

falsidade não se sabe coisa alguma: o risco é de que uma decisão em duas seja injusta porque se funda em um enunciado falso.

Põe-se, então, o problema de estabelecer-se se a vantagem prática obtida com a exclusão do fato não contestado do *thema probandum*, em termos de simplificação do processo, compensa a perda em termos da justiça da decisão que deriva do fato de assumir-se como verdadeiro um enunciado que tem 50% de chance de ser falso.

A propósito, uma solução que atentasse exclusivamente para a justiça da decisão importaria a exclusão de toda e qualquer relevância processual à não contestação das alegações de fato, bem como a necessidade de que todos os enunciados relativos fossem demonstrados como verdadeiros ou falsos com base nas provas, nada diferindo do que acontece com os enunciados de fato contestados. Essa solução poderia, de resto, ser criticada, argumentando-se que essa desconhece as exigências de economia processual e acaba com qualquer possível simplificação da apuração dos fatos. Esse argumento não é de todo irrelevante e induz, pois, que nos questionemos sobre a possibilidade de que exista uma solução racional, que pelo menos reduza em alguma medida os piores riscos de erro na decisão, mesmo que permitindo algumas significativas simplificações do procedimento.

Essa solução pode ser encontrada quando se reflete sobre a circunstância de que, quando uma parte alega um fato imaginando a veracidade do enunciado relativo, na realidade assume para si o ônus de demonstrar em juízo, com provas, que aquele enunciado é verdadeiro por ter efetivamente se verificado o fato no mundo real. Em outros termos, o efeito principal da alegação consiste na assunção do ônus da prova relativamente ao fato alegado: *onus probandi incumbit ei qui dicit*, diz o brocardo; portanto, aquele que alega um enunciado de fato assume para si o ônus de demonstrar sua veracidade.²⁷⁹ Paralelamente, a contestação da veracidade daquele enunciado tem o efeito – por assim dizer – de *consolidar* para a parte que alegou o fato o ônus de demonstrar que esse realmente se verificou: a contestação *confirma* (atenção: não cria) o *status* epistêmico de incerteza do enunciado objeto de alegação, podendo ser resolvida tal incerteza – conforme já dito – somente com a apuração probatória do fato em questão.

É nesse contexto, então, que se pode encontrar uma solução razoável para o problema prático formulado anteriormente. Isto é, pode-se admitir que a ausência de contestação de um fato opere no sentido de atenuar ou eliminar, para a parte que o alegou, o ônus de demonstrar sua existência, já que o demandado, com seu comportamento, não desafiou o autor a fornecer

tais demonstrações. Pode-se, por conseguinte, admitir que, em virtude da não contestação, verifique-se uma espécie de *relevatio ab onere probandi* em favor daquele que alegou o fato que se tornou «*incontroverso*»: visto que sobre aquele fato não se estabelece a dialética contraditória das partes, pode-se simplificar o procedimento no sentido de julgar-se desnecessária a prova do fato não contestado.²⁸⁰

Observe-se, todavia, que isso não acarreta consequência alguma quanto à veracidade ou não veracidade do enunciado relativo àquele fato: o *status* desse permanece incerto, mas admite-se que essa incerteza se torne irrelevante em sede de decisão, em função da circunstância de que *entre as partes* essa não tenha sido objeto de controvérsia, pela parte demandada não ter colocado a parte que fez as alegações na condição de dever demonstrar que suas assertivas eram fundadas. É claro, de resto, que de tal modo não se elimina o risco de erro de que se falou acima: se se retira o ônus de provar a veracidade do fato alegado (e, portanto, esse fato permanece não demonstrado), o enunciado relativo permanece incerto, permanecendo, portanto, a possibilidade de que uma das duas decisões possíveis seja fundada em um enunciado faticamente falso. Trata-se, então, de estabelecer se uma consequência desse gênero justifica-se com base na inércia da parte que teria podido contestar o fato e não o fez. Em sentido positivo poder-se-ia dizer, talvez, que é a própria parte que assume – com seu comportamento – o risco de sucumbir, devido a uma decisão fundada em um enunciado falso.²⁸¹ Por outro lado, visto que a lei italiana admite, no art. 2.698 do Código Civil, que as partes pactuem uma modificação ou uma inversão dos respectivos ônus probatórios, pode-se também admitir que com seu comportamento uma parte provoque uma *relevatio ab onere probandi*, com vantagem para a outra parte.²⁸²

Isso não implica, entretanto, que se dê lugar a todas as consequências que a jurisprudência italiana habitualmente retira da ausência de contestação sobre um fato alegado, que maximizam a gravidade e a frequência do perigo do erro consistente em fundar-se uma decisão sobre a verdade não demonstrada de um enunciado de fato. Trata-se, portanto, de prever a possibilidade de que se chegue, de qualquer modo, a apurar diretamente a veracidade ou

²⁸⁰ Em sentido análogo cfr. CARRATTA, *op. cit.*: 282, que frisa justamente que uma coisa é provocar uma *relevatio ab onere probandi* com vantagem para a parte contrária, e outra é vincular o juiz a ter por verdadeiro o fato não contestado.

²⁸¹ O demandado é livre para escolher a estratégia defensiva que preferir (assim CARRATTA, *op. cit.*: 275) e, portanto, é também livre para assumir o risco de que se fala no texto.

²⁸² É útil recordar, de resto, que a norma admite os pactos relativos aos ônus probatórios somente se a causa verter sobre direitos disponíveis. Pode-se, por conseguinte, admitir que a *relevatio* opere, em caso de ausência de contestação, somente nessa hipótese, bem como que o ônus originário da prova que incumbir ao autor não seja eliminado se a causa verter sobre direitos indisponíveis. Deve restar claro, todavia, que assim não se aceita de modo algum a teoria negocial da não contestação.

²⁷⁹ Não se trata, em realidade, somente de uma regra de técnica processual, mas sim de um princípio fundamental que encontra aplicação em todo e qualquer campo do conhecimento: cfr. GASKINS, 1992: 2.

a falsidade do enunciado alegado – e não contestado – todas as vezes que isso resultar possível e oportuno. Assim, é necessário, por um lado, que se consinta que as partes contestem as alegações da parte contrária a qualquer momento do processo,²⁸³ fazendo recair o ônus da prova sobre a parte que alegou fatos, sem sofrer, a propósito, qualquer preclusão. Nesse caso, de resto, é necessário, de qualquer modo, que se preserve o direito da parte contrária (que alegou o fato posteriormente contestado), no sentido de requerer e de fazer com que se produzam as provas de que dispõe sobre aquele fato. Por outro lado, não se pode excluir a utilização de meios de prova admissíveis e relevantes sobre a veracidade ou a falsidade do fato não contestado, se, de qualquer modo, as partes tiverem produzido tais provas, ou se o juiz tiver determinado sua produção. Em todo caso, pois, o fato não contestado deve ser efetivamente objeto de decisão, no sentido de que o juiz pode sempre retirar elementos de convencimento sobre a veracidade ou falsidade desse a partir de qualquer fonte de informação que lhe seja franqueada no curso do processo. Além disso, o juiz poderá desconhecer sua existência, por exemplo, quando a veracidade daquele fato lhe parecer inverossímil, ou resultar estar em contraste com outros fatos provados. Em substância, o fato não contestado poderá ser considerado verdadeiro (e, portanto, colocado à base da decisão) somente quando o juiz tiver amadurecido o convencimento da veracidade do enunciado que o descreve.²⁸⁴

Tudo isso equivale a dizer que a não contestação da alegação de um fato não tem, por si só, qualquer efeito vinculante, nem para as partes nem para o juiz: não se trata de um negócio estipulado entre as partes, mas sim de uma situação em que não se elimina o valor da verdade como condição de justiça da decisão; resulta, de qualquer modo, oportuno minimizar a eventualidade de que uma decisão seja tomada sem uma apuração efetiva da verdade dos fatos relevantes.

²⁸³ Vai em sentido contrário a jurisprudência italiana mais recente, que – ao contrário do que acontecia no passado – exclui a possibilidade de contestações «tardias»: cf. indicações em CARPI e TARUFFO, *op. cit.*: 1192. A doutrina, pelo contrário, orienta-se, a propósito do art. 167 do Código de Processo Civil italiano, no sentido de uma interpretação relativamente mais elástica, já que admite que a contestação possa ocorrer mesmo depois da primeira defesa do demandado, pelo menos até a audiência de *trattazione* prevista no art. 183 (v. referências, *ibidem*: 153). Depois da recente reforma dessa norma, pode-se facilmente admitir que a contestação possa ocorrer mesmo nos memoriais protocolados fora da audiência, nos termos concedidos ao juiz pelo *comma 5* da aludida norma.

²⁸⁴ Em sentido análogo cf. em particular CARRATTA, *op. cit.*: 266.

CAPÍTULO IV A DIMENSÃO EPISTÊMICA DO PROCESSO

1. EPISTEMOLOGIA E IDEOLOGIA

Aceitar a tese de que existem razões válidas para que se julgue que no processo é *possível* apurar a verdade dos fatos à base da controvérsia – e que, aliás, é *necessário* direcionar o processo no sentido da descoberta da verdade! – gera diversas consequências. Uma dessas é que se pode perguntar se (e eventualmente em que medida) o processo pode ser interpretado como um instrumento epistemologicamente válido e racional, ou seja, se esse é um instrumento ou um método eficaz para a descoberta e a determinação da verdade dos fatos em que se funda a decisão. Parece sensato, de fato, debater sobre uma *função epistêmica* do processo, considerando-o um conjunto estruturado de atividades com o fim de obter elementos de conhecimento verídicos sobre os fatos relevantes para a solução da controvérsia. Nesse sentido o processo poderia ser inserido entre os procedimentos *truth-acquiring* de que fala Williams,² ou ser considerado (segundo Goldman) um procedimento *veritistic*.³ De várias partes vem a solicitação para que se dê atenção à dimensão epistemológica do direito (e do processo em particular). Por um lado, renomados epistemólogos como Larry Laudan, Alvin Goldman e Susan Haack ocupam-se dessa dimensão aprofundando os temas da verdade e do erro nas decisões judiciais.⁴ Por outro lado, no âmbito jurídico, houve iniciativas importantes no mesmo sentido, como a coleção de volumes de *Epistemologia giudiziaria*, coordenada

¹ Para a demonstração dessa tese v. *supra*, Cap. III, item 4.

² Cf. WILLIAMS, 2002: 127.

³ Cf. GOLDMAN, 1999: 272.

⁴ Cf. Em particular o recente volume de LAUDAN, 2006; GOLDMAN, *op. cit.*: 279; HAACK, 2004: 43; HAACK, 2008a: 1071; HAACK, 2007a: 14.

por Giulio Ubertis.⁵ Além disso, um dos maiores estudiosos ingleses da *law of evidence* frisa claramente que a epistemologia representa uma das dimensões fundamentais para uma reconsideração atualizada do problema das provas,⁶ também na literatura norte-americana há claras indicações nesse sentido.⁷ Surge, por conseguinte, uma perspectiva metodológica muito interessante, que concentra a análise no que se pode definir como a dimensão epistêmica do processo, ou seja, como um «*modelo epistemológico*» do conhecimento dos fatos com base nas provas.⁸ Em geral, de resto, os métodos são objeto de valorização epistêmica com o fim de que se estabeleça se são válidos ou não para a descoberta da verdade:⁹ também o processo, se compreendido como método para a apuração da verdade dos fatos, pode, por conseguinte, ser objeto de valorização epistêmica.

Há, todavia, algumas dificuldades que serão preliminarmente levadas em consideração.

Por um lado, é oportuno considerar que a descoberta da verdade é um fim essencial do processo e uma condição necessária para a justiça da decisão,¹⁰ mas não é o único fim que o processo persegue.¹¹ Consequentemente, a função epistêmica que o processo pode desempenhar é muito importante, mas não é a única. O processo, na verdade, é também um «*lugar*» em que normas são aplicadas, valores são postos em prática, garantias são asseguradas, direitos são reconhecidos, interesses são tutelados, escolhas econômicas são feitas, problemas sociais são enfrentados, recursos são alocados, o destino das pessoas é determinado, a liberdade dos indivíduos é tutelada, a autoridade do Estado é manifestada... e controvérsias são resolvidas através de decisões pretensamente justas. Dependendo da adoção de perspectivas que privilegiem uma ou outra dessas funções, caracterizam-se ideologias diferentes do processo. O mesmo ocorre com a adoção de metodologias analíticas particulares: quem compara a tutela da tese culturalmente imperialista segundo a qual a análise econômica dos fenômenos jurídicos é o único método sensato – vendo o processo como um conjunto de atividades direcionadas somente a finalidades econômicas e a critérios destinados à maximização do lucro individual – tenderá a julgar que no processo não acontece outra coisa senão escolhas orientadas por razões econômicas, com base em um uma ideologia que sustenta que o processo

nada mais é – justamente – do que um lugar em que escolhas dominadas pelo interesse individual são feitas.¹²

Essas escolhas ideológicas condicionam não só as abordagens dos estudiosos, mas também a estrutura do processo e seu funcionamento: escolhas ideológicas influenciam as orientações dos legisladores que se ocupam do processo, e que introduzem normas diferentes dependendo da ideologia adotada nas circunstâncias; ainda, as orientações da doutrina e da jurisprudência, que dão interpretações e aplicações diferentes às normas processuais de acordo com a ideologia do processo em que se inspiram. Entre essas duas ideologias e aquela que se definiu como dimensão epistêmica do processo criam-se inevitavelmente tensões, contradições e conflitos. Não parece, de fato, aceitável a tese recentemente esposada com insistência por Alex Stein, segundo a qual na *law of evidence* a relação entre epistemologia e ideologia (que Stein chama de *political morality*) seria de complementaridade, no sentido de que a *political morality* ocuparia o espaço deixado pela epistemologia.¹³ A parte a circunstância de que a tese de Stein funda-se em uma concepção fortemente limitante da *law of evidence* (segundo a qual seriam dela excluídas todas as normas que dizem respeito às provas que tenham por finalidade a atuação de valores estranhos ao processo),¹⁴ é a experiência concreta de muitos ordenamentos – e não somente daqueles de *common law* aos quais Stein limita sua própria análise – que demonstra o contrário. À parte convenções definidoras discutíveis, como aquelas de que se serve Stein, é claro que em todos os ordenamentos processuais há normas que influem na disciplina das provas, fazendo prevalecer razões não epistêmicas ou contra-epistêmicas (determinadas por escolhas ideológicas em sentido lato) sobre regras e métodos que seriam epistemologicamente válidos; já que funcionais à apuração da verdade.¹⁵ O problema, então, é estabelecer como resolve-se o conflito entre regras epistêmicas e regras probatórias contraepistêmicas, ou seja, estabelecer quando a exigência de apurar a verdade pode ser colocada à parte em nome da tutela de valores não epistêmicos que entrem em contraste com tal exigência.¹⁶

Se, por exemplo, julgar-se que a função do processo termina com a celebração de um ritual com o fim de legitimar a solução de uma controvérsia

¹² Para um exemplo de análise econômica do processo cfr. BONE, 2003.

¹³ Nesse sentido cfr. STEIN, 2005: 11, 39, 48 e *passim*.

¹⁴ Cfr. STEIN, *op. cit.*: 25. Desse modo, o argumento de Stein torna-se circular: se forem excluídas da *law of evidence* as normas que incidem na disciplina das provas (porque realiza valores contrastantes com os epistêmicos), resulta automaticamente verdadeiro que as escolhas de *political morality* ocupam o espaço não coberto por critérios epistêmicos, não dizendo respeito à *law of evidence*.

¹⁵ A propósito, v., em particular, DAMAŠKA, 2003a: 117; CAVALLONE, *op. cit.*: 948.

¹⁶ Sobre o conflito entre valores epistêmicos e valores não epistêmicos cfr. amplamente LAUDAN, *op. cit.*: 3, 213.

⁵ Nessa coleção v. por último AMORETTI e MARSONET (orgs.), 2007.

⁶ Cfr. ROBERTS, 2007: 42.

⁷ Cfr. em particular ALLEN e LEITER, 2001: 1492.

⁸ A propósito, cfr., em particular, GASCÓN ABELLÁN, 1999: 550.

⁹ Cfr. GOLDMAN, 1986: 21.

¹⁰ V. *supra*, Cap. III, item 4 e TARUFFO, 2002b: 219.

¹¹ Cfr. DAMAŠKA, 2003: 175, que reita a consequência de que métodos epistemicamente ideais podem não ser adequados no contexto do processo.

em um contexto social e cultural específico, disso resulta uma desvalorização ou um completo apagamento da dimensão epistêmica do processo, em particular se naquele contexto a apuração da verdade dos fatos não tiver valor algum.¹⁷ Analogamente, se se julgar que a função do processo termina com o desenvolvimento de uma competição procedimentalmente correta entre os indivíduos privados, a busca da verdade parecerá uma coisa estranha e insignificante no que tange à dinâmica do livre confronto entre as partes.¹⁸ Ainda, se se sustentar que o escopo do processo é exclusivamente colocar *de qualquer modo* fim à controvérsia, não sendo relevante a qualidade da decisão que conclui o procedimento, a busca da verdade parecerá irrelevante, ou até mesmo contraproducente.¹⁹

Se a tensão se resolver em favor de uma dessas ideologias do processo, a óbvia consequência será de que se anulará ou se descuidará da função epistêmica do processo; na melhor das hipóteses essa resultará limitada e diversamente modelada em função daquilo que se julga oportuno para a ideologia adotada.²⁰

Em alguns sentidos, nisso não há qualquer coisa estranha. Mesmo a pesquisa científica, que pode ser considerada como o modelo ideal de atividade epistêmica, pode encontrar limitações que derivam da necessidade de realizar valores aos quais se atribui prevalência, como aqueles que dizem respeito à dignidade e à liberdade do homem ou à tutela da vida.²¹ Então, o problema não é de se excluir em absoluto qualquer limite ou condicionamento à busca da verdade no âmbito do processo. Trata-se, mais do que isso, de valorar quais limites e condicionamentos justificam-se e quais, ao invés disso, além de serem epistemologicamente contraindicados, são também carentes de justificativa ideológica aceitável.

Por outro lado, é oportuno considerar não somente que existe uma ampla variedade de sistemas judiciais e modelos processuais,²² mas também que diversas ideologias agiram (e ainda agem) no sentido de condicionar a disciplina normativa e as modalidades de funcionamento concreto dos diferentes sistemas probatórios. Poder-se-ia dizer que cada ordenamento processual constituiu um contexto particular com suas regras, seus mecanismos e seus valores,

¹⁷ V. *supra*, Cap. III, item 4.1.

¹⁸ Cfr. DAMAŠKA, 2003: *loc. cit.*

¹⁹ Sobre essas concepções do processo v. mais amplamente *supra*, Cap. III, item 4.2.

²⁰ Nesse sentido cfr., por exemplo, HAACK, 2004: 49, que reconhece que o sistema *adversarial* norte-americano é epistemologicamente criticável, mas acaba por afirmar que esse um método prático para resolver controvérsias. Analogamente DAMAŠKA, *op. cit.*: 150.

²¹ Cfr. LYNCH, 2004: 45.

²² A existência dessa variedade, da qual dar-se-ão exemplos em seguida, assinala um limite muito forte à validade de teses que – como a de Stein, a que se fez referência anteriormente – são construídas *a priori* com base em um só sistema de normas relativas às provas.

de modo que a análise deveria ser posta no âmbito de cada sistema particular, moldando-se a esse, e, no máximo, verificando sua coerência interna. De tal modo adotar-se-ia uma perspectiva relativista em função da qual cada sistema processual faria história por si só, justificando-se em modo autorreferencial.²³ Consequentemente, nenhum ordenamento poderia ser considerado melhor ou pior do que qualquer outro. Se um ou mais sistemas processuais fossem epistemicamente inadequados ou ineficazes (ou até mesmo se não incluísem a busca da verdade dos fatos entre seus escopos) isso seria totalmente irrelevante. Cada ordenamento processual encontraria, de fato, em si mesmo (e somente em si mesmo) sua própria justificação. Se prevalecesse, como acontece nos Estados Unidos, uma ideologia do *exceptionalism*,²⁴ em função da qual um particular ordenamento processual (no caso o norte-americano) seria *exceptional* – e, portanto, impassível de comparação com qualquer outro, nem de valoração em sentido positivo ou negativo segundo algum critério de avaliação – isso seria suficiente para bloquear o caminho a qualquer perspectiva comparatista e, particularmente, a toda e qualquer consideração crítica.

Como acontece com as versões radicais do multiculturalismo,²⁵ essa forma de relativismo processual acaba, por um lado, por eliminar qualquer confronto entre diferentes sistemas de cultura, e, por outro, por produzir consequências paradoxais. Por exemplo, derivaria disso a impossibilidade de estabelecer-se se um sistema probatório fundado nos ordálios seria pior do que um sistema fundado em provas racionais,²⁶ ou se seria impossível preferir um processo rápido e eficiente a um lento e complicado. Em particular, restaria impossível exprimir uma preferência por um processo orientado à descoberta da verdade em detrimento de um processo ineficiente no que tange à apuração dos fatos relevantes para a decisão. É claro, pelo contrário, que a análise comparatista, integrada com a análise histórica, não só é plenamente legítima, mas também resulta muito frutuosa inclusive no plano do confronto e da valoração dos diversos sistemas processuais sob o perfil das modalidades com que desempenham suas funções. Acima de tudo, é a análise epistemológica que consente afrontar os diversos sistemas probatórios sob o perfil de sua maior ou menor eficiência para a apuração da verdade.²⁷

²³ Nesse sentido v., p. ex., CAVALLONE, *op. cit.*: 949.

²⁴ A propósito do *American Exceptionalism* com referência aos métodos de resolução das controvérsias cfr. em particular CHASE, 2005: 47, 54, 87, 103; CHASE, 2002: 277; MARCUS, 2005: 709.

²⁵ Na vasta literatura sobre o tema cfr. em particular os artigos recolhidos no volume GALLI, 2006.

²⁶ A propósito v. *supra*, Cap. I, item 2. Sobre a ausência de diferenças entre os dois sistemas ver CAVALLONE, *op. cit.*: 950, 973.

²⁷ Cfr. GASCON ABELLÁN, *op. cit.*, *loc. cit.*

2. A SELEÇÃO DAS PROVAS

Em todo e qualquer procedimento de caráter epistêmico tem importância decisiva o método, ou seja, o conjunto das modalidades com que são selecionadas, controladas e utilizadas as informações que servem para demonstrar a veracidade das conclusões. No âmbito do processo isso equivale a fazer referência sobretudo às regras que disciplinam a produção das provas e sua utilização, ou seja, ao «*direito das provas*» e à equivalente noção anglo-americana da *law of evidence*.²⁸ Essas noções são aqui usadas em sentido geral e amplo, fazendo referência a todas as normas, de qualquer origem e natureza, que direta ou indiretamente se ocupam do fenômeno probatório.²⁹ Também o termo «*prova*» é aqui usado em um significado amplo, capaz de abrigar todo e qualquer gênero de dados cognoscitivos, de procedimento ou de meio que produz informações passíveis de utilização para a apuração da verdade dos fatos.³⁰

Isso consente que se deixe de lado, desde já, um problema de que por vezes tem-se ocupado a doutrina, qual seja, de determinar se no processo podem ser empregadas somente as provas assim chamadas «*típicas*» ou «*nominais*» (ou seja, previstas e disciplinadas expressamente na lei), ou se também as provas «*atípicas*» ou «*inominadas*» (assim chamadas porque delas a lei não se ocupa). No processo civil o problema é resolvido, pela doutrina dominante e pela jurisprudência, no sentido da admissibilidade das provas atípicas, mesmo que com algumas limitações.³¹ Tendência análoga vem se afirmando também no processo administrativo;³² já no processo penal, o problema é resolvido explicitamente pelo art. 189, que admite o emprego de provas atípicas desde que idôneas «*a assegurar a apuração dos fatos*» e com a condição de que não prejudiquem a liberdade moral da pessoa.³³ A tese segundo a qual seriam admissíveis somente as provas expressamente reguladas pela lei é criticável

²⁸ As normas sobre as provas, de fato, são um objeto natural de estudo em perspectiva epistemológica, visto que dizem respeito ao procedimento com que se apuram os fatos no processo. Cfr. ALLEN e LEITER, *op. cit.*: 1498.

²⁹ Não parece convincente, e não é aqui acolhida, a definição restritiva da *law of evidence* recentemente proposta por STEIN, *op. cit.*: 25, segundo a qual nessa não estariam contidas as normas que se ocupam indiretamente das provas, com o escopo de colocar em prática valores extraprocessuais. Essa concepção é contrariada por todos os manuais anglo-americanos de *evidence* (que se ocupam também dessas normas); implica que não se levem em consideração normas que, todavia, ocupam-se das provas – frequentemente prevenido sua exclusão – e que, portanto, determinam as modalidades com que os fatos podem ser apurados em juízo.

³⁰ Para um exame mais analítico das tipologias probatórias, bem como para um uso mais preciso e rigoroso da relativa terminologia, cfr. TARUFFO, 1992: 425.

³¹ Sobre o tema v., por todos, e para ulteriores referências, RICCI, 1999: especialmente 227, 459. Em sentido crítico v. por último CAVALLONE, *op. cit.*: 958.

³² Cfr. D'ANGELO, 2008.

³³ Sobre o art. 189 do Código de Processo Penal italiano cfr. referências de doutrina e de jurisprudência em CONSO e GREVI, 2005: 531. Cfr. ainda RICCI, *op. cit.*: 74 e ss., 525 e ss.

sob vários aspectos,³⁴ sendo, não por acaso, rejeitada pela jurisprudência, que utiliza regularmente as provas atípicas.³⁵ Essa tese, sem mencionar outras razões, teria também o insuperável inconveniente de bloquear o caminho do processo às numerosas provas que o progresso científico e tecnológico colocam à disposição,³⁶ consentindo uma apuração mais completa e confiável da verdade, mesmo antes que o legislador – cedo ou tarde – dê-se conta da necessidade de prevê-las como normas expressas. Desse modo, por exemplo, o teste de DNA continuaria a ser inutilizável como prova, somente por não ter o legislador agido no sentido de declará-lo admissível com uma norma específica.

A exclusão das provas atípicas é, de qualquer modo, inaceitável, sobretudo sob a perspectiva epistêmica:³⁷ nenhum historiador ou cientista, de fato, recusar-se-ia a levar em consideração um dado cognoscitivo ou uma informação útil somente por não existir uma regra expressa que consinta tal uso.

2.1 O princípio da relevância

Um princípio epistêmico bastante óbvio aponta no sentido de que se se trata de apurar a verdade de um enunciado, deve-se poder utilizar de todas as informações úteis a esse escopo.³⁸ É evidente, na verdade, que toda e qualquer decisão que tende a apurar a verdade deve ser *evidence responsive*: isto é, deve fundar-se nas provas disponíveis.³⁹ Trata-se de uma aplicação do *total evidence principle*, segundo o qual a racionalidade de um convencimento deve fundar-

³⁴ Não parece convincente a opinião esposada recentemente por CARRATTA (v. CARRATTA, 2003: 52), segundo a qual a admissão das provas atípicas violaria o princípio da reserva da lei introduzido em 1999 no art. 111 *comma 1* da Constituição italiana. Segundo Carratta, o fato de a norma referir-se ao justo processo «*regulado pela lei*» excluiria a discricionariedade do legislador na regulação das modalidades do método instrutório (ivi: 53) e impediria o juiz de utilizar provas não previstas pela lei. Pode-se até concordar com o fato do juiz do rito ordinário não ser livre para utilizar outros métodos instrutórios, mas não há razão para se retirar da reserva de lei em questão a consequência de que o juiz não possa possuir poderes discricionários em matéria de provas. Em particular, a ideia de que o juiz não poderia utilizar as provas atípicas porque não são previstas em lei parece ditada por uma espécie de *horror vacui*, segundo o qual somente aquilo que é expressamente regulado pode existir no processo. Ao contrário, como se vê adiante no texto, a configuração apropriada do problema é de que tudo o que é relevante pode ser utilizado como prova, com a exclusão somente das provas que a lei declara inadmissíveis. Recorde-se, de resto, que o critério de relevância é previsto pela lei processual, e que, portanto, sua aplicação coerente não pode violar qualquer reserva de lei. Em sentido análogo cfr. D'ANGELO, *op. cit.*: 224.

³⁵ Para uma crítica à situação de confusão que caracterizaria o problema das provas atípicas v. por último CAVALLONE, *op. cit.*: 958.

³⁶ Sobre o emprego probatório do conhecimento científico, v. *infra*. Cap. V, item 3.3.

³⁷ Analogamente cfr. GASCÓN ABEILLÁN, *op. cit.*: 129.

³⁸ Cfr. GASCÓN ABEILLÁN, *op. cit.*: 128 e ss.

³⁹ Cfr. GOLDMAN, *op. cit.*: 283.

se – justamente – em todos os dados cognoscitivos existentes,⁴⁰ ou do análogo critério de *comprehensiveness*, ou ainda de *completeness*, pelo qual as provas que fundam uma afirmação devem ser completas.⁴¹ É claro que, de fato, se existem informações úteis que não são obtidas, sobre as quais, portanto, nada se sabe (a não ser que *poderiam* contribuir para apurar a verdade), a descoberta da verdade torna-se mais difícil, incerta, e, talvez, impossível. Possui um significado análogo o *truth-in-evidence* de que fala Alvin Goldman,⁴² em função do qual a disponibilidade de um amplo conjunto de provas, em geral, indica melhor a veracidade de uma hipótese do que um conjunto de provas mais limitado. Por outro lado, se o objetivo perseguido for somente a resolução dos conflitos, como acontece no âmbito de algumas ideologias do processo, *ter-se-á preocupação menor com a precisão da apuração dos fatos, que «se manifesta sobretudo através de formas de relativa indiferença à completude do material probatório apresentado ao juiz».*⁴⁴

Em sentido contrário ao princípio epistemológico de completude das informações não vale invocar (como faz, por exemplo, Alex Stein)⁴⁵ razões de caráter econômico, segundo as quais informações úteis não deveriam ser obtidas se seu custo não fosse vantajoso. Pode até ocorrer, na verdade, que na prática razões econômicas impeçam a obtenção de uma informação útil, mas isso se traduz, ainda assim, em um limite à descoberta da verdade. Vale a pena precisar que a análise aqui desenvolvida, orientada em perspectiva epistêmica, não abordará – salvo referências ocasionais – os aspectos econômicos do fenômeno probatório, com base na regra segundo a qual todos os valores que de um modo ou de outro podem entrar em conflito com a busca da verdade são estranhos à dimensão epistêmica.⁴⁶ Entre as razões que justificam a não consideração das poucas análises econômicas do problema das provas pode-se referir o fato de que essas tenham tido por objeto somente a *law of evidence* norte-americana,⁴⁷ sem produzir resultados úteis em um plano geral. Acima de tudo, entretanto, deve-se dizer que essas análises empregam frequentemente modelos abstratos (tão distantes da realidade que resultam descritivamente inadequados),⁴⁸ fundam-se em quantificações hipotéticas e impróprias e

⁴⁰ Cf. GOLDMAN, *op. cit.*: 204. Em sentido análogo cf. também LAUDAN, *op. cit.*: 121.

⁴¹ Cf. HAACK, *op. cit.*: 46, 56; HAACK, 1995: 87.

⁴² *Op. cit.*: 144, 293.

⁴³ V. *supra*, Cap. III, item 4.2.

⁴⁴ Nesse sentido cf. DAMASKA, *op. cit.*: 165.

⁴⁵ Cf. STEIN, *op. cit.*: 1, 5, 8 e *passim*.

⁴⁶ Cf. GOLDMAN, *op. cit.*: 284.

⁴⁷ Cf. em particular o estudo que se apresenta como o mais importante e exauriente, qual seja, POSNER, 1999: 1447.

⁴⁸ O caso mais evidente é o de POSNER, *op. cit.*: 1487, que pretende confrontar um modelo *inquisitorial* em que somente o juiz obtém as provas e faltam as partes com um modelo *adversarial* que se baseia exclusivamente no júri. Nenhum dos dois modelos corresponde a qualquer realidade, de modo que os analisar é tarefa totalmente inútil.

ignoram a incidência de regras sociais, de tendências culturais e de valores epistêmicos – seja sobre a formulação das normas relativas às provas, seja sobre sua aplicação.⁴⁹

No contexto do processo as regras epistêmicas há pouco lembradas encontram um claro equivalente no *princípio da relevância*, segundo o qual todas as provas potencialmente úteis para a apuração da verdade dos fatos deveriam ser admitidas em juízo. A propósito, observe-se que a relevância de uma prova não é questão de grau: uma prova é relevante ou não o é.⁵⁰

Tradicionalmente atribui-se a esse princípio uma função de economia processual (*frustra probatur quod probatum non relevat*), já que sua aplicação evitaria o desenvolvimento de atividades processuais inúteis. Nesse sentido a referência à economia processual é sensata por pelo menos duas razões: porque aqui se trata de economia *processual* (e não simplesmente de economia de despesas) e, sobretudo, porque o princípio em questão implica a eliminação preliminar de provas que, de qualquer modo, não seriam úteis para a apuração dos fatos, não provocando, portanto, qualquer limitação à obtenção das informações que servem para a apuração da verdade.⁵¹

Essa justificativa *latro sensu* econômica vale para aquela que poderia ser definida como *função exclusiva* do princípio da relevância, com base na qual esse serve para determinar a exclusão das provas não relevantes (conforme expressamente previsto, por exemplo, na *Rule 402* das *Federal Rules of Evidence* estadunidenses).⁵² Há, porém, uma justificativa não econômica, mas epistêmica, para a *função inclusiva* do princípio da relevância,⁵³ em virtude da qual nenhuma prova potencialmente útil deveria ser excluída, e todas as provas potencialmente úteis deveriam ser admitidas. Essa justificativa pode ser intuitiva facilmente: a exclusão de informações úteis viciaria *ab origine* todo e qualquer procedimento epistêmico; o único modo para maximizar a confiabilidade dos resultados de tal procedimento consiste no emprego adequado de todos os elementos de conhecimento disponíveis. A propósito, frise-se que uma limitação ou uma detrogação importante ao princípio *inclusivo* da relevância pode derivar da estrutura do processo; no processo *adversarial*, de fato,

⁴⁹ Para essas críticas cf. em particular SHAPIRA, 1998: 1607. Em sentido claramente crítico para com as análises econômicas do sistema probatório cf. também ALLEN e LETTER, *op. cit.*: 1511.

⁵⁰ Cf., p. ex., ROBERTS e ZUCKERMAN, 2004: 99.

⁵¹ Em linhas gerais sobre o conceito de relevância e sobre a sua função cf. por último, *inclusively* para ulteriores referências, FERRER BELTRÁN, 2007: 68. V., ainda, TARUFFO, 1992: 337; TARUFFO, 1970; COMOGUO, 1980: 198; COMOGUO, 2004: 124.

⁵² Sobre essa norma cf. GRAHAM, 2003: 105 e s.; SAUTZBURG, MARTIN e CAPRA 2002: 402.

⁵³ Sobre a função inclusiva do princípio da relevância v. mais amplamente TARUFFO, 1992: 341 e ss.

a preponderância do controle das partes implica uma menor preocupação com a completude das informações que servem para a apuração dos fatos.⁵⁴

Naturalmente o conceito de utilidade não é aqui compreendido em sentido meramente econômico: uma informação é epistemicamente útil se parece idônea a fornecer elementos de conhecimento que digam respeito, direta ou indiretamente, aos fatos da causa, e não se traz vantagens proporcionais aos custos para sua descoberta e obtenção.⁵⁵ É com base em considerações desse gênero que o princípio da relevância faz-se presente, como critério fundamental de seleção de todas as provas admissíveis, em todos os ordenamentos processuais; é precisamente formulado na *Rule 401* das *Federal Rules of Evidence* estadunidenses, que prevê que é relevante a prova que tem «any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence».⁵⁶

Ainda sob o prisma epistêmico, pode-se pensar somente em uma atenuação «econômica» racional ao princípio de relevância compreendido em seu significado inclusivo. Pode-se excluir, assim, a produção de uma prova que isoladamente considerada é relevante, quando restar evidente que essa resultará supérflua porque redundante, ou seja, se quando produzida não fizer outra coisa senão produzir ulteriores elementos de confirmação de conclusões já alcançadas e adequadamente justificadas por outras provas. A prova supérflua é inútil porque não acrescenta novidade alguma àquilo que já se conhece; portanto, as atividades necessárias para sua produção não são oportunas. Esse critério pode ser aplicado, por exemplo, para interpretar corretamente o art. 209 do Código de Processo Civil italiano, que permite que o juiz exclua a produção de provas já admitidas quando a julgar supérflua, com base nas provas já produzidas.⁵⁷ Esse é utilizado pela *Rule 403* das *Federal Rules of Evidence* norte-americanas, na qual se confere ao juiz o poder de excluir provas que pareçam puramente *cumulative*.⁵⁸ O critério em questão é, todavia, interpretado de modo epistemicamente correto: é claro, de fato, que

⁵⁴ Nesse sentido cfr. DAMASKA, *op. cit.*: 174 e ss.

⁵⁵ Nesse sentido ver STEIN, *op. cit.*: 2, 8. O que Stein não esclarece, todavia, é como seria possível comparar entidades essencialmente diferentes como o custo econômico de uma informação e seu valor cognoscitivo. Pode tratar-se, no máximo, de um critério prático muito genérico, mas resta, de qualquer modo, o fato de que a consideração do custo econômico ligar-se-ia não ao valor cognoscitivo da informação (que não se conhece enquanto essa não for obtida), mas eventualmente ao *deficit* de conhecimento que sua exclusão comportaria.

⁵⁶ Na ampla literatura sobre o tema cfr. em particular GRAMM, *op. cit.*: 87 e ss.; ROTHSTEIN, RAEDER e CRUMM, 2003: 58; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: 401-4.

⁵⁷ Cfr. nesse sentido TARUFFO, 1992: 347; TARUFFO, 1970: 71; COMOLIO, 1980: 200 e ss. Para orientações menos rigorosas surgidas na doutrina e na jurisprudência v. referências em CARPI e TARUFFO, 2006: 650.

⁵⁸ A propósito cfr. em particular SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: 403-36.

uma prova que verte sobre o mesmo fato objeto de outras provas, mas que visa a contrariar aquilo que resultou dessas (ou que visa a fornecer elementos para uma reconstrução diferente daquele fato), não é de modo algum supérflua ou redundante, não podendo, pois, ser considerada inútil. Essa poderia, pelo contrário, trazer relevantes elementos de conhecimento e de apuração dos fatos, não devendo, pois, ser excluída.

Parecem, entretanto, discutíveis outros critérios econômicos *lato sensu* que por vezes são utilizados com o fim de limitar a aplicação do princípio inclusivo da relevância, ou seja, com o fim de excluir a produção de provas que seriam, todavia, úteis para a apuração dos fatos. O caso mais interessante é representado justamente pela *Rule 403* há pouco mencionada, na parte em que essa admite que o juiz exclua uma prova relevante não somente quando essa parecer *cumulative*, mas também *by consideration of undue delay e waste of time*. Em substância, atribui-se ao juiz um poder largamente discricionário,⁵⁹ não ancorado nem mesmo em uma valorização comparativa entre os inconvenientes que a produção de uma prova comportaria e as vantagens que essa geraria em termos de apuração da verdade (de excluir provas relevantes por razões que dizem respeito unicamente à eficiência do processo). Depende, por conseguinte, somente da prudência do juiz a eventualidade de que, por essas razões, não sejam excluídas provas potencialmente decisivas para a descoberta da verdade,⁶⁰ mas resta válida a consideração de que, em todo caso, a exclusão de provas relevantes implica um *deficit* nos elementos de conhecimento úteis para uma apuração verídica dos fatos.⁶¹

2.2 A exclusão das provas relevantes

Em um procedimento epistêmico ideal, o princípio da relevância seria muito provavelmente suficiente para determinar quais informações seriam excluídas e quais seriam obtidas com o escopo de maximizar a eficácia de tal procedimento na obtenção de conclusões verídicas. Parece claro, de fato, que nenhuma regra ulterior seria necessária em um sistema *truth-driven*,⁶² no qual,

⁵⁹ Sobre o emprego dessa discricionariedade, e em particular sobre o *abuse of discretion* a que essa pode dar lugar, cfr. o amplo leque de casos citados em SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: 403-9.

⁶⁰ Segundo GRAMM, *op. cit.*: 107, esse poder deveria ser usado *sparingly* (tratando-se de um *extraordinary remedy*) somente em exceções das partes e desde que a parte que produzira a prova pudesse demonstrar a existência de boas razões para que essa não fosse excluída.

⁶¹ Dentro desses limites, e com referência à *Rule 403*, tem parcial razão STEIN, *op. cit.*: 155, ao dizer que a *law of evidence* norte-americana parece orientada, mais do que no sentido da busca da verdade, no da finalidade de *cost-efficiency*. A tese de Stein, por outro lado, não pode ser aceita no ponto em que ele afirma que a *cost-efficiency* é e deve ser um critério geral imprescindível em qualquer disciplina das provas.

