

Coleção
Filosofia e Direito

Direção
Jordi Ferrer
José Juan Moreso
Adrian Sgarbi

Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos
Michele Taruffo

Título original
La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti

Tradução
Vitor de Paula Ramos

Capa
Nacho Pons

Preparação e revisão
Ida Gouveia

Editoração eletrônica
Oficina das Letras®

Impressão e acabamento
RR Donnelley

Todos os direitos reservados.
Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

ISBN 978-84-87827-30-3

[2012]
Impresso no Brasil

© Michele Taruffo
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 00 xx (34) 913 043 303
www.marcialpons.com

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 basilar 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 falseamento 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,

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

¹³⁶ Cfr. ZAGREBELSKY, 2008: 164.

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 a «*marvelous metaphor*» de Bentham 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. Às vezes trata-se simplesmente do genérico e grosseiro ceticismo do *hard-nose practioner* 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.

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 vuïdange 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, reveu, releu, paperassé et feuilleté les complainctes, adjournements, comparitions, commissions, informations, avant procedez, productions, allegations, interdictz, contredictz, requestes, enquestes, repliques, dupliques, tripliques, escriptures, reproches, griefz, salvations, recollements, confrontations, aclarations, libelles, apostoles, lettres royaulx, compulsoires, declinatoires, anticipatoires, evocations, envoyz, renvoyz, conclusions, fins de non proceder, apoinctements, reliefz, confessions, exploictz, et aultres telles dragées et espisseries d'une part et d'aultre, 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 materialitez et substances*».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 cfr. 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 Cfr. 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 ventilé, grabelé et debatu, vieine par succession de temps à sa maturité, et les sort par après advenent soit plus doulcettement 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 Cfr. RABELAIS [1552]: Cap. XL, 25.

¹⁵⁰ *Idem, ibidem*: 56.

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

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

¹⁵³ Cfr. RAWLS, 1971: 83.

procedimentos judiciais que são «*framed to search for and to establish the truth*»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 criticáveis 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 concorrera 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 individuação 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, estariam 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 controvérsia ou com a decisão do caso singular. Os atos do procedimento não compõem 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 controvérsia: 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 campeões 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 "coletiviza" 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 floreios 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 estadunidense).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

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.

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 Rabelais 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 incluíse 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.

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 «*substancial*» 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 Damaška,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. DAMAŠKA, 1991: 173; DAMAŠKA, 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 obtenha 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; JOLOWICZ, 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 definira, 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 empobrecida da vida social.¹⁹⁰ Não obstante esses limites (ou talvez justamente porque

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* cfr. em particular DAMAŠKA, 2003: 130, 140; TARUFFO, *op. ult. cit.*: 19, 123.

¹⁸⁶ Cfr. FISS, 2003: 16.

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

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*: 93, 121.

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

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

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

¹⁹¹ V. mais amplamente TARUFFO, *op. ult. cit.*: 239, 299.

¹⁹² 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, aponte-se a busca da verdade como um dos escopos fundamentais do processo civil: cfr. ZUCKERMAN, *op. cit.*: 6.

¹⁹³ A propósito, cfr. em particular LANDSMAN, 1984: 3, 36.

¹⁹⁴ Cfr. 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: cfr. HAACK, 2004: 49. Em sentido substancialmente análogo v. também DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 150. Em sentido oposto, e para uma crítica ao sistema *adversary* justamente em função de sua incapacidade de assegurar a apuração da verdade, cfr. em particular FRANKEL, 1975: 1031, 1038.

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

Quem sustenta 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 favoreceria 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

¹⁹⁵ Sobre o tema v. mais amplamente *infra*, Cap. IV, item 3.

¹⁹⁶ Cfr. p. ex. WALPING, 2003: 175. Sobre o tema v. também DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 143.

¹⁹⁷ Cfr. p. ex. JOLOWICZ, 1975: 188; analogamente cfr. DENNING, 1955: 34.

¹⁹⁸ Em sentido análogo cfr. JOLOWICZ, 2003: 281.

¹⁹⁹ Cfr. PEIRCE, 2003: 470, par. 2.635. A crítica de Peirce, que conhecia bem o sistema processual *adversarial*, atinge no cerne a teoria de que se fala nesse texto.

²⁰⁰ Essa parte, de fato, pode ter produzido uma quantidade de provas suficiente para prevalecer sobre o adversário: cfr. BAYLES, 1990: 166.

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, distorcerem 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 a esses 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 inidôneo (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 consintam simbolicamente sua atuação.²⁰⁸ De resto,

²⁰¹ Cfr. DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 147.

²⁰² Cfr. LANGBEIN, 2003: 332 e ss.

²⁰³ Cfr. DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 145 e ss.

²⁰⁴ Cfr. LANGBEIN, *op. cit.*: 338.

²⁰⁵ Nesse sentido v. mais amplamente DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 146; TARUFFO, *op. ult. cit.*: 3 e ss., 282 e ss.; BAYLES, *ibidem*.

²⁰⁶ 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.

²⁰⁷ CHASE, *op. cit.*: 54, 68, 133.

²⁰⁸ 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. DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 113. V., ainda, *infra*, Cap. IV, item 5.2.

²¹¹ Cfr. DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 162, 173.

²¹² Sobre o tema cfr. TARUFFO, 1980: 108, 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 queiram, 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, que, 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

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

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 consequências 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

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 COMOGLIO, 1970: 97, 161, 287.

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

²²⁰ Cfr. FERRAJOLI, 2007a: 203, 212.

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 CJ: 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 controvérsia. 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 CHIARLONI, 2008 e os ensaios recolhidos nos volumes GUARNERI e ZANNOTTI, 2006.

²²⁷ Em sentido análogo cfr. CHIARLONI, 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 cfr. TARUFFO, 2002b: 219.

²²⁹ Cfr. TARUFFO, *op. ult. cit.*: 224.

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

²³¹ V. *supra*, item 4.2.

²³² Analogamente cfr. CHIARLONI, *op. ult. 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, cfr. por último CHIARLONI, 2008: 140.

²³⁶ O problema, de resto, já fora objeto de elaboração doutrinária e jurisprudencial também anteriormente: para referências cfr. CARPI e TARUFFO, 2006: 158. Na doutrina sucessiva à reforma do art. 111 cfr. em particular PROTO PISANI, 2000: 246; SCARSELLI, 2000: 87; CHIARLONI, *op. e loc. ult. 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 penetrante 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 comumente se crê – 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-julgamentos ²⁴⁰ 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 controvérsia: 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 imparcialidade 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 orientado 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 HAACK (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. TRUJILLO, 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 anteriormente 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 verdadeiro 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 instrutórios 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 imparcialidade 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 necessariamente 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 disponíveis, 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 contraepistêmico, 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 abordagem da cultura jurídica norte-americana cfr. DAMAŠKA, 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, se as provas obtidas de ofício pelo juiz tiverem êxito positivo, incidirão na 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 e *neutro* no âmbito do processo: ser imparcial não significa não se posicionar (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. É, 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 objeto a verdade dos fatos da causa. O problema nasce essencialmente em 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 (tempestivamente) contestado, é considerado *incontroverso*, o que significa aproximadamente – pelo menos de acordo com a opinião prevalente na jurisprudência

²⁴⁴ V. *infra*, *idem*, *ibidem*.

²⁴⁵ Sobre a diferença entre imparcialidade e neutralidade cfr. TRUJILLO, 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 1* e 416 *comma 3* do Código de Processo Civil italiano, já que preveem o ônus do demandado de contestar tempestivamente 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.