfr., inclusive para ulteriores referências de doutrina e jurisprudência, CARRI e TARUFFO, 2006: 513, 1191 e, ainda, CARRATTA, *op. cit.*: 284.

²⁶⁶ Cfr. a propósito FRUS, 1991: 72, 76.

²⁶⁷ Para algumas orientações jurisprudenciais nesse sentido cfr. CARRI e TARUFFO, 2006: 1193.

Portanto, a não contestação pode ser definida como a ausência de negação explícita a respeito da veracidade de um enunciado objeto de alegação. Essa não consiste em um ato linguístico em sentido próprio, mas sim em um mero comportamento omissivo: a parte que não contesta o enunciado alegado, de fato, nada diz. A propósito, é útil precisar que o silêncio da parte que poderia contestar o fato alegado é suficiente a determinar sua não contestação. Contrariamente ao que se sustenta frequentemente,²⁶⁸ não parece que o silêncio sobre o fato alegado possa equivaler à não contestação somente quando a parte contestar outros fatos alegados, visto que há não contestação também quando o demandado não contesta qualquer fato alegado pelo autor. Nem mesmo se pode afirmar que se tenha uma não contestação *tácita* quando o demandado desenvolve defesas incompatíveis com a negação do fato em questão.²⁶⁹ A não contestação, na verdade, é sempre tácita, consistindo em um comportamento omissivo, ou seja – conforme dito – na ausência de negação explícita da verdade do enunciado objeto de alegação. Se o demandado silencia a respeito de um fato alegado, isso significa que não o contesta: o que diz ou não diz sobre outros fatos alegados não importa para a contestação ou não contestação *daquela* fato. Por outro lado, se o demandado admitisse explicitamente a veracidade de um enunciado objeto de alegação, não se teria uma não contestação, mas se verificaria um fenômeno diferente, qual seja, o da *admissão* do fato alegado;²⁷⁰ tal fenômeno equívale, em realidade, a uma alegação do mesmo fato também por parte do demandado.²⁷¹ Consequentemente, é de se sustentar que o enunciado objeto de admissão explícita, ou seja, de uma nova alegação, tenha o mesmo *status* daquele originariamente alegado pela outra parte, consistindo, por conseguinte, em uma hipótese incerta a respeito do fato de que se trata.

Levando-se em conta o que foi dito anteriormente²⁷² – ou seja, que um enunciado é verdadeiro ou é falso dependendo da correspondência ou não de seu conteúdo aos acontecimentos do mundo real – podem-se, agora, identificar algumas consequências, apontando quais podem ser os efeitos da contestação ou da não contestação de um enunciado fático objeto de alegação.

Em primeiro lugar, se o enunciado alegado é falso, a não contestação não faz com que ele se torne verdadeiro; em segundo lugar, se o enunciado alegado é verdadeiro, a não contestação não faz com que ele se torne verdadeiro, porque já o é; em terceiro lugar, se o enunciado alegado é verdadeiro,

²⁶⁸ Cfr., p. ex., DEL CORE, *op. cit.*: 119; CEA, *op. cit.*: 2018; FARIANI, *op. cit.*: 1343; CIACCIA CAVALLARI, 1993: 43, e a jurisprudência citada por esses autores.

²⁶⁹ Nesse sentido cfr. COMOLIO, 2004: 85; DEL CORE, *op. cit.*, *loc. cit.*; CARRATTA, *op. cit.*: 200.

²⁷⁰ Sobre o tema cfr. em particular CARRATTA, *op. cit.*: 125, 490; CIACCIA CAVALLARI, 1993: 52.

²⁷¹ Cfr. CARRATTA, *op. cit.*: 126.

²⁷² V. *supra*, item 1.

a contestação não faz com que ele se torne falso; e, por fim, se o enunciado é falso, a contestação não faz com que ele se torne falso, pois já o é. Resta claro, por conseguinte, que no que diz respeito à veracidade ou à falsidade do enunciado objeto de alegação, tanto sua contestação, quanto sua não contestação são *absolutamente irrelevantes*. Conforme dito, a hipótese objeto de alegação é verdadeira ou falsa em si (ou seja, em relação aos acontecimentos do mundo real), mas *no processo* é incerta, segundo incerta – ou seja, possivelmente verdadeira ou falsa – independentemente de como se comporta a parte que a contesta ou não. *No processo*, de fato, a incerteza poderá ser resolvida somente em sede de decisão final, e com base no êxito das provas.