⁶² Cfr. LAUDAN, *op. cit.*: 121.

aliás, «every rule that leads to the exclusion of relevant evidence is epistemically suspect».⁶³

Esses princípios de caráter epistêmico são lembrados também no contexto do processo. Existe, de resto, uma tradição que remonta a Jeremy Bentham, segundo o qual «evidence is the basis of justice: to exclude evidence is to exclude justice».⁶⁴ Bentham criticava asperamente a complicação e o formalismo da *law of evidence* inglesa de seu tempo, constituída por um conjunto complicado e pouco racional de regras que iam principalmente no sentido de excluir provas relevantes. Segundo Bentham, entretanto, a disciplina jurídica das provas poderia ser reduzida vantajosamente ao princípio segundo o qual toda e qualquer prova relevante deveria, por isso mesmo, ser considerada admissível.⁶⁵ Desse modo, ele antecipava o princípio epistêmico de complexidade dos elementos de conhecimento, mencionado acima. Seu pensamento foi criticado também com a observação de que, mesmo se se admitissem todos os dados de conhecimento, isso não garantiria a descoberta da verdade.⁶⁶ Isso provavelmente é verdade, mas é também verdade que excluir a possibilidade de se utilizar de provas relevantes é um modo seguro para se eliminar a possibilidade de descobri-la.

Não obstante o claro fundamento epistêmico desses princípios, numerosos ordenamentos processuais, tanto no passado como atualmente, não os aplicaram rigorosamente, introduzindo, ao invés disso, disciplinas jurídicas das provas frequentemente muito complexas e articuladas em numerosas previsões normativas.⁶⁷ Não é possível desenvolver aqui uma análise adequada desses sistemas normativos, mesmo porque esses são muito diferentes um do outro. E, todavia, oportuno levar em consideração alguns exemplos, seja para frisar como diferentes ordenamentos (mesmo no interior da mesma «família» processual) seguem orientações diferentes, seja para verificar de que modos as normas que regulam a admissão das provas relacionam-se com a função epistêmica do processo.

As normas que dizem respeito à seleção preliminar das provas dizem respeito — também no campo da linguagem legislativa — à *admissibilidade* das

⁶³ Cfr. LAUDAN, *op. cit.*: 19. Analogamente, cfr. GOLDMAN, *op. cit.*: 292.

⁶⁴ Cfr. BENTHAM, [1827]: 490; LAUDAN, *op. cit.*: 171. No mesmo sentido cfr. Também FERRER BELTRÁN, *op. cit.*: 70; TARUFFO, 1992: 337.

⁶⁵ A tese «abolitionist» que remonta a Bentham foi criticada por STEIN, *op. cit.*: 108 e ss., por diversas razões. Uma delas é que Stein não compartilha da ideia de Bentham (segunda também nessas páginas) que afirma que a correção das decisões sobre os fatos seria uma finalidade essencial do processo (v. *ibidem*: 113). Outra razão é que Stein (*ibidem*: 109) teme a tirania dos juízes que teria espaço em um sistema probatório não rigorosamente governado por regras de exclusão. Ambas as razões são fortemente discutíveis, e, de resto, Stein não se preocupa em motivá-las, fazendo não mais do que uma demonstração de fé apodítica.

⁶⁶ Nesse sentido cfr. HAACK, *op. cit.*: 58.

⁶⁷ Sobre o tema cfr. GASCON ABBELLÁN, *op. cit.*: 130; CAVALLONE, *op. cit.*: 948.

provas; trata-se, em realidade, de *regras de exclusão* de provas que, na falta de tais regras, seriam admitidas, por serem relevantes.⁶⁸ Com efeito, conforme visto, todas as provas relevantes deveriam ser admitidas, salvo se — pode-se agora acrescentar — uma prova relevante devesse ser excluída com base em uma norma específica que assim previsse. A regra fundamental, aplicada com prioridade lógica, é a que faz com que a relevância determine a admissibilidade de uma prova; as exceções a essa regra são as normas que preveem a *inadmissibilidade* de provas relevantes.⁶⁹

Em linhas gerais, as regras de exclusão das provas podem ser divididas em duas grandes categorias, de acordo com a função a que se destinam: a primeira categoria inclui normas que visam a desempenhar, de maneira exclusiva ou não, uma função epistêmica.⁷⁰ Essas parecem ter o fim de prevenir ou evitar erros ou incompreensões na determinação do valor de determinadas provas, por parte do sujeito ou do órgão que deve formular a decisão final sobre os fatos. É claro que a prevenção de erros de valoração é um aspecto importante de qualquer procedimento orientado à descoberta da verdade. A segunda categoria inclui normas de exclusão que não têm qualquer finalidade epistêmica, visto que não visam a favorecer a descoberta da verdade; são destinadas a que se alcancem fins de outra natureza (mais ou menos relevantes, de acordo com o caso), mas nada tem a ver com a correta apuração dos fatos. Essas normas, todavia, condicionam diretamente a apuração dos fatos, já que limitam ou impedem de vários modos a produção de provas relevantes; portanto, têm uma clara incidência negativa na perspectiva da função epistêmica do processo.

a) A categoria das normas caracterizadas por algumas finalidades epistêmicas inclui inúmeras regras de conteúdo bastante variável, já que os diferentes ordenamentos assumem posturas muito diferenciadas quanto à exclusão de provas declaradas inadmissíveis com o escopo de que se evitem erros em sua valoração. Basta que se recorde um exemplo particularmente significativo.

Uma primeira hipótese é constituída pelas normas que, principalmente no ordenamento francês (mas também — por derivação histórica — no italiano), excluem a prova testemunhal dos contratos de valor superior a certo montante, dos termos aditivos ou contrárias ao conteúdo de um contrato, dos contratos para os quais a lei requer prova escrita, e dos contratos para cuja existência ou validade a lei requer forma escrita. Essas normas têm origem histórica que remonta à época em que, por várias razões (sobretudo pela difusão da escrita e pelo surgimento da profissão notarial), a máxima *litteres passent témoinis* impõe-se, e a prova escrita configura-se mais segura, mais fácil de conservar e, portanto, mais apta a conferir — mesmo com a passagem do tempo — uma

⁶⁸ Cfr. FERRER BELTRÁN, *op. cit.*: 77; TARUFFO, 1992: 337.

⁶⁹ Nesse sentido cfr., p. ex., ROBERTS e ZUCKERMAN, *op. cit.*: 96.

⁷⁰ Cfr. ALLEN e LETTER, *op. cit.*: 1500; GOLDMAN, *op. cit.*: 293.

demonstração verídica do contrato documentado.⁷¹ Com base nessa tradição histórica, e principalmente por um efeito de imitação do sistema francês, essas normas passaram primeiro ao Código Civil italiano de 1865 e, posteriormente, aos artigos 2721 e ss. do Código Civil italiano atual.⁷² Em realidade a superioridade epistêmica do documento em relação à prova é *in re ipsa*, pelas óbvias razões recentemente assinaladas, mas por si só não implicaria de fato uma proibição de provar-se um contrato com testemunhas: não por acaso, de fato, tal proibição não existe nos diversos ordenamentos de *civil law* e de *common law*.⁷³ Parecendo típica dos sistemas de tradição francesa. Em realidade, o que essas normas visam a evitar não é que se faça prova testemunhal de um contrato (o que na realidade ocorre em todos os casos não previstos por elas, e ainda quando for impossível fornecer a prova escrita, com base nos arts. 2724 e 2725 do Código Civil italiano), mas sim que, ao mesmo tempo, produzam-se de um mesmo contrato provas escritas e provas testemunhais, criando-se assim problemas de valoração comparativa dessas provas. Com o fim de evitar o embaraço do juiz em situações desse tipo, torna-se absoluta a natural eficácia demonstrativa de um documento, impedindo-se até que sobre o mesmo objeto sejam produzidas outras provas – em particular, provas testemunhais. Essas normas são o resultado de uma tradição histórica remota, merecendo uma revisão radical.⁷⁴ Em todo caso, não parece que se possa deduzir daí a existência, no sistema probatório italiano, de um princípio equivalente à *Best Evidence Rule* americana (que – aliás – não existe mais),⁷⁵ que determinaria a

preferência pela «*melhor prova*».⁷⁶ Por um lado, de fato, é verdade – ainda que absolutamente banal – que é preferível que se usem provas seguras e confiáveis a provas dúbias e pouco confiáveis: a propósito, não há qualquer necessidade de que se formulem princípios, sendo mais do que suficiente o senso comum. Por outro lado, a circunstância de que o legislador italiano continue (talvez mais por inércia do que por escolha consciente) a formalizar as proibições referidas não demonstra que o sistema probatório italiano seja estruturado de acordo com uma hierarquia qualitativa dos meios de prova, baseada em sua eficácia na demonstração dos fatos. Poder-se-ia, aliás, argumentar em sentido contrário, partindo da natureza contraepistêmica das provas legais,⁷⁷ que ainda possuem considerável importância no ordenamento italiano.

A preocupação do legislador de evitar problemas de valoração do teste-munho exprime-se também em outras normas, como aquelas que excluem o testemunho de quem não tem uma determinada idade ou de quem tem relações de matrimônio ou de parentesco com uma das partes.⁷⁸ Em diversos outros casos, de resto, o legislador preocupou-se em esclarecer quais testemunhas «*suspeitas*» podem ser indicadas ao juiz, assinalando-as como pouco confiáveis.⁷⁹ O exemplo limite dessa preocupação é uma norma que representa muito provavelmente um *unicum* no panorama comparatista da matéria, ou seja, o art. 246 do Código de Processo Civil italiano. A norma prevê a incapacidade de testemunhar daqueles que seriam legitimados a intervir na causa, estendendo a esses sujeitos (que são partes meramente eventuais) a exclusão do testemunho que vale para as partes efetivas.⁸⁰ A *ratio* dessa norma parece consistir, assim como a proibição de testemunho das partes, em evitar que o juiz depreenda-se com o dever de valorar a credibilidade de sujeitos que, em razão de seus interesses – atuais ou meramente eventuais – na causa, estariam inclinados a não dizer a verdade.⁸¹ É fácil ver, entretanto, que se trata de uma justificativa extremamente fraca: vários ordenamentos, mesmo de *civil law*, admitem formas de testemunhos das partes efetivas (como no caso da *Partei-vernehmung* alemã); o testemunho das partes é há muito tempo admitido nos ordenamentos de *common law*.⁸² Nesses ordenamentos, obviamente, o legis-

⁷⁶ Assim, pelo contrário, FERRARI, *op. cit.*: 187, 269.

⁷⁷ Sobre as quais v. *infra*, item 4.

⁷⁸ No ordenamento italiano tratava-se dos arts. 247 e 248 do Código de Processo Civil, declarados posteriormente inconstitucionais por estarem em contraste com o direito à prova. Sobre o tema v. mais amplamente TARUFFO, *op. cit.*: 740.

⁷⁹ Trata-se da fórmula, também aqui iniciando o modelo francês, utilizada pelo art. 237 do Código de Processo Civil italiano de 1865: *cf.* TARUFFO, *op. cit.*: 736, e, em particular, DITTRICH, 2000: 170.

⁸⁰ Para um exame analítico dos problemas interpretativos postos a partir dessa norma *cf.* DITTRICH, *op. cit.*: 315; COMOGUO, *op. cit.*: 442; TARUFFO, *op. cit.*: 737.

⁸¹ *Cf.* COMOGUO, 1976: 57.

⁸² Para um amplo exame histórico e comparado das hipóteses de testemunho das partes é ainda atual CAPPELLUCCI, 1962: parte II. Uma tentativa de admitir o testemunho das partes no

⁷¹ Sobre a origem dessas normas v. mais amplamente TARUFFO, 1988: 741; COMOGUO, 2004: 429.

⁷² Para um exame analítico das normas em questão *cf.* p. ex. COMOGUO, *op. cit.*: 429, 433; TARUFFO, *op. cit.*: 743. Sobre o tema *cf.* também FERRARI, 2004: 203.

⁷³ No ordenamento federal estadunidense, por exemplo, não há regras probatórias relativas à forma da prova dos contratos. A tradicional *Best evidence Rule* (sobre a qual v. FERRI, *op. cit.*: 7, 44) foi há tempos abandonada; a atual *Rule 1002* das *Federal Rules of Evidence* – na qual se percebe (de maneira imprópria, entretanto, segundo GRAHAM, *op. cit.*: 572) um resíduo daquela regra – limita-se a prever que se o conteúdo de um documento, de uma gravação ou de uma fotografia deve ser provado, então deve-se produzir o original do documento, da gravação e da fotografia; tudo isso, entretanto, desde que não ocorra uma das várias situações previstas na *Rule 1004* (pois nesses casos admite-se o uso de outros meios de prova) ou que seja possível a utilização de cópias (como previsto na *Rule 1003*). Em realidade essas normas não indicam quando é necessária a utilização de prova documental, pois julga-se que isso seja um problema de direito substancial, não de direito probatório. Sobre esses temas, que não podem ser aqui aprofundados, *cf.* SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002 (5): 1002-2, 1003-2, 1004-2; GRAHAM, *op. cit.*, *loc. cit.*; ROTHSTEIN, RAEDER e CRUMP, *op. cit.*: 592; BARKER e ALEXANDER, 1996: 807; ALLEN, KUHNS e SWIFT, 1997: 244.

Falharam, de resto, as escassas tentativas de restaurar a *Best Evidence Rule* como princípio geral do sistema probatório (*cf.* p. ex. NANCE, 1988: 244). Portanto, não se pode compartilhar da tese de FERRARI, *op. cit.*: 121, que sustenta a existência de tal princípio na *law of evidence* estadunidense.

⁷⁴ *Cf.* TARUFFO, *op. cit.*: 743.

⁷⁵ V. n. 73.

lador não se preocupa em excluir em via preliminar o testemunho de sujeitos que poderiam ser partes na causa, mas não o são. Naturalmente, com base na admissão do testemunho das partes e nos possíveis interventores, não há uma falta de preocupação epistêmica por parte do legislador, mas o convencimento – epistemicamente correto – de que o juiz tem plenas condições de valorar a credibilidade de testemunhas que têm interesse na causa; ele deve ter a devida cautela com a credibilidade de suas declarações, mas também com a possibilidade de retirar dessas tudo o que puder resultar razoavelmente útil para a apuração da verdade. E, por conseguinte, a admissão desses testemunhos (não sua exclusão) que deve ser epistemicamente oportuna: é, por outro lado, fortemente contraindicada sua exclusão, que acaba por privar o juiz de fontes de conhecimento potencialmente úteis para o juízo sobre os fatos.⁸³

Os ordenamentos de *common law*, em particular o estadunidense, incluem numerosos *exclusionary rules* que respondem a finalidades epistêmicas *latu sensu*, já que têm como fim principal evitar erros de valoração por parte do júri.⁸⁴ Disse-se, com razão, de fato, que essas têm um caráter de «*epistemic paternalism*» em relação ao júri.⁸⁵ Em realidade, a maior parte das normas que compõem a *law of evidence* norte-americana é constituída por um longo rol de exceções ao princípio da relevância estabelecido pela *Rule 401* das *Federal Rules of Evidence*.⁸⁶ Na óbvvia impossibilidade de examinar-se analiticamente esse complexo conjunto de normas, podem-se utilizar dois exemplos particularmente significativos.

O primeiro exemplo é a já mencionada *Rule 403* das *Federal Rules of Evidence*, na parte em que prevê a possibilidade de que o juiz valore se o *probative value* de uma prova é *substantially outweighed* pelo perigo de que a prova provoque um *unfair prejudice* a uma parte, ou uma *confusion of the issues*, ou ainda que possa induzir o júri a engano. Sem examinar analiticamente essas hipóteses,⁸⁷ observe-se, de um lado, que essas preveem a possibilidade de exclusão de provas que resultam relevantes (visto que, se não o fossem, seriam excluídas em virtude da *Rule 401*) e admissíveis (visto que, se não fosse assim, seriam excluídas por uma das normas a que se refere a *Rule 402*). Por outro lado, observe-se que tal exclusão depende de uma valo-

ordenamento italiano, eliminando obviamente o art. 246, foi feito sem sucesso com o «projeto Liebman» de reforma do Código de Processo Civil italiano: cfr. LIEBMAN, 1977: 473.

⁸³ Sobre as características de inconstitucionalidade da norma, por violação do direito à prova, cfr. mais amplamente TARUFFO, *op. cit.*: 739; TARUFFO, 1984: 81.

⁸⁴ Cfr. DAMAŠKA, 2003: 46. Para ampla análise dessas normas do ponto de vista de sua natureza epistêmica cfr. em particular LAUDAN, *op. cit.*: 19, 122, 142, 147, 171, 194.

⁸⁵ Cfr. ALLEN e LETTER, *op. cit.*: 1502.

⁸⁶ Cfr. em particular LAUDAN, *op. cit.*: 122; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002: 403-9.

⁸⁷ Sobre o tema cfr. GRAHAM, *op. cit.*: 110; ROTHSTEIN, RAEDER e CRUMP, *op. cit.*: 69. Sobre o perigo de *unfair prejudice* cfr. ROTHSTEIN, RAEDER e CRUMP, *ibidem*, e em particular a penetrante análise crítica de LAUDAN, *op. cit.*: 19.

ração largamente discricionária do juiz, que, além do mais, deve operar um confronto entre duas entidades não comparáveis, como o *probative value* de uma prova que ele não conhece e o risco de que se verifique uma das consequências indicadas (as quais – por sua vez – são definidas com expressões bastante vagas, que podem ser interpretadas de diversas formas).⁸⁸ Mesmo se se quisesse justificar tal norma argumentando que essa subordina a admissão de cada prova a uma valoração comparativa de custos/benefícios,⁸⁹ não se pode, todavia, esquecer que com o escopo de fazer com que a apuração dos fatos seja mais racional e correta se atribui ao juiz um poder bastante amplo de excluir preliminarmente numerosas provas que serviriam justamente para apurar a verdade daqueles fatos.⁹⁰

O segundo exemplo é representado pela regra que constitui o aspecto talvez mais característico da *law of evidence* anglo-americana, ou seja, a assim chamada *hearsay rule*. Em realidade essa regra não existe mais na justiça civil na Inglaterra, tendo sido abrogada pelo *Civil Evidence Act* de 1995; no processo penal, todavia, continua a existir, tendo sido reformulada pelo *Criminal Justice Act* de 2003.⁹¹ Essa continua, de qualquer modo, a representar uma *magna pars* da disciplina das provas civis e penais nos Estados Unidos.⁹² A *hearsay rule* prevê a exclusão de provas «*de segunda-mão*», ou de «*ouvir dizer*»: a hipótese principal é a do testemunho *de relato*, em que a testemunha refere fatos que não percebeu pessoalmente, mas que foram narrados a ela por outra pessoa.⁹³ Sobre essa regra foram dadas diversas explicações,⁹⁴ que podem ser sinteticamente reduzidas a duas: de uma parte sustenta-se que a exclusão das provas *hearsay* tem o fim de evitar que o júri tenha que estabelecer a eficácia probatória de uma testemunha sem ter condições de valorar diretamente a credibilidade da testemunha original,⁹⁵ de outra parte, frisa-se que a norma tem como escopo impedir que sejam obtidos testemunhos a respeito dos quais a contraparte não tem a possibilidade de submeter à veri-

⁸⁸ STEIN, *op. cit.*: 155, também frisa que a norma implica, em realidade, a referência a inúmeras regras de exclusão.

⁸⁹ Assim, p. ex., STEIN, *ibidem*. Analogamente cfr. ROBERTS e ZUCKERMAN, *op. cit.*: 68, a propósito da regra análoga que vale no processo penal inglês.

⁹⁰ ROTHSTEIN, RAEDER e CRUMP, *op. cit.*: 79 frisam que o balanço entre interesses contrapostos previstos pela norma é orientado no sentido de favorecer, mais do que a exclusão, a admissão da prova, mas isso não elimina o fato de que, de qualquer modo, tudo depende de uma decisão discricionária do juiz, sobre cuja dificuldade v. também GRAHAM, *op. cit.*: 107. É reconhecido por ROBERTS e ZUCKERMAN, *op. cit.*: 97 que se trata de uma valoração *hard-working*.

⁹¹ Sobre o tema v. amplamente ROBERTS e ZUCKERMAN, *op. cit.*: 580; MCFEVAN, 1988: 228.

⁹² Cfr. as *Rules 801-807* das *Federal Rules of Evidence*, sobre as quais cfr. o volume 4.º inteiro de SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, *cit.* Sobre a história da *hearsay rule* na *law of evidence* norte-americana cfr. DONDI, 1979: 110, 224.

⁹³ Para recentes análises críticas da matéria cfr. LAUDAN, *op. cit.*: 121; STEIN, *op. cit.*: 228.

⁹⁴ Cfr., p. ex., SCHWIKKARD, 2007: 336.

⁹⁵ Cfr. DAMAŠKA, *op. cit.*: 49; ROBERTS e ZUCKERMAN, *op. cit.*: 597.

ficação a credibilidade da testemunha original, por não ter a oportunidade de submetê-la à *cross-examination*.⁹⁶ Em todo caso, trata-se de explicações que têm um significado epistêmico, seja entendendo que a *hearsay rule* visa a racionalizar a valoração do júri, seja entendendo que visa a permitir o controle da credibilidade da testemunha feito pela contraparte, já que a realização do contraditório tem também uma função epistêmica, permitindo justamente que se submeta à verificação a credibilidade das informações oferecidas pelas provas.⁹⁷ A *hearsay rule* funda-se, por conseguinte, na premissa de que alguns leigos não conseguem valorar corretamente a eficácia de uma prova, tendendo a supervalorizá-la caso não vejam essa eficácia ser posta em dúvida através da *cross-examination*.⁹⁸ De resto, também as numerosas exceções que a regra sofre referem-se a noções grosseiras de *armchair psychology*, segundo as quais os jurados não seriam capazes de valorar a eficácia de provas *hearsay*, mas se tornariam capazes de fazê-lo em situações particulares.⁹⁹ A conexão entre *hearsay rule* e júri¹⁰⁰ é, de qualquer modo, confirmada seja pelo fato de que foi abolida na Inglaterra em coincidência com o virtual desaparecimento do júri nas práticas judiciárias civis, seja pelo fato de que nos ordenamentos de *civil law* (nos quais o júri não existe¹⁰¹) as provas de relato são normalmente admitidas. Isso não significa que os legisladores de *civil law* não compreendam a delicadeza de uma valoração adequada da eficácia dessas provas: esses confiam, na verdade, na capacidade do juiz de distinguir o valor de um testemunho indireto do de um testemunho direto.¹⁰²

Inúmeras e variadas são, por conseguinte, nos diversos ordenamentos processuais, as normas de exclusão de provas relevantes que se justificam – direta ou indiretamente – na finalidade de prevenir os erros e os mal-entendidos em que pode cair quem deve valorar as provas e formular a decisão final sobre os fatos. *Prima facie*, poder-se-ia tender a ver com bons olhos legisladores que manifestam preocupações epistêmicas tão analíticas e intensas, até mesmo a ponto de construírem conjuntos complicados de normas cujo fim é prevenir erros e orientar a valoração das provas no sentido da cautela e da prudência. Em análise mais aprofundada, todavia, é difícil evitar a impressão de que se esteja diante de situações paradoxais. Quaisquer que sejam as justificativas

adotadas para fundamentar as diversas regras de exclusão – e qualquer que

seja sua efetiva capacidade de prevenir erros de valoração – resta, de qualquer modo, o fato de que essas operam no sentido de impedir que o juiz do fato (juiz togado ou júri) conheça determinadas informações. O problema nasce quando trata-se de informações *relevantes*, ou seja, de provas que, se admitidas, poderiam condicionar a decisão final sobre os fatos da causa, contribuindo, ainda, para maximizar a eventualidade de que se apurasse a verdade desses fatos. Em substância: para evitar o risco de erro ínsito na valoração de uma prova, prefere-se excluir *a priori* essa prova, reduzindo-se, assim (talvez de modo decisivo, se se tratar da única prova disponível), o fundamento cognitivo da decisão sobre os fatos da causa. O paradoxo está, por conseguinte, em normas que *parecem* destinadas a realizar finalidades epistêmicas, mas que, em realidade, são epistemologicamente contraproducentes, visto que eliminam a possibilidade de que se utilizem informações úteis.¹⁰³ Isso surge de modo evidente quando o legislador, devendo escolher entre o risco de um erro de valoração e a segura eventualidade de uma decisão sobre os fatos incompleta em seu fundamento probatório, opta pela segunda solução.¹⁰⁴ Parece, pois, adequado duvidar-se da seriedade das preocupações epistêmicas dos legisladores que introduzem regras de exclusão de provas relevantes, bem como da seriedade das argumentações que frequentemente são adotadas para justificar a existência dessas normas, visto que produzem, de qualquer modo, um *deficit* no fundamento epistêmico da decisão sobre os fatos.

É, aliás, possível considerar que muito provavelmente o problema da correção de tal decisão restará prejudicado se afrontado com a técnica da exclusão preventiva de provas relevantes; poderia, talvez, ser formulado de modo mais eficaz e menos paradoxal se fosse posto fazendo-se referência a outros aspectos da disciplina das provas, ou seja, sob o prisma das modalidades de produção e de controle da confiabilidade das provas, bem como sob o da qualidade do sujeito ou do órgão que atua como *trier of fact*. Deixando-se a análise desses aspectos para as páginas vindouras,¹⁰⁵ pode-se aqui antecipar que é nesses, mais do que nas regras de inadmissibilidade das provas, que se pode encontrar a solução para o problema da correção da decisão sobre os fatos. Assim, por exemplo, nos sistemas que – como o norte-americano – contêm inúmeras normas de exclusão de provas relevantes com o fim de prevenir erros de valoração do júri, pode parecer dúbio se é oportuno manter

⁹⁶ Nesse sentido cfr. p. ex. ROBERTS e ZUCKERMAN, *ibidem*.

⁹⁷ Nesse sentido TARUFFO, 1992: 401.

⁹⁸ Assim, p. ex., WEINSTEIN, 1961: 331. Por último, MCEWAN, 2007: 202. Em sentido crítico cfr. ROBERTS e ZUCKERMAN, *op. cit.*: 597 e ss.

⁹⁹ Para análise crítica da «*amateur psychology*» que está à base de tais exceções, cfr. em particular MCEWAN, *ibidem*.

¹⁰⁰ Sobre essa conexão cfr. em particular DONDI, *op. cit.*: 101.

¹⁰¹ A propósito, v. *infra*, item 6.1.

¹⁰² Em geral o júri tem, de qualquer modo, o poder de determinar a oitiva da testemunha original. Cfr. p. ex. o art. 257 comma 1 do Código de Processo Civil italiano (sobre o qual v. CARRI e TARUFFO, *op. cit.*: 742; COMOGGIO, 2004: 419 n. 3, 465) e o art. 195 n. 1 do Código de Processo Penal (sobre o qual v. CONSO e GREVI, *op. cit.*: 593).

¹⁰³ Acerca da natureza contraepistêmica de normas como as que foram levadas em consideração cfr. em particular FERRER BELTRÁN, 2002: 47; GASCÓN APELLÁN, *op. cit.*: 125.

¹⁰⁴ O paradoxo é frisado, p. ex., por ROBERTS e ZUCKERMAN, *op. cit.*: 97, em que é em parte justificado por se considerar oportuno que se evite a produção de provas que possam «*confuse, mislead or otherwise divert jurors from their proper tasks*». De resto, se essa justificativa pode valer para o júri, não vale, entretanto, para o juiz, seja na *civil law*, seja na *common law*.

¹⁰⁵ Cfr. *infra*, itens 3 e 6.

o *trial by jury*¹⁰⁶ se conservar o júri implica substanciais limitações da possibilidade de utilização de provas relevantes para a descoberta da verdade. Por outro lado, em um sistema no qual a valoração das provas é confiada a um juiz profissionalmente preparado (e esse juiz pode efetuar um controle adequado da confiabilidade das testemunhas), seria totalmente supérflua uma norma como o art. 246 do Código de Processo Civil italiano (referida há pouco), não existindo igualmente obstáculos para que se admita o testemunho das partes. A preocupação epistêmica de assegurar uma correta valoração das provas não pode, por conseguinte, exprimir-se em normas que eliminam a produção de provas relevantes, e muito menos pode exaurir-se na aplicação de normas contraepistêmicas. Ao contrário, essa deve ser mantida, para ser satisfeta, em todos os outros momentos do procedimento probatório.

b) Todos os ordenamentos processuais incluem normas que não perseguem qualquer finalidade epistêmica, comportando, porém, a possibilidade de que sejam excluídas provas relevantes ou até mesmo a impossibilidade de que se proveem em juízo fatos que seriam relevantes para a decisão.¹⁰⁷ Entre essas normas têm particular importância aquelas que dizem respeito aos sigilos,¹⁰⁸ ou seja, os *privileges* e as *immunities* do direito americano, cada vez mais numerosas e previstas em uma pluralidade de normas ordinárias e especiais.¹⁰⁹ Como demonstra o exemplo representado pelos arts. 199-203 do Código de Processo Penal italiano, são diversas e numerosas as situações em que a lei prevê que, à exceção do dever de testemunhar, vários sujeitos são legitimados a se abster de testemunhar por razões de parentesco com o réu,¹¹⁰ ou de testemunhar sobre fatos que tenham conhecido «por razão do próprio cargo, função ou profissão» ou sobre fatos cobertos pelo sigilo inerente ao cargo ou pelo sigilo de Estado.¹¹¹ Normas análogas estão presentes em todos os ordenamentos,¹¹² que mostram nesse aspecto considerável flexibilidade.¹¹³ É fácil constatar que na introdução e na aplicação dessas normas são postos

¹⁰⁶ Nesse sentido cfr. LAUDAN, *op. cit.*: 215.

¹⁰⁷ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*: 132.

¹⁰⁸ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, *op. cit.*: 134.

¹⁰⁹ Sobre os *privileges* e as *immunities* no direito inglês cfr. ROBERTS e ZUCKERMAN, *op. cit.*: 266.

¹¹⁰ Enquanto os arts. 200-203 aplicam-se também no processo civil, em virtude do art. 249 do Código de Processo Civil italiano, a faculdade de abstenção da testemunha que é parente próximo, prevista no art. 199 do Código de Processo Penal italiano, não vale no processo civil. Sobre a referência feita pelo art. 249 cfr. COMOLLO, *op. cit.*: 452.

¹¹¹ Sobre essas normas cfr., também para referências de doutrina e de jurisprudência, CONSO e GREVI, *op. cit.*: 624.

¹¹² Para o ordenamento alemão cfr. o §383 da *Zivilprozessordnung* e v. MURRAY e STUMER, 2004: 298. Para ordenamento francês cfr. o art. 206 do *Code de Procédure Civile*.

¹¹³ É significativa a propósito a *Rule 501 das Federal Rules of Evidence* norte-americanas, que, ao reconhecer a existência dos *privileges*, deixa sua regulação para a *common law* e para o direito de cada Estado. Cfr. sobre o tema GRANAM, *op. cit.*: 171; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, *op. cit.* (2): 501-8.

em jogo interesses muito relevantes e certamente mercedores de tutela, que vão da *privacy* individual à proteção dos sigilos profissionais e dos sigilos de Estado. Isso não elimina, todavia, o fato de que essas normas, ou muitas de suas aplicações, possam ser objeto de valorações críticas no plano político e da política legislativa: se é verdade, como diz Williams, que a mentira é sempre excluída, mas o segredo pode ser justificado,¹¹⁴ trata-se de ver se, quando e em quais condições um sigilo pode ser justificado, tratando-se de uma exceção a um dever geral de verdade moral e política, além de jurídico.¹¹⁵ Isso diz respeito, todavia, ao grau de merecimento dos interesses que por vezes são protegidos com a técnica do sigilo, e a consequente faculdade das possíveis testemunhas de se absterem de depor sobre os fatos cobertos pelo sigilo; trata-se de um perfil que não ataca diretamente as considerações que aqui se vão desenvolvendo.

Observe-se, entretanto, em linhas gerais que todas as vezes em que se aplica uma norma que tutela um sigilo – e, portanto, em que uma testemunha se vale da faculdade de abstenção que a lei a ela reconhece – reduz-se em medida correspondente a possibilidade de apurar um fato relevante para a decisão.¹¹⁶ Quaisquer que sejam as razões (mais ou menos aceitáveis dependendo do caso) invocadas para justificar essas normas, o efeito de sua aplicação é de qualquer modo o de provocar um *deficit* (que pode também ser muito relevante) na veracidade da decisão sobre os fatos da causa. O problema não é resolvido – e, aliás, é em alguns aspectos agravado – pelo fato de que normalmente a decisão de se valer ou não da faculdade de abstenção (e, por conseguinte, da faculdade de não fornecer as informações que seriam necessárias para a apuração de um fato) depende de um sujeito que tende naturalmente a levar em consideração o próprio interesse de não revelar o que sabe como critério prioritário de escolha, em detrimento da exigência de que se apure a verdade dos fatos. É verdade que se prevê geralmente um controle do juiz sobre a legitimação da testemunha a se valer dessa faculdade, mas se essa existe a escolha da testemunha torna-se indiscutível.

É, por conseguinte, evidente que em todas as situações consideradas surgem problemas delicados e complexos de tensão e de balanço entre valores em conflito: o da descoberta e da apuração da verdade sobre os fatos da causa, e o que às vezes é tutelado através da previsão de uma faculdade de não testemunhar. Um processo rigorosamente orientado no sentido da descoberta da verdade não deveria incluir qualquer norma que eliminasse a prova de fatos relevantes com o escopo de tutelar um sigilo, mas isso equivaleria a reduzir a zero a proteção dos interesses que normas desse gênero visam a realizar. Em alguma medida, o processo deve levar em conta essas exigências extrínsecas,

¹¹⁴ Cfr. WILLIAMS, *op. cit.*: 159.

¹¹⁵ Sobre tal dever v. *supra*, Cap. III, item 3.

¹¹⁶ Cfr. em particular LAUDAN, *op. cit.*: 164, 166 e 168.

contropostas à exigência de descobrir-se a verdade: qualquer que seja essa medida, e qualquer que seja o eventual ponto de equilíbrio entre os valores em conflito, são questões que podem ser resolvidas somente de acordo com as circunstâncias, em função das escolhas políticas feitas pelo legislador. Frise-se, em todo caso, que a tutela dos sigilos, e de qualquer sigilo, não é um valor em si bem como que a proteção de cada sigilo específico não é destinada a *prevenecer a priori* sobre a exigência de que no processo se apure a verdade. Pelo contrário: tal exigência deveria ser considerada uma regra geral, frente às normas que excluem provas relevantes a fim de favorecer a tutela dos sigilos deveriam ser consideradas exceções. De fato, todas as normas aqui levadas em consideração são evidentemente contraepistêmicas: não tem, por si só, o fim de obter uma apuração dos fatos, visto que são orientadas à tutela de interesses extraprocessuais; além disso, operam tipicamente no sentido de reduzir ou eliminar a possibilidade de que se produzam provas relevantes para a apuração da verdade. Essa possibilidade pode ser, de resto, salvaguardada prevenindo-se mecanismos processuais idôneos a consentir ao juiz do fato que tome conhecimento das provas mesmo sem violar os sigilos que devem ser tutelados.¹¹⁷

3. A PRODUÇÃO DAS PROVAS

Um procedimento epistêmico válido requer que a determinação ou a criação dos elementos de conhecimento e das informações necessários para a formulação de conclusões confiáveis sejam conhecidos e verificáveis, além de — quando possível — repetíveis. Um historiador que não revela as fontes de informação que utilizou, ou um cientista que não explica o procedimento que seguiu para chegar à sua descoberta certamente não produzirão conhecimentos merecedores de consideração.

Princípios análogos valem também para o processo, devendo inspirar a parte da disciplina das provas que concerne à sua produção em juízo, e por vezes sua própria formação no âmbito do processo.

A obtenção das fontes de informação diz respeito em particular às assim chamadas provas pré-constituídas, que recebem esse nome por se formarem antes e fora do processo, como acontece com os documentos de qualquer gênero. Em geral, essas provas são produzidas de modos bastante simples, consistentes em sua produção e inserção nos autos do procedimento, que não trazem problemas particulares. Sob o prisma epistêmico, vale a pena somente salientar que todos os sistemas processuais incluem métodos aos quais se

recorre caso surjam dúvidas ou contestações sobre a autenticidade de um documento: trata-se da assim chamada verificação das provas documentais,¹¹⁸ que pode requerer o recurso a procedimentos bastante complexos e formais como a *querrela di falso*,¹¹⁹ e que, de qualquer modo, tem como fim o estabelecimento da autenticidade ou da falsidade de um documento. Sem prolongar nessa sede a análise dessas técnicas e a valorização relativa à sua eficácia, pode-se observar em termos muito genéricos que essas desempenham uma função epistemicamente positiva, tendo como objetivo justamente verificar a autenticidade das provas documentais que contêm informações úteis para a prova dos fatos.

É bem mais complexo o problema que concerne às chamadas provas *costituende*, que recebem esse nome porque se formam *no* processo, através de procedimentos que são geralmente objeto de uma disciplina bastante detalhada. Tampouco nesse caso é possível levar-se analiticamente em consideração as modalidades particulares com que os vários sistemas processuais regulam a matéria, mas podem-se desenvolver algumas observações, a fim de constatar se e quando essas normas são coerentes com a dimensão epistêmica do processo. A propósito, pode-se fazer referência (mesmo que somente aos pontos relevantes) a dois modelos fundamentais de processo utilizados para a produção das provas orais, em particular da prova testemunhal.

O primeiro desses modelos deriva de uma longa tradição histórica e é ainda hoje dominante nos sistemas de *civil law*. Baseia-se no juiz, a quem compete a tarefa de inquirir as testemunhas, conforme previsto, por exemplo, no art. 253 do Código de Processo Civil italiano.¹²⁰ A ideia fundamental é que a prova é produzida através de atividade oficiosa desempenhada pelo órgão que posteriormente formulará a decisão final sobre os fatos da causa e que, através da inquirição, colhe elementos de conhecimento em vista de tal decisão. As partes podem estar presentes, mas não podem inquirir diretamente a testemunha; em máximo podem pedir ao juiz que dirija à testemunha perguntas com o objetivo de esclarecer seu testemunho.¹²¹ Esse sistema poderia dar a

¹¹⁷ É o que ocorre, por exemplo, na Alemanha, onde se prevê a possibilidade de interrogar testemunhas em uma audiência que não é pública. Cfr. o § 172 n. 2 da *Zivilprozessordnung* sobre testemunhos necessários que guardam relação com sigilos profissionais, industriais ou fiscais. Sobre o tema cfr., p. ex., BAUMGÄRTTEL, 1989: 1.

¹¹⁸ Utiliza-se a definição compreensiva do título da conhecida obra de DENTI, 1957, a ser consultada para o exame desses métodos no direito italiano. Cfr., além disso, para referências de doutrina e de jurisprudência, CARPI e TARUFFO, *op. cit.*: 670, 674; COMOLIO, 2004: 310 e 334.

¹¹⁹ [N. do T.] A *querrela di falso* é disciplinada pelos arts. 221 e ss. do Código de Processo Civil italiano. Em nosso sistema, a falsidade documental deve ser arguida nos moldes dos arts. 4.º, II, 110 e 485, VI, Código de Processo Civil.

¹²⁰ Sobre modalidades de produção da prova testemunhal no ordenamento italiano v. mais amplamente TARUFFO, 1988: 751; COMOLIO, *op. cit.*: 464. A inquirição das testemunhas feita pelas partes estava prevista no «projeto Liebmann» de reforma do Código de Processo Civil italiano no art. 218 (cfr. LIEBMAN, 1977), mas a proposta não teve êxito.

¹²¹ Cfr. ainda o art. 253, *comma* 1 e 2. Regras análogas são bastante difundidas nos ordenamentos de *civil law* que empregam a mesma modalidade de inquirição. Cfr., por exemplo, os §§294, 395 e 397 da *Zivilprozessordnung* alemã, e MURRAY e STRUMER, *op. cit.*: 295.

impressão de que o juiz seja uma espécie de inquiridor que busca autonomamente aquilo que as testemunhas sabem, mas a realidade é muito diferente. O juiz, de fato, interroga as testemunhas com base nos fatos que as partes indicaram como objeto da prova no momento em que requereram as respectivas provas testemunhais.¹²² O juiz tem o poder de estender em certa medida o objeto da inquirição, mas esse poder não é ilimitado, concernindo, geralmente, somente ao requerimento de esclarecimento sobre os fatos sobre os quais a testemunha falou.¹²³ Nesse sentido, parece ser exceção o art. 213 do *Code de Procédure* francês, segundo o qual o juiz pode interrogar a testemunha sobre todos os fatos sobre os quais a lei admite prova, mesmo se não indicados na decisão que admitira o testemunho.

Além dessas variações, esse método de produção da prova testemunhal corresponde bastante bem à ideia de que quem deve apurar a verdade de um fato deve desenvolver uma busca autônoma e independente, com o objetivo de colher todas as informações que possam ser úteis para tal apuração. Como parece óbvio, interrogar pessoas que sabem dos fatos é um método válido e oportuno nesse sentido, e, portanto, o modelo em questão parece epistemologicamente correto. Todavia, a fim de que esse funcione de modo eficaz são necessárias algumas condições que nem sempre se verificam na prática: a) é necessário que o juiz seja ativo na busca da verdade,¹²⁴ b) que ele disponha de hipóteses adequadas sobre os fatos a serem apurados, c) que ele verifique efetivamente a credibilidade da testemunha e a confiabilidade de suas declarações, d) que ele aprofunde o exame da testemunha para além das indicações fornecidas pelas partes, e e) que ele obtenha, no curso da inquirição, todos os elementos que posteriormente ser-lhe-ão necessários para valorar a eficácia probatória da testemunha. Na realidade essas condições podem faltar no todo ou em parte. Pode, de fato, ocorrer de o juiz assumir um comportamento passivo, não se interessando em aprofundar o exame da testemunha; ou pode que ele não tenha formado uma ideia suficientemente clara dos fatos da causa (por exemplo, por não ter estudado adequadamente os autos); ou que ele não disponha dos poderes necessários para desenvolver uma indagação eficaz, ou ainda que disponha desses poderes, mas por razões diversas não os exercite. Assim a inquirição das testemunhas vira um acontecimento burocrático e

¹²² Cfr. p. ex. o art. 244 do Código de Processo Civil italiano, segundo o qual a prova testemunhal «*deve ser requerida mediante indicação específica... dos fatos, formulados em seções separadas*» sobre os quais cada testemunha deverá ser inquirida. Sobre o tema cfr. TARUFFO, *op. cit.*: 748; COMOLIO, *op. cit.*: 454 e ss.

¹²³ Cfr., p. ex., o art. 253 *comma* 1 do Código de Processo Civil italiano e o § 396 (2) e (3) da *Zwivprozessordnung* alemã.

¹²⁴ Como observa DAMAŠKA, *op. cit.*: 132 a passividade do juiz na produção das provas «*está em evidente contraste com o comportamento cognitivo dos indivíduos que conduzem indagações empíricas na vida cotidiana*». Além disso, a liberdade de obter as informações necessárias é essencial para o fim constituído pela apuração da verdade (*ibidem*: 133).

formalista, inadequado para a obtenção de todas as informações que seriam necessárias para a apuração da verdade dos fatos. Sob esse prisma parece evidente que o limite principal que sofre o modelo em questão é a falta de exigência de aprofundamento do exame da testemunha, que poderia ocorrer se as partes pudessem participar efetivamente da inquirição.¹²⁵

O segundo modelo, característico dos sistemas processuais de *common law* (mesmo se imitado em muitos outros ordenamentos – como, por exemplo, no Código de Processo Penal italiano),¹²⁶ funda-se na inquirição das testemunhas feita pelos advogados das partes segundo a sequência da *direct-examination* (ou *examination in chief*) e da *cross-examination* (e eventualmente da *redirect* e da *recross examination*). Cada parte, por conseguinte, inquire diretamente «*suas*» testemunhas – obtendo delas declarações favoráveis a si – e contrainquire as testemunhas da parte adversária – principalmente com o escopo de contestar sua credibilidade. Tudo acontece diante de um juiz «*passivo*», cuja função é somente assegurar a correta aplicação das poucas regras que disciplinam a inquirição.¹²⁷

O mito da *cross-examination* tem uma força quase equivalente àquele do *jurí*, ao qual se encontra diretamente conexo. Foi consagrado pela cidadíssima definição de Wigmore, segundo a qual a *cross-examination* é «*the greatest legal engine ever invented for the search of truth*»,¹²⁸ e afirmado em inúmeros filmes e seriados americanos sobre temas judiciais. É lícito perguntar-se, todavia, se o método da inquirição cruzada tem efetiva validade epistêmica e é verdadeiramente o melhor instrumento para a busca da verdade. *Prima facie* a resposta poderia ser positiva, visto que parece intuitiva a utilidade da contestação da credibilidade da testemunha que pode prover da parte adversária e do aprofundamento da análise dos fatos feita pela parte que tem interesse na verificação da completude e da confiabilidade das respostas dadas na primeira fase da inquirição. A *cross-examination* funda-se na premissa de uma profunda

¹²⁵ Parece, de resto, que no processo alemão, no qual em linha de princípio é o juiz que inquire as testemunhas, também as partes têm participação ativa na inquirição: cfr. MURRAY e STÜMER, *op. cit.*: 296.

¹²⁶ Cfr. os arts. 498 e 499, sobre os quais cfr., inclusive para posteriores referências, CONSO e GREVI, *op. cit.*: 1747 e ss. No âmbito da justiça civil cfr. em particular os arts. 302 e 268 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 2000, que dispõem que cabe aos advogados a inquirição das testemunhas, bem como os arts. 306 e 372, que dispõem que o juiz tem somente o poder de solicitar à testemunha esclarecimentos sobre os fatos objeto de seu depoimento.

¹²⁷ As modalidades de desenvolvimento da inquirição das testemunhas são previstas por poucas normas concentradas na *Rule 611* das *Federal Rules of Evidence*, sobre a qual cfr. GRANAM, *op. cit.*: 253; ROTHSTEIN, RAEBER e CRUMP, *op. cit.*: 288; SAITZBURG, MARTIN e CARPA, *op. cit.*, (3): 611-3. Sobre o tema v. também TARUFFO, 1990: 374. Em particular sobre as modalidades da *direct examination* cfr. HAYS, 1976: 365 e ss.; sobre as modalidades da *cross-examination* cfr. BODN, 1976: 425 e ss. GALLAGHER, 1976: 537.

¹²⁸ Cfr. WIGMORE, 1974: 32. Menos citada é a passagem sucessiva, em que WIGMORE diz que a *cross-examination* ocupou o lugar da tortura medieval.

desconfiança nas testemunhas,¹²⁹ tendo como objetivo o controle da sua credibilidade. A entusiástica crítica expressa por Wigmore (assim como por outros adeptos da *cross-examination*) pode ser explicada justamente neste sentido: pensa-se que o confronto dialético das partes possa ser eficaz no sentido de fazer emergir todos os fatores que servem para valorar a confiabilidade do testemunho e para obter tudo aquilo que a testemunha tem condições de dizer sobre os fatos da causa.¹³⁰ Sob o prisma da real funcionalidade do método, de resto, é lícito manifestar algumas perplexidades que podem ter importância: observou-se, de fato, que esse é já «widely regarded as an obstacle, rather than the royal road to effective forensic fact-finding».¹³¹

Observe-se, sobretudo, que a *cross-examination* está intimamente conexa com o *adversarial system of litigation*, do qual representa, aliás, uma das manifestações mais visíveis e importantes.¹³² Isso implica de um lado que mesmo no método probatório dê-se a preferência ao valor fundamental representado pela liberdade do confronto dialético entre as partes, em detrimento de qualquer outro valor – como o da busca da verdade, que, aliás, permanece estranho para a concepção *adversary* do processo.¹³³ Por um lado, é lícito sustentar que tal método está contextualizado coerentemente no processo norte-americano, mas pode não estar em um processo estruturado de modo diferente. Nada garante, de fato, que se trate de um método facilmente generalizável, como mostram algumas dúvidas complicadas sobre sua introdução em contextos processuais diferentes.¹³⁴

Em segundo lugar pode-se recordar também com esse propósito a dúvida sobre se o melhor método para descobrir a verdade consiste em confiar no confronto entre dois sujeitos que combatem entre si – por assim dizer – «às cegas» das testemunhas, sem, entretanto, que um dos dois tenha um interesse real em fazer emergir a verdade. Sabe-se, de fato, que os defensores das partes visam exclusivamente a vencer a causa prevalecendo sobre o adversário, não alargando o surgimento de uma reconstrução neutra e objetiva dos fatos. O advogado, de fato, apresenta somente as provas que considera favoráveis, e quem chama uma testemunha inquiri-a somente sobre fatos que convêm à sua tese.¹³⁵ De resto, o fato de que uma parte tenha indagado e tenha descoberto circunstâncias relevantes não implica que as comunique ao juiz, e a

outra parte – naturalmente – pode fazer a mesma coisa.¹³⁶ Por conseguinte, é particularmente na *cross-examination* que os advogados servem-se de todos os meios para vencer, manipulando tanto quanto possível as testemunhas.¹³⁷ Isso é tão evidente que fora do meio dos juristas observou-se que os objetivos dos participantes da *cross-examination* não orientam-se no sentido da busca da verdade.¹³⁸ Diz-se, de resto, que no processo *adversary* não há neutralidade das provas: em particular, as testemunhas são «*de parte*» e «*polarizadas*», já que escolhidas, preparadas e inquiridas pelas partes de modo que cada uma dê um depoimento favorável à parte que a chamou.¹³⁹ Poder-se-ia talvez acreditar nas virtudes epistêmicas de um método centrado na competição dialética entre dois ou mais sujeitos se esses estivessem verdadeiramente interessados em descobrir a verdade; essa, todavia, não é certamente a situação que aparece no contexto do processo, e muito menos no do processo *adversary*.

Resulta, de resto, evidente que o escopo essencial a que é dirigida a *cross-examination* não é o de fazer emergir a verdade dos fatos. De fato, o contrainquiridor não pode inquirir a testemunha sobre fatos diferentes daqueles que foram objeto da *direct examination*: desse modo, «*cada litigante acaba por fazer emergir somente uma parte daquilo que a testemunha conhece, exercitando forte poder de censura sobre o conteúdo do depoimento*».¹⁴⁰ O verdadeiro escopo da *cross-examination* é de atacar a testemunha que tiver, na *direct examination*, dado respostas favoráveis à parte que a chamou e desfavoráveis ao cliente do contrainquiridor.¹⁴¹ Esse visa, portanto, a *impeach* a testemunha, ou seja, a demonstrar que ela não é pessoa digna de fé, que mentiu, que deu respostas incoerentes e contraditórias, que não tinha condições de saber com certeza o que disse, que não disse tudo que sabia, e assim por diante.¹⁴² Em substância, o que está escrito nos manuais que ensinam as táticas e as estratégias da *cross-examination* é que essa deve ter o objetivo de «*destruir*» ou de «*massacrar*» a testemunha adversária, sobretudo – e isso merece nota – quando quem contrainquire sabe que aquela testemunha disse a verdade.¹⁴³ A prática da *cross-examination* presta-se a abusos e a repressões de todos os tipos que encontram espaço no «*mental duel*» e no «*genuine combat*» que se desenvolve entre o advogado e a testemunha:¹⁴⁴ quanto mais hábil e

¹²⁹ Apóposito, cfr. HUNTER, 2007: 261.

¹³⁰ Cf. DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 143.

¹³¹ Cf. ROBERTS e ZUCKERMAN, *op. cit.*: 215.

¹³² Cf. em particular HUNTER, *op. cit.*: 265.

¹³³ Apóposito, v. mais amplamente *supra*, Cap. III, item 4.2.

¹³⁴ É, por exemplo, o caso do Japão, onde parece ter falido as tentativas de «transplante» de instituições processuais norte-americanas, entre os quais justamente a *cross-examination*. Cfr. MATSUMOTO, 2008: 142; KOJIMA, 2008: 349.

¹³⁵ Cf. DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 145.

¹³⁶ Cf. MCEWAN, *op. cit.*: 4.

¹³⁷ Cf. HUNTER, *op. cit.*: 266 e ss.; GERBER, 1987: 14.

¹³⁸ Cfr. GRICE, 1989: 269, que por essa razão qualifica como *spurious* tais objetivos.

¹³⁹ Cf. DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 112, 129, 135, 143.

¹⁴⁰ Cf. DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 145.

¹⁴¹ Cf. GERBER, *op. cit.*: 14. A propósito ver mais amplamente TARUFFO, 1979: 31.

¹⁴² Sobre o *impeachment* da testemunha cfr. as *Rules 607-609* das *Federal Rules of Evidence*, sobre as quais v. GRAHAM, *op. cit.*: 202; ROTHSTEIN, RADEB e CRUMP, *op. cit.*: 254; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, *op. cit.*: 607-3, 609-6.

¹⁴³ Cfr., por exemplo, ЕНГЕЛСН, 1970: 25; АПЛЕМАН, 1965: 7. Cfr., também TARUFFO, 1990: 375. Em sentido decididamente crítico cfr. ELLISON, 2001: 104

¹⁴⁴ Cfr. STRYKER, 1963: 99.

livre de escrúpulos é o advogado, e quanto mais fraca psicologicamente é a testemunha, mais a *cross-examination* terá sucesso, resultando, porém, em um abuso cujos danos ficam às custas da testemunha.¹⁴⁵ Nessa perspectiva foi dito que a vitória obtida em uma *cross-examination* é a vitória de um «*trained curial assassin ambushing an easy target*»;¹⁴⁶ uma expressão um tanto forte, mas que dá uma ideia precisa do fenômeno.¹⁴⁷

Parecem, em verdade, pouco aplicadas as regras estabelecidas pela *Rule 611(a)* das *Federal Rules of Evidence*, segundo as quais o juiz deveria assegurar que a inquirição das testemunhas fosse «*effective for the ascertainment of truth*» e proteger a testemunha contra «*harassment or undue embarrassment*». Em todo caso, a aplicação dessa regra é deixada à completa discricionariedade do juiz,¹⁴⁸ o qual, de resto, tende a ser o mais passivo possível, deixando livre o campo para a atividade das partes – para não perder sua aparência de imparcialidade e para não ir contra a prática consolidada do *adversarial system*.¹⁴⁹

Há que se observar, finalmente, que no sistema da inquirição cruzada emerge dos fatos somente o que (e nada mais do que) as partes querem.¹⁵⁰ Além disso, o júri não tem mais o poder que exercia no passado, de dirigir perguntas às testemunhas. O juiz tem esse poder – previsto, por exemplo, pela *Rule 614(b)* das *Federal Rules of Evidence*¹⁵¹ –, mas dele se utiliza raramente, também nesse caso para evitar de interferir na condução da inquirição feita pelos defensores das partes e para evitar de colocar em risco sua posição de neutralidade.¹⁵² Por conseguinte, nada assegura que tudo o que as testemunhas sabem seja verdadeiramente colocado à disposição de quem deverá poste-

riormente decidir sobre os fatos. Em substância, a controvérsia será decidida somente com base no que as partes consideraram oportuno que emergisse durante o exame das testemunhas: o que não emergiu naquela sede não pode ser descoberto.

Considerações como essas induzem a colocar-se em sérias dúvidas a possibilidade de considerar-se a *cross-examination* uma técnica dotada de validade epistêmica.¹⁵³ Ao contrário, observa-se que essa pode ser completamente ineficaz para a descoberta da verdade,¹⁵⁴ visto que as regras de *common law* que a disciplinam são sistematicamente orientadas no sentido de permitir que essa «*obscures, distorts and inadequately tests the accounts given by witnesses in court*».¹⁵⁵ Na melhor das hipóteses pode-se admitir que a *cross-examination* seja eficaz para a descoberta das mentiras, mas isso não significa que sirva verdadeiramente para descobrir a verdade.¹⁵⁶ Parece, por conseguinte, evidente que a função essencial desempenhada pela inquirição cruzada das testemunhas feita pelos defensores não consiste de fato na busca da verdade, mas sim em fazer uma espécie de *performance* ritual cujo escopo primário é influir sobre a emotividade dos jurados – ao invés de ativar suas hipóteses facultades racionais e cognoscitivas. Observou-se, de fato, que se servindo da *cross-examination* o advogado pode induzir intencionalmente o júri em engano.¹⁵⁷ Trata-se, pois, de uma representação teatral em que o Bom Advogado descobre e destrói a Testemunha Falsa, e a Boa Testemunha sai illesa das insidiosas teses do Advogado Malvado. O público (isto é, o júri) decide sobre o êxito do espetáculo. De qualquer modo, tal representação é discutível, tendo Ehrenzweig podido defini-la como um ritual tragicômico.¹⁵⁸

Nenhum dos dois modelos fundamentais de produção de provas que se formam no processo parece, por conseguinte, constituir um método epistemicamente válido e capaz de consentir uma produção objetiva, completa, controlada e confiável dos fatos cognoscitivos necessários para uma apuração verdadeira dos fatos.¹⁵⁹ No modelo baseado no juiz faltam ou são reduzidos os efeitos positivos de uma participação ativa das partes, não obstante o fato de que a produção das provas sob o controle do juiz responda melhor às exigências de uma perquirição racional e desinteressada.¹⁶⁰ No modelo baseado na inquirição cruzada, pelo contrário, falta a função de controle e de perquirição objetiva que deveria ser desenvolvida pelo juiz.

¹⁴⁵ Não por acaso em alguns ordenamentos de *common law* foram introduzidas normas com o objetivo de proteger as testemunhas das agressões feitas pelos advogados no curso da *cross-examination*: cfr. HUNTER, *op. cit.*: 262. Sobre o tema cfr. também ELLISON, *op. cit.*; ROBERTS e ZICKERMAN, *op. cit.*: 280.

¹⁴⁶ Cfr. HUNTER, *op. cit.*: 271.

¹⁴⁷ POSNER (*op. cit.*: 1490) observa que os críticos da *cross-examination* não compreendem sua verdadeira função: visto que a *cross-examination* pode «*destruir*» a testemunha, isso implica que as testemunhas que podem ser destruídas não deveriam ser chamadas a testemunhar. Far-se-ia, assim, uma economia de atividades processuais. A argumentação é curiosa e não leva em conta a eventualidade de que a testemunha que pode ser destruída seja importante para a busca da verdade: não chamá-la a testemunhar pode ser econômico, mas priva o processo de uma fonte de prova relevante. Posner, de resto, não considera nem mesmo a possibilidade de que a *cross-examination* seja conduzida de modo a não destruir pessoa alguma, não operando, pois, como desencorajador da produção de testemunhos úteis.

¹⁴⁸ Cfr. GRAHAM, *op. cit.*: 260; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, *op. cit.*: 611-3.

¹⁴⁹ Cfr. HUNTER, *op. cit.*: 281, 287; DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 127, 130.

¹⁵⁰ No sistema estadunidense vigia a regra segundo a qual na *cross-examination* a testemunha pode ser interrogada somente sobre os fatos que foram objeto da *direct examination*. São, por conseguinte, as partes (e, sobretudo, aquela que requereu a oitiva daquela testemunha) que delimitam o objeto do testemunho (cfr. TARUFFO, 1979: 31).

¹⁵¹ Cfr. a propósito SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, *op. cit.*: 614-11.

¹⁵² Cfr. GRAHAM, *op. cit.*: 303.

¹⁵³ Nesse sentido, cfr. DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 129, 137, 140, 146.

¹⁵⁴ Nesse sentido, cfr. HUNTER, *op. cit.*: 269.

¹⁵⁵ Assim HUNTER, *op. cit.*: 285.

¹⁵⁶ Nesse sentido JOLOWICZ, 2003: 2.

¹⁵⁷ Cfr. GOLDMAN, *op. cit.*: 297.

¹⁵⁸ Cfr. EHRENZWEIG, 1973: 331.

¹⁵⁹ Em sentido análogo cfr. DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 149.

¹⁶⁰ Cfr. DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 148.

Isso não significa, todavia, que não se possa pensar em um modelo epistemicamente válido, que os ordenamentos processuais concretos poderiam assumir como ponto de referência sempre que quisessem orientar-se verdadeiramente no sentido da busca da verdade. Esse método deveria tender a maximizar as vantagens presentes em ambos os modelos considerados, combinando-os, eliminando, ao mesmo tempo, os aspectos negativos que cada um deles apresenta. Isso não parece impossível: trata-se de imaginar um sistema em que as partes tenham o poder de inquirir e contrainquirir todas as testemunhas sobre *todos* os fatos da controversia, e também em que o juiz tenha o poder de inquirir todas as testemunhas, sobre todas as circunstâncias relevantes para a decisão. As partes e o juiz deveriam ter, além disso, o poder de dirigir a todas as testemunhas perguntas destinadas a verificar sua credibilidade, sua imparcialidade quanto às partes e ao objeto da causa, e a confiabilidade de suas declarações.¹⁶¹

4. A VALORAÇÃO DAS PROVAS

Em um procedimento destinado a apurar a verdade de determinadas circunstâncias de fato, a presença de regras que estabelecessem *a priori* e com eficácia vinculante o valor de algumas das informações representaria certamente algo estranho. Tratar-se-ia, de qualquer modo, de estabelecer quem, e por que razões, pode fixar regras desse gênero, que mesmo à primeira vista parecem seguramente antiepistêmicas. Em linhas gerais, a mesma consideração vale também no âmbito do processo, visto que é evidente que normas com o fim de impor ao juiz que considere verdadeiros determinados fatos não preveem a existência de uma decisão racional sobre as circunstâncias do caso concreto,¹⁶² mas a propósito disso é oportuno que se façam algumas considerações ulteriores.

É sabido que com a afirmação do princípio do livre convencimento do juiz – e com a consequente derrocada do sistema da prova legal que por séculos dominara os ordenamentos processuais da Europa continental – abriu-se caminho para a valorção discricionária das provas por parte do juiz.¹⁶³ Afirmado o princípio da *intime conviction* no âmbito do processo penal na França revolucionária (com referência à decisão do júri¹⁶⁴), a regra do «*livre convencimento*» do juiz difundiu-se rapidamente também no âmbito do

processo civil.¹⁶⁵ De resto, deram-se (e ainda se dão) duas versões bastante diferentes desse princípio: segundo a primeira delas, o juiz do fato (jurado ou juiz togado) estaria desvinculado não só das regras de prova legal, mas também de qualquer critério racional de valoração. A decisão sobre as provas (e, por conseguinte, a apuração do fato) seria, pois, fruto de uma atividade irracional, de introspecção radicalmente subjetiva e substancialmente solipsista, relegada «à *imperscrutável esfera do individual*».¹⁶⁶ A afirmação dessa interpretação, sobretudo no âmbito do processo penal, assinalou uma profunda involução no modo de conceber a valoração das provas e a decisão sobre os fatos, bem como assinalou «*uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais*».¹⁶⁷

A segunda concepção funda-se, pelo contrário, no pressuposto de que o juiz é, sim, dotado de poder discricionário na valoração das provas, mas não está realmente desvinculado das regras da racionalidade.¹⁶⁸ Consequentemente, não há qualquer antítese entre liberdade de convencimento e emprego de critérios racionais de valoração. Aliás: a discricionariedade da valoração que o juiz deve formular lhe impõe a aplicação de regras da razão para chegar a uma decisão intersubjetivamente válida e justificável.¹⁶⁹

A concepção irracionalista da *intime conviction* é evidentemente incompatível com uma concepção epistêmica do processo: acaba por configurar e legitimar decisões puramente subjetivas, e, por conseguinte, substancialmente arbitrárias, do juiz do fato.¹⁷⁰ Decisões desse gênero – como é óbvio – nada têm a ver com a apuração da verdade.¹⁷¹

É, por outro lado, epistemicamente válida a concepção racional do livre convencimento do juiz, já que admite – e, aliás, requer – que a valoração das provas seja orientada no sentido da apuração da verdade dos fatos.¹⁷² Assim entendido, de fato, o princípio do livre convencimento implica a eliminação de normas que, predeterminando a eficácia legal das provas, significariam obstáculo a tal apuração.¹⁷³

¹⁶⁵ Cfr. TARUFFO, *op. ult. cit.*: 361.

¹⁶⁶ Nesse sentido NOBILI, *op. cit.*: 7, 51, 64, e analogamente TARUFFO, *op. ult. cit.*: 370 e ss.; FERRER BELTRÁN, *op. ult. cit.*: 95; GASCON ABELLÁN, *op. cit.*: 34, 159, V., ainda, *supra*. Cap. III, item 2.2.

¹⁶⁷ Nesse sentido FERRAOLI, *op. cit.*: 118.

¹⁶⁸ Cfr. NOBILI, *op. cit.*: 14, 55, 192; TARUFFO, 373.

¹⁶⁹ Cfr. FERRER BELTRÁN, *op. ult. cit.*; TARUFFO, *ibidem*.

¹⁷⁰ Analogamente cfr. GASCON ABELLÁN, *ibidem*; FERRAOLI, *ibidem*.

¹⁷¹ No fundo da teoria segundo a qual o juiz deveria decidir com base em impulsos íntimos de seu ânimo está o que Claudio Magris com propriedade definiu como «*o fascínio vulgar pelo irracional e por obscuridades místicas que convidam a abdicar da razão, prometendo mirabolantes revelações esotéricas, que se revelam mistérios exóticos*» (cfr. MAGRIS, 2008: 101).

¹⁷² A propósito, v. mais amplamente TARUFFO, *op. ult. cit.*: 373.

¹⁷³ V. mais amplamente TARUFFO, *op. ult. cit.*: 368.

¹⁶¹ Modelo desse gênero foi proposto na *Rule 29.4* incluída nos ALJ/Unidroit, 2006: 144. Em sentido análogo orienta-se a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola, visto que o art. 372 n. 2 prevê que o juiz pode inquirir a testemunha para obter dela «*declaraciones y adiciones*» sobre o depoimento já dado na inquirição conduzida pelas partes.

¹⁶² Cfr. sobre o tema FERRER BELTRÁN, 2002: 49, 67.

¹⁶³ Sobre o tema v. mais amplamente, e para referências, TARUFFO, 1992: 361; NOBILI, 1974: 17, 81, 145, 180, 200.

¹⁶⁴ Cfr. NOBILI, *op. cit.*: 19; FERRAOLI, 1990: 115.

Todavia, não obstante o fato de o princípio em questão ter-se tornado largamente dominante em todos os ordenamentos processuais de *civil law* (e de nunca ter estado em discussão nos de *common law*), em alguns casos ainda existem limites significativos à sua aplicação. Vale a pena, por conseguinte, perguntar-se se, e em que medida, esses constituem condicionamentos que operam em sentido negativo sob o prisma da apuração da verdade. Esses limites derivam principalmente de normas de dois tipos: a) normas de prova legal; b) normas que fazem o valor da prova depender do comportamento das partes.

a) Diversas regras de prova legal sobreviveram, em alguns ordenamentos, ao surgimento do princípio do livre convencimento. Entre as mais difundidas estão aquelas que atribuem eficácia vinculante àquilo que resulta dos documentos públicos redigidos por sujeitos particulares e com modalidades específicas, como no caso do ato público disciplinado pelo art. 2.699 do Código Civil italiano, que tem eficácia de prova legal relativamente aos aspectos indicados no art. 2.700.¹⁷⁴ Do ponto de vista epistêmico poder-se-ia pensar que normas desse gênero derivam do fato de ter-se tornado absoluta uma máxima de experiência correspondente ao *id quod plerumque accidit*.¹⁷⁵ Pode-se, de fato, presumir que, se um documento é redigido por um sujeito investido em função pública de certificação, o conteúdo do documento corresponda à verdade.¹⁷⁶ Pode-se concordar sem dificuldades com uma máxima desse gênero. Pode-se, aliás, sustentar que mesmo na ausência de normas como aquelas recentemente citadas o juiz inclinar-se-ia muito provavelmente no sentido de considerar verdadeiro tal documento. Entretanto, surgem dúvidas sobre a oportunidade de tais normas: por um lado, se se julgar que a máxima em questão tem validade de uma lei geral, essas serão inúteis, visto que repetem um critério de valoração que o juiz empregaria de qualquer modo; por outro lado, se se julgar que a máxima em questão não exprime uma lei geral (exprimindo no máximo uma valoração de probabilidade) — visto que mesmo um documento público pode ser falso — essas assumirão um claro valor contraepistêmico, ao constranger o juiz a considerar verdadeiro um documento que não se sabe se é verdadeiro ou

¹⁷⁴ Sobre o tema v., por todos, COMOGUO, 2004: 305.

¹⁷⁵ A correspondência das normas de prova legal a regras de experiência é a justificativa tradicional que se dá a todas essas normas. A propósito, v., por todos, FURNO, 1940: 144, 154. Furno não vê qualquer diferença relevante entre a decisão imposta por uma regra de prova legal e a correspondente decisão que o juiz formularia se tal regra não existisse, visto que julga que o legislador e o juiz raciocinam segundo as mesmas máximas de experiência, e, portanto, não poderiam não chegar ao mesmo resultado (*ivi*: 153). Por conseguinte, a norma de prova legal não seria outra coisa senão um expediente *prático* que simplifica a decisão (*ivi*: 153, 159) aplicando a lei do meio menos dispendioso (*ivi*: 130).

No sentido de que as normas de prova legal são o fruto de presunções legais *juris et de jure* cfr. FERRER BELTRÁN, *op. cit.*: 50.
¹⁷⁶ Cfr. FURNO, *op. cit.*: 156.

não.¹⁷⁷ Além disso, se não existissem tais normas, o juiz poderia desconsiderar o documento sempre que tivesse dúvida racionalmente fundada (corroborada por provas) sobre sua veracidade, ou sempre que houvesse provas que confirmassem uma versão diferente dos fatos narrados no documento. As normas que estabelecem a eficácia de prova legal de um documento, por outro lado, operam justamente no sentido de eliminar essa possibilidade: geralmente a falsidade do documento pode ser questionada somente por um procedimento próprio, complicado e formalista,¹⁷⁸ somente depois da apuração definitiva dessa poder-se-á eventualmente provar a verdade dos fatos. Por conseguinte, as normas em questão operam como mecanismos de simplificação da decisão, tomando absoluta uma regra de experiência que parece racional, mas que na realidade não tem amplitude realment geral: sua função consiste, em verdade, em evitar que o juiz — salvo a eventualidade excepcional da *querela di falso* — deva ocupar-se da veracidade do que está escrito no documento.¹⁷⁹ De resto, — deva ocupar-se do espaço entre a invulgaridade da máxima de experiência e a tendência ao absolutismo da presunção de autenticidade do documento, está a margem de erro que as normas de prova legal introduzem. Sob esse prisma, essas desempenham uma função contraepistêmica.

Mecanismos substancialmente análogos estão à base de outras regras de prova legal, como aquelas que atribuem eficácia vinculante às declarações confessórias e às declarações juradas pelas partes.¹⁸⁰ No primeiro caso faz-se evidentemente referência a uma máxima de experiência segundo a qual ninguém se dispõe a admitir a veracidade de um fato contrário ao próprio interesse se esse fato não for verdadeiro.¹⁸¹ No segundo caso pressupõe-se que quem declara um fato favorável a si na forma solene do juramento, sujeitando-se a sanções religiosas, sociais e penais em caso de falsas declarações, estará certamente declarando a verdade.¹⁸² Entretanto, trata-se (como é fácil de constatar) de justificativas que parecem fraguissimas do ponto de

¹⁷⁷ Sobre o valor não universal da maior parte das máximas de experiência v. *infra*, Cap. V, item 3.2.

¹⁷⁸ Sobre *querela di falso* v. analiticamente COMOGUO, *op. cit.*: 310.

¹⁷⁹ Diametralmente oposta é a opinião de Furno, que julgava que as normas de prova legal produzissem uma declaração estável dos fatos, criando uma «certeza histórica de valor objetivo, desajável por parte da lei e por essa imposta ao juiz» (FURNO, *op. cit.*: 160), fixando de maneira estável o «*perfil histórico*» dos fatos e declarando sua existência (*ivi*: 161). Substancialmente, a vantagem da prova legal é que «*remove a incerteza*» (*ivi*: 164) e prevê uma «*objetivação da certeza*» (*ivi*: 151).

Parece evidente que a certeza de que falava Furno nada tem a ver com a verdade dos fatos de que se fala no texto, e de que se falou *supra*, no Cap. III, item 2.2.

¹⁸⁰ Cfr. os arts. 2733 *comma* 2, 2734, 2735, 2738 do Código Civil italiano. Sobre o tema v. por todos COMOGUO, *op. cit.*: 500 e ss., 541 e ss.

¹⁸¹ Sobre o tema cfr. COMOGUO, *op. cit.*: 499, inclusive para ulteriores referências; FURNO, *op. cit.*: 156.

¹⁸² A propósito, v. por todos COMOGUO, *op. cit.*: 529, inclusive para outras indicações; FURNO, *ibidem*.

vista epistemológico. Por um lado, há inúmeras razões pelas quais um sujeito pode confessar um fato não verdadeiro: quando isso acontece, as normas que atribuem eficácia vinculante à declaração confessoria constroem o juiz a cometer um erro, não lhe permitindo controlar a veracidade de tais declarações. Também nesse caso, se a máxima de experiência é válida tais normas são inúteis, pois o juiz poderia julgar verdadeiras as declarações confessorias mesmo na ausência daquela; visto que tal máxima, entretanto, está longe de ter validade geral, as normas em questão constroem o juiz ao erro. De resto, o próprio legislador prevê várias hipóteses em que declarações confessorias são livremente valoráveis pelo juiz, o que implica o reconhecimento de que sua veracidade pode não ser sempre presumida e pode sempre ser discricionariamente controlada pelo juiz.¹⁸³ Entretanto, se uma declaração confessoria não coberta por prova legal pode ser verdadeira em si e pode fornecer informações confiáveis, não se vê o porquê de se dever torná-la vinculante e possível fonte de erro em algumas situações.

Quanto ao juramento, é bastante duvidoso que, em uma sociedade laica, a ameaça da cólera divina seja eficaz no sentido de induzir quem jura em favor próprio a dizer sempre a verdade. Analogamente, a sanção social a quem jura em falso podia ter eficácia desestimuladora em pequenos contextos sociais em que todos tinham conhecimento dos fatos, e, portanto, podiam verificar a falsidade do juramento; entretanto, tal sanção é certamente ineficaz na sociedade atual, na qual tal possibilidade não existe – e na qual, ainda, o comportamento de quem jura em falso pode até mesmo ser objeto de aprovação, segundo os critérios de *law and economics*, quando em condições de maximizar as vantagens econômicas de quem jura. Por fim, o risco de uma condenação penal por falso juramento é tão tênue que não representa uma ameaça real a quem jura em falso.

Poder-se-á, por conseguinte, dizer (talvez) que normas como as que preveem a eficácia legal da confissão e do juramento desempenham uma função *lato sensu* econômica na medida em que evitam a necessidade de ulteriores provas conformes ou contrárias, simplificando o trabalho do juiz, que não deverá preocupar-se (na maioria dos casos) em valorar a confiabilidade das declarações confessorias ou juradas.¹⁸⁴ Trata-se, entretanto, de um argumento de validade bastante duvidosa. Por um lado, esse prova em demasia: se, na verdade, o escopo perseguido fosse a simplificação da decisão sobre os fatos, o mesmo objetivo seria alcançado tomando-se à algebra probatória das testemunhas e dos indícios que caracterizava os antigos sistemas de prova legal. Tais sistemas, como é sabido, tinham justamente a função de reduzir ou de eliminar a discricionariedade do juiz na valoração das provas, substi-

¹⁸³ Cfr. os arts. 2.733 *comma* 3, 2.734 e 2.735 do Código Civil italiano, sobre os quais v. COMOGGIO, *op. cit.*: 515.

¹⁸⁴ Nesse sentido cfr., p. ex., COMOGGIO, *op. cit.*: 499, 529; FURNO, *op. cit.*: 130, 153, 159.

tuindo-a através de cálculos elementares em que se somavam as frações de prova para verificar se prevaleceria a prova direta ou a prova contrária.¹⁸⁵ Por outro lado, as normas em questão seguem intrinsecamente contraepistêmicas: em todo caso, de fato, obrigam o juiz a considerar verdadeiros fatos sobre cuja veracidade não se sabe (e não se pode saber) coisa alguma. É também verdade que essas simplificam a decisão sobre os fatos, mas o fazem a custo de um *deficit* de verdade cuja gravidade não é nem mesmo determinável.¹⁸⁶ Ao fim e ao cabo, talvez não fosse totalmente carente de sentido a concepção segundo a qual confissões e juramentos não seriam meios de prova, mas sim negócios processuais através dos quais as partes poderiam dispor do êxito da controvérsia.¹⁸⁷ Essa concepção foi há tempos abandonada, tendo prevalecido a tese pela qual seriam verdadeiros e próprios meios de prova.¹⁸⁸ Desse modo, entretanto, resta evidente sua invalidade epistêmica, determinada pelo valor de prova legal atribuído às declarações confessorias e às declarações juradas.

Vale, além disso, levar-se em conta a existência de normas de prova legal *negativa*, como aquelas que excluem a possibilidade de que se atribua eficácia de prova a indícios ou presunções que não sejam «*graves, precisas e concordantes*»,¹⁸⁹ bem como aquela segundo a qual a determinados comportamentos das partes o juiz pode atribuir somente eficácia de «*argumentos de prova*». ¹⁹⁰ *Prima facie* essas normas parecem ter uma função epistêmica positiva, visto que visam a disciplinar a formação do convencimento do juiz assegurando sua correção racional e evitando que esse incorra em supervalorizações indevidas de elementos de prova cujo valor parece particularmente incerto. Todavia, mesmo essas normas serão expostas a algumas considerações críticas.

As normas relativas às presunções e aos indícios resultam óbvias (e substancialmente supérfluas) quando preveem a «*força*» e a «*precisão*» desses elementos de prova. Uma inferência presuntiva que produzisse conclusões não adequadamente justificadas (ou seja, «*sfracas*»)¹⁹¹ e não univocamente ligadas ao fato a ser provado (ou seja «*imprecisas*») resultaria de fato carente de valor probatório mesmo na falta de normas que prevejam esses requisitos. Quanto

¹⁸⁵ Sobre o tema v. mais amplamente TARUFFO, 1992: 361 e ss.

¹⁸⁶ De modo bastante claro Furno escrevia que «*a lei do meio menos dispendioso pressiona fortemente no sentido de limitar em extensão e profundidade a atividade do juiz de exame e valoração do material instrutório*» (FURNO, *op. cit.*: 129).

¹⁸⁷ A propósito da confissão cfr., inclusive para referências, COMOGGIO, *op. cit.*: 498.

¹⁸⁸ Cfr. Comogio, *op. cit.*: 498, 529.

¹⁸⁹ Cfr. o art. 2.729 do Código Civil e o art. 192 n. 2 do Código de Processo Penal italiano. Sobre essas noções cfr., inclusive para ulteriores referências, TARUFFO, 1992: 446 e ss.; CONSO e GREVI, *op. cit.*: 563; COMOGGIO, *op. cit.*: 467 e ss.

¹⁹⁰ Cfr. o art. 116 *comma* 2 do Código de Processo Civil italiano, e sobre o tema v. por todos COMOGGIO, *op. cit.*: 80 e ss., 129 e ss., 589 e ss.; TARUFFO, *op. cit.*: 453 e ss.

¹⁹¹ Um grau de confirmação insuficiente não fornece a prova inferencial do enunciado sobre o fato a ser provado; v. *infra*, Cap. V, itens 3.1 e 4.

à «concordância», não parece apropriado sustentar que a prova indiciária ou presuntiva seja utilizável somente quando os indícios e as fontes forem múltiplos, e as inferências retiradas convergirem no sentido dessa conclusão. É verdade que se existem múltiplos indícios ou múltiplas fontes de presunções é necessário que haja concordância, visto que se essas não convergirem no sentido da conclusão (e levarem, ao invés disso, a conclusões divergentes), verificar-se-á uma situação da qual não se poderá retirar qualquer confirmação probatória. Trata-se, de resto, de uma regra de racionalidade elementar,¹⁹² que talvez não fosse necessário formular em uma norma própria. Não se pode, porém, excluir o fato de que mesmo uma só presunção seja suficiente para fornecer a prova de um fato, quando a relativa inferência for adequadamente precisa e convincente.¹⁹³ Nada impede, todavia, que presunções fundadas em fontes diferentes conduzam a conclusões probatórias relativas a *facta probanda* diferentes. Em tal caso, cada presunção particular terá um valor probatório próprio em função do critério de inferência segundo o qual foi formulada:¹⁹⁴ cada presunção terá, por conseguinte, eficácia de prova se suficientemente forte e precisa. O requisito da concordância pode ter um significado efetivo somente na hipótese em que de diferentes fontes de presunção possam ser feitas inferências sobre um mesmo fato: se essas não levarem a conclusões unívocas poder-se-á considerar ausente a possibilidade de ter-se por provado o fato. Por conseguinte, as normas em questão, se corretamente interpretadas, resultam meramente repetitivas de critérios de razoabilidade que deveriam ser de qualquer modo aplicados, mesmo se essas não existissem.

Quanto aos argumentos de prova, o discurso pode ser bastante breve. Trata-se de uma invenção do legislador processual italiano de 1942 (da qual não restam marcas em outros ordenamentos), através da qual se pretendia limitar a eficácia probatória que o juiz poderia atribuir a diversos comportamentos das partes que pudessem parecer significativos sob o prisma da prova de um fato.¹⁹⁵ O legislador procurou criar um tipo de prova com eficácia particularmente reduzida: segundo a doutrina que segue a mesma perspectiva tratar-se-ia, de fato, de inferências insuficientes para criar *sozinhas* a prova de um fato. Os argumentos de prova serviriam, por conseguinte, somente para integrar outras provas ou favorecer sua valoração.¹⁹⁶ Parece, todavia, bastante difícil (se não impossível) fragmentar a eficácia dos elementos de prova de

¹⁹² V. *infra*, Cap. V, item 3.1.

¹⁹³ Nesse sentido, a propósito da prova indiciária penal, cfr., também para ulteriores referências doutrinárias e jurisprudenciais, CONSO e GREVI, *op. cit.*: 562 e ss.; sobre as presunções cfr. TARUFFO, *op. cit.*: 450; COMOGGIO, *op. cit.*: 492.

¹⁹⁴ V. mais amplamente *infra*, Cap. V, item 3.2.

¹⁹⁵ Sobre esses comportamentos cfr. TARUFFO, *op. cit.*: 453; COMOGGIO, *op. cit.*: 80, 129, 589.