Em geral, de qualquer forma, exclui-se o fato de que o acordo entre dois ou mais sujeitos esteja em condição de mudar o *status* epistêmico de um enunciado, mormente determinando sua veracidade. Não faltam, em realidade, na filosofia e na epistemologia recentes, orientações segundo as quais a verdade de qualquer assertiva dependeria exclusivamente do *consenso* a que se chega sobre essa em um determinado contexto. Segundo essas orientações, por conseguinte, não seria a realidade que determinaria a veracidade ou a falsidade dos enunciados que a descrevem, mas sim a convergência de opiniões a respeito da veracidade ou da falsidade desses enunciados.²⁷³ Todavia, filósofos e epistemólogos de cunho «*realista*» (como aquele que aqui se segue) vêm refutando decididamente toda e qualquer concepção consensualista da verdade: por exemplo, Alvin Goldman escreve que «*A consensual theory of truth seems wrong from the start*» e que «*The conviction that convergence concedes with truth is the faith of optimists, not part of a proper definition of truth*».²⁷⁴ Em realidade, como também visto anteriormente,²⁷⁵ se se aderisse a uma concepção consensualista da verdade, seria necessário admitir que houve uma época em que *era verdadeiro* que a Terra era plana, com a consequência de que somente a mudança do acordo entre os sujeitos interessados teria determinado a falsidade dessa teoria e, portanto, a transformação da Terra em um corpo celeste de forma quase esférica.

Voltando à alegação e à contestação ou não contestação dos fatos, pode-se observar que com base na definição indicada anteriormente, segundo a qual se trata de atividades ligadas à sua natureza própria de atos linguísticos, parece inútil e supérfluo imaginar que as partes estipulem, através de atividades como essa, um acordo negocial que tenha por objeto a veracidade dos fatos alegados. Seria oportuno, de fato, imaginar que a alegação do autor consista em uma espécie de proposta ou de oferta contratual, como se alegando um fato ele

²⁷³ Sobre as diferentes concepções consensualistas da verdade cfr., p. ex., GOLDMAN, *op. cit.*: 69; LYNCH, *op. cit.*: 35.

²⁷⁴ Cfr. GOLDMAN, *op. cit.*: 12. Em sentido decididamente crítico cfr. também LYNCH, *op. cit.*: 46.

²⁷⁵ V. *supra*, parágrafo 1.

disse ao demandado: «*proporho-te um acordo sobre a veracidade do fato que alego*». Por outro lado, a contestação equivaleria a uma espécie de recusa a tal oferta ou proposta, ao passo que a não contestação seria uma espécie de aceitação tácita.²⁷⁶ Nessa perspectiva a jurisprudência italiana²⁷⁷ chegou a dizer que «*o fato não contestado não tem necessidade de prova*, pois as partes dispuseram dele, vinculando o juiz a levá-lo em conta sem qualquer necessidade de se convencer de sua existência» (grifos nossos). Parece, todavia, evidente, com base nas considerações feitas anteriormente, que essa opinião se funda em um equívoco grosseiro, não levando em consideração a real natureza e os efeitos da atividade de alegação e de contestação ou não contestação dos fatos. Em particular, parece extravagante a ideia de que as partes «*disponham*» do fato alegado, como se se pudesse «*dispor*» sobre a verdade dos fatos, com um negócio tão eficaz que pudesse vincular o juiz a considerar verdadeiro aquele fato sem nem mesmo «*convencer-se de sua existência*». Trata-se, como é fácil constatar, de uma construção imaginária que nada tem a ver com a realidade daquilo que as partes fazem quando alegam, contestam ou não contestam um enunciado de fato. Tal construção encontra explicação na ideologia do processo como «*coisa privada das partes*» de que se falou anteriormente, não se justificando, entretanto, no contexto do processo e não respondendo a qualquer exigência particular. Merece, portanto, cair sob a navalha de Ockham, para quem, como sabido, *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.