¹⁹⁶ Sobre essa orientação v. mais amplamente, para ulteriores referências e considerações críticas, TARUFFO, *op. cit.*: 457.

modo tão analítico a ponto de distinguir *in minimis* o argumento de prova do indício ou da fonte de presunção simples, como parece fazer o legislador italiano e como faz a doutrina mencionada. Trata-se mesmo assim, de fato, de comportamentos que às vezes servem de premissas para a formulação de inferências sobre o fato a ser provado,¹⁹⁷ justamente como acontece no caso dos indícios e das presunções. Consequentemente, parece razoável reconduzir-se o argumento de prova à categoria das presunções simples, assim chegando-se à demonstração da substancial inutilidade da norma que desse se ocupa.¹⁹⁸

b) Por vezes o legislador persegue o escopo de vincular a valoração do juiz servindo-se de normas que não prevêm hipóteses de prova legal em sentido próprio, mas que podem produzir efeitos equivalentes, em função do comportamento da parte contra a qual essas provas foram produzidas em juízo. Trata-se, por exemplo, do art. 2.702 do Código Civil italiano, segundo o qual o instrumento particular faz prova plena até a *querela di falso* se a parte contra quem é produzida reconhece sua assinatura,¹⁹⁹ e do art. 2.712 do Código Civil italiano, que prevê que as «*reproduções mecânicas*» de um fato fazem prova plena dele se a parte contra a qual são produzidos não nega sua conformidade «*aos fatos ou às próprias coisas*».²⁰⁰ Em ambas as hipóteses o valor da prova depende, justamente, da condição de que a outra parte não tenha contestado a veracidade do documento ou da reprodução mecânica de que se trata.

Regras desse gênero são evidentemente destinadas, mais uma vez, a simplificar em alguma medida a tarefa do juiz, bem como a economizar nas atividades que seriam necessárias para apurar a autenticidade da assinatura do instrumento particular ou a veracidade da reprodução; entretanto, são — também evidentemente — carentes de toda e qualquer validade epistêmica. Uma assinatura falsificada continua, de fato, sendo falsa, mesmo se seu suposto autor a reconhece ou não a nega; uma montagem fotográfica continua sendo uma montagem fotográfica mesmo se ninguém contesta sua correspondência aos fatos representados. Assim como em linhas gerais a veracidade ou a falsidade de um enunciado dependem da realidade do fato que o enunciado descreve (e não do consenso ou da vontade de alguém),²⁰¹ do mesmo modo a veracidade daquilo que um documento ou uma reprodução representam não depende do consenso ou da vontade da parte contrária, mas somente da realidade representada ou — melhor dizendo — da realidade à qual o documento

¹⁹⁷ Para uma crítica à tese segundo a qual o argumento de prova serviria somente para valorar outras provas, e não para provar os fatos, v. TARUFFO, *op. cit.*: 458.

¹⁹⁸ Nesse sentido v. mais amplamente TARUFFO, *op. cit.*: 461.

¹⁹⁹ A essa norma liga-se o art. 215 do Código de Processo Civil italiano, que prevê o reconhecimento tácito da assinatura, a partir da ausência temporária de negação. Sobre esses temas v. por todos, e para ulteriores referências, COMOGGIO, *op. cit.*: 326, 334.

²⁰⁰ Sobre o tema v. por todos COMOGGIO, *op. cit.*: 361.

²⁰¹ A propósito, cfr. as argumentações desenvolvidas *supra*, Cap. III, item 1.

ou a reprodução pretendem fazer referência. Assim, a ausência de negação de uma assinatura ou a ausência de contestação de uma reprodução não atribuem a esses documentos qualquer autenticidade ou veracidade que esses não tinham *ab origine*. A ausência de negação ou de contestação têm somente o efeito de fazer com que o juiz deva tê-los por autênticos e verídicos mesmo se não o forem, tornando irrelevante a eventualidade de que esses sejam falsos. Qualquer que seja a utilidade prática de mecanismos desse tipo, resta, ainda assim, o fato de que esses podem introduzir na decisão um relevante *deficit* de veracidade, sendo, por essa razão, considerados antiépistêmicos.

5. OS SUJEITOS DA ATIVIDADE EPISTÊMICA

Um aspecto relevante de toda e qualquer atividade de caráter epistêmico diz respeito à determinação e à posição dos sujeitos que desenvolvem essa atividade. Em muitas áreas do conhecimento isso não cria problemas particularmente graves: o conhecimento histórico é obra do historiador, e o conhecimento científico é, dependendo do caso, obra do biólogo, do químico, do físico, e assim por diante. Pode-se discutir – e, com efeito, discute-se – sobre a natureza e a validade dos métodos que esses aplicam no desenvolvimento de suas pesquisas, de modo que o «*verdadeiro*» historiador é aquele que aplica corretamente as regras do método historiográfico, e o «*verdadeiro*» cientista é aquele que aplica corretamente as regras do método científico. Não parece dúvida, todavia, que todos esses sujeitos tenham em comum o escopo da busca da verdade.²⁰²

As coisas são, entretanto, muito diferentes no âmbito do processo. É verdade, de fato, que esse pode ser interpretado como um procedimento epistêmico, orientado à apuração da verdade dos fatos, mas nele operam sujeitos que perseguem interesses diferentes, não raro antagônicos e frequentemente não dirigidos à apuração da verdade. Por conseguinte, a determinação dos sujeitos aos quais pode ser atribuída em sentido próprio uma função epistêmica no contexto do processo requer aprofundamento ulterior; ainda, vale a pena ocupar-se dos comportamentos que esses sujeitos têm tipicamente durante o desenvolvimento do processo.

5.1 As partes

No processo as partes desempenham – obviamente – uma função importantíssima, que se manifesta em várias formas e atividades. Pode-se, todavia, dizer que não se trata de uma função epistêmica, pela fundamental razão de que as iniciativas e as atividades das partes não são direcionadas no sentido

da busca e da descoberta da verdade. Um procedimento epistemicamente direcionado deveria, portanto, ser estruturado de modo a contrastar – ou pelo menos a minimizar – a tendência das partes de distorcerem a verdade.²⁰³

As articulações fundamentais da posição que as partes assumem em relação às provas (e, portanto, à decisão sobre os fatos) consistem, de fato, na necessidade de satisfação do ônus da prova (com o consequente interesse que as partes têm em demonstrar que suas alegações são fundadas), bem como no direito à prova. Sobre essas articulações vale a pena desenvolver algumas considerações, com o fim de esclarecer que essas não têm qualquer função epistêmica.

A complexa problemática relativa ao ônus da prova não pode ser aqui discutida,²⁰⁴ mas deve ser mencionada por consentir que se defina adequadamente o *interesse* que cada parte tem em demonstrar que suas próprias alegações são fundadas, ou seja, em realizar as condições necessárias para que suas demandas, ou suas exceções, sejam acolhidas. Entretanto, como se viu anteriormente,²⁰⁵ o que a parte alega não é necessariamente verdadeiro, visto que a alegação tem uma pretensão de veracidade, mas pode muito bem ser constituída (como ocorre com frequência) de enunciados falsos. Se, todavia, a parte consegue fornecer a prova desses enunciados (talvez se servindo de provas falsas), ou seja, consegue *fazê-los parecer* verdadeiros, seu escopo poderá ser considerado atingido. Se não se acredita na ideia de que no processo, de qualquer maneira, a verdade dos fatos deva ser apurada, utilizando-se exclusivamente a iniciativa das partes como elemento essencial,²⁰⁶ é bem possível que uma parte resulte vitoriosa fazendo parecer verdadeiras alegações de fato que, na realidade, são completamente falsas. Mais: se uma parte puder se valer de alguma presunção legal, ou de alguma *relevatio ab onere probandi* gentilmente oferecida pela outra parte,²⁰⁷ poderá, pois, resultar vitoriosa sem nem mesmo ter que agir ativamente para fazer parecerem verdadeiros os fatos inverídicos alegados. Situações desse gênero podem parecer paradoxais (e são, de qualquer modo, claramente antiépistêmicas), mas são a consequência que necessariamente se verifica quando se relega ao segundo plano a exigência de apuração da verdade dos fatos, concebendo-se o processo como um jogo que somente as partes podem jogar.

Outra característica relevante da relação intercorrente entre as partes e as provas é a do *direito à prova*, que é já comumente reconhecida como uma das manifestações mais importantes das garantias fundamentais relativas ao

²⁰³ Nesse sentido, Cfr. DAMASKA, 2003a: 120.

²⁰⁴ Sobre o tema v. *infra*, Cap. V, item 5.

²⁰⁵ V. *supra*, Cap. III, item 5.

²⁰⁶ Sobre a relativa ideologia do processo v. *supra*, Cap. III, item 2.2.

²⁰⁷ Sobre esse efeito da ausência de contestação dos fatos alegados v. *supra*, Cap. III, item 5.2.

²⁰² Sobre esses temas são particularmente importantes as contribuições recentes de uma epistemóloga famosa: cfr. HAACK, 2008; HAACK, 2007.

direito de agir e de se defender em juízo.²⁰⁸ Visto que de suas atividades probatórias depende a possibilidade de satisfação do ônus probatório (e, portanto, o êxito final da controvérsia), é claro que as partes devem poder se valer de todas as possibilidades para procurar demonstrar que suas alegações de fato são fundadas. Parecem, por conseguinte, suspeitas de inconstitucionalidade – e, igualmente, parecem violações ou reduções de uma garantia fundamental – as normas que eliminam ou limitam essa possibilidade, como aquelas (analisadas anteriormente)²⁰⁹ que, por razões diversas, excluem a admissibilidade de provas relevantes. Em linha de princípio isso vale para todas as normas que operam desse modo, visto que limitam o direito das partes de se servir de todas as provas disponíveis para demonstrar os fatos que têm o ônus de provar com o fim de mostrar o fundamento de seus direitos. A respeito disso, pode-se talvez admitir alguma exceção, mas, tratando-se de derrogar uma garantia fundamental, é necessário que tais exceções sejam justificadas pela necessidade de que se tutelem outros direitos fundamentais ou de estatura constitucional, bem como que se demonstre que essa necessidade é tão importante a ponto de prevalecer sobre a concretização do direito à prova.²¹⁰

É claro, todavia, que tudo isso nada tem a ver com a descoberta e a apuração da verdade sobre os fatos da causa. Como se viu anteriormente,²¹¹ de fato, o escopo que as partes tipicamente perseguem é obter a vitória na controvérsia, servindo-se do direito à prova e realizando seus interesses em demonstrar aquilo que devem provar; entretanto, esse escopo é perseguido independentemente da eventualidade de que a decisão funde-se em uma apuração verídica dos fatos. Trata-se de um lugar-comum, que, entretanto, espelha adequadamente a realidade do que acontece no processo.²¹² Pode inclusive ocorrer de que uma parte tenha interesse em que se determine a verdade, na hipótese em que isso possa levar a uma sentença favorável para ela. De resto, isso implica que a outra parte tenha um interesse contraposto equivalente (senão mais intenso) em que a verdade não seja descoberta. Em todo caso, pode-se excluir a possibilidade de que as partes tenham interesse comum em que a verdade seja apurada.²¹³ Pelo contrário, pode acontecer de

²⁰⁸ Sobre o tema v., por todos, inclusive para numerosas referências, COMOGGIO, *op. cit.*: 31 e ss., 70, 88. Cfr. ainda PICÓ I JUNOY, 1996; TARUFFO, 1984: 74. Para um panorama comparado cfr. PERROT, 1983: 91. O direito à prova foi substancialmente reconhecido também pela jurisprudência estadunidense: cfr. IMWINKELRIED, 1990: 8, 14.

²⁰⁹ V. *supra*, item 2.2.

²¹⁰ Nesse sentido v. mais amplamente TARUFFO, *op. et loc. cit.*

²¹¹ Cfr. Cap. III, item 4.2.

²¹² A propósito cfr., p. ex., STEIN, *op. cit.*: 142; GERBER, *op. cit.*: 4.

²¹³ Para uma perspectiva completamente diferente, segundo a qual o processo e as partes visariam à obtenção de uma verdade comum e compartilhada, cfr. MACROCE, 2005: 214, 226. Todavia, o autor funda-se em uma concepção bastante peculiar da verdade «das partes» como «respeito à estrutura comunicativa e coexistencial do processo» (*ibidem*: 234), que não coincide com a concepção da verdade que se pressupõe no texto.

nenhuma das partes ter efetivo interesse em fazer com que isso aconteça. Com efeito, cada parte tem interesse em satisfazer o ônus da prova que lhe incumbe, mas isso não equivale, de fato, a dizer que as partes orientem sua atividade processual no sentido da reconstrução completa e verídica da situação de fato que está à base da controvérsia. Em realidade, o que as partes têm interesse em demonstrar é que suas alegações de fato são fundadas, alegações essas feitas com o escopo de mostrar que suas demandas e exceções são fundadas do ponto de vista fático. Nada demonstra, entretanto, que as alegações feitas pelas partes sejam constituídas por enunciados fáticos verdadeiros: o autor pode alegar um fato constitutivo do direito que pretende ver reconhecido formulando um enunciado falso e, posteriormente, tentar demonstrar a veracidade de tal enunciado, com o escopo de satisfazer o ônus da prova que lhe incumbe. Se bem sucedido nessa empreitada, obtém a vitória na controvérsia, sem que isso tenha qualquer relação com a descoberta da verdade dos fatos.²¹⁴ A parte que faz alegações falsas corre o risco de ser declarada sucumbente, mas somente por não ter logrado êxito em fornecer provas suficientes que confirmassem suas alegações, não por essas serem falsas. Substancialmente: na melhor das hipóteses convidam-se ou se obrigam as partes a evitarem obstruções, visando a impedir o uso consciente de declarações ou de provas falsas; tudo isso, entretanto, não equivale certamente a que se imponha às partes um dever de colaborar ativamente para a apuração da verdade dos fatos.²¹⁵

Parece, de resto, evidente – e foi confirmado historicamente²¹⁶ – que o livre confronto dialético entre as partes não é, de fato, um bom método para chegar-se à descoberta da verdade. As partes podem ter, de fato, várias razões para manipular, distorcer ou ocultar a realidade dos fatos, e essas razões podem existir para *ambas* as partes. Em todo caso, nada assegura que da competição antagonista entre dois sujeitos que *não* têm interesse na descoberta da verdade possa surgir uma reconstrução verídica dos fatos da causa; isso ocorre com maior razão se se considerar que o êxito das atividades probatórias das partes depende em larga escala de sua habilidade e capacidade, de modo que tende a ser equívocado quando as partes não têm a mesma força no confronto para a apuração dos fatos.²¹⁷ Qualquer pessoa verdadeiramente interessada em esta-

²¹⁴ Por outro lado, como também se viu anteriormente (Cap. II, item 2.3), as partes não têm qualquer obrigação ou dever de respeitar a verdade no âmbito de suas atividades processuais, e o mesmo vale para seus advogados.

²¹⁵ Mesmo o principal defensor do princípio de colaboração duvida que a colaboração entre as partes e o juiz assegure a obtenção da verdade, ainda que frise que possa servir para que se aproxime dessa. Cfr. GRASSO, 1998: 418.

²¹⁶ Cfr. LANGBEIN, 2003: 332.

²¹⁷ Cfr. em particular DAMÁSKA, 1986: 211, que argumenta, em linhas gerais, que «as conteúdos interessadas pessoalmente... podem também estar motivadas a esconder a verdade. Uma habil engenhosa das provas pode obscurecer, ao invés de esclarecer, o que efetivamente ocorreu».

belecer a verdade de um fato deveria, por conseguinte, evitar com o máximo empenho o emprego de um método desse gênero.

Miriam Damaska esclarece, de resto, que, se um sistema processual é baseado essencialmente na dialética das partes, não pode ser direcionado no sentido da descoberta da verdade: «esse processo não busca a precisão da apuração do fato como finalidade independente da resolução dos conflitos, nem mesmo dentro do rito restrito das questões definidas pelas partes. A decisão no modelo de resolução dos conflitos não é tanto uma descrição do verdadeiro estado das coisas, quanto uma decisão que resolve a discussão das partes, como um tratado de paz que encerra as batalhas».²¹⁸ Além disso, continua Damaska, «a “verdade” – não importa como concebida – tende a parecer obscura e ambígua. Por isso... o processo de resolução dos conflitos é indifferente a como efetivamente ocorreram as coisas; wie es eigentlich gewesen».²¹⁹

Por outro lado, do ponto de vista epistemológico revela-se a existência de uma clara distinção entre a abordagem de quem tende a demonstrar uma tese e a abordagem de quem persegue de modo desinteressado a descoberta da verdade: Susan Haack traçou claramente a distinção entre a *advocacy*, que tendencialmente nada tem a ver com a descoberta da verdade, e a *inquiry*, que, pelo contrário, é direcionada para a determinação da verdade objetiva.²²⁰

Por conseguinte, resulta claramente confirmado que a atividade das partes não pode ser posta no âmbito da dimensão epistêmica do processo. Pode-se, aliás, dizer que se (e na medida em que) o processo for epistemicamente direcionado (tendo, pois, como fim a descoberta da verdade), isso acontecerá *apesar* da atividade defensiva desenvolvida pelas partes. Essas, de fato, encontram-se tipicamente na situação que se poderia definir, na terminologia de Norbert Elias, como *envolvimento*, ou seja, na situação tipicamente contraindicada para uma busca objetiva e desinteressada da verdade.²²¹

5.2 Os poderes instrutórios do juiz

Por conseguinte, resulta evidente que, entre os protagonistas do processo, o juiz é o sujeito a quem compete a função epistêmica fundamental, ou seja, a apuração da verdade dos fatos. Essa função implica que ele oriente sua atividade, no curso do processo, no sentido dessa finalidade. Isso implica duas consequências principais: de um lado, é do juiz o dever de governar a admissão e a produção das provas, além da determinação de seu valor no

âmbito da decisão final sobre os fatos. Conforme visto, existe uma dimensão epistêmica na admissão das provas com base no princípio da relevância e nas modalidades de sua produção: o protagonista desses aspectos do processo é – por assim dizer – quem garante sua correção epistêmica é justamente o juiz.

Por outro lado, coloca-se o problema de estabelecer-se o que o juiz pode ou não fazer autonomamente para a busca dos elementos de convencimento necessários para a apuração da verdade dos fatos, ou seja, o problema de saber-se se ele pode ou deve dispor de poderes instrutórios autônomos. Em um procedimento epistêmico esse problema careceria até mesmo de sentido: é um procedimento que se um sujeito empenha-se para a descoberta da verdade de um fato óbvio que se um sujeito empenha-se para a descoberta da verdade de um fato deve poder utilizar todas as possibilidades de que dispõe para colher e selecionar as informações necessárias.²²² Seria inútil perguntar se um historiador pode ou não (deve ou não) buscar as fontes com base nas quais possa fazer seu trabalho de reconstrução de um fato; seria igualmente inútil perguntar se um cientista tem ou não o direito de desenvolver as pesquisas necessárias para descobrir a verdade de um fato ou de uma teoria. No processo, entretanto, as coisas são bem mais complicadas, seja pela interferência de opções ideológicas, seja porque o juiz não é o único sujeito ativo naquele contexto, mesmo se – conforme se viu há pouco – é o único sujeito *lato sensu* «interessado» em que o procedimento conclua-se com uma decisão verídica.

As interferências das opções ideológicas, sobre as quais se tornará a falar em breve, estão ligadas à concepção que se tem do processo e de suas finalidades. Se, conforme se disse mais de uma vez, sustentar-se que o processo é uma coisa privada das partes (e, portanto, que esse não tem de modo algum o fim de buscar a verdade),²²³ resulta que ao juiz será dado um papel passivo, não se lhe atribuindo a função de apurar a verdade.²²⁴ É necessário ter-se em mente, todavia, que essa ideologia foi superada pela maior parte dos legisladores processuais modernos, justamente no momento em que esses se ocuparam do papel do juiz em relação à apuração dos fatos. Com base no conhecimento difundido de que somente a atividade instrutória das partes não assegura de maneira alguma a descoberta da verdade, andou-se afirmando a tendência de atribuir-se ao juiz um papel ativo na produção das provas que as partes não tenham requerido por iniciativa própria, com a evidente finalidade de fazer com que a verdade, ainda assim, possa ser apurada.²²⁵ É, portanto, oportuno observar rapidamente as principais técnicas normativas empregadas com esse escopo.

²¹⁸ Cf. DAMASKA, *op. cit.*: 212.

²¹⁹ Cf. DAMASKA, *ibidem*.

²²⁰ Cf. HAACK, 2008b: 564.

²²¹ Cf. ELIAS, 1988: 19, 89. Para uma aplicação da noção de *envolvimento* no contexto probatório v. mais amplamente TARUFFO, 1996: 267.

²²² A propósito, cf. em particular HAACK, 2007: 97.

²²³ V. *supra*, Cap. III, item 4.2.

²²⁴ Cf. –, a propósito, DAMASKA, 2003: 130 e ss.

²²⁵ A propósito, v. mais amplamente, inclusive para maiores referências, FABIANI, 2008: 350; TARUFFO, 2006a: 458. Em sentido crítico v. por último CAVALLONE, *op. cit.*: 952.

A mais difundida dessas técnicas consiste em atribuir ao juiz o poder de dispor de ofício a produção de provas que considera relevantes para a apuração dos fatos, mas que as partes não requereram. A extensão desses poderes varia em função da amplitude e intensidade do papel ativo que se pretende conferir ao juiz. Essa extensão é máxima quando o juiz tem o poder de determinar de ofício a produção de todos os meios de prova legalmente admissíveis, como prevê o art. 10 do *Code de Procédure Civile* francês.²²⁶ É mais reduzida quando se exclui a possibilidade de que o juiz possa determinar de ofício alguns meios de prova, como no caso do juiz alemão, que não pode determinar a oitiva de uma testemunha, mas pode determinar a produção de qualquer outra prova,²²⁷ ou como no caso do juiz italiano, que não tem um poder instrutório de amplitude geral (exceto no processo do trabalho), mas dispõe do poder de ordenar a produção de vários meios de prova especificamente previstos pela lei.²²⁸ Essa técnica normativa é típica dos ordenamentos de *civil law*, mas não está presente somente nesses ordenamentos: lembre-se, de fato, que mesmo as *Federal Rules of Evidence* estadunidenses atribuem ao juiz relevantes poderes de iniciativa instrutória, ainda que os juízes americanos tendam a fazer uso bastante limitado desses, a fim de evitar interferências na atividade das partes.²²⁹

Outra técnica muito difundida, que pode inclusive se combinar com a primeira, consiste em atribuir ao juiz o poder de estimular as partes a produzirem provas que ele mesmo considera relevantes e que as partes não tenham produzido. É isso que pode fazer o juiz alemão a propósito da prova testemunhal: ele não pode dispô-la de ofício, mas pode facilmente induzir as partes a chamar as testemunhas que julga oportuno ouvir.²³⁰ Tem poder análogo também o juiz inglês, ao qual as *Civil Procedure Rules* de 1998 atribuíram um papel muito mais ativo em relação ao que se tinha no passado, e que pode, de várias maneiras, induzir as partes a completar suas iniciativas instrutórias.²³¹ A *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 2000 não seguiu a tendência geral dos ordenamentos europeus de estender os poderes instrutórios do juiz, e, aliás, reduziu-os ao eliminar as *diligencias para mejor proveer* previstas no Código processual de 1881, que permitiam ao juiz — uma vez produzidas as provas

requeridas pelas partes — determinar de ofício a produção de outros meios de prova úteis para a decisão.²³² Todavia, também o juiz espanhol tem, com base no art. 429.1 do Código atual, o poder de compelir as partes a requerer provas necessárias à apuração dos fatos, quando julgar que as iniciativas instrutórias das partes forem insuficientes.²³³

Esses exemplos mostram — além das diversas técnicas empregadas dependendo do caso — que os diferentes legisladores processuais perceberam a necessidade de fazer com que a apuração dos fatos com base nas provas não restasse como uma coisa privada das partes, não dependendo exclusivamente de suas iniciativas e escolhas fáticas. Em outros termos, os legisladores perceberam a necessidade de orientar a atividade do juiz em sentido marcadamente epistêmico, confiando-lhe os poderes tidos como necessários para a busca da verdade. Isso não significa, todavia, que se tenha verificado uma conversão geral de todos os ordenamentos no sentido de confiar ao juiz uma função inquisitória e abusiva dos direitos e das garantias das partes.²³⁴ É somente o caso de frisar, na realidade, que os poderes conferidos ao juiz configuram-se como acessórios e integrativos em relação às iniciativas instrutórias das partes.²³⁵ Se, como ocorre frequentemente, as partes exerciam de maneira completa seu direito à prova,²³⁶ requerendo todas as provas disponíveis em relação aos fatos da causa, o juiz não terá qualquer oportunidade para exercer seus poderes, restando, portanto, legitimamente inerte.²³⁷ Somente quando ele descobre (a partir do que é posto no processo, não através de sua «*ciência privada*») que existe uma prova relevante não requerida pelas partes, ele poderá (e provavelmente *deverá*)²³⁸ determinar de ofício a produção daquela prova, ou compelir as partes a requerê-la. De qualquer modo, em nenhum caso prevê-se que o juiz se transforme em um inquisidor que reúna em si todos os poderes de perquirição e de descoberta da verdade, reduzindo-se ou até mesmo eliminando-se os poderes probatórios das partes. Em realidade, seu papel é bem mais modesto e racional, consistente em verificar se as partes

²²² Sobre o tema v. mais amplamente Taruffo, *op. cit.*: 466; Fabiani, *op. cit.*: 433. Em geral sobre o papel do juiz no processo espanhol v. Fabiani, *ibidem*: 401.

²²³ Essa norma foi objeto de amplas discussões doutrinárias (sobre as quais v. Fabiani, *op. cit.*: 427), mas parece preferível a tese segundo a qual essa configura um verdadeiro e próprio poder de iniciativa instrutória. Sobre o tema cf., inclusive para ulteriores referências, Picó I Junoy, 2007: 124.

²²⁴ V. mais amplamente Taruffo, *op. cit.*: 468.

²²⁵ Nesse sentido cf., p. ex., Fabiani, *op. cit.*: 501; Taruffo, *op. cit.*: 458.

²²⁶ Sobre o tema v. *supra*, item 5.1.

²²⁷ É o que ocorre, por exemplo, com o juiz francês, ainda que — como se viu — ele seja dotado de poderes instrutórios muito mais amplos: cf. Bearstley, 1986: 489.

²²⁸ Nesse sentido parece orientar-se a recente jurisprudência da *Corte di Cassazione* italiana, segundo a qual o juiz tem um poder-dever de obter as provas necessárias para a apuração dos fatos: v. em particular *Cass. S. U.*, 12 de junho de 2004, n. 11353, em Fabiani, 2005: 1135.

²²⁹ Cf. Fabiani, *op. cit.*: 494; Taruffo, *op. cit.*: 465; Passanante, 2000: 1363.

²³⁰ Para um exame analítico v. por último Fabiani, *op. cit.*: 568.

²³¹ Cf. a *Rule* 614(a), com base na qual o juiz pode determinar de ofício a produção de provas testemunhais não requeridas pelas partes — sobre o tema cf. Graham, *op. cit.*: 302; Saltzburg, Martin e Capra, *op. cit.* (3): 614-7 — e a *Rule* 706, com base na qual o juiz pode determinar de ofício a oitiva de peritos — sobre o tema v. Graham, *ibidem*: 364; Saltzburg, Martin e Capra, *op. cit.* (3): 706-3. Sobre o tema v. também Taruffo, *op. cit.*: 464.

²³² Análogamente cf. Fabiani, *op. cit.*: 362.

produziriam todos os dados cognoscitivos disponíveis para apurar a verdade dos fatos, e em se tornar ativo se isso não tiver ocorrido.²³⁹

Do ponto de vista epistêmico, isso parece totalmente óbvio, visto que seria contraditório – como se acenou há pouco – prever que quem tem a responsabilidade de estabelecer a verdade de um fato não tenha a possibilidade de obter o conhecimento necessário a esse escopo, que outros sujeitos – que, além disso, não perseguem as mesmas finalidades – não forneceram.

O discurso poderia concluir-se com essas considerações bastante banais, se não houvesse pelo menos outras duas questões merecedoras de algumas considerações (mesmo que sintéticas). A primeira questão foi posta há tempos pelos teóricos do princípio dispositivo, e nasce da tese segundo a qual a atribuição de poderes instrutórios violaria tal princípio, eliminando, sobretudo, a imparcialidade do juiz e a sua independência de julgamento.²⁴⁰ Sobre o primeiro ponto pode-se observar que o problema é mal posto, visto que a determinação das provas pertence à dimensão epistêmica do procedimento, ou seja, à técnica do processo, e não ao princípio dispositivo em sentido próprio.²⁴¹ Há confirmações históricas, ao contrário daquilo que muitos creem, no sentido de que a regra que determinava que o juiz devia julgar *secundum allegata et probata* não fazia qualquer referência ao monopólio das partes sobre as provas.²⁴² Além disso, conforme se viu há pouco, a experiência dos ordenamentos que estenderam os poderes instrutórios do juiz demonstra que isso não maculou de modo algum a concretização do princípio dispositivo. Isso é particularmente claro, por exemplo, no ordenamento francês, em que a generalização dos poderes instrutórios do juiz é perfeitamente compatível com o princípio dispositivo enunciado nos arts. 1.º, 4.º e 5.º do *Code de Procédure Civile* francês.²⁴³

O segundo ponto funda-se em uma premissa que, sob o viés epistemológico, parece bastante curiosa, segundo a qual o juiz, determinando de ofício a produção de um meio de prova, manifestaria parcialidade em favor de uma parte, mesmo porque não estaria mais em condições de valorar objetivamente

e de modo neutro o resultado daquela prova.²⁴⁴ Se isso fosse verdade, e a não ser que se tratasse o juiz como uma espécie de *minus habens*, necessário seria sustentar que um historiador que decidisse estudar certos documentos, ou um biólogo que decidisse fazer certo experimento, perderia justamente por essa razão o próprio equilíbrio mental, não estando mais em condições de valorar objetivamente os resultados de suas pesquisas. Se assim não for, como parece evidente, não se vê razão para que um juiz que determine a exibição de um documento, ou o exame de uma testemunha, por essa razão não tenha mais condições de interpretar corretamente o conteúdo daquele documento ou de valorar racionalmente a credibilidade daquela testemunha. Essa concepção funda-se em noções psicológicas no mínimo «ingênuas» e sobretudo carentes de fundamento,²⁴⁵ segundo as quais quem busca colher informações sobre um fato perde imediatamente a capacidade de valorar corretamente o conteúdo e a confiabilidade das informações obtidas. Essa ideia não só é extremamente superficial, como também não leva minimamente em conta os estudos que há tempos vêm sendo desenvolvidos sobre a psicologia da decisão e sobre os critérios e modelos que ajudam a racionalizar as escolhas²⁴⁶ – e, portanto, a verificar os erros, também devidos a valorações parciais, que quem decide poderia cometer. É verdade que existe o *confirmation bias*, e todos corremos o risco de tender a confirmar aquilo sobre o que estamos convencidos,²⁴⁷ mas o remédio não consiste certamente em impedir que se busquem elementos ou informações ulteriores para se estabelecer racionalmente o que é verdadeiro e o que é falso. No caso do juiz, por outro lado, pode-se observar que no momento em que ele determina de ofício a produção de uma determinada prova ele pode não estar convencido de coisa alguma: pode que ele tenha simplesmente descoberto que aquele meio de prova poderia ser útil para a apuração dos fatos. Isso não implica certamente que ao valorar o êxito da prova ele deva ser parcial em favor de uma ou de outra parte.

Em todo caso, parece evidente que o remédio para esses perigos (na verdade mais temidos do que reais) não consiste em se privar o juiz de todo e qualquer poder instrutório, mas em submeter-se a controles adequados o exercício desses poderes. É nesse sentido que se torna essencial a garantia dos direitos das partes e que o princípio do contraditório manifesta uma relevante função epistêmica, configurando-se como uma técnica essencial de controle racional sobre o uso que o juiz faz de seus poderes.²⁴⁸ É necessário, em outros

²³⁹ Isso torna absolutamente fantástica, e, portanto, errada e inútil, a análise econômica do modelo *inquisitorial* desenvolvida por POSNER, *op. cit.*: 1487.

²⁴⁰ Trata-se de afirmações recorrentes na doutrina processual. Uma clara e articulada formulação dessa tese encontra-se no conhecido artigo LIEBMAN, 1962: 12, mas v. também MONTESANO, 1978: 189; FAZZALARI, 1972: 193. Sobre o tema v. por último PICÓ I JUNOY, *op. cit.*: 99, e ainda TARUFFO, *op. cit.*: 479.

²⁴¹ Em sentido análogo cfr. PICÓ I JUNOY, *op. cit.*: 102 e PICÓ I JUNOY, 2007: 217. Sobre o tema v. por último a ampla e documentada exposição de FABIANI, *op. cit.*: 107, 228.

²⁴² V. *supra*, Cap. I, item 6, e em particular a demonstração analítica dada por PICÓ I JUNOY, 2007: 35.

²⁴³ Cfr., inclusive para ulteriores referências, TARUFFO, *op. cit.*: 459; FERRAND, 2005: 9.

²⁴⁴ Nesse sentido cfr. em particular os escritos de LIEBMAN, *op. cit.*, FAZZALARI, *op. cit.* e MONTESANO, *op. cit.* Sobre o tema v. também FABIANI, *op. cit.*: 195.

²⁴⁵ Não é, de fato, demonstrada, por exemplo, a «incompatibilidade psicológica entre busca e decisão» de que fala LIEBMAN, *op. cit.*: 13.

²⁴⁶ Cfr., p. ex., RUMIATI, 2000: 16; RUMIATI, 1990: 115, 167 e 235; RUMIATI e BONINI, 2001: 107, 153.

²⁴⁷ Cfr. DAMAŠKA, *op. cit.*: 139 e ss.; TARUFFO, *op. cit.*: 481.

²⁴⁸ Nesse sentido v. mais amplamente TARUFFO, 1992: 401.

termos, que às partes seja possibilitado influir criticamente no exercício desses poderes no que diz respeito à valoração da relevância e da admissibilidade das provas cuja produção o juiz determina de ofício: ainda, que essas possam requerer provas contrárias ou diferentes daquelas determinadas pelo juiz; finalmente, que tenham a possibilidade de discutir o êxito e a eficácia dessas provas. A solução correta do problema parece, pois, residir na integral atuação da garantia do contraditório, e não na eliminação dos poderes instrutórios do juiz. Pode-se sustentar, aliás, que do ponto de vista epistêmico a melhor solução possível é a de maximizar concomitantemente a atuação do direito das partes à prova (em todas as suas manifestações, inclusive, e exatamente, as que concernem ao controle que as partes exercem sobre os poderes instrutórios do juiz) e dos poderes instrutórios autônomos de que o juiz deveria dispor.²⁴⁹ Observe-se, na realidade, que essas duas estratégias não estão em conflito uma com a outra, podendo, aliás, combinar-se no sentido de garantir a mais completa e racional obtenção dos dados cognoscitivos necessários para a apuração da verdade. Os poderes instrutórios das partes e os do juiz não fazem parte de um *unicum* em que, se os primeiros são aumentados, os últimos são limitados, ou vice-versa, como se o aumento dos poderes instrutórios do juiz implicasse uma limitação dos direitos das partes.²⁵⁰ Pelo contrário: trata-se de instrumentos diferentes que podem ser ativados por sujeitos diferentes, que podem muito bem ser utilizados contemporaneamente com o fim de maximizar a obtenção dos dados probatórios necessários para a decisão. Parece, de resto, evidente que os inúmeros ordenamentos que configuraram um papel ativo do juiz na produção de provas não tinham certamente o escopo prefixado de eliminar a imparcialidade;²⁵¹ simplesmente julgaram, e com boas razões, que exercendo poderes autônomos o juiz não deixa de ser imparcial. Parece, de resto, convincente uma argumentação em certos aspectos inversa àquela de quem liga o risco de parcialidade do juiz ao exercício de poderes instrutórios de ofício. Como se viu anteriormente,²⁵² uma reflexão aprofundada sobre o conceito de imparcialidade leva não só a que se exclua a ideia de contradição entre imparcialidade e busca da verdade, mas também a que se conclua que a busca da verdade é um fator essencial da imparcialidade do juiz. Por conseguinte, se é verdade – como parece indubitável – que a atribuição de poderes instrutórios autônomos corresponde precisamente a uma exigência de caráter epistemológico, é necessário que se abandone a ideia de que tais poderes

²⁴⁹ Sobre o tema v. mais amplamente TARUFFO, 2006a: 479.

²⁵⁰ Para lembrar uma metáfora usada alhures (v. TARUFFO, *op. cit.*: 478), não existe uma «*torta*», constituída pelos poderes instrutórios, a ser dividida entre partes e juiz, de modo que a fatia que compete ao juiz implique uma proporcional redução da fatia das partes, e vice-versa. Essa metáfora espelha o modo mais difundido de pensar sobre esses problemas, mas deveria também mostrar que esse modo de pensar é errado.

²⁵¹ Cf. TARUFFO, *op. cit.*: 480.

²⁵² V. *supra*, Cap. III, item 4.5.

estejam em conflito com a imparcialidade do juiz. A busca da verdade que tais poderes permitem coloca o juiz em uma posição de imparcialidade (que não equivale à neutralidade ou à passividade) na busca da verdade dos fatos.

A outra questão de que é oportuno ocupar-se brevemente foi levantada recentemente por alguns expoentes da doutrina italiana e da doutrina de língua espanhola (para os quais parece apropriada a qualificação de *neo-vétero-liberais*), gerando um debate bastante acalorado.²⁵³ Segundo essa orientação, surgida nos últimos anos (e por isso passível de ser definida como *neo*), seria a ausência de poderes instrutórios autônomos atribuídos ao juiz característica essencial dos sistemas processuais liberais (e portanto democráticos). O monopólio absoluto das iniciativas instrutórias deveria, pois, competir exclusivamente às partes, justamente como ocorreu nos códigos processuais do século XIX, ou seja, na época liberal clássica dominada pelo individualismo privatista e pela correspondente concepção do processo como coisa privada das partes (e por isso o qualificativo *vétero*). Quando isso não ocorre, ou seja, quando o juiz é investido de poderes instrutórios autônomos, isso implicaria – ainda segundo essa orientação – uma transformação do sistema em sentido autoritário, criticada e rechaçada por ser antiliberal e antidemocrática.

Remetendo-se a outro escrito²⁵⁴ para uma mais adequada discussão dessa tese, pode-se aqui limitar-se a indicar sinteticamente duas razões pelas quais essa parece totalmente destituída de fundamento. A primeira delas é de caráter histórico-comparatista, e se tornou evidente com a revolução histórica e com a situação atual de inúmeros ordenamentos que – conforme se viu há pouco – atribuíram ao juiz um papel ativo na produção das provas, visando à apuração da verdade dos fatos. É claro (e não vale a pena alongar-se a propósito) que a França, a Alemanha e os Estados Unidos dos anos setenta e a Inglaterra e a Espanha dos anos noventa não sofreram qualquer transformação em sentido autoritário e antidemocrático. Se afrontada com a realidade desses ordenamentos, a tese em questão resulta evidentemente infundada.

A segunda razão é de caráter sistemático e funda-se no fato de que – como já mencionado – a presença de amplos poderes instrutórios do juiz não incide de modo algum nem sobre a concretização do princípio dispositivo, nem sobre a atuação da garantia do direito à prova e do princípio do contraditório. Em realidade, a existência de poderes instrutórios do juiz não entra em conflito com os direitos das partes, mas com outra coisa, ou seja, com a exclusividade das partes sobre as iniciativas instrutórias. De resto, esse monopólio não é estabelecido por qualquer princípio geral do processo, tampouco objeto de qualquer garantia constitucional. Trata-se somente de um aspecto de uma ideologia específica do processo bastante difundida na Europa do século XIX,

²⁵³ A propósito, v. mais amplamente, e para necessárias referências bibliográficas, FABIANI, *op. cit.*: 301; TARUFFO, *op. cit.*: 453.

²⁵⁴ Cf. TARUFFO, *op. et loc. cit.* Sobre o tema v. por último FABIANI, *op. cit.*: 693.

mas que por muitas razões foi superada historicamente, parecendo dificilmente recuperável no âmbito da justiça civil moderna.²⁵⁵

O problema dos poderes instrutórios do juiz pode, pois, ser sintetizado nestes termos: a atribuição desses poderes e seu efetivo exercício – naturalmente com respeito rigoroso aos direitos processuais das partes – correspondem a uma necessidade epistêmica, tratando-se de instrumentos que têm como fim atingir o escopo da apuração da verdade. Vice-versa, a oposição a um papel ativo do juiz na produção das provas parece motivada exclusivamente por opções ideológicas: tais opções, além de histórica e politicamente infundadas, confluem-se em termos claramente antiepistêmicos.

6. O JUIZ DO FATO

Em um procedimento epistêmico possuem relevância indubitável as características subjetivas daquele ou daqueles a quem é confiada a tarefa de descobrir e de apurar a verdade. A capacidade de governar os diferentes aspectos em que se articula o procedimento – e, sobretudo, a capacidade de valorar racionalmente os resultados que dele derivam, com o fim de estabelecer se a verdade foi ou não descoberta – são obviamente requisitos essenciais que os sujeitos em questão devem possuir, condicionando diretamente a confiabilidade que se atribui ao êxito do procedimento.

Mesmo sob esse aspecto, todavia, o contexto do processo põe problemas particulares não só porque – como se viu – entram em jogo diversas regras procedimentais que não raro incidem negativamente na busca da verdade, mas também porque existem – além de diferentes modelos de procedimento – também diferentes «*modelos de juiz*». Em particular, existem variações relevantes no que concerne à configuração do sujeito que opera como «*juiz do fato*», e que nessa função tem a tarefa de valorar as provas e de formular a decisão final sobre a verdade dos fatos da causa.

Na impossibilidade de desenvolver-se uma análise comparatista completa das várias figuras de «*juiz do fato*» existentes nos diferentes ordenamentos, o discurso pode ficar aqui limitado aos dois modelos fundamentais: o baseado na presença de um juiz profissional,²⁵⁶ e o baseado na presença do júri.²⁵⁷

²⁵⁵ Analogamente cfr. FABIANI, *op. cit.*: 702.

²⁵⁶ [N. do. T.] A palavra em questão, no original, é *esperto*, que pode ser alguém com muita experiência de vida, alguém entendido, conhecedor de determinado assunto, conforme o dicionário Zingarelli de língua italiana. Nesse contexto, entretanto, julgamos que o sentido da palavra, a fim de manter a fidelidade ao texto original, é o mesmo do vocábulo *profissional*, visto que aqui se fala de pessoas graduadas em direito ou não, e não de conhecedores, ou pessoas que sabem muito a respeito do tema. Aliás, nas páginas seguintes, ao fazer novas referências a esse caráter do juiz de *civil law*, o autor utiliza também a expressão *professionista*, absoluto sinônimo de *professional*, confirmando a tese aqui defendida. Em páginas seguintes, a palavra recebe outras traduções (especialista, hábil), dependendo do contexto em que é inserida.

²⁵⁷ Sobre o tema v. em particular DAMÁSKA, 2003a: 119.

6.1 O juiz profissional

A figura do juiz-jurista, profissional do direito, mas investido também na função de decidir sobre todos os aspectos da controvérsia (e, portanto, também sobre *questions facti*), tem na Europa uma história bastante remota que não pode ser aqui percorrida nem mesmo de modo sumário. Esse juiz já está presente, por exemplo, nas cortes dos longobardos e do *Regnum Italiae*,²⁵⁸ além de em muitas cortes e tribunais dos diversos ordenamentos judiciários europeus dos séculos sucessivos.²⁵⁹ Como juiz único ou como membro de um órgão julgador colegiado, esse juiz apura acima de tudo, com base nas provas levadas a juízo e sem recorrer à própria ciência privada, como se desenvolvessem os fatos à base da controvérsia (*iudex secundum alligata et probata, non secundum conscientiam, iudicare debet*);²⁶⁰ aos fatos assim apurados ele aplica a regra de direito que governa a situação substancial narrada em juízo. *Quaestio facti* e *quaestio juris* são conceitualmente diferenciáveis, mas representam aspectos estritamente interconectados de uma decisão homogênea formulada pelo mesmo órgão julgador.

Com a queda do *ancien regime*, e em particular com as reformas napoleônicas do ordenamento judiciário²⁶¹ (que foram tomadas como modelo em muitos outros estados europeus), a figura do juiz-jurista é enriquecida por novos aspectos que até hoje a caracterizam: o juiz é um funcionário do Estado, inserido em uma organização burocrática com estrutura piramidal, mas, sobretudo, é escolhido (e progride na carreira) com base em sua preparação técnico-jurídica; de qualquer modo, é mantido na figura do moderno juiz de *civil law* o caráter mais relevante no presente contexto, ou seja, o poder de decidir contextualmente tanto as questões de fato, quanto as questões de direito.

Alguém pode observar que essa descrição da figura típica do juiz de *civil law* é demasiadamente simplificada, em particular porque existem diversos órgãos judiciários compostos também ou exclusivamente por leigos, sem preparação jurídica. É por exemplo o caso dos *Arbeitsgerichte* alemães, que são órgãos colegiados de composição mista,²⁶² e, na Itália, das *sezioni specializzate agrarie*. Na França existem exemplos importantes constituídos pelos *conseils de prud'hommes* em matéria de trabalho, pelos *tribunaux de commerce* e pelos *tribunaux paritaires des baux ruraux*, todos compostos somente por

²⁵⁸ A propósito, v. *supra*, Cap. I, itens 2.1 e 3.

²⁵⁹ Sobre o juiz profissional na época comum v. por último PICCARDI, 2007a: 1485. Na ampla literatura sobre o tema cfr. ainda ASCHERI, 1989: *passim*; CASTELLANO, 2004: especialmente 179; ROYER, 1995: 28, 72, 105.

²⁶⁰ Sobre o real significado do brocardo v. *supra*, Cap. I, item 6.

²⁶¹ Sobre o tema cfr. em particular ROYER, *op. cit.*: 409, 424, 440.

²⁶² Cfr. MURRAY e STUBNER, *op. cit.*: 41.

leigos e sem participação de juízes togados.²⁶³ Por conseguinte, é verdade que os juízes profissionais do direito não têm o monopólio absoluto da jurisdição, mas isso não incide no aspecto mais relevante nesse contexto. Por um lado, na realidade, pode-se observar que a presença de membros leigos é motivada por diferentes razões: às vezes, como nos tribunais do trabalho alemães e nos *conseils franceses*, tende-se a realizar no âmbito do órgão julgador uma espécie de representação das categorias contrapostas interessadas na controversia; outras vezes, como nos tribunais de comércio, trata-se de jurisdições corporativas, em que as controversias são resolvidas por membros da corporação a que pertencem as partes, ou pelo menos uma delas; mais frequentemente, como nas seções especializadas e nos tribunais de menores (assim como em vários outros casos), o colégio julgador é integrado por especialistas nas matérias particulares objeto de controversia. Trata-se, não obstante o número e a variedade desses órgãos, de exceções à regra fundamental segundo a qual o juiz de *civil law* é um profissional do direito: não por acaso, na França esses órgãos especiais são qualificados como *jurisdictions d'exception*.

Por outro lado, e no que diz respeito ao que interessa em maior escala ao presente estudo, frise-se que nos sistemas de *civil law* não existe qualquer órgão judiciário civil com participação leiga em que se faça distinção entre a decisão da *quaestio juris* e a decisão da *quaestio facti*, eventualmente reservando essa última ao componente leigo dos colégios mistos. Pelo contrário: em todos os casos o órgão de composição mista ou de composição leiga decide de modo unitário e homogêneo sobre todos os aspectos da controversia. Portanto, a presença de juízes leigos não incide, por si só, no modo em que a decisão é formulada. Por conseguinte, vale em todos os casos o modelo de decisão integrada típico do juiz-jurista da tradição de *civil law*.

Sob o prisma da função epistêmica que esse juiz desempenha, observe-se que de regra ele não dispõe de uma preparação profissional específica no que concerne à decisão sobre os fatos. Sua formação concerne essencialmente ao conhecimento do direito, e ele não é nem um historiador nem um cientista.²⁶⁴ Isso poderia induzir a pensar-se que esse juiz não é o mais apto a desempenhar uma função propriamente epistêmica. Confirmação disso poder-se-ia retirar da prática judiciária de vários ordenamentos, em que a consideração para as questões de direito (mesmo para aquelas de escassa importância) supera em larga escala a atenção dedicada às questões de fato, mesmo quando essas são verdadeiramente decisivas.

A fim de equalizar pelo menos em parte essa valorização negativa cabem, entretanto, diversas considerações. Acima de tudo considere-se que uma parte relevante da formação técnico-jurídica do juiz concerne à disciplina das provas, que constitui uma parte importante do direito processual civil e penal. É verdade que, em geral, os juízes estudam as normas, ao invés dos métodos epistêmicos de apuração dos fatos, mas eles devem de qualquer modo aprender como se interpretam e como se aplicam as normas que disciplinam a metodologia processual de formação da decisão sobre os fatos.

É necessário ter em mente a circunstância de que frequentemente o juiz togado transcorre anos desempenhando sua função em órgãos judiciários de primeira instância, nos quais a produção de provas e a apuração dos fatos constituem, via de regra, o núcleo essencial do processo. É, pois, a experiência que se forma na prática judiciária que pode tornar o juiz hábil na busca e na apuração da verdade: o contato cotidiano, que dura no tempo, com as provas e com os problemas relativos aos fatos pode fornecer ao juiz os conhecimentos e as capacidades necessárias para desempenhar adequadamente a função epistêmica.²⁶⁵

Last but not least, não se deve esquecer que o juiz de *civil law* é obrigado, inclusive com base em princípios constitucionais presentes em vários ordenamentos, a motivar as suas decisões. Obviamente esse dever vale também para os aspectos da decisão que concernem à apuração dos fatos: isso implica que o juiz deva fornecer «*boas razões*», fundadas nas provas e em um convencimento racional, com base no qual a apuração da verdade dos fatos deve resultar objetivamente e logicamente justificada.²⁶⁶ Verdade é que a motivação da sentença é, via de regra, redigida em um momento sucessivo àquele em que é formulada a decisão, mas o bom juiz sabe que deverá justificar as próprias escolhas relativas à valorização das provas e às conclusões sobre os fatos; portanto – pode-se sustentar – é induzido a orientar *ex ante* os próprios raciocínios no sentido de uma análise racional dos elementos de prova e dos critérios de valorização que podem fundar uma reconstrução verídica dos fatos da causa.²⁶⁷

Pelo menos em linha de princípio, por conseguinte, pode-se sustentar que o juiz de *civil law* está bem equipado para desempenhar corretamente a função epistêmica consistente na busca da verdade. As modalidades concretas

²⁶³ Em sentido contrário, ou seja, no sentido de que a experiência conduziria o juiz a ser apressado e superficial na apuração dos fatos, cfr. POSNER, *op. cit.*: 1494 e ss. Essa afirmação não é justificada, e, de qualquer modo, refere-se somente aos juízes que Posner conhece, ou seja, os juízes estadunidenses. Em sentido oposto cfr. STEIN, *op. cit.*: 139.

²⁶⁴ Sobre esses órgãos, sobre sua composição e seu funcionamento, cfr. PARROT, 2002: 106, 117, 126.

²⁶⁵ Sobre as discutíveis analogias entre o juiz e o historiador e o juiz e o cientista cfr. TARUFFO, 1992: 303 e ss.

²⁶⁶ Sobre o dever de motivar, com particular referência ao juízo sobre os fatos, v. *infra*, Cap. V, item 6.

²⁶⁷ Mais amplamente sobre as relações entre raciocínio decisório e raciocínio justificativo cfr., inclusive para ulteriores referências, TARUFFO, 2002: 323.

com que essa função é desempenhada de fato na realidade judiciária dos diferentes ordenamentos podem variar de acordo com inúmeros fatores, que vão da disciplina jurídica específica dos diversos meios de prova ao nível de preparação profissional do juiz, sem esquecer – conforme visto há pouco – a presença ou a ausência, para o juiz, de eficazes poderes de iniciativa instrutória. Resta, todavia, confirmado que o juiz de *civil law* pode ser um eficiente buscador da verdade, na medida em que os outros fatores que determinam a disciplina e o funcionamento do processo permitam-no sê-lo.

Ainda, é oportuno frisar que essas considerações são substancialmente válidas também para os órgãos judiciários em que se tem a participação total ou parcial de membros leigos, e em particular para aqueles órgãos que incluem especialistas em matérias particulares ou são compostos por sujeitos que têm experiência prática em tipos particulares de controvérsias. Não é só isso: nesses órgãos, como já se disse, o modelo fundamental de decisão é o mesmo que vale para os juízes togados. Os juízes leigos também aplicam regras que concorrem à produção de provas, desempenham suas funções por períodos bastante longos que, ainda, são suficientes para que eles possam adquirir uma experiência adequada; finalmente, motivam suas decisões também com referências aos fatos da controvérsia. Pode-se, por conseguinte, concluir que todos os órgãos judiciários dos sistemas de *civil law* têm, pelo menos potencialmente, condições de desempenhar de modo eficaz a função epistêmica relativa à apuração da verdade dos fatos.

6.2 O júri

Também no sistema inglês existe uma longa tradição (que remonta pelo menos às reformas judiciais de Henrique II na segunda metade do século XII) em ver em juízes profissionais do direito o sustentáculo da jurisdição, e, em particular, da jurisdição real. É sabido, todavia, que, a partir da conquista normanda, o aspecto mais original, mais celebrado e em muitos aspectos mais importante do sistema inglês (e, posteriormente, também do sistema estadunidense) é constituído pela presença do júri como *trier of fact*, com a consequência de que ao juiz togado compete registrar o veredito emanado pelo júri sobre os fatos, para tirar dele as consequências jurídicas. Tradicionalmente, aliás, a distinção entre *issues of law* e *issues of fact* segue justamente a distinção entre a função do juiz e a função do júri, e a separação entre juiz e júri constitui um dos traços distintivos mais importantes do processo de *common law*.²⁶⁸ No que concerne à apuração da verdade dos *facts in issue*, por conseguinte, é necessário questionar-se se o júri é um órgão capaz de desempenhar validamente a relativa função epistêmica.

²⁶⁸ Sobre o tema cfr. em particular DAMAŠKA, 2003: 43; CHASE, 2005: 55; HAZARD e TARUFFO, 1993: 15f; TARUFFO, 1990: 368; WEINER, 1966: 1867; JOINER, 1962: 14.

Nos primeiros séculos de sua existência o júri inglês desempenhou efetivamente uma função desse gênero. Os *homines de vicineto* eram testemunhas dos fatos, e não juízes do fato: comunicavam ao juiz *in eyre* o que a comunidade sabia acerca das circunstâncias que haviam dado lugar à controvérsia. Eles estavam – e deviam estar – a par dessas circunstâncias, direta ou indiretamente, e informavam o juiz sobre elas.²⁶⁹ Com o passar do tempo, todavia, a função do júri mudou progressivamente, mas substancialmente, até assumir a fisionomia que hoje conhecemos. Os jurados deixaram de ser testemunhas dos fatos para se tornarem *triers of fact*, encarregados de valorar provas fornecidas pelas partes e, com base nessas provas, formular suas conclusões a respeito dos fatos da causa. Nesse ínterim vem surgindo e se consolidando aquela que poderia ser definida como *função política* do júri. Afora o mito construído sobre o famoso Capítulo 39 da *Magna Charta* – mito que segundo um historiador inglês superou em muito a realidade²⁷⁰ – o júri inglês assumiu um papel de proteção do cidadão frente a um poder soberano despótico e cruel, sobretudo atenuando os efeitos de um direito penal excessivamente duro. Nas colônias norte-americanas o júri tomou-se o símbolo da proteção das liberdades dos colonos contra o poder inglês, distante e opressivo, e posteriormente assumiu de modo mais abrangente uma função de tutela dos direitos dos cidadãos frente ao poder estatal. A configuração do direito ao julgamento por um júri, proclamado pela sexta emenda à constituição dos Estados Unidos no âmbito do processo penal e pela sétima emenda no âmbito do processo civil,²⁷¹ representa o ápice dessa longa e complexa evolução do júri de grupo de testemunhas do fato a instituição de garantia das liberdades democráticas.²⁷²

Essa mudança na função do júri implica, entretanto, a possibilidade de que se questione se, na situação atual, esse tenha condições de desempenhar uma função epistêmica direcionada para a apuração da verdade dos fatos. Todavia, visto que o júri há tempos não está presente na justiça civil inglesa,²⁷³ e raramente presente nos processos penais,²⁷⁴ é no júri norte-americano que se deve focar a atenção.

Nos Estados Unidos o júri é objeto de recorrentes discussões,²⁷⁵ mas desempenha ainda hoje diversas funções relevantes;²⁷⁶ a mais importante delas

²⁶⁹ Sobre esses aspectos da história do júri, inclusive para referências, v. *supra*, Cap. I, item 4.
²⁷⁰ Cfr. PLUCKNETT, 1956: 25.

²⁷¹ A propósito, v., por todos, o amplo estudo de WOLFRAM, 1973.

²⁷² Sobre o tema cfr. em particular SWARD, 2001: 157 e ss.

²⁷³ O fenômeno iniciara-se já em torno da metade do século XIX: cfr. HANLY, 2005: 153.

²⁷⁴ Cfr. JACKSON, 2007: 297.

²⁷⁵ A bibliografia sobre o júri estadunidense é infindável, não sendo possível dar indicações significativas a respeito. Em seguida, citar-se-ão somente as fontes que guardam conexão direta com aquilo que é dito no texto.

²⁷⁶ Sobre as diferentes funções que o júri desempenha no sistema norte-americano cfr. SWARD, *op. cit.*: 23 e ss.

parece ser de natureza *simbólico-ritual*. O aspecto simbólico concerne ao mito do júri como instituição através da qual o povo administra diretamente a justiça aplicando seus critérios de valoração, tutelando, portanto, os cidadãos contra um poder – o do Estado – sentido como formalista e opressivo.²⁷⁷ Em substância, é o povo que protege a si mesmo através de seus representantes que fazem parte do júri: daí a função do júri como escudo das liberdades e garantidor da democracia, e como instituição que realiza a participação direta do povo na administração da justiça.²⁷⁸

O aspecto ritual concerne aos elementos em sentido lato teatrais que caracterizam o *trial by jury* e que chegaram ao conhecimento do grande público por inúmeros filmes e seriados, com advogados que batalham sob o olhar dos jurados e na presença de um juiz togado que arbitra a competência.²⁷⁹ Essa representação tem um escopo duplo: mostrar a todos que a justiça é administrada de modo livre e público (essencialmente por cidadãos normais),²⁸⁰ e com isso legitimar o sistema de administração da justiça, bem como as decisões por ele produzidas, no âmbito do contexto social.²⁸¹ O júri norte-americano desempenha também outras funções, como a consistente em acordar somas elevadíssimas para danos punitivos a cidadãos particulares vítimas do poder monstruoso das grandes *corporations*,²⁸² mas parece não haver dúvidas de que sua função principal seja a de dar legitimação social e *flavour* democrático à administração da justiça.²⁸³

Deve-se, então, perguntar se ao lado dessas funções o júri estadunidense desempenha também uma função epistêmica, ou se, ao invés disso, estamos diante de uma hipótese em que a tensão entre epistemologia e ideologia se resolve com um prevalecimento claro da ideologia e com a eliminação da função epistêmica de uma instituição fundamental do processo norte-americano.

Sobre o tema é oportuno assinalar preliminarmente, para afastá-lo, um possível equívoco fundado em uma evidente petição de princípio. Em síntese:

²⁷⁷ Sobre o júri como «*antitaxist institution*» cfr. CHASE, *op. ult. cit.*: 56.

²⁷⁸ Sobre a função de democracia representativa e participativa desempenhada pelo júri cfr. em particular SWARD, *op. cit.*: 52 e ss.; ROBERTS e ZUCKERMAN, *op. cit.*: 64.

²⁷⁹ Sobre a função ritual desempenhada pelo júri cfr. em particular CHASE, *op. ult. cit.*: 121. V. também *supra*, Cap. III, item 4.1.

²⁸⁰ Como nota justamente CHASE, *op. ult. cit.*: 56 o júri é «*popularist*» e constitui uma forma de participação dos cidadãos no exercício direto do poder.

²⁸¹ Nesse sentido, a propósito do júri penal inglês, cfr. ROBERTS e ZUCKERMAN, *op. cit.*: 63, que falam justamente de «*a moral theater of accountability*». Sobre a função legitimadora do procedimento v. mais amplamente *supra*, Cap. III, item 4.1.

²⁸² De onde surgem as tentativas de limitar a discricionariedade dos júris na determinação do valor dos ressarcimentos de danos, sobre os quais cfr. SWARD, *op. cit.*: 302.

²⁸³ Como frisou CHASE, *op. ult. cit.*: 55, o júri apresenta de modo «*historic and iconic*» as características de uma instituição igualitária, populista, antestatal e individualista.

se se move da premissa, assumida *a priori*, de que as decisões do júri correm sempre e por definição à verdade (porque o júri representa o povo e o povo nunca comete erros), chega-se obviamente à conclusão de que o júri desempenha uma função epistêmica, visto que apura sempre a verdade dos fatos. Vê-se imediatamente, entretanto, que esse argumento nada demonstra: trata-se, em realidade, de um ato de fé, legítimo, mas não necessário, que deixa intacto o problema da função epistêmica do júri.

Deixando os atos de fé à parte, a questão sobre o júri ter ou não condições de chegar a decisões precisas e verdadeiras sobre os fatos da causa é bastante debatida há tempos: os que sustentam a competência do júri como *trier of fact* e os que criticam o júri como juiz racional do fato – em particular quando se trata de julgar sobre controvérsias complexas valorando provas científicas – contrapõem-se há tempos na literatura estadunidense.²⁸⁴ A opinião que parece mais difundida é a que prega que, não obstante os limites intrínsecos que caracterizam a instituição do júri, os jurados têm condições de formular valorações racionais.²⁸⁵ Todavia, as opiniões daqueles que negam essa capacidade do júri são muito difundidas, sendo recorrente a referência a uma passagem famosa em que Jerome Frank formula críticas devastadoras ao júri, justamente sob o prisma da impossibilidade de que esse apure a verdade dos fatos.²⁸⁶ De resto, parecem existir diversas razões para acreditar na existência de uma *lay disability*,²⁸⁷ ou seja, para duvidar de que o júri tenha condições de desempenhar de forma eficaz uma função epistêmica relativa à determinação da verdade dos *facts in issue*.

As razões principais que podem ser aqui lembradas são substancialmente duas. A primeira, já mencionada,²⁸⁸ é que, na tentativa de proteger os jurados contra os riscos de erro na valoração das provas, a *law of evidence* estadunidense acaba por prever a exclusão de muitas provas que seriam relevantes para a apuração dos fatos. Desse modo, o júri torna-se a causa de importantes limitações na produção das provas;²⁸⁹ acaba por formular suas decisões com base em um material probatório limitado, do qual são excluídas informações que poderiam ser determinantes para a apuração da verdade. A segunda razão é que a decisão do júri forma-se em uma espécie de *black box* em que acontecem coisas e se fazem escolhas que ninguém conhece, pela razão fundamental de que o veredito do júri nunca é motivado. Por conseguinte, mesmo

²⁸⁴ Para uma síntese da discussão, bem como para ulteriores referências, cfr. SWARD, *op. cit.*: 15, 32. Cfr. também CHASE, *op. cit.*: 58.

²⁸⁵ Cfr., p. ex., SWARD, *op. cit.*: 34.

²⁸⁶ Cfr. FRANK, 1950: 110.

²⁸⁷ A pertinente expressão é de DAMASKA, *op. ult. cit.*: 46. Sobre o tema v. também MCEWAN, *op. cit.*: 207.

²⁸⁸ V. *supra*, item 2.2.

²⁸⁹ A propósito, cfr. amplamente LAUDAN, *op. cit.*: 214.

se os jurados decidissem o veredito jogando uma moeda para cima ninguém sabia, e a consequente decisão seria de qualquer modo válida, mesmo não tendo qualquer relação com a realidade. Por outro lado, não sendo obrigados a motivar suas decisões os jurados não são nem mesmo induzidos a formular valorações e inferências racionalmente controladas com o escopo de estabelecer a verdade dos fatos.²⁹⁰ Isso resulta que as valorações positivas sobre a capacidade do júri de julgar de modo preciso e racional os fatos, valorando corretamente as provas, são fruto de ilações por vezes racionais, mas sem qualquer efetiva justificação, que seria impossível de se fornecer.²⁹¹ Parece, ainda, bastante curioso (aos olhos de um observador externo) o contraste entre a variedade e a complexidade das normas aplicadas antes das provas serem admitidas e durante sua produção, e o fato de que o júri dos fatos seja feito com uma «*enigmatic decision*» que constitui «*an inarticulate, impenetrable epilogue*» da apuração dos fatos.²⁹²

Em realidade não faltam instrumentos cujos fins são prevenir ou limitar em alguma medida a arbitrariedade das decisões do júri, mas esses não parecem eficazes em orientá-lo verdadeiramente no sentido de uma busca racional da verdade.²⁹³

Os longos, complexos e custosos procedimentos de *voir dire*, em que frequentemente se contratam psicólogos especializados na seleção dos jurados, visam a evitar que venham a fazer parte do júri sujeitos negativamente *biased* em relação a uma ou a outra parte.²⁹⁴ Nos limites em que funcionam efetiva-

²⁹⁰ A falta de motivação do veredito representa uma das razões principais de invalidade epistêmica do sistema fundado no júri: cfr. LAUDAN, *op. cit.*: 142. STEIN, *op. cit.*: 38 diz que o *justification requirement* vale também para a decisão do júri sobre os fatos, mas desses requisitos não há traços, visto – justamente – que o veredito não é motivado. Não falta, de resto, quem sustente que a falta de motivação do veredito seja oportuna, em particular quando o júri deve afrontar questões de difícil solução, pois não motivando esse se esquivava das críticas (cfr., p. ex., SWARD, *op. cit.*: 24 e ss.). Opinião curiosa, que tem como seu elemento essencial a função simbólica desempenhada pelo júri, e não o fundamento ou a aceitabilidade de suas decisões.

²⁹¹ POSSER (op. cit.: 1493) sustenta que o júri é um *trier of fact* adequado sobretudo porque doze cabeças (treze se se contar também o juiz) são melhores que uma. Todavia, o argumento é inconvincente, se doze cabeças raciocinam mal e somente a décima terceira raciocina bem. Além disso, seria preciso dizer que um júri composto somente por seis jurados, frequentemente usado porque mais prático, decidiria de modo pior em relação ao júri tradicional composto por doze jurados, e que um júri composto por vinte e quatro jurados raciocinaria duas vezes melhor... e assim por diante.

²⁹² Cfr. DAMASKA, *op. cit.*: 63.

²⁹³ Há quem sustente a existência de um arsenal de remédios, entre os quais aqueles mencionados *infra* no texto, suficientes para assegurar que o juízo do júri seja correto. Nesse sentido cfr., p. ex., STEIN, *op. cit.*: 38, 139), que, entretanto, não dá qualquer justificativa dessa valoração, que, portanto, parece pertencer à classe dos atos de fé dos quais se falou há pouco no texto.

²⁹⁴ Cfr. a *Rule 47* das *Federal Rules of Civil Procedures* e o §1870 do *Title 28* do *United States Code*. Sobre as modalidades de seleção dos membros do júri cfr., p. ex., BORN, 1976a: 211, 225; HAZARD e TARUFFO, *op. cit.*: 153; BLOONSTEIN, 1968: 60; MCCART, 1965: 28.

mente esses procedimentos visam, pois, a fazer com que o júri seja imparcial. Trata-se de uma condição necessária para que o júri chegue a uma decisão correta, mas não parece por si só suficiente para assegurar que o veredito final funde-se na apuração da verdade.

De seu turno, o juiz não entra na *jury room* e dispõe de possibilidades limitadas de orientar as decisões do júri. Essas possibilidades concentram-se nas *instructions* que o juiz dá ao júri imediatamente antes que esse último se retire para decidir, e que deveriam ser seguidas pelo júri.²⁹⁵ As *instructions* podem dizer respeito a aspectos jurídicos da decisão, nos casos não infrequentes em que o júri deve aplicar normas de direito para formular o veredito; entretanto, concernem sobretudo aos aspectos de fato da controversia, como quando o juiz prefere não levar em conta uma prova indevidamente admitida, ou quando adverte o júri sobre a eventualidade de que esse faça inferências não admitidas pela lei (como as que poderiam derivar do silêncio do imputado),²⁹⁶ ou ainda quando indica que um veredito de culpabilidade possa ser pronunciado somente quando a responsabilidade do imputado resultar demonstrada *beyond any reasonable doubt*.²⁹⁷ Trata-se de instruções com o fim de direcionar o júri no sentido do emprego de critérios corretos de valoração das provas e, portanto, com o fim de formular vereditos verídicos.²⁹⁸ De resto, qualquer indicação dada pelo juiz a propósito de possíveis critérios de valoração acaba por ser inevitavelmente genérica,²⁹⁹ não havendo – sobretudo – qualquer possibilidade de que se verifique se efetivamente o júri a levará em consideração.³⁰⁰ Como se disse, de fato, o veredito do júri jamais é motivado. Isso implica que cada jurado não se sinta induzido, a não ser pela própria consciência individual, a valorar as provas racionalmente e segundo as *instructions* do juiz, mesmo porque sabe que ninguém lhe solicitará que justifique *ex post* sua decisão.

²⁹⁵ Cfr. a *Rule 51* das *Federal Rules of Civil Procedure*. Sobre o tema cfr. SWARD, *op. cit.*: 260.

²⁹⁶ Sobre as *instructions* do juiz ao júri no processo medieval inglês cfr. IBBERTSON, 1996: 97.

²⁹⁷ A esse propósito, LAUDAN (op. cit.: 147) fala de «*debotomized jurors*» para frisar que se tende a vetar aos jurados que desenvolvam raciocínios que em diferentes contextos seriam obviamente admitidos.

²⁹⁸ O problema dos *standards* de prova será discutido alhures (v. *infra*, Cap. V, item 4).

²⁹⁹ Todavia, nos Estados Unidos foi substancialmente eliminado o poder do juiz de exprimir sua opinião (*comment*) sobre o êxito das provas, com o temor de que ele pudesse influenciar as valorações do júri. Cfr. ROBERTS e ZUCKERMAN, *op. cit.*: 79.

³⁰⁰ Isso é demonstrado pela história da aplicação concreta do *standard* de prova *beyond reasonable doubt*, que nunca encontrou uma formulação suficientemente precisa: cfr. a ampla análise de LAUDAN, *op. cit.*: 29.

³⁰¹ Para uma valoração positiva da influência que as *instructions* podem ter ao guiar o júri a valorar corretamente as provas cfr. DAMASKA, *op. cit.*: 57. As pesquisas desenvolvidas sobre o tema produziram resultados incertos e contraditórios: cfr. MCEWAN, *op. cit.*: 209. No sentido da ineficácia das *instructions* cfr. POSNER, *op. cit.*: 1520.

O juiz dispõe, em realidade, de alguns outros poderes que podem ser orientados a controlar pelo menos em parte a modalidade de decisão do júri. Por exemplo, ao invés de solicitar um *general verdict*, com o qual o júri decide de maneira global sobre todos os aspectos de fato e de direito da controversia, o juiz pode requerer um *special verdict*, com o qual o júri decide somente sobre os fatos, sem aplicar normas; ou pode requerer um *verdict with interrogatories*, com o qual o júri responde a questões específicas sobre os fatos particulares; ou ainda um *direct verdict*, com o qual o juiz predetermina a decisão do júri se não houver provas ou se as provas não forem tão claras a ponto de consentir decisões diferentes.³⁰¹ Além disso, o juiz tem o poder de não considerar o veredito, bem como de dispor um novo *trial* diante de um júri diferente, caso o veredito pareça manifestamente contrário ao êxito das provas.³⁰² Parece claro, todavia, que se trata de remédios que podem ter alguma eficácia, mas que não resolvem o problema da confiabilidade típico do juízo sobre os fatos formulado pelo júri. Se o veredito também for específico, de fato, não haverá qualquer garantia sobre seu fundamento; por outro lado, a hipótese de que o juiz declare que houve *mistrial* e ordene um novo *trial* é marginal, verificando-se somente em caso de erros grosseiros por parte do júri.³⁰³

Não havendo efetivas garantias sobre a possibilidade de que o júri chegue a uma apuração verdadeira dos fatos, não por acaso se frizou (inclusive recentemente) o caráter substancialmente ordálico da decisão do júri: o veredito não se funda em uma justificativa racional, mas se apresenta como um objeto de fé no qual a voz do povo tomou o lugar da voz de Deus.³⁰⁴ Analogamente, foi dito que os vereditos dos júris são considerados «*written on Mosaic tablets*».³⁰⁵

Ainda que os vereditos do júri não sejam motivados, ou justamente por essa razão, não faltaram estudos que procuraram analisar, com base em deduções (mas também em experimentos psicológicos) o modo com que o júri formula suas decisões sobre os fatos.³⁰⁶ O aspecto que parece mais interessante desses estudos – e mais relevante na perspectiva aqui considerada – é aquele segundo o qual os júris, ao formularem suas decisões, não seguem uma metodologia analítica, reconstruindo cada circunstância singular de fato

³⁰¹ Cfr. a *Rule 49* das *Federal Rules of Civil Procedure*. Sobre esses institutos cfr. SWARD, *op. cit.*: 299; TARUFFO, 1990: 372.

³⁰² Cfr. SWARD, *op. cit.*: 11, 295; TARUFFO, *ibidem*.

³⁰³ Cfr. HAZARD e TARUFFO, *op. cit.*: 172.

³⁰⁴ Cfr. DAMAŠKA, 1995: 353.

³⁰⁵ Cfr. LAUDAN (*op. cit.*: 217), que evidencia o paradoxo inerente a essa maneira de considerar os vereditos dos júris, na medida em que os jurados são, na realidade, considerados «*impressionable fools*» ou pessoas simples demais incapazes de formular valorações racionais, como demonstra a variedade de normas e de mecanismos com o fim de prevenir os equívocos do júri ou a esses dar remédio.

³⁰⁶ Cfr. em particular HASTIE, PENROD e PENNINGTON, 1983; BENNET e FELDMAN, 1981.

com base em específicos argumentos de prova referentes – justamente – a cada circunstância, mas sim fazem uma abordagem *holística*, com base na qual tendem a construir *stories* completas em que são ordenadas e organizadas as circunstâncias singulares. Essas *stories* são construídas utilizando-se esquemas, estereótipos, *scripts* e situações tipificadas que fazem parte do *stock of knowledge* de que dispõem os membros do júri como pertencentes a um determinado ambiente social e cultural. De tal modo, as circunstâncias singulares que compõem os fatos da causa são compostas em narrativas que as englobam e que correspondem àquilo que os jurados julgam normal e verossímil.³⁰⁷

Não é o caso de que se coloque aqui em discussão a adequação dessas hipóteses a respeito do modo com que os júris reconstruem os fatos. Na medida em que são adequadas, oferecem o ponto de partida para ulteriores reflexões críticas sobre a eventualidade de que o júri desempenhe verdadeiramente uma função epistêmica. Acima de tudo, pode-se observar que o senso comum de que se servem os jurados – tido como um aspecto positivo porque eles raciocinam como raciocinaria o povo que de algum modo representam³⁰⁸ – inclui estereótipos, preconceitos, concepções erradas, falsas generalizações e muitos outros elementos cujo emprego acrítico e inconsciente pode dar espaço a uma variedade de erros. Todavia, o senso comum é o único recurso cognoscitivo e interpretativo de que o jurado dispõe: ele não tem qualquer preparação profissional e nem mesmo pode formar uma experiência como *trier of fact*, visto que é nominado somente para o processo em que desempenha sua função.³⁰⁹ De resto, é justamente em função de suas características de *naïveté* que o jurado é escolhido e investido na função de decidir sobre os fatos, valorando as provas segundo os critérios do senso comum. Em síntese, o júri desempenha sobretudo uma função política, consistente em traduzir no veredito os valores regressivos e conformistas típicos da ideologia dominante, representados pelo estereótipo do *average man*.³¹⁰ Nada assegura, entretanto, que uma versão dos fatos construída segundo critérios de normalidade e de verossimilhança seja também uma história verdadeira: não raro o verossímil é falso, sendo verdadeiro aquilo que à primeira vista parecia inverossímil, visto que geralmente a realidade não se adapta ao *id quod plerumque acciit*.³¹¹ Além disso, a teoria holística afirma que os júris servem-se de seus *stock of knowledge* para colmar as lacunas derivadas da incompletude dos dados cognitivos fornecidos pelas provas: em síntese, mesmo se algumas circunstâncias de fato não forem provadas, o júri poderá «*considerar-las verdadeiras*», servindo-se de modelos

³⁰⁷ Sobre esses aspectos da construção das narrativas dos fatos cfr. o Cap. II, item 4.

³⁰⁸ Cfr. em particular HASTIE, PENROD e PENNINGTON, *op. cit.*: 4.

³⁰⁹ Cfr. LAUDAN, *op. cit.*: 216.

³¹⁰ Cfr. BECKER, 1970: 304.

³¹¹ Sobre a distinção entre verdade e verossimilhança v. mais amplamente *supra*, Cap. III, item 2.3.

arquétipos de acontecimentos ou de situações de algum modo similares àquela que está reconstruindo.³¹²

Por conseguinte, a orientação holística, que parece típica do modo com que os júris formulam suas decisões, parece muito longe de ser um método racionalmente válido para a descoberta da verdade dos fatos. Parece, pelo contrário, que esse funciona como um poderoso instrumento de manipulação em virtude do qual aquela que poderia ser a verdade dos fatos é de vários modos adaptada e «reinventada» para que coincida com os estereótipos do senso comum. Naturalmente nada exclui que possa existir – como de fato existe – um ambiente cultural ideológico em que esse método de decisão seja aceite, se não por outro motivo, porque o mito democrático do júri persiste e prevalece sobre todo e qualquer argumento contrário. Todavia, visto que defeitos do júri sob o prisma epistêmico são bem conhecidos, surge «*the irony of justice that models the virtue of trial by jury, the 'palladium' of our system of justice, all the while arguing that jurors are too stupid, naive or immature to be trusted with complex arguments*».³¹³

Essas observações podem ser replicadas afirmando-se, por um lado, que a presença do júri tem sido cada vez menos frequente mesmo nos Estados Unidos,³¹⁴ de modo que não seria mais apropriado considerar o *trial by jury* o arquétipo do processo norte-americano; ainda, por outro lado, pode-se dizer que – como muitos afirmam – o modo utilizado pelos júris para formular seus vereditos não é substancialmente diferente daquele utilizado pelos juízes para decidir sobre os fatos, quando não há júri.³¹⁵

Sobre o primeiro ponto observe-se que, mesmo quando o juiz decide sozinho, o processo desenvolve-se *in the shadow of the jury*, tanto que são aplicadas todas as regras de exclusão das provas, inclusive aquelas cuja finalidade é evitar os erros e mal-entendidos por parte do júri.³¹⁶ Sobre o segundo ponto pode-se observar que, se fosse verdade que a decisão dos jurados e dos juízes não divergem substancialmente, surgiriam alguns problemas que não podem ser deixados de lado. Por exemplo, poder-se-ia perguntar por que razão as partes se submetem ao bem mais longo e custoso *trial by jury* se não com base na fundada esperança de obter do júri um veredito mais favorável do que aquele que prevêm que obteriam do juiz. Por outro lado, poder-se-ia perguntar se são os júris que adotam modelos decisórios dos juízes, ou se, ao

contrário, não são esses últimos que imitam os júris. Essa dúvida parece irresolúvel, mas, a valer a primeira hipótese, isso implica que dos júris seja tirada sua função consagrada pelo mito, consistente em usar critérios de decisão retirados do senso comum, diferentes dos critérios técnicos e formalistas que seriam aplicados pelo juiz togado. Se, ao invés disso, valesse a segunda hipótese, isso significa que também os juízes pronunciariam decisões imperscrutáveis, holísticas e oraculares, não diferentes sob esses aspectos dos vereditos dos júris. Não se pode excluir, de resto, que as coisas sejam verdadeiramente assim, visto que nem mesmo os juízes togados motivam suas decisões sobre os fatos da causa.

Os diversos aspectos que foram colocados em evidência a propósito do sistema do júri e dos modelos de decisão presentes nesse definem alguns fatores importantes do *procedural exceptionalism* do sistema norte-americano.³¹⁷ Aos olhos do jurista de *civil law*, e em particular na perspectiva epistêmica, aqueles aspectos podem parecer dificilmente compreensíveis ou até mesmo criticáveis, por determinarem a impossibilidade substancial de que o júri desempenhe verdadeiramente uma função orientada à apuração da verdade dos fatos.³¹⁸ Parece, todavia, que o júri continua a ter um amplo apoio por parte dos advogados e dos juízes, além da opinião pública em geral.³¹⁹ Evidentemente o mito persiste e – como todos os mitos – tem pouco a ver com a realidade.

7. CONCLUSÕES

As considerações desenvolvidas nas páginas precedentes confirmaram essencialmente a premissa de que a argumentação partiu, ou seja, de que a dimensão epistêmica do processo existe e possui importância basililar, mesmo se nessa dimensão não pode evidentemente se exaurir um fenômeno multiforme e complexo como a administração da justiça. Veio à tona também, de resto, que essa dimensão não assume somente uma função descritiva, mas, sobretudo, uma função *normativa* ou *reguladora*:³²⁰ a análise do processo, ou de seus institutos, em perspectiva epistêmica consente também que se verifique que quanto próximos ou afastados os processos concretamente existentes estão de um modelo ideal, epistemologicamente válido, de procedimento funcionalmente orientado à apuração da verdade. Pelo contrário, essa consente até mesmo que se verifique quando e em que medida a influência de fatores estranhos à dimensão epistêmica (e em particular de fatores ideológicos ligados às

³¹² Também sobre esse ponto v. mais amplamente *supra*, Cap. II, item 2.3.6.

³¹³ Cfr. LARSEN, *op. cit.*: 218, e analogamente DAMAŠKA, *op. ult. cit.*: 132.

³¹⁴ Cfr. SWAN, *op. cit.*: 12 e ss.

³¹⁵ Essa é a tese fundamental da clássica perquirição de KALVEN e ZEISEL, 1966. Sobre o tema v. por último STERN, *op. cit.*: 139, que não cita Kalven e Zeisel, mas, mesmo afirmando que as técnicas de controle sobre o júri são eficazes, diz que os juízes julgam melhor sobre os fatos em virtude de sua preparação profissional.

³¹⁶ Cfr. HAZARD e TARUFFO, *op. cit.*: 174 e ss.

³¹⁷ Nesse sentido cfr. de fato CHASE, *op. ult. cit.*: 55.

³¹⁸ Não por acaso, do ponto de vista epistêmico o júri desempenha um papel que foi definido como *extraverisitic*: cfr. GOLDMAN, *op. cit.*: 311 e ss.

³¹⁹ Cfr. CHASE, *op. ult. cit.*: 58.

³²⁰ Sobre a função normativa da epistemologia jurídica cfr. LAUDAN, *op. cit.*: 3; ALLEN e LETTER, *op. cit.*: 1498.

diferentes concepções da função do processo e do papel dos sujeitos presentes nesse) pode determinar e restringir – por vezes eliminando completamente – a função epistêmica que também poderia e deveria ser desempenhada pelo processo.