5.2 Efeitos da não contestação

Com base nas considerações precedentes, a questão formulada no título deste item é resolvida em sentido negativo: visto que a verdade dos enunciados sobre os fatos da causa existe ou não existe em função de como ocorreram os acontecimentos correspondentes no mundo real, não sendo objeto de negociação ou de acordo entre as partes, então a não contestação não torna verdadeiro aquilo que é falso, e tampouco torna verdadeiro aquilo que já é verdadeiro por si só.

De resto, a orientação recordada anteriormente, que visa a retirar da não contestação dos fatos algumas vantagens práticas em termos de simplificação e de eficiência do processo, não se torna por isso ilegítima: pelo contrário, trata-se de uma finalidade que em alguma medida deve ser considerada positivamente. Vale a pena, inclusive, especificar-se como funciona um mecanismo como esse, também com o fim de estabelecer-se se e em quais condições esse é aceitável.

A propósito, frisa-se sobretudo que a teoria do fato «*incontroverso*» funda-se em uma espécie de *als ob* que lembra o pensamento de Vahinger: com efeito, não se sabe se o enunciado de um fato «*incontroverso*», alegado e não contestado, é verdadeiro ou falso. Todavia, admite-se — ou se pretende admitir — que o juiz comporte-se *como se* o enunciado fosse verdadeiro, ou seja, *como se* o fato imaginado e afirmado em sede de alegação tivesse realmente se verificado no mundo dos acontecimentos reais. Como já se disse, de fato, a não contestação não determina a veracidade do enunciado alegado: o *status* desse enunciado continua epistemicamente incerto, visto que a não contestação não acrescenta qualquer informação que faça com que a afirmação de sua veracidade possa parecer justificada.

Por outro lado, não é possível fazerem-se inferências desse gênero a partir do puro e simples comportamento omissivo da parte que não contesta: se a sabedoria popular diz que «*quem cala consente*», não diz, entretanto, que o silêncio demonstra a veracidade daquilo sobre o que se cala. Em realidade, as razões pelas quais a parte não contesta um fato alegado podem ser muito diversas, mas nenhuma dessas parece ter o condão de determinar a veracidade do enunciado que descreve o fato. Pelo contrário: o demandado poderia evitar contestar um enunciado relativo a um fato que sabe não ser verdadeiro justamente com o escopo de ocultar a verdade, colaborando com o autor na violação da lei. Não se pode nem mesmo excluir, por outro lado, a possibilidade de que o demandado não conteste um enunciado de fato que na verdade é falso, pois crê equivocadamente que esse seja verdadeiro. Parece, portanto, evidente que da ausência de contestação não se possam retirar elementos de convencimento (e nem mesmo «*argumentos de prova*»)²⁷⁸ a propósito da veracidade do enunciado em questão, tampouco a propósito da vontade da parte que não contesta de fechar um acordo sobre essa veracidade.

Em uma situação desse gênero, afirmar que o enunciado de fato não contestado deva ser tomado como verdadeiro para fins da decisão implica um elevado risco de erro. Fundar a decisão em um enunciado de fato formulado em um momento do processo em que não se sabe coisa alguma sobre a veracidade ou falsidade desse (enquanto não tiverem sido ainda obtidos elementos de prova a propósito) implica o risco de que se assuma como verdadeiro um enunciado que, ao invés disso, é falso. Esse risco é quantificável exatamente em 50%, visto que há uma possibilidade em duas de que a decisão fundada naquele enunciado esteja equivocada. Essa proporção aponta em termos de risco a medida do *deficit* de justiça que se verifica no momento em que se decide uma controvérsia com base em um enunciado de cuja veracidade ou

²⁷⁶ No sentido de que a não contestação *não* é uma atividade de natureza negocial cfr. em particular CARRATTA, *op. cit.*: 264.

²⁷⁷ Cfr. em particular o *leading case* da Cass. S. U., em CEA, 2002. No mesmo sentido cfr. também a jurisprudência sucessiva, sobre a qual v. referências em CARPI e TARUFFO, *op. cit.*: 1193.

²⁷⁸ Parece, por conseguinte, carente de fundamento a orientação difundida na jurisprudência italiana, segundo a qual a não contestação seria um comportamento idôneo a fornecer ao juiz argumentos de prova sobre a verdade do fato não contestado (cfr., inclusive para ulteriores referências, CARRATTA, *op. cit.*: 175, 204; CIACCIA CAVALLARI, 1993: 39; FABIANI, *op. cit.*: 1347).