A mesma análise consentiu, ainda, que se apontassem normas processuais epistemologicamente contraindicadas existentes em inúmeros ordenamentos, bem como que se colocasse em discussão sua justificativa. Nesse sentido, um aspecto paradoxal é o fato – frisado anteriormente – de que diversas normas que comportam a exclusão de provas relevantes estão presentes em alguns ordenamentos e não em outros: resta, pois, manifesta a relatividade histórico-cultural dessas normas, que – longe de parecerem necessárias e inevitáveis – são evidentemente contingentes e variáveis. É difícil de entender, por exemplo, o sentido de uma *hearsay rule*, que na Inglaterra não existe mais no processo civil, mas existe ainda no processo penal,²¹ e que é mantida em ambos os processos nos Estados Unidos, mesmo que com dezenas de exceções. É também difícil de entender o sentido da manutenção do art. 246 do Código de Processo Civil italiano, que existe somente na Itália e tem justificativa discutível e fraguíssima. Seria o caso de sobre isso pensar que se se tratasse de normas verdadeiramente dotadas de um fundamento de ordem geral, ou se servissem verdadeiramente a que se chegasse à finalidade essencial do processo, essas deveriam existir em todos os sistemas processuais modernos, ou pelo menos na maior parte desses. A análise comparada mostra, entretanto, que não é assim, e, por conseguinte, mostra também quão fraca é a justificativa por vezes invocada para sustentar-se a manutenção dessas normas.

Isso leva a dizer-se que a análise dos diversos mecanismos probatórios sob o viés epistemológico pode também fornecer importantes sugestões de *jure condendo*, seja no sentido de uma radical simplificação desses mecanismos, seja no sentido de sua possível harmonização com base nos princípios comumente compartilhados.

Naturalmente tudo isso pode ser considerado carente de sentido, mas com a condição única de que se negue a premissa: o *veriphobic* que nega a priori a possibilidade de que o processo seja orientado à busca da verdade dos fatos não pode e não deve compartilhar de nada daquilo que se disse até agora.

CAPÍTULO V

DECIDINDO A VERDADE

1. DÚVIDA E DECISÃO

Se «o direito é o mundo da decisão»,¹ o processo é o contexto jurídico em que esse caráter do direito manifesta-se com maior evidência. A decisão, aliás, é uma característica estrutural do processo, que pode ser compreendida como um mecanismo cujo fim intrínseco é o de produzir uma decisão. O contraditório processual gera a dúvida, mostrando soluções diferentes do conflito entre as partes,² mas o processo não pode terminar deixando de resolver essa dúvida. Em realidade, ocorre que muitos casos não chegam a uma decisão; trata-se, entretanto, de casos teoricamente excepcionais (mesmo que relativamente frequentes na prática), em que o processo se encerra sem chegar a conclusões porque, por exemplo, as partes chegaram a um acordo extrajudicial. De qualquer modo, a decisão implica sempre a escolha de uma solução entre as diversas possíveis,³ pondo fim à suspensão do juízo, à *εποχή*⁴ que caracteriza seu desenvolvimento até o momento em que o juízo é formado, eliminando-se a dúvida.

Durante o processo o juízo é suspenso, mas isso não significa que o procedimento desenvolva-se no vazio e que o juiz permaneça como uma espécie de *tábua rasa* a decisão final. Visto que o processo ocorre no tempo, e geralmente em um tempo excessivamente longo, também a formação daquilo que levará posteriormente ao êxito da decisão final desenvolve-se no tempo. O ponto de início desse desenvolvimento tem-se no momento em que

¹ Nesse sentido, Irti, 2001: 64.

² Cf. Irti, *op. cit.*: 69.

³ Cf. Irti, *op. cit.*: 64.

⁴ Cf. Ricotti, 2006: 33 sobre a situação de «suspensão» do juízo.

²¹ Sobre o tema v. amplamente ROBERTS e ZUCKERMAN, *op. cit.*: 580.

é formulada a primeira narrativa dos fatos da causa,⁵ após, seguem outras narrativas, modificações, ajustes, hipóteses e hipóteses contrárias, confirmações e demonstrações de falsidade, em um fluxo que tem fim somente com a construção da narrativa que o juiz utiliza como fundamento da decisão final. Não é possível examinar aqui de modo analítico as complexas modalidades com que esse fluxo desenvolve-se, mesmo porque essas variam profundamente dependendo do caso.⁶ Vale mais a pena concentrar a atenção no momento terminal que ele conduz, ou seja, o momento da decisão conclusiva que o juiz formula sobre os fatos da causa, para colocar em evidência alguns aspectos particularmente relevantes. A propósito, é, entretanto, oportuno precisar preliminarmente alguns pontos, com o intuito de esclarecer a perspectiva que será seguida nas páginas seguintes.

O primeiro deles (talvez óbvio, mas necessário) é que a decisão final sobre os fatos não é concebida como o êxito de uma espécie de adivinhação. O juiz não decide interpretando o voo dos pássaros, examinando a posição dos talus ou observando o comportamento de um pinto envenenado.⁷ A decisão não é concebida tampouco como êxito casual da sorte: o juiz não faz apostas, não participa de loterias, e nem mesmo – com exceção de alguns seguidores tardios de Bridoye⁸ – decide jogando os dados. De resto – e aqui vale a pena lembrar o que foi mencionado anteriormente⁹ – a decisão sobre os fatos não pode ser tampouco fruto de uma intuição irracional, ou de uma introspecção através da qual o juiz penetra nas profundezas mais recônditas de seu espírito para voltar com uma certeza subjetiva (talvez qualificável como «*mora*» ou «*absoluta*»), imperscrutável e misteriosa, sobre a verdade dos fatos.¹⁰

Pelo contrário, sendo destinada à apuração da verdade dos fatos,¹¹ a decisão deve constituir o resultado de um procedimento racional, que se desenvolva segundo regras e princípios, ou seja, segundo um método que permita seu controle e determine sua validade. Aqueles que visam estabelecer a verdade «*make informed conjectures about the possible explanation of the phenomena that concern them, check out how well these conjectures stand up to the evidence they already have and any further evidence they can lay hands on, and use their judgment whether to stick with their conjecture, drop it, modify it, or what. They need imagination, to think up plausible potential*

⁵ Sobre a narrativa inicial dos fatos formulada pelo autor v. *supra*, Cap. II, item 2.3; sobre as alegações dos fatos v. *supra*, Cap. III, item 5.

⁶ Sobre o tema v. mais amplamente TARUFFO, 2002: 235.

⁷ Essa última é referência à prática das tribos Azande à qual se acenou *supra*, Cap. III, item 4.1.

⁸ Sobre o juiz Bridoye e sobre a decisão através do lançamento dos dados v. também *supra*, Cap. III, item 4.1.

⁹ Cfr. Cap. IV, item 4.

¹⁰ Sobre o tema v. *supra*, Cap. III, item 2.2.

¹¹ V. *supra*, Cap. III, item 4.3.

*explanations of problematic phenomena, to devise ways to get the evidence they need, and to figure out potential sources of error; care, skill and persistence, to seek out any relevant evidence no one yet has, as well as relevant evidence others have; intellectual honesty, the moral fiber to resist the temptation to stay out of the way of evidence that might undermine their conjectures, or to manipulate unfavorable evidence they can't avoid; rigorous reasoning, to figure out the consequences of their conjectures; and good judgment in assessing the weight of evidence, unclouded by wishes or fear or hopes of getting tenure or resolving a case quickly or pleasing a patron or mentor or becoming rich and famous».*¹² Essa definição, proposta em uma perspectiva epistemológica de caráter geral com o fim de traçar uma espécie de retrato do bom pesquisador, adapta-se nos mínimos detalhes também ao juiz: é, aliás, passível de ser interpretada como uma espécie de manual para o juiz que se vê no dever de apurar a verdade dos fatos ao fim do processo.

O segundo ponto que merece esclarecimento preliminar é que, por mais complexa e problemática que seja a formulação da decisão final sobre os fatos da causa, essa não é tomada «*em condição de incerteza*», tendo como fim a remoção da incerteza. A incerteza (ou seja, a dúvida entre veracidade e falsidade) caracteriza as narrativas dos fatos feitas no início ou no curso do processo: conforme visto a seu tempo, de fato, essas consistem em enunciados hipotéticos com pretensão de veracidade, mas que podem ser verdadeiros ou falsos.¹³ Isso não vale, entretanto, para as narrativas nas quais o juiz expõe sua reconstrução dos fatos, visto que essa constitui o resultado retirado por ele dos dados cognoscitivos obtidos através das provas. Conforme dito há pouco, o juiz não aposta, não prevê, não joga e não arrisca: sua tarefa é «*produzir certeza*», ou seja, resolver a dúvida sobre a veracidade ou falsidade das hipóteses sobre os fatos. Ele escolhe entre alternativas originalmente incertas, decidindo qual das alternativas pode ser considerada «*certa*» por sua veracidade ou falsidade ter sido demonstrada pelas provas.

Um terceiro ponto que merece ser adequadamente esclarecido em sede preliminar é que nas páginas seguintes procurará-se mostrar quais são as características principais das decisões sobre os fatos, mas isso será feito em uma perspectiva rigorosamente epistêmica, ou seja, sem que se adote uma abordagem de tipo psicológico ao tema das decisões judiciais. É verdade que no âmbito das análises psicológicas das decisões faz-se frequentemente referência a modelos racionais, de modo que a psicologia da decisão, com efeito, não remete a perspectivas de subjetividade irracional.¹⁴ De resto, não é a

¹² Cfr. HAACK, 2007: 97.

¹³ V. *supra*, Cap. II, item 2.5.

¹⁴ Cfr. RUMINATI e BONINI, 2001: especialmente p. 107 e 153; RUMINATI, 1990: 115, 167, 235. Sobre o problema da racionalidade da decisão cfr. em particular BERTHOZ, 2004: 15.

psicologia que deve estabelecer se inferências ou outros processos cognitivos são confiáveis,¹⁵ visto que sua validade depende de seu fundamento cognoscitivo e se determina de maneira objetiva, independentemente dos processos psicológicos do sujeito que os formula.¹⁶ Essa observação serve para precisar que, por mais que seja de grande interesse a análise psicológica da decisão (e da decisão judicial em particular),¹⁷ essa não parece relevante para o fim de delinear as modalidades de uma decisão racional que vise a estabelecer a verdade sobre os fatos da causa.

2. QUAIS FATOS

A análise da decisão relativa à veracidade ou à falsidade dos fatos no âmbito do processo não pode partir senão da determinação de «*quais fatos*» se trata, ou melhor – conforme se viu anteriormente¹⁸ – da construção das narrativas relativas aos fatos da causa. A questão é muito menos simples do que se pensa comumente, requerendo alguns aprofundamentos.

Antes de qualquer coisa, exclui-se uma opinião bastante comum (também mencionada anteriormente),¹⁹ segundo a qual o juiz deveria decidir simplesmente escolhendo uma das duas narrativas dos fatos propostas pelas partes. Se se formula o problema em termos de determinação da verdade, essa opinião resulta claramente insustentável: essa pressupõe que uma das duas narrativas propostas pelas partes seja verdadeira, e que sobre essa – portanto – o juiz oriente sua escolha. Todavia, tal premissa carece de fundamento: como também já se viu, nada assegura que as narrativas oferecidas pelas partes sejam verdadeiras, ou que pelo menos uma parte tenha narrado a verdade: é bem possível que ambas as partes tenham proposto narrativas falsas.²⁰ Nesse caso constringer-se-ia o juiz a assumir como verdadeira uma narrativa falsa, o que não é um resultado epistemicamente aceitável. Por conseguinte, a opinião em questão pode ser coerente somente com uma ideologia do processo totalmente indifferente a respeito da verdade.²¹ Naturalmente, ninguém exclui que o juiz escolha uma das narrativas propostas pelas partes,²² mas isso pode ocorrer somente quando ele tenha estabelecido que aquela narrativa é verdadeira. não

¹⁵ Cfr. HAACK, *op. cit.*: 309.

¹⁶ Isso não impede, todavia, que no âmbito da psicologia da decisão sejam estudados os erros de juízo e os métodos para que esses sejam evitados. Sobre o tema, cfr. RUMIATI, *op. cit.*: 77, 207, 235; RUMIATI e BONINI, *op. cit.*: 67, 239.

¹⁷ Cfr. CATTELLANI, 1992.

¹⁸ Cfr. Cap. II, item 2.

¹⁹ V. *supra*, Cap. III, item 4.2.

²⁰ A propósito v. mais amplamente *supra*, Cap. III, item 2.3 e 5.

²¹ Conforme se viu anteriormente, ideologias desse gênero não faltam: v. *supra*, Cap. III, item 4.2.

²² Nesse sentido v. de fato Di DONATO, 2008: 202.

porque ele esteja de algum modo obrigado a permanecer no âmbito das narrativas das partes.

Outra resposta bastante comum ao question de quais são os fatos objeto de decisão funda-se sobre a referência aos suportes fáticos legais definidos pela norma assumida como critério jurídico de decisão: são, por conseguinte, objeto de decisão os fatos que se qualificam como *juridicamente relevantes*, ou seja, aqueles fatos aos quais «*aplica-se*» a norma em questão.²³ Em termos gerais essa resposta não é errada, mas parece excessivamente simplista e insuficiente para estabelecer com a devida precisão quais fatos são objeto de decisão.

De um lado, de fato, observa-se que a decisão não verte somente sobre os assim chamados fatos principais (ou seja, os fatos qualificados juridicamente), mas também sobre os assim chamados fatos secundários (ou simples), que são logicamente relevantes por serem as premissas de inferências probatórias relativas aos fatos principais. Também os fatos secundários são objeto de decisão, se não por outro motivo porque também esses devem ser apurados (para poderem ser «*conhecidos*», no sentido do art. 2.727 do Código Civil italiano), com o fim de constituir as premissas para a formulação de inferências válidas relativas a outros fatos (ou seja, a fatos que o próprio art. 2.727 qualifica como «*ignorados*»);²⁴

Acima de tudo, entretanto, é a determinação dos fatos (especialmente dos fatos principais, mas não só deles) que faz com que surjam problemas de difícil solução. Por um lado, é necessário considerar que um «*fato*» jamais é uma entidade simples e homogênea, passível de ser definido de modo exaustivo através de um enunciado do tipo «*x existe*». Cada fato é determinado com base em uma variedade de circunstâncias (de tempo, de lugar, de temperatura, de cor, de som, de comportamento, de conexão com outras circunstâncias) que, por assim dizer, *compõem* o fato de que se trata. Portanto, não existe *uma* narrativa apropriada daquele fato: como diz Susan Haack, de cada evento não existe uma descrição verdadeira, mas sim muitas²⁵ (além, obviamente, das ainda mais numerosas descrições falsas). Disso deriva que cada fato pode ser narrado – em linha de princípio – em uma infinita variedade de modos, dependendo das circunstâncias levadas em consideração e dos diferentes pontos de vista a partir dos quais o fato é descrito. Mesmo um enunciado simples como «*há um gato sobre o tapete*», que chamou a atenção de inúmeros filósofos,²⁶ é elementar somente aparentemente. Esse poderia ser articulado em inúmeros outros enunciados muito mais específicos em relação ao gato (raça, idade, cor, hábitos, preferências alimentares), se está ou não dormindo, e assim por

²³ Mais amplamente sobre o assunto cfr. TARUFFO, 1992: 74.

²⁴ Sobre o art. 2.727 do Código Civil Italiano cfr. mais amplamente TARUFFO, *op. cit.*: 97.

²⁵ Sobre o assunto v. *supra*, Cap. II, item 5.

²⁶ Para uma agradável paródia dos exercícios filosóficos a respeito da existência e da percepção do gato cfr. BARBERY, 2006.

diante), ao tapete (cor, dimensão, desenho, proveniência, autenticidade, e assim por diante), à colocação do gato sobre o tapete, à colocação do tapete (em um escritório, em uma sala de estar), sendo analisado assim por diante.

A situação complica-se ulteriormente se forem levados em conta pelo menos dois outros fatores. O primeiro é que o fato pode ser *complexo*, seja sob o prisma *objetivo* (porque inclui conjuntos ou concatenações de eventos ou de comportamentos que ocupam tempo e espaço – por exemplo, na administração de uma empresa ou na execução de um contrato a prestações periódicas), seja sob o prisma *subjetivo* (porque envolve uma pluralidade de sujeitos, eventualmente em situações jurídicas diferentes – por exemplo, nas várias hipóteses de litisconsórcio), seja, finalmente, sob *ambos*²⁷ (por exemplo, em uma *mass tort class action*).²⁸ Além disso, não raro o fato relevante para a decisão não é constituído por apenas um evento, mas por um acontecimento ou uma «*história*» que se articula no tempo e no espaço, sendo objeto de uma narrativa que compreende uma série de eventos e de comportamentos descritos em um contexto narrativo.²⁹

O segundo fator é que o fato em questão pode ser analisado segundo diferentes níveis de analiticidade, que podem ir do nível *micro* dos genes ou das partículas subatômicas ao nível *macro* de um desastre aéreo, da poluição causada pela explosão de uma central atômica ou de uma crise financeira internacional; trata-se de uma escala que inclui uma variedade potencialmente ilimitada de graus intermediários. Além disso, graus intermediários, e mesmo os níveis assumidos convencionalmente como extremos, não são objetivamente diferentes e passíveis de separação, visto que podem estar estreitamente ligados um ao outro. Pense-se, por exemplo, naquilo que os teóricos da complexidade chamam de «*efeito borboleta*», ou seja, a relação de desproporção entre causas e efeitos pelo qual o bater de asas de uma borboleta em Nova Iorque provoca um terremoto na China.³⁰ Pode ocorrer de um evento «*micro*», como a degeneração de uma célula ou a presença de fibras de amianto no corpo de uma pessoa, provocar um evento «*macro*», como a morte daquela pessoa; do mesmo modo, um comando digitado por erro em um computador pode provocar uma crise financeira de grandes dimensões. Por outro lado, um evento «*macro*» por vezes pode ser explicado somente retrocedendo-se em uma longa cadeia causal que tem origem em um evento «*micro*».

Essas observações certamente não exauram o problema, mas podem ser suficientes para que se entenda como a determinação dos fatos sobre os quais verte a decisão é fruto de operações caracterizadas por um alto nível de complexidade; isso se dá não só pela variedade e multiplicidade dos fatores que intervêm na construção de toda e qualquer narrativa fática,³¹ mas também pela variedade potencialmente indeterminada das narrativas que podem ter por objeto a própria situação de fato.

Diante dessa variedade, o problema fundamental concerne à escolha de uma narrativa que possa ser assumida como fundamento da decisão. Note-se que o critério da verdade é – nesse contexto – necessário, mas insuficiente: a narrativa escolhida deve ser verdadeira, pelas razões discutidas anteriormente,³² mas, visto que – conforme dito – podem existir inúmeras narrativas verdadeiras sobre o mesmo fato e que nem todas podem ser levadas em consideração no mesmo momento, é necessário que se determine a narrativa *mais adequada* para a decisão que deve resolver a controvérsia. A esse respeito, a referência à norma adotada como critério jurídico de decisão é óbvia, mas está longe de fornecer uma solução simples e satisfatória. Com efeito, o assim chamado suporte fático legal (a *abstrakte Tatbestand* da dogmática alemã)³³ não é um esquema predeterminado e preexistente que possa ser utilizado como uma espécie de rede para «*capturar*» a parcela de realidade capaz de fundar a aplicação da norma. Como se sabe, toda e qualquer disposição normativa – mesmo as aparentemente menos «*vagas*» e as que não contêm cláusulas gerais ou conceitos indeterminados³⁴ – é necessariamente objeto de interpretação, de modo que o suporte fático legal é identificado e determinado através da atividade interpretativa.³⁵ Por outro lado, quando uma norma é interpretada para ser aplicada a um caso concreto,³⁶ como ocorre no processo, são os fatos, daquele suporte fático que guiarão a escolha da norma e de sua interpretação, dado que aqueles fatos é que se deve aplicar a norma: entre as interpretações possíveis da mesma disposição normativa é necessário, pois, apontar a mais apropriada como critério de qualificação jurídica dos fatos.³⁷ Interpretações às quais não se possam reconduzir os fatos são evidentemente inúteis como critérios de decisão da controvérsia singular; se nenhuma interpretação de

²⁷ Sobre a complexidade do fato v. por último a ampla análise de GAMBA, 2008: 191, 417, 468,

e, ainda, TARUFFO, *op. ult. cit.*: 121.

²⁸ Sobre os aspectos peculiares da *mass tort class action* cfr. FEDERAL JUDICIAL CENTER, 2004: 413.

²⁹ V. *supra*, Cap. II, item 3.5, e, em particular, GAMBA, *op. cit.*: 399.

³⁰ Sobre o «*efeito borboleta*» cfr., p. ex., SMITH, 2008: 2, 8, 11, 18, 190; GLEICK, 1997: 25; MORRIS, 1991: 215.

³¹ Sobre o tema cfr. por todos LUZZATI, 1990.

³² Que o significado das disposições normativas é determinado através da interpretação é já pacífico na teoria do direito. Sobre o tema, v. por todos TARELLO, 1980, e LUZZATI, 1999: 87; GUASTINI, 1993: 323, e, por último, GUASTINI, 2004.

³³ Sobre a interpretação-aplicação cfr. em particular TARELLO, *op. cit.*: 42; GUASTINI, 2004: 82.

³⁴ Insere-se nesse modo o procedimento, descrito como círculo ou espiral hermenêutica, através do qual se instaura uma conexão dinâmica entre fato e norma: sobre o tema cfr., inclusive para ulteriores referências, TARUFFO, *op. ult. cit.*: 78, e, por último, GAMBA, *op. cit.*: 342.

uma norma for passível de referência aos fatos do caso, aquela norma não será aplicável naquele caso. De resto, conforme visto mais acima,³⁸ no processo os fatos não são entidades empíricas objetivamente determinadas (como ocorre quando esses se verificam fora e antes do processo), mas são, na realidade, narrativas relativas a fatos que se afirmam ocorridos no mundo externo: entre essas narrativas é necessário determinar qual é a que melhor corresponde a uma possível interpretação aplicativa da norma em questão.

As análises do raciocínio judiciário geralmente representaram uma espécie de *by-product* das teorias do raciocínio jurídico e foram, portanto, fortemente *rule-centered*: os filósofos do direito ocuparam-se essencialmente da interpretação e da aplicação das normas, sem aprofundar de modo particular a análise dos fatos, a não ser em termos de recondução (ou de subsunção) desses aos suportes fáticos normativos.

A essa tendência tradicional, que prevalece largamente, recentemente contrapôs-se uma orientação diferente e muito difundida, cujo nome compreensivo é *particularism*, ainda que existam várias versões dessa.³⁹ Trata-se de orientação segundo a qual as decisões vertem sempre sobre situações específicas, concernem a pessoas particulares e são justificadas fazendo-se referências circunstâncias do caso concreto.⁴⁰ Portanto, o bom juiz deveria agir de modo a maximizar a oportunidade de que seja dispensada a devida atenção a todos os aspectos desse.⁴¹ Disso deriva uma concepção «*particularista*» da decisão judicial, que concentra a atenção sobre os fatos específicos da situação singular levada a juízo e põe em primeiro plano «*the irriducible particularity of the context of application*» das normas.⁴² Por conseguinte, frisa-se que o juiz deve levar em consideração pessoas e eventos particulares ao invés de abstrações, concentrando-se nos detalhes do caso concreto.⁴³ Nas versões mais radicais, essa orientação implica «*to regress to a sort of fetishism of the particular*»,⁴⁴ já que chega a afirmar que a decisão deve levar em consideração *somente* os aspectos particulares da situação concreta, evitando qualquer referência a normas, regras ou critérios gerais.⁴⁵ Essa referência, de fato, provocaria a exclusão indevida de aspectos do caso singular que deveriam ter relevância no contexto da decisão.⁴⁶

³⁸ Cfr. Cap. II, item 2.2.

³⁹ Sobre o tema, e para ulteriores referências, cfr. SCHAUER, 2003: ix, 19.

⁴⁰ Cfr. em particular MACCORMICK, 2006: 3, 9.

⁴¹ Cfr. MACCORMICK, *op. cit.*: 10; BANKOWSKI, 2006: 12.

⁴² Cfr. WALKER, 2006: 56.

⁴³ Cfr. DETMOLD, 2006: 86.

⁴⁴ Assim MELISSARI, 2006: 129.

⁴⁵ Cfr. PAVLAKOS, 2006: 163.

⁴⁶ Cfr. CHRISTODOULIDIS, 2006: 108.

A tendência particularista teve notável difusão no âmbito das teorias pós-modernas da decisão judicial,⁴⁷ além de naquelas do juízo ético, e apresenta aspectos interessantes por frisar a importância essencial que deve ser atribuída aos fatos específicos da situação particular levada a juízo. Todavia, nos termos em que é por vezes posta, essa suscita dúvidas que requerem algumas reflexões ulteriores.

Por um lado, pelo menos no contexto da decisão judicial, a referência a normas e princípios (e, portanto, a regras gerais) não pode ser evitada, pelo menos enquanto se permanecer no contexto dos sistemas fundados no princípio da legalidade. Uma decisão que leva em consideração *somente* a especificidade do caso concreto, de fato, teria como pedra angular exclusivamente o sentido de equidade individual do juiz singular, sendo, pois, substancialmente arbitrária. À parte o conteúdo ético de uma decisão desse gênero, submetida à pura subjetividade do juiz, essa seria dificilmente qualificável como «*jurídica*». Não é necessário ser positivista e formalista para que se sustente que o direito implica a aplicação de regras jurídicas, qualquer que seja a natureza ou a configuração dessas regras. Não por acaso, filósofos como Frederick Schauer⁴⁸ e Neil MacCormick reconhecem a relevância do particularismo, mas sustentam ser inevitável na decisão judicial o recurso a regras gerais, ou mesmo a critérios de juízo universalizáveis. Mesmo o tipo de decisão que parece estar mais diretamente vinculado aos fatos do caso concreto (como aquela que se funda no precedente)⁴⁹ deve fazer referência a critérios generalizáveis, visto que requer a racionalidade global do sistema jurídico.⁵⁰ Por conseguinte, parece fundada a referência à relevância que deve ser atribuída aos fatos específicos do caso concreto, não implicando, todavia, que tais fatos não possam e não devam ser qualificados juridicamente com referência às normas aplicáveis.

⁴⁷ Cfr. MINDA, 2001: 220, 224, 233, 277, 286, 297, 305.

⁴⁸ Cfr. SCHAUER, *op. cit.*: 75. Schauer chega a dizer que o volume todo é dedicado a contrastar a tendência particularista e a reivindicar a necessidade do emprego de categorias e generalizações: v. *ibidem*: ix.

⁴⁹ Diferentemente do que ocorre na Itália, onde prevalece a citação de máximas jurisprudenciais abstratas, o precedente em sentido próprio funda-se no confronto entre os fatos do caso já decidido e os fatos do caso a se decidir: sobre o tema cfr., p. ex., TARUFFO, 2007a: 709.

⁵⁰ Cfr. MACCORMICK, *op. cit.*: 17. Em sentido análogo F. Schauer fala da necessária generalidade do direito: cfr. SCHAUER, *op. cit.*: 291 ss. Uma conotação indireta do que se diz no texto deriva do exemplo constituido pelas cortes de *equity* que em Delaware decidem controvérsias societárias: trata-se de decisões que seguem o critério da máxima coerência com a peculiaridade dos fatos específicos da controvérsia particular, e que, consequentemente, não são idôneas a constituir precedentes para decisões sucessivas. De certo modo, a conformidade aos fatos particulares do caso singular acaba por parecer inversamente proporcional ao funcionamento da regra do *stare decisis*: Sobre essas interessantes e peculiares experiências jurisprudenciais cfr. amplamente GAMBA, *op. cit.*: 200, 241.

Por outro lado, a insistente referência aos *particulars* do caso concreto parece ser irremediavelmente vaga e indeterminada. Aqueles que sustentam essa orientação parecem partir da premissa de que fatos do caso concreto constituam uma entidade material e objetiva, submetendo-se, assim, ao olhar do juiz em todos os seus aspectos. O juiz deveria, assim, examinar esse «*objetum*» levando em consideração todas as suas características, sem excluir qualquer dessas com base em critérios gerais, visto que isso implicaria a seleção de alguns *particulars* e a indevida exclusão de outros. Todavia, uma premissa desse gênero carece evidentemente de fundamento. Antes de qualquer coisa, conforme dito alhures,⁵¹ o juiz não percebe os fatos em sua materialidade empírica: ele tem que lidar com descrições, ou seja, com narrativas construídas por vários sujeitos com modalidades complexas e variáveis. Do conjunto dessas narrativas podem emergir vários aspectos particulares da situação de fato posta em juízo, mas é certo que o juiz não conhece todos os *particulars* relativos às específicas modalidades empíricas daquela situação. Isso não aconteceria nem mesmo caso – hipótese totalmente hipotética – o juiz dispusesse de poderes ilimitados e de tempo infinito para procurar conhecer todos os aspectos desse.

De resto, como também já se disse,⁵² dos fatos em questão não existe e não pode existir uma descrição *completa* em que sejam indicados todos os *particulars* do evento de que se trata, de modo que o juiz possa levá-los em conta.⁵³ Dos mesmos fatos existem várias descrições, diferentes em amplitude, conteúdo e nível de analiticidade; é sobre essas descrições que o juiz formula suas valorações. A referência aos *particulars* do caso, por conseguinte, não exclui, de fato, a necessidade de que se escolham os aspectos desse considerados relevantes por se julgar que a decisão deve levá-los em consideração. Por assim dizer, trata-se necessariamente dos *particulars* que parecem importantes aos olhos de quem pede ao juiz que os leve em conta. Portanto, o núcleo do problema volta a estar na escolha dos *particulars* que devem ser considerados relevantes, bem como dos critérios segundo os quais esses devem ser selecionados.

Quando as feministas estadunidenses criticam a doutrina e a jurisprudência por essas últimas serem machistas (ou seja, por não prestarem atenção nas diferenças de gênero e, portanto, nas especificidades das mulheres e das

situações em que essas se encontram) fazem referência a um tipo de *particular* bem definido: o sexo das pessoas envolvidas, que a seu sentir não é adequadamente levado em consideração, ao passo que *deveria* ser relevante no contexto da decisão judicial (ou até mesmo, segundo as versões mais radicais, ser o único critério de decisão).⁵⁴ Aqui não há um convite genérico para que se levem em conta os *particulars* da situação de fato, mas a precisa e específica indicação de um fator que deveria condicionar a decisão. Analogamente, aqueles que sustentam a *critical race theory* não afirmam que o juiz deva levar em conta todos os *particulars* de todo e qualquer caso concreto, mas que o fato de pertencerem os sujeitos envolvidos a determinada raça deveria constituir um fator (talvez o único) relevante para a decisão.⁵⁵

Se a ideia de que o sexo ou a raça (ou ambos) das pessoas envolvidas representem em todos os casos o único critério de decisão parece excessiva, o problema passa a ser, então, de estabelecer-se quais *particulars* são relevantes de acordo com o contexto em que a decisão se coloca. Assim, por exemplo, o fato de tratar-se de uma mulher é certamente um aspecto relevante em um caso de discriminação no local de trabalho ou se for invocada a *battered woman syndrome*, mas é lícito duvidar de que seja relevante se se tratar de estabelecer a validade ou o conteúdo de um contrato de compra e venda ou de apurar a responsabilidade por um acidente de trânsito. Analogamente, o fato de um sujeito pertencer a uma minoria étnica é certamente relevante em casos de discriminação racial, ou se se tratar de delitos culturalmente orientados,⁵⁶ mas não o é se ele violar uma proibição de estacionar ou se celebrar um contrato de trabalho.

Em termos mais genéricos, não é todo e qualquer *particular* (admitindo-se por hipótese o impossível, ou seja, que se possam determinar todos) que merece ser levado em consideração. As condições atmosféricas no momento *t* e no lugar *l* não interessam para fins da validade do contrato celebrado na sala de um notário naquele momento e naquele lugar, mas podem interessar, por exemplo, se houvesse neblina cerrada e gelo sobre o asfalto, se se tratar de apurar a dinâmica de um acidente de trânsito. Tudo isso parece bastante óbvio, mas remete a uma questão de fundo, qual seja, a da escolha dos fatos que devem ser levados em consideração com o fim de que se produza uma decisão que leve adequadamente em conta a situação real objeto do juízo.

A propósito, a opinião expressa, por exemplo, por MacCormick (com base em Adam Smith), segundo a qual o juiz deveria fazer uso da intuição

⁵¹ Cfr. *supra*, Cap. II, item 2.2.

⁵² V. *supra*, item 1.

⁵³ Todas as descrições verdadeiras de que fala S. Haack (Haack, 1998: 157), assim como todas as biografias do mesmo sujeito de que fala J. L. Borges (Borges, 1998: 201) são necessariamente parciais. Somente a soma de todas as possíveis descrições, ou de todas as possíveis biografias (o que é obviamente impossível visto que infnita, ou pelo menos indefnida), poderia ser *completamente* verdadeira. Em realidade as descrições e as biografias reais podem ser verdadeiras por aquilo que dizem, mas são inevitavelmente falsas por defeito, ou seja, por aquilo que não dizem do evento ou do sujeito que pretendem descrever.

⁵⁴ Em propósito cfr., para uma descrição sintética e para ulteriores referências, MINDA, *op. cit.*: 213.

⁵⁵ Sobre o tema cfr. MINDA, *op. cit.*: 277, 305.

⁵⁶ Sobre essa noção cfr. em particular DE MAGLIE, 2006: 3.

para colher os *particulars* do caso concreto,⁵⁷ parece insatisfatória. A intuição, genericamente definida, não segue qualquer critério: é inevitavelmente subjetiva e nada assegura que seja capaz de selecionar os *particulars* que merecem ser levados em consideração visando à decisão. O fato de que alguém «*intua*» sobre um detalhe de um evento (como o penteado da senhora que atropelou um transeunte) não demonstra, de fato, que aquele detalhe seja importante. A mesma objeção pode ser feita à tese segundo a qual o juiz deveria se servir da *φρόνησις* aristotélica.⁵⁸ O fato de que o emprego da sabedoria e do bom senso, ou da sensibilidade moral e cultural, induzam a que se colha um aspecto específico de um acontecimento não demonstra de modo algum a importância daquele aspecto para a decisão.

Talvez não seja uma perspectiva útil a de utilizar-se como pedra angular a sensibilidade subjetiva ou a sabedoria do observador – no caso italiano, do juiz; mais proveitoso seria utilizar-se aquela de apontar critérios tão objetivos quanto possível para a seleção racional dos fatos sobre os quais deveria verter a decisão. Um critério possível poderia basear-se na combinação de dois fatores. Por um lado, a necessidade de que a decisão seja *true to the facts* para ser justa⁵⁹ implica que os fatos da causa sejam definidos da maneira mais precisa e mais completa possível. Pode-se dizer, pois, que a justiça da decisão é uma função da precisão com que os fatos são determinados, ou seja, da quantidade e da qualidade dos *particulars* levados em consideração. A indicação principal proveniente das versões racionais do particularismo aponta justamente no sentido de que os fatos sejam determinados, se possível, em todos os seus aspectos significativos, inclusive de detalhe. Naturalmente, deve-se tratar dos aspectos *significativos*, não da quantidade de detalhes inúteis, inseridos somente *ad colorandum*, que frequentemente se encontram em muitas narrativas processuais. No desenvolvimento dessa análise, conforme já dito, o juiz não tem diante de seus olhos o «*fato*» como acontecimento empírico a partir do qual possa «*perceber*» os particulares. O juiz deve «*construir*» (ou reconstruir) os fatos com base nos elementos de que dispõe, quais sejam: a) as alegações dos fatos principais e secundários feitas pelas partes; b) as informações resultantes dos autos do processo, e em particular das provas (das declarações das testemunhas, dos pareceres técnicos, dos documentos típicos e atípicos); c) as noções fornecidas pela experiência e pelo senso comum. A propósito dessas noções, não é necessário frisar que o juiz pode se servir de sua «*ciência privada*» somente nos limites indicados pelo *comma 2* do art. 115 do Código de Processo Civil italiano. Se há razões válidas para sustentar-se que geralmente o evento E produz a consequência C, ou que normalmente

o fato F deriva da causa D, o juiz pode ventilar a hipótese de que C ou D tenham-se verificado, podendo, pois, levá-los em conta – se houver confirmação probatória – em sede de decisão.⁶⁰

Frete a esses problemas, há a tentação de se responder que esses em realidade não existem: para determinar quais fatos devem ser objeto de decisão pareceria suficiente recorrer às alegações das partes, e eventualmente às contestações dos fatos alegados.⁶¹ Todavia, uma resposta desse gênero soa excessivamente simplista e substancialmente inadequada. Por um lado, conforme se viu anteriormente,⁶² a alegação – considerada em si mesma – não tem qualquer valor normativo ou dispositivo, consistindo exclusivamente na formulação de enunciados fáticos. É questão que não se resolve simplesmente através da leitura de enunciados formalmente objeto de alegações saber se a alegação é ou não suficientemente específica a fim de determinar todos os fatos relevantes para a decisão. À parte o caso limite da falta total da indicação dos fatos, com a consequente nulidade da citação, conforme art. 164 *comma 4* do Código de Processo Civil italiano, a alegação pode ser mais ou menos específica (ou seja, pode incluir mais ou menos *particulars*) e ser mais ou menos completa como narrativa da situação real de fato à base da controvérsia. Por conseguinte, nada obsta que uma parte, eventualmente mediante solicitação do juiz (com base no art. 183 *comma 4* do Código de Processo Civil italiano), preste «*esclarecimentos*», aprofundando e ampliando as alegações iniciais de modo a fornecer uma descrição mais adequada de tal situação. Por outro lado, ao juiz é reconhecido comumente o poder de determinar o exato *nomen juris* da situação jurídica posta em juízo, de modo que não se pode excluir que isso comporte uma determinação autônoma dos fatos sobre os quais deve verter a decisão.⁶³ O juiz pode – conforme se viu há pouco – pedir esclarecimentos às partes, bem como levar em conta todas as circunstâncias que emergem dos autos do processo. A propósito, o critério que o juiz deve seguir é o de apontar todos os fatos que efetivamente determinaram o conflito entre as partes, ou seja, todas as circunstâncias à base da controvérsia. Uma indicação importante pode ser retirada do critério que vem se afirmando em particular no âmbito do direito societário, mas que pode ser considerado válido em linhas gerais: trata-se da *eficiência* da decisão, ou seja, do fato de que, quanto mais a decisão judicial levar em conta todos os fatos que na realidade estão à base do conflito

⁵⁷ Cfr. em particular MacCORMICK, *op. cit.*: 5, 10, 12, mas também TADROS, 2006: 179 ss.;

LACEY, 2006: 247 ss.; JACKSON, 2006: 226 ss.

⁵⁸ Nesse sentido cfr., por exemplo, MICHELON, 2006: 123 ss.

⁵⁹ A propósito, v. *supra*, Cap. III, item 4.

⁶⁰ Isso não elimina os problemas e os perigos de erro intrínsecos ao recurso a noções do senso comum, sobre os quais v. *infra*, item 3.2. O que se quer dizer é que o uso correto dessas noções pode ser útil em função *heurística*, ou seja, com o fim de formular hipóteses, que serão posteriormente verificadas à luz das provas, sobre o modo como se desenvolveu um fato (v. *infra, ibidem*).

⁶¹ Sobre o tema, v. *supra*, Cap. III, item 5.

⁶² V. *supra*, Cap. III, item 5.

⁶³ Em sentido crítico sobre a «*indiferença*» do juiz no que concerne à efetiva natureza fática do conflito cfr. GAMBA, *op. cit.*: 161 ss., 409 ss., 37 ss.

específico e efetivo gerador do processo,⁶⁴ mais será capaz de desempenhar a própria função de justa solução da controvérsia.⁶⁵

3. O JUIZ E A CONSTRUÇÃO DOS FATOS

Conforme visto anteriormente,⁶⁶ as narrativas construídas no processo são *conjuntos ordenados* de enunciados que descrevem as modalidades e as circunstâncias relativas aos fatos que originaram a controvérsia. Trata-se de *conjuntos* porque, via de regra, o fato não é constituído por um só ocorrido relativamente simples (como «*chovia sem parar em Bresl naquele dia*», ou como «*há um gato sobre o tapete*»), mas por um evento complexo ou por um acontecimento que podem ser descritos somente através de uma série mais ou menos extensa de enunciados relativos a circunstâncias simples. Trata-se de *conjuntos ordenados*, pois os enunciados que os compõem não são distribuídos casualmente (como se se jogasse em uma mesa pedaços de um quebra-cabeça ou as peças de um mosaico), mas tendem a ser dispostos – conforme já se viu – segundo uma ordem narrativa, ou seja, para que se componham *histórias*.⁶⁷

As partes constroem e narram suas histórias com um escopo bem determinado: o de justificar suas versões dos fatos de modo a induzir o juiz a acolher suas demandas e a satisfazer suas pretensões. As histórias narradas pelas partes não precisam ser verdadeiras: tendem a ser convincentes e, se assim forem, podem ser consideradas «*boas*».⁶⁸

O juiz encontra-se em uma situação completamente diferente: ele não deve persuadir alguém e não tem qualquer tese preconcebida a demonstrar. O juiz deve justificar sua decisão, mas essa resta largamente discricionária, não tendo a motivação da sentença função persuasiva.⁶⁹ Além disso, espera-se que ele não construa na motivação uma narrativa qualquer dos fatos da causa, mas sim uma narrativa *verdadeira*.⁷⁰

É, portanto, oportuno que se façam algumas observações ulteriores sobre as características distintivas dessa narrativa. Essa conduz a um texto que se insere normalmente na motivação da sentença; com efeito, discutir-se-á futuramente sobre outras peculiaridades da motivação.⁷¹ Aqui vale a pena frisar algumas características estruturais da narrativa construída pelo juiz, com o fim de que se evidenciem alguns aspectos da *atividade* que ele desempenha para

constituí-la, bem como para que se esclareça quando e em quais condições essa atividade pode ser definida como racional.

A narrativa construída pelo juiz pode ser entendida como um conjunto ordenado de enunciados, em que um fator importante de ordem é constituído pela distribuição desses enunciados em quatro níveis distintos:

– no *primeiro nível* encontram-se enunciados que descrevem *fatos principais*. Trata-se de enunciados que se referem a cada uma das circunstâncias (ou seja, dos *particulars*), cuja combinação constitui a narração do fato principal. Cada fato é descrito através da descrição das circunstâncias que o constituem: o conjunto de enunciados relativos a essas circunstâncias (que obviamente é algo mais do que sua simples soma ou elenco)⁷² constitui a narração do fato (ou seja, em realidade, uma das narrações possíveis). Isso vale em geral e vale também quando se trata de um fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito que se faz valer em juízo. Por exemplo, o «*fato ilícito*» que constitui o direito ao ressarcimento do dano, de acordo com o art. 2.043 do Código Civil italiano, é determinado apontando-se as circunstâncias de tempo e de lugar, dos comportamentos e dos eventos, bem como dos nexos causais relativos, causadores do incidente que produziu o dano. O contrato cujo adimplemento se requer é determinado apontando-se o tempo, as modalidades e o conteúdo do acordo celebrado pelas partes, e assim por diante. Por conseguinte, pode-se dizer que cada fato principal da causa é narrado a partir de um grupo de enunciados que descrevem as circunstâncias de que esse é composto. Trata-se, naturalmente, das circunstâncias relevantes para a decisão, visto que não há razão para que os detalhes carentes de significado sejam incluídos nas narrativas que o juiz constrói nessa sede.

– no *segundo nível* encontram-se os enunciados que descrevem *fatos secundários*. Esse aspecto da narrativa do juiz é somente eventual: não existe, de fato, quando não há fatos secundários a partir dos quais se possam fazer inferências sobre a veracidade ou a falsidade dos enunciados pertinentes aos fatos principais. Se houver fatos secundários (ou seja, indícios ou fontes de presunção) os enunciados relativos a esses distinguir-se-ão daqueles que concernem aos fatos principais, visto que a premissa de uma inferência não pode ser confundida com a conclusão retirada dessa.

– o *terceiro nível* da narrativa do juiz inclui os enunciados que resultam das *provas* produzidas: trata-se, por exemplo, das declarações prestadas pelas testemunhas, ou dos enunciados contidos em um documento ou em uma perícia.

– o *quarto nível*, cuja presença é, em linha de princípio, somente eventual (apesar de ser, em realidade, muito frequente), inclui as circunstâncias a partir

⁶⁴ Sobre essa finalidade da decisão v. amplamente *supra*, Cap. III, item 4.2.

⁶⁵ A propósito, cfr., inclusive para ulteriores referências, Gamba, *op. cit.*: 157 ss., 301 ss.

⁶⁶ V. *supra*, Cap. II, item 2.

⁶⁷ V. *supra*, Cap. II, item 5.

⁶⁸ A propósito, v. também *supra*, Cap. II, item 5.

⁶⁹ V. *infra*, item 6.

⁷⁰ V. *supra*, Cap. III, item 4.3.

⁷¹ V. *infra*, item 6.

⁷² V. *supra*, Cap. II, item 4.

das quais se podem fazer inferências sobre a credibilidade e confiabilidade dos enunciados do terceiro nível (e referem-se, por exemplo, à credibilidade de uma testemunha ou à autenticidade de um documento).

Esses níveis da narrativa não são meramente justapostos segundo uma ordem casual e unidimensional; estão, ao invés disso, ligados entre si com base em inferências de natureza probatória, que podem ser esquematizadas assim: a) os enunciados do segundo nível representam premissas para inferências probatórias idôneas à produção de conclusões concernentes a enunciados do primeiro nível. Os fatos secundários, com efeito, são levados em consideração se se apresentam logicamente relevantes como fontes de prova indireta de um fato principal; no caso contrário, esses não entram na narrativa dos fatos;⁷³ b) os enunciados do terceiro nível representam informações úteis para a apuração dos fatos descritos no primeiro nível (é o caso da prova direta de um fato principal), ou ainda informações úteis para a apuração de fatos descritos no segundo nível (é o caso da prova de um fato secundário, ou seja, da prova indireta de um fato principal);⁷⁴ c) por fim, os enunciados do quarto nível representam informações úteis para o controle da confiabilidade dos enunciados probatórios que se colocam no terceiro nível, eventualmente dando fundamento a que se façam inferências com o intuito de verificar o valor de tais informações.⁷⁵

3.1 A confirmação

Conforme visto há pouco, a ligação entre os vários níveis da narrativa construída pelo juiz tem natureza inferencial. A característica fundamental dessas inferências pode ser facilmente entendida fazendo-se referência ao conceito epistemológico geral de *warrant*, proposto há tempos por Stephen Toulmin como núcleo fundamental de um modelo geral de argumentação⁷⁶ e recentemente reproposto e analisado por Susan Haack.⁷⁷ Trata-se de um conceito generalíssimo que não se refere somente à atividade de pesquisa do cientista,⁷⁸ mas também à atividade de qualquer pessoa que deva estabelecer racionalmente a veracidade de uma assertiva. Segundo Haack, de fato,

⁷³ V. mais amplamente TARUFFO, 1992: 97.

⁷⁴ Cfr. TARUFFO, *op. cit.*: 426.

⁷⁵ Nesse caso pode-se falar em prova subsidiária: cfr. TARUFFO, *op. cit.*: 431.

⁷⁶ Cfr. TOULMIN, 2007: 91.

⁷⁷ HAACK, 2007: 60. A mesma autora já desenvolvera em termos substancialmente análogos ampla análise da estrutura da inferência justificativa, em HAACK, 1995: 73. Nessa obra, que constitui uma das contribuições fundamentais à epistemologia contemporânea, a análise da inferência justificativa é o ponto central do *foundherentism*, ou seja, da teoria com que Susan Haack visa obter uma conciliação entre o fundacionalismo e o coerentismo nas teorias do conhecimento científico.

⁷⁸ [N. do T.] Tanto a palavra *pesquisa* como a palavra *busca* no original constam como *ricerca* nas frases seguintes. Por fidelidade à tradução feita até aqui e ao texto original, preferiu-se

entre a pesquisa científica e a busca da verdade desenvolvida em qualquer outro âmbito da experiência há diferenças de grau, mas não há diferenças substanciais.⁷⁹ O conceito de *warrant* – que de modo tecnicamente carente de rigor, mas adequado ao presente contexto, pode ser traduzido em português como «*confirmação*»⁸⁰ – pode, por conseguinte, referir-se também à busca da verdade feita pelo juiz. Não por acaso, Haack, falando da *physical evidence* sobre a qual pode fundar-se o *warrant*, inclui no discurso provas de caráter jurídico;⁸¹ também Toulmin faz frequentemente referência às argumentações utilizadas no contexto judicial.⁸² Recentemente, o mesmo modelo foi aplicado diretamente às inferências probatórias, em particular por Daniel Gonzáles Lagier.⁸³

O *warrant* concerne à conexão que se instaura entre uma afirmação, que tem inicialmente caráter hipotético, e as provas que confirmam sua veracidade, segundo o esquema $W \Rightarrow E \rightarrow H$ (W indicando o *warrant*, E as provas disponíveis e H a hipótese em questão).⁸⁴ Visto que a amplitude e a qualidade das provas que podem ser referidas à hipótese podem variar de acordo com as circunstâncias, a confirmação é um conceito de *grau*: uma afirmação pode resultar mais ou menos confirmada em função das provas que a essa se referiram em certo momento,⁸⁵ ou mesmo dependendo do grau de *supportiveness* que as provas possuem em relação àquela hipótese.⁸⁶ Por conseguinte, o grau de confirmação depende de quantas e quais provas estão disponíveis em relação a todas as provas possíveis,⁸⁷ visto que se há poucas provas – faltando informações que seriam relevantes – a confirmação da hipótese pode ser fraca ou dúbia.⁸⁸ Além disso, cada prova acrescentada às outras incrementa o grau de

traduzir por vocábulos diferentes, dependendo do contexto, visto que «*busca científica*» não é expressão corrente em língua portuguesa.

⁷⁹ Cfr. HAACK, 2007: 95, 125, 300; HAACK, 2008: 38.

⁸⁰ Para um exame mais aprofundado do conceito de *confirmation* cfr. HAACK, 2007: 75.

⁸¹ Cfr. HAACK, *op. cit.*: 61.

⁸² Cfr., p. ex., TOULMIN, *op. cit.*: 15.

⁸³ Cfr. GONZÁLES LAGIER, 2005: 55.

⁸⁴ É substancialmente análogo o esquema de Toulmin (*op. cit.*: 92), segundo o qual o *warrant* W é o nexo que liga os *data* D (ou seja, as informações disponíveis) à conclusão C, que representa o resultado do argumento. No texto utiliza-se um esquema simplificado da estrutura da inferência, suficiente para explicar suas características principais. Esquemas mais analíticos são propostos e estudados por S. Toulmin e D. Gonzáles Lagier nos escritos indicados.

⁸⁵ Cfr. HAACK, *op. cit.*: 60, 62, 64; HAACK, 1995: 77, 81; HAACK, 2008: 27. Analogamente cfr. GONZÁLES LAGIER, *op. cit.*: 71, 77.

⁸⁶ Cfr. HAACK, 2007: 66.

⁸⁷ Isso equivale a que se diga que um aspecto essencial da inferência probatória fundada no *warrant* diz respeito à quantidade, à qualidade e à confiabilidade das informações de que parte a inferência. No contexto do processo trata-se de estabelecer-se a confiabilidade e a adequação dos enunciados sobre a existência de indícios ou de fontes de presunção que constituem as premissas das inferências. A propósito, v. mais amplamente GONZÁLES LAGIER, *op. cit.*: 81.

⁸⁸ Sobre o caráter epistêmico do conceito «*inchtivov*» de relevância das provas v. *supra*, Cap. IV, item 2.1.

confirmação da hipótese.⁸⁹ Pode-se dizer, em verdade, que cada prova ulterior que confirmar o êxito de provas já produzidas acrescenta uma confirmação decrescente;⁹⁰ pode-se inclusive chegar ao ponto em que uma nova prova possa resultar supérflua, por não fazer qualquer coisa a não ser confirmar o que já era conhecido com um grau de confirmação suficiente.⁹¹ Todavia, não parece dúbio que no plano epistêmico deva valer a regra segundo a qual o grau de confirmação da hipótese aumenta com a produção de provas ulteriores, visto que a situação ideal é aquela em que todas as provas possíveis são produzidas.⁹²

Além disso, é necessário que as provas disponíveis sejam possivelmente convergentes, visto que provas incoerentes acabam por carecer de eficácia demonstrativa.⁹³ Por fim, é necessário que se tenha em mente a eventualidade de que a confirmação de uma afirmação dependa não só das provas que a essa se referem diretamente, mas também de outros enunciados que — justamente — dão suporte à afirmação em questão.⁹⁴ É necessário, em outros termos, que a afirmação que se configura como hipótese conclusiva da inferência não tenha sido excluída, provada falsa ou contrariada por hipóteses alternativas relativas ao mesmo fato.⁹⁵

O conceito de *warrant* resulta particularmente útil no presente contexto, visto que consente que se faça referência, na análise do raciocínio do juiz, a regras e princípios epistemológicos de caráter geral que são objeto de ampla elaboração teórica. Pode-se, todavia, recordar que um conceito de confirmação útil pode ser retirado também da aplicação ao raciocínio do juiz do conceito de probabilidade lógica, que — justamente — faz referência ao grau de confirmação que as provas têm condições de atribuir aos enunciados concernentes aos fatos da causa.⁹⁶

Em todo caso, é fácil constatar que o conceito de confirmação lógica da hipótese com base nas informações disponíveis reflete fielmente a situação em que se encontra o juiz: as hipóteses que se procura confirmar são enunciados concernentes aos fatos principais que constituem o primeiro nível da narrativa do juiz; das provas surgem os enunciados que compõem o terceiro nível da narrativa, que confirmam diretamente os enunciados do primeiro nível, além dos enunciados concernentes aos fatos secundários (que se encontram no segundo nível); esses últimos, de seu turno, atribuem confirmação inferencial

aos enunciados sobre os fatos principais. Por fim, os enunciados que estão no quarto nível têm a função de atribuir confirmação, em termos de confiabilidade, aos enunciados que exprimem os resultados produzidos pelas provas.

3.2 Os critérios de inferência

As inferências que consentem que se liguem as informações disponíveis (ou seja, as provas) às hipóteses que se procuram confirmar, fundam suas validade e confiabilidade em critérios empregados para criar essa conexão, a partir de cujo êxito poder-se-á eventualmente dizer que a hipótese-conclusão foi confirmada. Não por acaso um dos maiores teóricos desse modelo de inferência (ou seja, Stephen Toulmin) dedicou particular atenção àquilo que chamou de *backing* do *warrant*, ou seja, o fundamento cognoscitivo em função do qual a inferência pode ser tida por fundada, a ponto de poder-se atribuir um grau considerável de confiabilidade à consequente conclusão.⁹⁷ Por conseguinte, um aspecto fundamental do modelo de inferência probatória aqui sugerido é constituído pelas noções empregadas como fundamento de tal inferência, ou seja, como critério de confirmação da hipótese em questão com base nas informações disponíveis. A propósito o problema mais importante concerne à determinação das fontes desses critérios e à valoração de sua confiabilidade.

Falou-se alhures⁹⁸ de senso comum, *background knowledge* e máximas de experiência, a propósito da construção das narrativas no âmbito do processo, não sendo o caso de se repetir aqui o que foi dito naquela oportunidade. Todavia, o discurso deve ser retomado, pois em uma considerável quantidade de casos, ou seja, todas as vezes em que não é possível se recorrer diretamente a provas científicas,⁹⁹ são essas noções que fornecem os critérios com base nos quais o juiz faz as inferências de caráter presuntivo.¹⁰⁰ Sendo oportuno esclarecer alguns aspectos no que diz respeito à determinação do grau de confirmação que as provas atribuem às hipóteses sobre os fatos, podem-se distinguir várias situações.¹⁰¹

a) Pode ocorrer de as noções da experiência comum corresponderem na realidade a leis científicas de caráter universal, das quais são a vulgarização. Resulta também da experiência que os corpos pesados caem de cima para baixo, ainda que a lei de Newton seja mais precisa e formulada em termos universais. Trata-se, de qualquer modo, de uma regra geral, sendo a inferência

⁸⁹ Cfr. Haack, *op. cit.*: 75.

⁹⁰ Cfr. Taruffo, *op. cit.*: 278; Goldman, 1986: 346.

⁹¹ V., a propósito, *supra*, Cap. IV, item 2.2.

⁹² A propósito, v. *supra*, Cap. IV, item 2.1.

⁹³ Cfr. Haack, *op. cit.*: 65.

⁹⁴ Cfr. Haack, *op. cit.*: 67.

⁹⁵ Cfr. em particular González Lagier, *op. cit.*: 88.

⁹⁶ Nesse sentido V., de fato, Taruffo, *op. cit.*: 199, 266.

⁹⁷ Cfr. em particular Toulmin, *op. cit.*: 95.

⁹⁸ V. *supra*, Cap. II, item 3.

⁹⁹ Sobre o tema v. *infra*, item 3.4.

¹⁰⁰ Em sentido análogo, ou seja, com referência às numerosas hipóteses em que o *warrant* é constituído por máximas de experiência, cfr. González Lagier, *op. cit.*: 56, 61.

¹⁰¹ As observações que seguem são desenvolvidas de maneira mais ampla em Taruffo, 2008: 187. V. também Taruffo, *op. cit.*: 195.

feita com base nessa seguidora do modelo *nomológico-dedutivo* descrito por Hempel.¹⁰² Essa inferência tem condições de atribuir à sua conclusão um caráter de certeza dedutiva.¹⁰³

b) Outras vezes as noções da experiência comum correspondem a generalizações não universais, mas que se caracterizam por um alto nível de probabilidade, confirmado por um alto grau de frequência estatística. Se se demonstra que X produz Y em 98% dos casos, a generalização correspondente funda uma inferência que segue um modelo *quase nomológico-dedutivo*. A conclusão que resulta disso é altamente confiável, podendo ter um caráter de certeza prática (mesmo se não verdadeira e propriamente de certeza dedutiva).¹⁰⁴

c) Muitas vezes as noções do senso comum fundam-se em meras generalizações que exprimem o *id quod plerumque accidit*, ou seja, aquela que parece ser a «normalidade» de determinados acontecimentos ou comportamentos.¹⁰⁵ Entretanto, essas não têm caráter universal, nem quase-universal. Nesses casos a inferência que se pode fazer a propósito de um caso particular não tem caráter dedutivo (e nem mesmo quase-dedutivo), produzindo conclusões que podem ter um grau variável – mas não particularmente elevado – de confiabilidade. As noções relativas à «normalidade» de algo possuem larga margem de incerteza, podem ser condicionadas por juízos de valor,¹⁰⁶ são facilmente demonstráveis como falsas por uma multiplicidade de exemplos contrários e podem não corresponder de fato aos eventos ou aos comportamentos específicos que o juiz deve apurar. Na melhor das hipóteses, conferem um modesto grau de confirmação às conclusões que dessas derivam.¹⁰⁷

d) Por fim (ainda que não se trate certamente de casos excepcionais), as noções da experiência comum correspondem a generalizações *espúrias*, ou seja, a pseudoregras que não encontram qualquer fundamento na realidade empírica.¹⁰⁸ Trata-se das numerosas situações em que essas noções não fazem outra coisa senão exprimir preconceitos das mais diversas naturezas: de gênero, de raça, de religião e de qualquer outro tipo, difundidas em certo ambiente social em dado momento histórico. Essas pseudonoções não possuem na realidade qualquer conteúdo cognoscitivo. Consequentemente, não podem fundar qualquer inferência que tenha a pretensão de chegar a conclusões confiáveis. Pelo contrário: qualquer inferência fundada nessas conduziria a conclusões

completamente equivocadas, obviamente carentes de qualquer grau de confirmação considerável.¹⁰⁹

Essa esquemática e simplificada distinção deixa evidente que o valor cognoscitivo atribuído às conclusões derivadas de inferências probatórias depende diretamente do valor cognoscitivo das noções adotadas como critérios para sua formulação. Trata-se de observação bastante óbvia, que, todavia, fornece um critério geral de racionalidade que deveria governar a valoração dos resultados produzidos por essas inferências. Assim, por exemplo, se a respeito de uma hipótese constituída por um enunciado de fato dispõe-se somente de uma prova, mas o *warrant* que conecta essa prova ao fato descrito no enunciado é uma regra universal ou quase-geral, o grau de confirmação que o enunciado receberá da inferência será particularmente elevado. Pelo contrário, se se tratar de uma prova que possa ser ligada ao fato em questão somente através de uma regra que corresponda a uma baixa frequência estatística (ou que, do mesmo modo, tenha valor cognoscitivo baixo) é evidente que o enunciado receberá dessa prova um grau de confirmação bem pouco elevado, ou até mesmo nulo, no caso – a que se fez referência há pouco – da regra de inferência ser uma generalização radicalmente espúria e, como tal, carente de qualquer valor cognoscitivo. O mesmo discurso aplica-se a propósito de qualquer prova que se refira a qualquer enunciado de fato hipotético. Assim, caso haja mais provas – e, por conseguinte, mais inferências – a respeito do mesmo enunciado, será necessário acima de tudo que se estabeleça que grau de confirmação será atribuído a esse enunciado a partir da inferência relativa a cada prova individualmente considerada; sucessivamente, tratar-se-á de verificar se todas as inferências convergem no sentido de confirmar o mesmo enunciado.¹¹⁰ (caso em que esse obterá um grau de confirmação probatória particularmente elevado), se tais inferências não são convergentes (caso em que dever-se-á verificar se pelo menos uma das inferências é suficiente para confirmar o enunciado), ou se a divergência das inferências exclui a possibilidade de que a esse possa ser atribuído um grau de confirmação suficiente. A variedade das possíveis situações concretas é infinita, podendo variar indefinidamente a quantidade e a qualidade das provas disponíveis, bem como a qualidade das regras de inferência às quais se pode recorrer. Esses exemplos confirmam, de qualquer modo, que o grau de confirmação que o enunciado recebe com base nas informações probatórias disponíveis é o aspecto fundamental das inferências que ligam tais informações às hipóteses fácticas sobre cujo fundamento se

¹⁰² Sobre as generalizações de caráter universal cfr. SCHAUER, *op. cit.*: 7.
¹⁰³ Sobre a aplicação do modelo nomológico-dedutivo cfr. STELLA, 2003: 339; TARUFFO, 2006: 114; GASCON ABELLÁN, 1999: 98.

¹⁰⁴ Sobre a aplicação desse modelo cfr. STELLA, *op. cit.*: 346; TARUFFO, *op. ult. cit.*: 117.

¹⁰⁵ Sobre o tema cfr. em particular SCHAUER, *op. cit.*: 7, 10, 55, 108, 131.

¹⁰⁶ Sobre a intrínseca ambigüidade do conceito de «normalidade» cfr. HACKING, 1990: 160.

¹⁰⁷ Sobre as inferências probabilísticas cfr. em particular GASCON ABELLÁN, *op. cit.*: 105.

¹⁰⁸ Sobre as generalizações espúrias cfr. em particular SCHAUER, *op. cit.*: 7, 12, 17, 137, 152.

¹⁰⁹ Sobre essas características, presentes na maior parte das máximas de experiência comumente utilizadas, v. em particular TWINING, 2006: 310, 338, 443; VAN ZANDT, 1991: 795; TARUFFO, 2002a: 132; TARUFFO, 2002c: 195.

¹¹⁰ Cfr. HACK, *op. ult. cit.*: 65; sobre o análogo princípio de concordância das presunções simples cfr. TARUFFO, 1992: 448, e v. *supra*, Cap. IV, item 4. Sob o ponto de vista histórico cfr. ainda ROSONI, 1995: 203, 235.

discute; ainda, que um fator decisivo nesse sentido é constituído pelas regras de inferência às quais por vezes faz-se referência.

A esse propósito uma ulterior indicação que não pode ser deixada de lado é que a presença de certa noção, regra ou máxima, no âmbito do senso comum não oferece por si só qualquer garantia de confiabilidade, independentemente do número e da qualidade das pessoas que põem fé nessa e do tempo pelo qual se mantém a crença. Os preconceitos mais difundidos, mais tradicionais e mais radicados não cessam somente porque são preconceitos; seu efeito é de manipular e esconder a realidade, certamente não de favorecer seu conhecimento. De tudo isso, e dos riscos de erro que o uso descuidado do senso comum e da experiência implica, o juiz deve estar ciente: o valor de verdade dos juízos que ele faz depende diretamente do fundamento racional e cognoscitivo das inferências de que tais juízos derivam. Quanto mais aprofundada a análise crítica das noções que o juiz emprega,¹¹¹ mais confiáveis são as inferências probatórias que levam à confirmação das hipóteses sobre os fatos.¹¹²

3.3 O emprego probatório da ciência

Se é verdade que entre conhecimento científico e conhecimento comum não há diferenças substanciais, mas somente diferenças de grau,¹¹³ é também verdade que a ciência há tempos chegou a níveis de altíssima sofisticação, tendo estendido seus campos de pesquisa a áreas e setores cada vez mais novos e amplos. Uma das muitas consequências desse fenômeno, que nos últimos tempos atingiu uma rapidez e uma amplitude até pouco tempo imprevisíveis, concerne diretamente às modalidades de apuração dos fatos no âmbito do processo. Ocorre cada vez mais (e em muitos tipos de contravérsias isso acontece já normalmente) que se recorra a testes, experimentos ou ainda a pesquisas científicas. Basta pensar no exemplo representado pelo teste de DNA: usado pela primeira vez em um contexto judicial em 1986, esse se tornou já de emprego comum todas as vezes em que se trata de apurar a identidade de um sujeito, tanto no processo civil como no penal. Essa evolução implica, em relação à ampliação do emprego de metodologias científicas, uma correspondente redução do recurso às noções fornecidas pela experiência e pelo senso comum: quando se dispõe de noções ou de métodos validados pela ciência, é claro que o senso comum deve dar passagem, se o escopo for o de apurar a verdade da maneira mais racional possível e com as maiores garantias de confiabilidade.

Todavia, e contrariamente àquilo que muitos pensam, o recurso à ciência no processo não só não basta para resolver todos os problemas, como também faz com que surjam outros, de difícil solução. Não é possível enfrentar aqui todas as complicadas questões que surgem a propósito do emprego probatório da ciência;¹¹⁴ entretanto, algumas observações serão feitas sobre os problemas mais importantes que esse suscita.

Acima de tudo, trata-se de estabelecer a qual ciência faz-se referência quando fala-se, como já se faz comumente, de prova científica (a *scientific evidence* da literatura norte-americana). Por um lado, é necessário distinguir a «*ciência boa*» da «*ciência ruim*», ou pseudociência (ou *junk science*), ou seja, métodos e noções dotados de efetiva validade científica de métodos ou noções apresentados como dotados de dignidade científica que não são cientificamente validados. Não se trata somente da cartomancia ou da leitura de borras de café (que também são apresentadas como práticas de descoberta da verdade, sendo adotadas como tal por milhares ou milhões de pessoas),¹¹⁵ que nenhuma pessoa dotada de bom senso consideraria equivalente a uma metodologia científica. A questão concerne também às outras técnicas, como a grafologia,¹¹⁶ tradicionalmente consideradas idôneas à produção de apurações confiáveis, mas que já não parecem mais dotadas de efetiva validade científica. Por outro lado, em uma situação em que cada dia surgem novas técnicas de análises ou de pesquisa, o problema de saber-se quais são cientificamente confiáveis e quais não são se põe em muitos casos e de maneiras cada vez mais complexas.¹¹⁷

Esse tipo de questões assumiu há tempos importância particular nos Estados Unidos, em particular após a decisão sobre o caso *Daubert*, pronunciada em 1993 pela Suprema Corte. Nessa decisão a Corte tentou resolver o problema relativo à exclusão da *junk science* verificando a validade científica série de critérios que o juiz deveria aplicar para verificar a validade científica das provas propostas, excluindo em via preliminar aquelas que não seguissem esses critérios, não parecendo, portanto, cientificamente confiáveis.¹¹⁸ Essa decisão foi muito discutida e também muito criticada do ponto de vista epis-

¹¹⁴ Na literatura italiana recente cfr. DOMIONI, 2005; TARUFFO, 2005a: 3; TARUFFO, 2005b: 1079; TARUFFO, 2004: 485.

¹¹⁵ Na ampla literatura norte-americana sobre o tema v. em particular os artigos recolhidos em FEDERAL JUDICIAL CENTER, 2000 e em FAIGMAN, KAYE, SAKS e SANDERS, 2002.

¹¹⁶ Como escreve FAIGMAN, 1999: 62, o pior método para estabelecer-se se uma prática é dotada de confiabilidade cognoscitiva consiste em perguntá-lo a quem a desenvolve (talvez mediante pagamento).

¹¹⁷ Sobre a ausência de *status científico* da grafologia cfr. FAIGMAN, *op. cit.*: 2 ss., 62, 77 ss.

¹¹⁸ Sobre o tema cfr. em particular FAIGMAN, *op. cit.*: 76 ss.

¹¹⁹ A partir de 1993 sobre o caso *Daubert* foi-se acumulando imensa literatura. No âmbito italiano cfr. TARUFFO, 1996a: 230; DONDI, 1996: 261, em que há também uma tradução do texto da sentença.

¹¹¹ A propósito, cfr. em particular WAGENAAR, VAN KOPPEN e KRONBACH, 1993: 61, 73, 237.

¹¹² Sobre possíveis critérios para o uso correto das máximas de experiência cfr. TARUFFO, *op. ult. cit.*: 203.

¹¹³ Nesse sentido cfr. HAACK, 2007: 95, 125, 300.

temológico, fazendo surgir uma jurisprudência sucessiva não uniforme.¹¹⁹ Todavia, essa possui considerável importância não só como tentativa interessante de fornecer critérios de cientificidade a serem aplicados pelos juízes, mas também porque induziu o legislador federal a modificar a *Rule 702* das *Federal Rules of Evidence* no sentido de tornar mais restritas as condições de admissibilidade em juízo da *scientific evidence*.¹²⁰

Outra questão muito importante que diz respeito à definição do campo de aplicação do conceito de prova científica concerne às ciências chamadas sociais, ou humanas (ou *soft*), como a psicologia, a sociologia, a economia, a história e a antropologia. Esses setores da pesquisa e do conhecimento podem sem dúvidas ser inseridas em um conceito amplo de «*ciência*», já que buscam a verdade, mesmo que se servindo de metodologias diferentes daquelas empregadas pelas ciências naturais.¹²¹ Consequentemente o conceito de prova científica engloba, por exemplo, perícias psicológicas e várias outras técnicas de análise e valoração, sem excluir áreas que podem à primeira vista parecer pouco usuais, como a história da arte.¹²² Frise-se, todavia, que isso comporta dificuldades que não podem ser deixadas de lado sobre a valoração da confiabilidade científica dessas «*formas de conhecimento*», sendo evidente que a essas não se aplicam os mesmos critérios de controle empírico, de cálculo e de verificação quantitativa, comuns nas ciências naturais. O fato de algumas das ciências humanas – como a economia e por vezes a sociologia – empregarem métodos matemáticos bastante sofisticados, ou análises quantitativas, não implica que essas ciências tomem-se parecidas ou iguais à física ou à genética. Não por acaso, de resto, recorre-se geralmente à distinção entre ciências da *explicação* e ciências da *compreensão*, colocando as ciências humanas na segunda categoria, justamente para frisar que os métodos de investigação próprios das primeiras não são aplicáveis às últimas.¹²³ Disso resulta que, quando se utilizam no processo provas científicas pertencentes à área das ciências humanas, surge a necessidade de que se empreguem critérios aptos a valorar a confiabilidade dos conhecimentos de que o juiz deveria servir-se para apurar a verdade dos fatos.

Outro problema de fundo que merece ser aqui lembrado concerne aos modos em que os conhecimentos científicos são levados ao processo para serem utilizados como elementos de prova.

Esse problema colocou-se com particular gravidade nos Estados Unidos, não só pela maior frequência com que há tempos recorre-se naquele ordena-

mento a provas científicas, mas também por algumas peculiaridades daquele sistema processual que serão aqui lembradas (a fim de que se entendam melhor as razões e a natureza do problema). Nos Estados Unidos o método usual para obterem-se conhecimentos científicos no âmbito do processo consiste no emprego de peritos selecionados pelas partes, remunerados por essas, e induzidos – consequentemente – a sustentar «*cientificamente*» as razões das partes que os nomeiam.¹²⁴ Os peritos da parte são posteriormente inquiridos e contrainquiridos pelos advogados com as mesmas modalidades utilizadas para a inquirição das testemunhas (de onde surge a definição do perito como *expert witness*): espera-se, de fato, que do confronto entre peritos «*partiais*» surjam as consequências científicas necessárias para a decisão. O juiz estadunidense tem o poder, reconhecido pela *Rule 706* das *Federal Rules of Evidence*, de nomear peritos neutros e imparciais,¹²⁵ mas se utiliza deles raramente, para evitar de interferir na livre competição das partes, que deve poder se desenvolver sem condicionamentos mesmo quando se trata de obter noções científicas.¹²⁶ Esse sistema gerou muitos inconvenientes. Existe um mercado florescente dos peritos nos diferentes setores, prontos para vender suas competências às partes (geralmente somente aos autores ou somente aos réus, como ocorre nos casos de *mass torts*). Naturalmente ninguém espera que esses peritos exprimam opiniões imparciais e objetivamente fundadas; por conseguinte, fica muito difícil impedir que esses introduzam no processo noções não confiáveis e carentes de qualquer fundamento científico. Uma dificuldade objetiva deriva do fato de que em muitos casos a decisão final é tomada pelo júri: paradoxalmente, um grupo de pessoas quaisquer deve resolver complicados problemas científicos, que, como tal, estão além dos conhecimentos do cidadão médio. Por conseguinte, nenhuma surpresa há no fato de que muitos peritos verdadeiramente qualificados se recusem a se submeter ao cruel ritual da *cross-examination* sob os olhos de um grupo de «*ignorantes*» (em que pode ocorrer de um jovem *litigator* inculto e agressivo impor a um Prêmio Nobel que explique as razões pelas quais sua opinião deva ser levada seriamente em consideração).

Esses problemas não surgem nos sistemas processuais de *civil law*, nos quais existem os peritos das partes, mas a obtenção de conhecimentos técnicos ou científicos que o juiz julgar necessários para a decisão ocorre, via de regra, recorrendo-se a peritos imparciais escolhidos e nomeados pelo próprio juiz. Isso não significa, todavia, que a qualidade científica dos conhecimentos obtidos pelo juiz esteja sempre automaticamente assegurada. Pode, de fato,

¹¹⁹ Cfr. em particular HAACK, 2007: 233.

¹²⁰ Cfr. GRAHAM, 2003: 340; ROYSTEIN, RAEDER e CRUMP, 2003: 353; DOMONI, *op. cit.*: 197.

¹²¹ Nesse sentido v., em particular, HAACK, *op. ult. cit.*: 153; HAACK, 2008: 37.

¹²² Cfr. TARUFFO, 2005a; TARUFFO, 1996a: 230; TARUFFO, 2005b: 1086; MONAHAN e WALKER, 1990: 83, 108, 279.

¹²³ Cfr., em particular, BORUTTI, 1999: 8, 21; BORUTTI, 2006: 24, 31.

¹²⁴ Sobre o tema cfr., em particular, GROSS, 1991: 1113.

¹²⁵ Cfr. GRAHAM, *op. cit.*: 363; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, 2002 (3): 706-3.

¹²⁶ Cfr. GRAHAM, *op. cit.*: 364; SALTZBURG, MARTIN e CAPRA, *op. cit.*, *loc. cit.*

ocorrer de o perito nominado pelo juiz não ser verdadeiramente imparcial,¹²⁷ ou de ele não ter uma preparação técnico-científica suficiente a lhe colocar condições de dar respostas adequadas aos questionamentos. Por conseguinte, compete ao juiz a tarefa de garantir a qualidade e a validade científica das noções que obtém através do perito, verificando com máximo cuidado a adequação e a capacidade desse. Além disso, esses problemas ganham particular relevância se se atribuírem ao perito também tarefas de valoração jurídica dos fatos, como ocorreu com recentes reformas do processo civil italiano.¹²⁸

Uma ordem ulterior de problemas concerne, finalmente (*but not least*), à valoração da confiabilidade das noções fornecidas pelos peritos ao juiz. Já se acenou sobre o paradoxo contido no fato de que um júri de cidadãos seja chamado a decidir o êxito do confronto entre os peritos das partes. Uma dificuldade similar atinge, entretanto, o juiz, que – como qualquer cidadão médio – não tem uma cultura científica específica, nomeando o perito de ofício justamente para obter noções que ele mesmo não possui. O brocardo segundo o qual o juiz é *peritus peritorum* não elimina a dificuldade. Isso significa que o juiz não está vinculado a aceitar as conclusões do perito,¹²⁹ mas ganha um tom paradoxal se se entender que o juiz deve, ao valorar a obra do perito, recorrer justamente a conhecimentos científicos de que não dispõe. O paradoxo, entretanto, é somente aparente: em realidade não se espera que o juiz repita aquilo que o perito já fez (experimentos, investigações, cálculos), e nem mesmo que avale o conteúdo das valorações que ele formulou. O dever do juiz é verificar a validade científica e a correção do método aplicado pelo perito, ou seja, verificar o fundamento racional e epistêmico daquilo que esse fez. O juiz não deve – nem mesmo poderia – tomar o lugar do perito, mas deve ter condições de verificar a confiabilidade científica da atividade por ele desempenhada e dos resultados obtidos. Pode-se dizer que um controle desse gênero é difícil de ser desenvolvido, não está ao alcance de todos e requer conhecimentos adequados sobre o método das investigações científicas por vezes efetuadas, mas esse é um problema que atinge a cultura e a formação profissional do juiz. De resto, para um juiz que vive na sociedade atual, dominada pela ciência e

¹²⁷ É lícito, de fato, duvidar de que as hipóteses de abstenção e de recusa do perito técnico, que são as mesmas previstas para a abstenção ou recusa do juiz (arts. 51 e 192 do Código de Processo Civil italiano, sobre os quais V. CARRI e TARUFFO, 2006: 156, 623), sejam suficientes para assegurar em todos os casos que o perito designado de ofício seja verdadeiramente independente e imparcial. Outros fatores podem, de fato, condicionar o juízo do perito, induzindo-o a favorecer uma parte em detrimento da outra.

¹²⁸ As modalidades com que se faz a inscrição nos registros de peritos técnicos não asseguram, na verdade, um nível particularmente adequado de preparação profissional (V. mais amplamente TARUFFO, 2005b: 1187).

¹²⁹ Cf. os novos arts. 696 e 696 bis do Código de Processo Civil italiano, sobre os quais V., inclusive para ulteriores referências, CARRI e TARUFFO, *op. cit.*: 1969, 1971.

¹³⁰ Sobre o tema cf. COMOLIO, 2004: 681 ss.

pela tecnologia, em uma situação em que a ciência entra cada vez mais rápido nos tribunais, não é excessivo se requerer um nível adequado de informação epistemológica.¹³¹

Se todas as dificuldades mencionadas até agora forem evitadas ou resolvidas, o juiz terá à sua disposição uma informação dotada de validade científica, que será, portanto, confiável. De resto, a confiabilidade científica da prova não coincide automaticamente com o grau de confirmação do enunciado fático ao qual a prova se refere.

Por exemplo: se um teste de DNA é efetuado corretamente – segundo as regras, os protocolos e os cálculos que o procedimento requer – ter-se-á a garantia da validade científica de seu êxito. Se esse, como ocorre, indica que a identificação do sujeito tem 98% de chance de estar certa, essa proporção atribuirá um grau de confirmação muito elevado (*quase equivalente à certeza*) ao enunciado segundo o qual «*é de Tício aquela marca de sangue*» ou «*Tício é pai de Caio*». Se, por outro lado, resultar de uma investigação epidemiológica corretamente desenvolvida a existência de uma probabilidade de 10% de que o fato F provoque a consequência C, ter-se-á a garantia da validade científica dessa afirmação, que será, pois, plenamente confiável. Todavia, sua eficácia probatória muda em função do tipo de enunciado que se procura confirmar: se o enunciado disser respeito ao assim chamado aumento do risco, ou seja, ao fato de que em determinada amostra o risco de C aumenta em função da ocorrência de F, poder-se-á, pois, dizer que a investigação epidemiológica atribuirá àquele enunciado grau elevado de confirmação. Se, por outro lado, o enunciado disser respeito à assim chamada causalidade individual ou específica, afirmando que «*em Tício F provocou C*», a mesma informação epidemiológica atribuirá ao enunciado em questão grau de confirmação bastante fraco, visto que o fato de que em determinada amostra haja um aumento de 10% no risco não diz quase nada sobre a eventualidade de que em Tício F tenha provocado C.¹³²

Por conseguinte, uma verdadeira prova científica fornece garantias de um alto grau de confiabilidade das informações que produz, mas nem por isso atribui um determinado grau de confirmação, ou um grau de confirmação particularmente elevado, ao enunciado objeto de prova. Por assim dizer, a confiabilidade da prova tende a demonstrar com certeza a veracidade de seu resultado. O grau de confirmação que essa confere ao enunciado fático a ser demonstrado depende, por sua vez, do conteúdo do resultado, podendo variar de um nível bastante elevado (como no caso do teste de DNA) a níveis modestos, baixos ou até mesmo nulos (como no caso de uma prova científica que demonstre com certeza a inexistência de qualquer confirmação do

¹³¹ Sobre esses temas V. mais amplamente TARUFFO, *op. ult. cit.*: 1109 ss.

¹³² Sobre o problema das baixas frequências cf., em particular, STELLA, *op. cit.*: 350 ss.

enunciado que se procura provar: se a ciência estabelece de modo confiável que o fato X tem uma possibilidade $\neq 0$, não resulta disso qualquer grau de confirmação do enunciado relativo à ocorrência de X). Nesses casos, na verdade, não se discute a validade científica da prova, que pode estar fora de dúvidas, mas sua utilidade como elemento de confirmação do enunciado que se pretende provar.

4. GRAUS DE CONFIRMAÇÃO E STANDARDS DE PROVA

Como já se disse, os enunciados sobre os fatos principais (que compõem o primeiro nível da narrativa do juiz) são originalmente hipóteses que como tal podem ser verdadeiras ou falsas. A decisão final sobre os fatos (ou seja, a narrativa construída pelo juiz) resolve essa incerteza, atribuindo a cada hipótese o grau de confirmação competente com base nas provas que a essa se referem. A propósito podem-se distinguir seis possibilidades para cada hipótese: a) H não teve qualquer confirmação; b) H teve confirmação fraca; c) H teve confirmação forte; d) a falsidade de H não teve qualquer confirmação; e) a falsidade de H teve confirmação fraca; f) a falsidade de H teve confirmação forte. A rigor, as situações a) e f) não deveriam ser levadas em consideração, na reconstrução conclusiva dos fatos: se um fato principal não resulta provado, ou resulta provada sua inexistência, não pode ser levado em consideração. Analogamente, não se deveriam levar em conta as situações b), d) e e), visto que a veracidade de H não resulta suficientemente confirmada, mas tampouco sua falsidade resulta adequadamente demonstrada pelas provas. No âmbito do processo, todavia, há razões para que o juiz mencione também os fatos cujas descrições resultaram falsas ou não amparadas por confirmação probatória adequada. Se esses fatos forem alegados pelas partes será necessário que seu resultado probatório seja explicitado pelo juiz; de qualquer modo, a ausência de confirmação adequada tem importância no que diz respeito à aplicação das regras sobre o ônus da prova,¹³³ e também no que diz respeito à motivação relativa à decisão sobre os fatos.¹³⁴

Em todo caso, a distinção entre as seis situações esquematizadas parece útil por representar também o quadro das compatibilidades que podem ser confrontadas dependendo dos êxitos probatórios: assim, por exemplo, a) é compatível com d) e f); b) é compatível com d) e e), mas não com f); c) é compatível com d) e com e), mas não com f). A consideração desses nexos de compatibilidade/incompatibilidade é relevante para fins de coerência do raciocínio que o juiz formula de acordo com o grau de confirmação probatória que recebeu cada uma das hipóteses relativas a um fato principal da causa.

É claro, todavia, que o conteúdo principal da narrativa do juiz é constituído pelos enunciados fáticos que receberam confirmação com base nas provas. A propósito, surgem dois problemas particularmente importantes: o primeiro diz respeito à determinação do grau de confirmação de cada enunciado; o segundo, ao grau de confirmação que cada enunciado deve obter para poder ser considerado provado.

O primeiro problema foi objeto de ampla literatura que não pode ser adequadamente discutida nesta sede.¹³⁵ Podem ser feitos, entretanto, alguns comentários sintéticos sobre o tema, a fim de que se esclareçam os termos em que se põe o problema.

Antes de qualquer coisa, é oportuno recordar que o princípio do livre convencimento do juiz, que hoje em dia tem aplicação largamente predominante nos ordenamentos processuais modernos, não implica, de fato, que o juiz esteja desvinculado de critérios de racionalidade que devem governar seu raciocínio: tal princípio admite que o juiz valore as provas fazendo uso de amplo poder discricionário, mas isso não significa que ele possa confiar em uma intuição subjetiva – que seria substancialmente arbitrária – ao estabelecer se uma hipótese relativa a um fato foi ou não confirmada pelas provas disponíveis.¹³⁶

No âmbito das concepções racionalistas do raciocínio probatório deve-se frisar, ainda, que – contrariamente a uma tendência que parece bastante difundida sobretudo nos Estados Unidos – o grau de confirmação probatória de um enunciado não pode ser quantificado em termos probabilísticos, e em particular através da aplicação do teorema de Bayes.¹³⁷ Em geral, na verdade, há sérias razões para duvidar-se de que seja possível determinar tal grau de confirmação em termos de frequência estatística: a possibilidade de empregarem-se dados estatísticos como provas diretas de acontecimentos singulares é há muito tempo objeto de discussão, prevalecendo a tendência ao reconhecimento de que isso é racionalmente possível somente em casos muito particulares, e somente quando ocorrem condições específicas de validade do cálculo estatístico e de possibilidade de referência desse ao caso concreto.¹³⁸

Disso resulta que o hábito difundido de atribuírem-se valores numéricos (em números decimais ou percentuais) aos graus de confirmação que as provas atribuem aos enunciados fáticos carece de fundamento. Esse funda-se na ilusão

¹³³ Sobre o tema cfr. por último, inclusive para ulteriores referências, FERRER BELTRÁN, 2007: 91, bem como TARUFFO, 1992: 266 ss.

¹³⁶ A propósito, v. também, *supra*, Cap. IV, item 4.

¹³⁷ A propósito dos argumentos que podem ser adotados nesse sentido, v. amplamente TARUFFO, *op. ult. cit.*: 168; FERRER BELTRÁN, *op. cit.*: 98; GASCON APELLÁN, *op. cit.*: 162. No mesmo sentido, v. por último, HACK, 2007: 75.

¹³⁸ Na ampla literatura sobre o tema cfr., inclusive para ulteriores referências, FROSINI, 2002.

¹³³ V. *infra*, item 5.

¹³⁴ V. *infra*, item 6.

(totalmente falaciosa) de que tudo pode ser quantificado numericamente, e que o que se *trata* em números (geralmente sem qualquer fundamento) é mais exato e, portanto, mais racional do que aquilo que não é «*contado*». ¹³⁹ Nada impede, em realidade, que sejam usados números decimais ou percentuais também para indicar graus de confirmação probatória, ainda que reste claro que se trata somente de símbolos que exprimem diferenças de graus (como ocorreria se alguém se expressasse usando tons de cores, notas musicais, ou qualquer outro método de comunicação): essas expressões numéricas, por conseguinte, não correspondem a determinações quantitativas precisas, não se sujeitando a qualquer tipo de cálculo.

Em realidade, como já se disse a propósito do conceito de *warrant*, o grau de confirmação de um enunciado deriva de inferências lógicas que levam em conta a quantidade e a qualidade das provas disponíveis que se referem àquele enunciado, seu grau de confiabilidade e sua coerência. ¹⁴⁰ Trata-se de uma análise racional que se funda em argumentos e contra-argumentos, valorações e confrontos, ao cabo da qual se estabelece qual é o grau de fundamento racional que aquele enunciado tem. ¹⁴¹ A propósito, pode ser útil que se faça referência ao conceito de probabilidade *lógica* (ou baconiana) como grau de confirmação de um enunciado com base nos elementos de prova que lhe dizem respeito. ¹⁴² É claro, todavia, que esse conceito refere-se à lógica das inferências entre proposições, ¹⁴³ não implicando qualquer quantificação.

Em alguns casos uma confirmação probatória fraca pode ter condições de produzir alguns efeitos jurídicos. Por exemplo, o art. 2.736 n. 2 do Código Civil italiano prevê que o juiz pode determinar o juramento *suppletorio* quando há uma *semiplena probatio* de um fato, ou seja, quando o enunciado relativo àquele fato recebeu alguma confirmação (poder-se-ia falar de confirmação «*fraca*»), mas essa não é suficiente para que aquele fato possa ser considerado

¹³⁹ Trata-se da síndrome de «*o que não pode ser contado não existe*», criticada adequadamente por TRIER, 1971: 1361, e ainda TARUFFO, *op. cit.*: 181, 192.

¹⁴⁰ Com esse propósito vale a regra epistemológica segundo a qual a combinação de vários elementos de prova vale mais do que a confirmação que os elementos de prova singulares podem atribuir à conclusão; desse modo, a combinação de diferentes elementos de prova, cada um dos quais atribuindo à conclusão uma confirmação fraca, pode produzir um grau de confirmação global bastante forte. Essa eventualidade depende de vários fatores, como a intensidade com que os elementos singulares de prova confirmam a conclusão, a confiabilidade de cada elemento de prova considerado em si mesmo e a quantidade de elementos de prova disponíveis. Para um exame analítico dessas condições cf. por último HAACK, 2008c: 282, e HAACK, 2007: 67.

¹⁴¹ Sobre o tema cf. em particular FERREER BELTRÁN, *op. cit.*: 120 e ss.

¹⁴² Sobre esse conceito cf. em particular COHEN, 1977. V. também TARUFFO, *op. cit.*: 201. Sobre a distinção entre os dois conceitos fundamentais de probabilidade, ou seja, probabilidade estatística e probabilidade lógica, cf. por todos HACKING, 1987. Em sentido crítico sobre essa distinção cf. TOUSSAINT, *op. cit.*: 69.

¹⁴³ Nesse sentido v. p. ex., HAACK, *op. cit.*: 67.

provado. ¹⁴⁴ De qualquer modo, não se deve confundir uma hipótese fática com baixo grau de confirmação probatória com uma hipótese verossímil: conforme se disse alhures, um enunciado pode ser chamado de verossímil se corresponde ao *id quod plerumque accidit*, ¹⁴⁵ mas isso não equivale a qualquer grau (baixo ou alto) de confirmação probatória.

Oposto a isso, há situações em que se requer um grau de confirmação probatória particularmente elevado. É, por exemplo, o caso da *clear and convincing evidence*, que por vezes é requerida para hipóteses particulares em que se sustenta que o fato deva ser apurado com um grau particularmente elevado de confirmação. ¹⁴⁶ Todavia, o exemplo principal é constituído pelo critério segundo o qual no processo penal requer-se, para a condenação, a prova da culpabilidade do imputado *beyond any reasonable doubt*. Trata-se do critério geralmente aplicado pelas cortes estadunidenses, que foi recentemente «*importado*» para o processo penal italiano. ¹⁴⁷ O significado exato desse critério é bastante incerto: por um lado, não é possível saber como esse é efetivamente aplicado pelos júris estadunidenses, que não motivam seus veredictos; por outro lado, a definição de «*dúvida razoável*» é tudo menos clara, e as tentativas de dar a essa uma quantificação não produziram qualquer resultado. O argumento mais frequente (retirado de Blackstone), de que é melhor a absolvição de vinte culpados do que a condenação um inocente (de modo que a prova requerida para que se condene deve ter uma probabilidade superior a 95%), é claramente falacioso (além do fato de que para Voltaire a proporção deveria ser de 2 para 1, e para Moisés Maimônides deveria ser de 1000 para 1). ¹⁴⁸ Por conseguinte, trata-se de um *standard* probatório cuja aplicação não é certamente simples, dando lugar a inúmeras incertezas. Todavia, é evidente o significado central que se exprime através desse *standard*: esse requer um grau particularmente elevado de confirmação probatória da culpabilidade do imputado, que tende à certeza, visto que admite somente a presença de dúvidas «*irrazoáveis*», numa evidente tentativa de reduzir ao mínimo o risco da condenação de um inocente.

Quando não existem normas ou princípios que determinem o *standard* de confirmação considerado necessário ou suficiente para que se produzam

¹⁴⁴ A norma afirma, de modo impróprio, que a hipótese em exame verifica-se quando «*a demanda ou a exceção não tiverem sido plenamente provadas, mas não forem totalmente desprovidas de prova*». Essa tem sentido se com referência não às demandas e exceções, mas sim aos enunciados relativos aos fatos que fundam as demandas e as exceções. A propósito do juramento *suppletorio* v., inclusive para referências, COMOGIO, *op. cit.*: 551.

¹⁴⁵ V. *supra* Cap. III, item 2.3.

¹⁴⁶ Cf. JAMES, HAZARD e LEUSDORF, 1992: 339, ROTHSTEIN, RAEDER e CRUMP, *op. cit.*: 141; CLERMONT, 1987: 115.

¹⁴⁷ Sobre o tema v. em particular STELLA, *op. cit.*: 154 ss., 195 ss.

¹⁴⁸ Para amplas e atualizadas críticas à aplicabilidade desse critério cf. LAUDAN, 2006: 29.

determinados efeitos, a decisão sobre se um enunciado fático deve ser considerado adequadamente provado é tomada segundo critérios racionais.

Um desses critérios é o da *preponderance of evidence* (*preponderance of probability*, *balance of probabilities*, ou *greater weight of evidence*), aplicado no processo civil estadunidense, segundo o qual o juiz deve escolher a hipótese fática com suporte relativamente maior em relação a todas as outras hipóteses.¹⁴⁹ Critério bastante similar, ainda que não idêntico, é o da «*probabíidade preponderante*», ou do «*mais provável do que não*», segundo o qual uma hipótese fática é privilegiada se sua probabilidade prevalece sobre as probabilidades de todas as outras hipóteses, e em particular sobre a probabilidade da hipótese contrária.¹⁵⁰ De resto, o primeiro desses critérios resta bastante vago, ainda que intuitivamente sensato, ao passo que o segundo é também intuitivamente sensato, mas ligado em demasia a uma concepção quantitativa da probabilidade.¹⁵¹ Nenhum dos critérios, por conseguinte, parece substancialmente errado, mas ambos requerem um aprofundamento ulterior que pode ser delineado através da análise de pelo menos algumas das diferentes situações que podem ocorrer.

A situação mais simples verifica-se quando trata-se de escolher, com base nas provas disponíveis, se o enunciado relativo ao fato X é verdadeiro (VX) ou falso (FX). Se VX obteve confirmação probatória forte, pode ocorrer: a) que FX não tenha obtido confirmação alguma; b) que FX tenha tido uma confirmação fraca, ou c) que FX também tenha obtido uma confirmação forte. Nos casos a) e b) é claro que é racional escolher VX, visto que, tanto de acordo com a *preponderance of evidence* quanto com a probabilidade preponderante, VX é a única alternativa razoável, resultando dotada de um grau de confirmação mais elevado do que aquele das hipóteses relativas a FX. O caso c) – que se verifica, por exemplo, quando algumas testemunhas confiáveis confirmaram VX e outras testemunhas confiáveis confirmaram FX – é, por sua vez, de solução mais difícil, visto que ambas as hipóteses contrapostas obtiveram grau de confirmação elevado: a dúvida pode ser resolvida somente confrontando-se os respectivos graus de confirmação e determinando-se se é mais elevado o que concerne a VX ou o que concerne a FX.¹⁵²

Se VX obteve uma confirmação probatória fraca pode ocorrer: a) que FX tenha recebido uma confirmação forte; b) que FX tenha também recebido uma confirmação fraca, ou c) que FX não tenha recebido qualquer confirmação. No

caso a) é claro que a escolha racional deve ir a favor de FX, que obteve confirmação probatória relativamente maior. O caso b) fica incerto, pois nenhuma das hipóteses contrapostas obteve uma confirmação probatória relativamente maior; o caso c) também resta incerto, visto que nenhuma das duas hipóteses obteve confirmação adequada.¹⁵³ Essas indicações de incerteza não consentem uma verdadeira e própria apuração da veracidade ou da falsidade do enunciado fático X. Permanecendo a incerteza, mas não havendo uma confirmação positiva da verdade do enunciado, uma decisão poderá ser tomada somente recorrendo-se às regras sobre o ônus da prova.¹⁵⁴

Por fim, pode verificar-se a situação em que VX não obteve qualquer confirmação probatória, ao passo que: a) FX obteve uma confirmação forte; b) FX recebeu uma confirmação fraca, ou c) FX tampouco recebeu qualquer confirmação. No caso a) a escolha racional não pode não ser a favor de FX; os casos b) e c) restam incertos; o primeiro porque FX não obteve confirmação probatória suficiente, e o segundo porque nenhuma das hipóteses contrapostas resultou de algum modo confirmada. Também quando se verificam essas incertezas (ou seja, situações em que a verdade do enunciado não recebeu confirmação adequada) a decisão pode ser tomada somente mediante a aplicação das regras do ônus da prova.

O mesmo tipo de análise pode ser aplicado (com complicações bem maiores, entretanto) nas diversas situações em que sobre a mesma circunstância não há somente uma hipótese, que pode ser verdadeira ou falsa, mas há várias, ou seja – por exemplo – X, Y e Z. Sem que se desenvolva em todos os detalhes o esquema há pouco aplicado à situação mais simples, podem ser colocadas em evidência algumas eventualidades particularmente relevantes.

Se, por exemplo, VX, VY e VZ obtiveram somente confirmações fracas ou nenhuma confirmação, a escolha deverá ser a favor de FX, FY e FZ (caso essas hipóteses tenham obtido confirmações fortes); alternativamente, entre essas, a escolha deverá ser a favor daquela que obteve uma confirmação forte (que as outras não obtiveram), ou ainda, entre essas, a favor daquela que obteve a confirmação relativamente mais forte em relação às outras hipóteses F. Se FX, FY e FZ obtiveram confirmações fracas, ou não obtiveram qualquer confirmação, as situações restarão incertas, podendo a decisão final ser tomada somente através da aplicação das regras sobre o ônus da prova.

Se, ao invés disso, uma das hipóteses VX, VY e VZ obtém confirmação forte, e as outras obtêm confirmação fraca ou não obtêm qualquer confirmação, a escolha racional será obviamente a favor da hipótese F que tiver obtido uma confirmação forte.

¹⁴⁹ Sobre o tema cfr. CLERMONT e SHERWIN, 2002: 243, 268; FAIGMAN, *op. cit.*: 66; JAMES, HAZARD e LABSOFF, *op. loc. cit.*; ROTHSTEIN, RADDER e GRUMP, *op. cit.*: 140; GRANAM, *op. cit.*: 54. Sobre a aplicação do mesmo *standard* no processo inglês cfr. REDMAYNE, 1999: 167, 174.

¹⁵⁰ Sobre esse critério cfr. em particular STELLA, *op. cit.*: 308; TARUFFO, *op. cit.*: 272.

¹⁵¹ Fático aqui o que escrevi alhures a respeito, empregando números que, *re melius perpenosa*, podem parecer desorientadores (V, TARUFFO, *op. cit.*: 270).

¹⁵² A propósito, v. mais amplamente, TARUFFO, *op. cit.*: 274.

¹⁵³ A esse propósito, v. mais amplamente, TARUFFO, *op. cit.*: 275.

¹⁵⁴ V. *infra*, item 5.

Se duas das hipóteses VX, VY e VZ, ou se todas essas, obtêm confirmações probatórias fortes, a escolha racional deve recair sobre a hipótese que obteve o grau de confirmação relativamente mais elevado. Várias hipóteses sobre o mesmo fato podem, com efeito, ser verdadeiras, mas no âmbito do processo somente uma deve servir para fundamentar a decisão, sendo racional preferir aquela que obteve maior suporte com base nas provas disponíveis.

Naturalmente a situação ideal (ou seja, aquela em que a escolha racional apresenta-se como mais simples) é aquela em que a verdade de somente uma das hipóteses em jogo resulta ter um grau de confirmação probatória forte, ao passo que as outras hipóteses têm confirmação fraca ou nula. Se uma hipótese é fortemente confirmada como verdadeira (por exemplo: VX) e outra hipótese é fortemente confirmada como falsa (por exemplo: FY), não haverá problemas, visto que é evidente que a primeira das duas hipóteses será racionalmente preferível.

5. A DECISÃO FINAL

Por razões de simplicidade, até agora a análise foi esquematizada levando-se em consideração primeiramente um só enunciado fático, e posteriormente algumas situações que se referem a alguns enunciados diferentes (que, todavia, referem-se à mesma circunstância de fato). É claro, de resto, que a inferência probatória que tem como fim a determinação do grau de confirmação fornecido pelas provas deve ser formulada sobre *todos* os enunciados que entram na narrativa do juiz, segundo os critérios anteriormente indicados. Isto é: é necessário que, a propósito de cada enunciado particular, sejam apontadas as provas que a esse digam respeito especificamente, determinando-se o grau de confirmação desse atribuído por aquelas. Isso vale para as circunstâncias que determinam os fatos principais da causa, visto que esses enunciados representam o objetivo final de todo o conjunto de inferências probatórias. O mesmo discurso vale, entretanto, a propósito dos enunciados relativos aos fatos secundários, visto que mesmo em relação a esses enunciados deve existir confirmação probatória adequada; na falta dessa, esses não podem constituir premissas para qualquer inferência relativa aos enunciados que concernem aos fatos principais.

Se se pensar em uma controvérsia fundada em situações fáticas relativamente complexas, ou muito complexas, ficará evidente que o esquema de análise proposto até agora pode atingir graus elevados de complicação, visto que as situações pensadas em abstrato podem se verificar a propósito de cada enunciado concernente a todas as circunstâncias singulares que devem ser apuradas. Trata-se, todavia, de uma dificuldade que pode ser superada se a análise dos fatos e das provas desenvolver-se segundo critérios racionalmente determinados e claramente orientados a fazer com que sejam escolhidas as hipóteses que — com base nas provas — resultarem dotadas de um grau

relativamente mais elevado de confirmação, podendo, por conseguinte, ser consideradas mais próximas à apuração da verdade.

Com essas observações adota-se, como parece evidente, uma perspectiva marcadamente *analítica*, segundo a qual todo e qualquer fato relevante (seja esse principal ou secundário) deve ser objeto de apuração específica, com base nas provas que confirmam a veracidade do enunciado a esse concernente. É fácil salientar, por outro lado, que a perspectiva analítica é seguida durante todo o curso do processo: as partes alegam (e eventualmente contestam) enunciados específicos que se referem a circunstâncias de fato particulares;¹⁵⁵ além disso, as provas são requeridas e admitidas em função de sua relevância em relação a fatos específicos que devem ser provados,¹⁵⁶ e o juiz deve estabelecer sua eficácia probatória — conforme visto há pouco — em relação aos diferentes e específicos enunciados fáticos cuja veracidade ou falsidade deve ser estabelecida.

A narrativa dos fatos construída pelo juiz compõe-se, por conseguinte, de um conjunto ordenado — no sentido indicado acima — de enunciados fáticos, tendo cada um desses obtido das provas disponíveis, racionalmente valoradas, uma confirmação probatória suficientemente forte. Nessa situação haverá razões válidas para sustentar-se que, no contexto do processo, tais enunciados possam ser considerados verdadeiros. Isso vale para cada enunciado individualmente considerado, bem como para o conjunto dos enunciados que compõem a narrativa do juiz. A propósito, pode-se lembrar do princípio hermenêutico fundamental segundo o qual cada parte singular de um discurso adquire seu significado próprio em função de sua colocação no todo a que pertence, com a consequência de que o todo é mais do que a simples soma-tória das partes que o compõem e diferente delas.¹⁵⁷ Um mosaico «*vale*» mais do que a soma das peças, e o «*valor agregado*» é constituído pelo desenho formado pela colocação das peças individuais.¹⁵⁸ Todavia, isso não implica que se adote uma perspectiva *holística* em alternativa e em contradição à perspectiva analítica.¹⁵⁹ Entre as duas perspectivas não surge no processo, de fato, uma verdadeira e própria contradição, mas uma relação dialética: por um lado, conforme visto recentemente, as provas são admitidas e valoradas seguindo-se uma perspectiva rigorosamente analítica: para continuar utilizando a metáfora, se não existirem as peças o mosaico não poderá ser composto. Por outro lado, no momento da decisão final o juiz deve construir uma narra-

¹⁵⁵ V. mais amplamente, *supra*, Cap. III, item 5.

¹⁵⁶ V. *supra*, Cap. IV, item 2, 2.1.

¹⁵⁷ V. *supra*, Cap. II, item 4.

¹⁵⁸ Modelo análogo, mesmo se muito mais complexo e rico de implicações epistemológicas, é o do esquema de palavras cruzadas proposto por HACK, 1995: 81.

¹⁵⁹ Sobre a alternância entre perspectiva analítica e perspectiva holística v. mais amplamente *supra*, Cap. II, item 4.

tiva que leve em conta globalmente a situação de fato objeto de apuração: se, como dito, todos os enunciados relativos aos fatos da causa tiverem sido adequadamente confirmados pelas provas, haverá todas as peças necessárias, podendo o juiz compor o mosaico de sua reconstrução dos fatos. Dentro desse, cada enunciado encontrará sua colocação apropriada, obtendo o significado que lhe corresponde no contexto da narrativa que compreende os fatos. Se o conjunto de todos os enunciados, cada qual confirmado pelas provas, puder dar lugar a narrativas diferentes (assim como as peças de um mosaico podem ser, por vezes, ordenadas formando-se desenhos diferentes) a escolha deverá ser no sentido de favorecer a versão dos fatos que parecer narrativamente mais coerente.¹⁶⁰

5.1 Os ônus probatórios

Se a decisão final sobre os fatos da causa pode apresentar traços de complexidade quando todos os enunciados sobre os fatos relevantes para a decisão tiverem obtido uma confirmação probatória adequada, problemas de solução ainda mais difícil surgirão na situação – muito frequente – em que um ou mais enunciados sobre os fatos da causa restarem carentes de confirmação probatória suficientemente forte, faltando, pois, o fundamento necessário para que possam ser considerados verdadeiros. Pode ocorrer, ainda, conforme visto há pouco, que nem mesmo sua falsidade tenha sido adequadamente demonstrada, verificando-se, pois, situações de incerteza que não podem ser resolvidas com base nas provas de que dispõe o juiz no momento da decisão. No âmbito da pesquisa científica a incerteza é frequente, sendo a solução postergada até o momento em que se dispõe de provas suficientes, ou hipóteses diferentes são formuladas.¹⁶¹ No processo as coisas são diferentes: por um lado, *interest reipublicae ut sit litium* e, portanto, a decisão não pode ser protelada indefinidamente, na esperança de que alguma prova ulterior venha a resolver a dúvida (note-se, todavia, que mesmo se no processo todas as provas relevantes fossem produzidas, como deveria ser,¹⁶² essa esperança continuaria a ser infundada); por outro lado, nos sistemas processuais modernos o juiz não pode limitar-se a pronunciar um *non liquet*, devendo de qualquer modo resolver a incerteza, decidindo definitivamente a controversia.¹⁶³

¹⁶⁰ A propósito disso v. *supra*, Cap. II, item 5. No sentido de que a coerência da narrativa é um critério de escolha, mas somente entre versões dos fatos igualmente verdadeiras na perspectiva analítica, v. também TARUFFO, 1992: 293.

¹⁶¹ Cfr. HAACK, 2007: 73.

¹⁶² V. *supra*, Cap. IV, item 2.1.

¹⁶³ Sobre a origem e a história da proibição de pronunciar um *non liquet* v. em particular MICHELI, 1966: 4, 12, 25, 151. Sobre a necessidade de que o juiz decida também em caso de incerteza sobre os fatos cfr. especialmente VERDE, 1974: 57; COMOGGIO, *op. cit.*: 177.

Com o escopo de fazer com que o juiz possa sempre formular uma decisão final, mesmo quando faltar a confirmação probatória de um ou mais fatos principais,¹⁶⁴ a maior parte dos ordenamentos aplica – enunciando explicitamente em normas gerais¹⁶⁵ ou admitindo como princípio implícito no sistema e disciplinando suportes fáticos particulares¹⁶⁶ – «regras de julgamento» que se fundam na distribuição, às partes, do ônus da prova.¹⁶⁷ quem não demonstra a verdade dos fatos que tem o ônus de provar sucumbe, visto que o juiz retira as consequências da falta de prova dos fatos alegados por ela, decidindo em seu desfavor.

O princípio fundamental seguido em inúmeros ordenamentos exprime-se tradicionalmente pelo brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Trata-se da versão processual de uma regra generalíssima de *fainness*, segundo a qual quem afirma algo deve estar pronto e disposto, se solicitado, a demonstrar a veracidade daquilo que afirmou. Uma das máximas que – segundo Grice¹⁶⁸ – regulam a qualidade da conversação requer que não se afirme algo sobre o que não se tem provas adequadas: isso implica que, quando necessário e oportuno, essas provas sejam fornecidas. Comporta-se de maneira incorreta, de fato, quem faz uma afirmação com a pretensão de que seja tomada por verdadeira sem dar qualquer demonstração disso, descartando sobre quem ausente o ônus da prova de sua falsidade. Deixando de lado o fato de que a ausência de demonstração da falsidade de uma afirmação não equivale à prova de sua veracidade, trata-se, de qualquer modo de um comportamento arbitrário e abusivo, que, como tal, não é aceitável no contexto de uma comunicação racional e correta. Tal comportamento parece ainda menos aceitável quando, da afirmação – não demonstrada – de um fato, retiram-se consequências jurídicas negativas para outro sujeito: é o que ocorre se se admitir que a demanda do autor seja acolhida sem que ele prove a verdade dos fatos que alega, sendo o demandado, pois, declarado sucumbente sem que o autor tenha provado ter razão «*nos fatos*». Atribuir-se, no processo, a vitória a quem alegou um fato sem demonstrá-lo parece um privilégio carente de justificativa.

¹⁶⁴ Se faltar a prova de um fato secundário as consequências serão diferentes: tal fato não poderá ser utilizado como premissa para uma inferência relativa a um fato principal. Somente se tal inferência fosse a única confirmação do enunciado relativo a um fato principal ter-se-ia como consequência a ausência de prova desse fato.

¹⁶⁵ E o que ocorre, por exemplo, no ordenamento italiano com o art. 2.697 do Código Civil (sobre o qual v. PATTI, 1987: 83; TARUFFO, 2005c: 5505), e no ordenamento espanhol com o art. 217, 1-3 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 (sobre o qual v. a literatura citada *infra*, na n. 187).

¹⁶⁶ É o caso do ordenamento alemão, sobre o qual v., inclusive para referências, TARUFFO, 1995: 67, e a ampla análise de BAUMGÄRTL, 1991.

¹⁶⁷ Sobre a regra do ônus da prova como regra de julgamento cfr. em particular MICHELI, *op. cit.*: 19, 151, 213, 265; VERDE, *op. cit.*: 26, 35; COMOGGIO, *op. cit.*: 169, 178; TARUFFO, *op. ult. cit.*: 73.

¹⁶⁸ Cfr. GRICE, 1989, 27.

De resto, a regra geral sobre o ônus da prova tem uma função epistêmica evidente: visa acima de tudo a impor a quem alega um fato o ônus que demonstre com provas que tal fato efetivamente se verificou. Essa regra, por conseguinte, orienta-se no sentido de favorecer a apuração da verdade e de fazer com que a decisão final funde-se em tal apuração. Essa coloca para a parte que alega um fato a pressão de fornecer a prova, ameaçando-a – por assim dizer – de derrota caso o fato não resulte provado. Somente nesse caso, na verdade, a regra prevê que uma decisão seja tomada de qualquer modo, *na falta* de uma apuração verídica dos fatos.

A propósito vale a pena frisar que essa falta verifica-se tanto no caso em que resulte demonstrada a falsidade de X como no caso em que não resulte demonstrada a veracidade de X (o que ocorre também quando não há provas suficientes da veracidade de X, e não somente quando não há prova alguma da veracidade de X). Como viu-se há pouco, os relativos enunciados não são equivalentes sob o ponto de vista lógico e epistêmico, mas no âmbito do processo são considerados – salvo exceções¹⁶⁹ – funcionalmente equivalentes, visto que se trata de formas diferentes nas quais se verifica a falta de provas da veracidade de um enunciado de fato.¹⁷⁰

De um ponto de vista geral a regra fundamental segundo a qual quem faz uma afirmação tem o ônus de demonstrar que essa é verdadeira poderia ser suficiente para resolver o problema de estabelecer-se, no contexto do processo, qual parte suporta o risco da falta de provas de um fato que alegou. Tal regra consistiria, de fato, em se estabelecer *em cada caso* o êxito da controvérsia, com base em um critério relativamente simples.

De outra senda, o problema do ônus da prova é um dos mais complexos existentes no âmbito do direito processual. As razões disso são diversas, não podendo ser aqui examinadas de modo adequado; entretanto, vale a pena mencionar sinteticamente algumas dessas, que condicionam mais intimamente o êxito final da controvérsia.

Por um lado, ocorre frequentemente que se vá além da formulação marcadamente processual usada há pouco – que refere o ônus da prova a quem *alega* um fato – e se desvie o problema para a determinação de qual parte tem o *ônus de alegar* certo fato. Deve-se ter claro que alegar um fato e demonstrar com provas sua veracidade são coisas bastante diferentes, de modo que também ônus da alegação (admitindo, sem aceitar, que tal ônus exista)¹⁷¹ e ônus da prova são coisas bem diferentes. É verdade que se se diz

¹⁶⁹ Cfr., p. ex., o art. 530, ns. 1 e 2, do Código de Processo Penal italiano, sobre os quais cfr. CONSO e GREVI, 2005: 1879.

¹⁷⁰ V. *supra*, item 4.1 e ainda TARUFFO, *op. ult. cit.*: 66.

¹⁷¹ Sobre esse aspecto cfr., inclusive para referências à doutrina alemã que elaborou tal teoria, TARUFFO, *op. ult. cit.*: 67; PATTI, *op. cit.*: 85.

¹⁷² Cf. KIRALDY (gen. ed.), 1987.

que uma parte tem o ônus de alegar um fato, e de fato o alega, ela tem também o ônus de demonstrar que aquele fato efetivamente se verificou, mas trata-se igualmente de atividades diferentes. Se o autor tem o ônus de alegar o fato constitutivo do direito que faz valer (conforme art. 163 n. 4 do Código de Processo Civil italiano), terá também o ônus de provar que aquele fato se verificou, mas a consequência da ausência de satisfação dos dois ônus são diferentes: se o autor não alegou o fato constitutivo, o ato introdutivo do juízo é nulo (art. 164 n. 4 do Código de Processo Civil italiano), mas se o alegou e não o provou, o ato introdutivo é válido, mas o autor sucumbe no mérito, conforme o art. 2.697 do Código Civil italiano.

Acontece com frequência, todavia, dessa banal distinção ser esquecida, fazendo com que o problema de «quem deve provar o quê» seja convertido no problema de «quem deve alegar e, portanto, provar, o quê», ou ainda que se relacione *tout court* o ônus da prova não aos fatos alegados, mas aos fatos que a parte, de qualquer modo, *deveria ter alegado* (e, pois, provado) fundamentando suas demandas ou exceções. Desse modo o problema do ônus da prova passa a ser formulado não com base nas posições processuais que as partes assumem com suas alegações, mas sim nas posições em relação ao *suporte fático* posto na causa. Disso derivam problemas extremamente complexos – que não podem ser aqui enfrentados – como os que concernem à classificação dos fatos com base nas normas substanciais reguladoras de cada suporte fático individual, e em particular à caracterização do fato impeditivo.¹⁷² Deriva disso também a necessidade de chegar-se ao suporte fático para que se determine em cada caso quais ônus probatórios competem a cada uma das partes, como ocorre com a assim chamada *Normentheorie*, segundo a qual cada parte tem o ônus de fornecer a prova dos fatos sobre os quais funda-se a norma que invoca como critério para a determinação das consequências que lhe favorecem.¹⁷³

Por outro lado, é necessário frisar que são frequentes as hipóteses em que a regra geral de repartição dos ônus probatórios não é aplicada.

Por vezes isso ocorre pelas características estruturais do sistema processual, como é o caso dos ordenamentos de *common law*. Na Inglaterra a regra em questão é por vezes aplicada, mas a jurisprudência há tempos introduziu nessas inúmeras exceções e adaptações, em uma pluralidade de suportes fáticos particulares.¹⁷⁴ Nos Estados Unidos a regra não existe, de modo que o juiz é quem determina caso a caso qual parte tem o ônus de provar aquele fato, com base nos diversos critérios e principalmente no que refere à maior

sentido crítico sobre a existência de um ônus da alegação v. por último FABIANI, 2008: 242.

¹⁷² Sobre o tema cfr., em particular, MICHELI, *op. cit.*: 272; TARUFFO, *op. ult. cit.*: 68; VERDE, *op. cit.*: 179, 267, 371; PATTI, *op. cit.*: 97; COMOGIO, *op. cit.*: 185.

¹⁷³ Sobre esse aspecto cfr., inclusive para referências à doutrina alemã que elaborou tal teoria, TARUFFO, *op. ult. cit.*: 67; PATTI, *op. cit.*: 85.

¹⁷⁴ Cf. KIRALDY (gen. ed.), 1987.

facilidade de uma delas de ter acesso aos conhecimentos necessários ou de depor da prova.¹⁷⁵

Nos ordenamentos de *civil law* a regra do *onus probandi* é geralmente reconhecida como válida em linha de princípio, mas o fenômeno mais importante acaba por ser constituído pelas exceções feitas a essa, bem como pelas consequentes modificações daquela que poderia ser considerada a distribuição «originária» dos ônus probatórios. Esse fenômeno verifica-se em inúmeras situações e por várias razões. Por vezes trata-se de tornar mais fácil a tutela dos direitos de sujeitos considerados «*fracos*», que se encontrariam em grave dificuldade — ou até mesmo em impossibilidade — de fornecer a prova dos fatos sobre os quais fundam suas pretensões; outras vezes surge a exigência de fazer-se com que a prova seja fornecida pela parte que a possui, ou que pode obtê-la facilmente; outras vezes adverte-se sobre a exigência de reequilibrar — no processo — situações caracterizadas por uma relevante diferença de possibilidades defensivas existentes entre as partes. Muitas vezes, ainda, levam-se em consideração uma combinação de razões diferentes, entre aquelas que foram citadas. São assim apontadas diversas posições processuais nas quais a aplicação rigorosa da regra fundamental do *onus probandi* produziria muito provavelmente a sucumbência de sujeitos que se supõem titulares de direitos, por causa da dificuldade ou da impossibilidade de provarem o fundamento fáctico.¹⁷⁶ Trata-se, por conseguinte, particularmente do trabalhador,¹⁷⁷ daquele que visa a eliminar uma discriminação,¹⁷⁸ e de todos aqueles que, na moderna «*sociedade de risco*», sofrem prejuízos das mais diversas naturezas,¹⁷⁹ mas que também encontram dificuldade para fazer valer em juízo com sucesso os direitos que derivam dessas proteções, pela dificuldade de demonstrar a ocorrência dos fatos sobre os quais esses direitos fundam-se. Sob esse prisma poder-se-ia até mesmo dizer que a modificação dos ônus probatórios pode ter

¹⁷⁵ Cfr. Em particular JAMES, HAZARD e LEUBSDORF, *op. cit.*: 343. Para a compreensão do problema no âmbito do processo norte-americano é necessário, todavia, ter-se presente que existe tanto um ônus de produzir provas (*burden of production*; *burden of going forward with the evidence*), cuja satisfação é condição para que o processo possa prosseguir até o *trial*, quanto o verdadeiro e próprio *burden of proof* (ou *burden of persuasion*), que é o ônus de demonstrar a verdade de um fato. Sobre essa distinção cfr. JAMES, HAZARD e LEUBSDORF, *op. cit.*: 337; TARUFFO, *op. cit.*: 73.

¹⁷⁶ Para uma visão panorâmica sobre o tema cfr. CENDON e ZIVIZ, 1992: 757.

¹⁷⁷ Cfr., em particular, VALLEBONA, 1988; VALLEBONA, 1992: 809; KIRALFVY (gen. ed.), 1987: 146.

¹⁷⁸ Cfr., em particular, o art. 4, ponto 5, da lei italiana n. 125 de 10 de abril de 1990, em matéria de ações positivas para tutela da paridade no local de trabalho, sobre o que v., inclusive para ulteriores referências, TARUFFO, 1992: 481. Sobre a recente lei espanhola em matéria de igualdade cfr. PÉREZ GIL, 2008: 211. Sobre a jurisprudência norte-americana em matéria de prova da discriminação v. em particular GASKINS, 1992: 47.

¹⁷⁹ Cfr. em particular ORMAZABAL SÁNCHEZ, 2004; TARUFFO, 1995: 76.

uma relevância constitucional, se orientada no sentido de tornar mais fácil o acesso à tutela jurisdicional dos direitos.¹⁸⁰

Há, todavia, algumas observações que podem ser feitas a propósito da relação entre o regime dos ônus probatórios e a dimensão epistêmica da decisão final sobre os fatos.

Uma primeira observação (talvez banal, mas importante) é que a alocação dos ônus probatórios entre as partes condiciona diretamente o êxito da controvérsia, já que — conforme visto — a regra geral determina a sucumbência da parte que não provou o fato que alegou. De resto, também as exceções à regra condicionam o êxito da controvérsia, estabelecendo quem deve sucumbir se não provar o fato que tinha o ônus de provar, e que não teria tido que provar segundo as regras gerais.¹⁸¹ Não fosse assim, de resto, não haveria razão para a introdução de exceções tão numerosas a tal regra: sua justificativa reside, de fato, na intenção de favorecer a vitória de determinado sujeito, que dificilmente a conseguiria se a regra geral fosse aplicada.

Em todo caso, uma vez que as exceções à regra geral condicionam diretamente a decisão final, há sentido em perguntar-se se essas favorecem ou contrastam com a apuração da verdade dos fatos, tendo-se em mente que a manipulação dos ônus probatórios aparece predominantemente com duas modalidades diferentes.¹⁸²

Em muitos casos é o legislador que intervém, geralmente com a técnica das presunções legais relativas, através de normas que fazem com que seja presumido o fato que uma parte deveria provar, atribuindo-se à outra parte o ônus de demonstrar o contrário.¹⁸³ Os exemplos são numerosos em todos os ordenamentos, não sendo o caso de alongar-se na análise de suportes fácticos particulares.¹⁸⁴ O mecanismo fundamental da presunção legal relativa é simples: uma norma impõe ao juiz que tome por verdadeiro um fato alegado por uma parte, sem que desse seja dada qualquer prova (em particular por iniciativa da parte que alegou o fato); a verdade desse fato resta vinculante para o juiz se a outra parte não provar o contrário. Poder-se-ia observar, então, que as normas

¹⁸⁰ Nesse sentido cfr. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *op. cit.*: 24.

¹⁸¹ Cfr. HASKINS, *op. cit.*: 22.

¹⁸² Não se leva aqui em consideração, sobretudo por sua escassa relevância prática, uma terceira modalidade, consistente nos acordos sobre o ônus da prova que as partes podem estipular com base no art. 2.698 do Código Civil italiano (sobre o qual v. TARUFFO, *op. cit.*: 74). Pelas mesmas razões não se leva aqui em consideração o fenômeno da inversão unilateral voluntária do ônus da prova, que se verifica quando uma parte assume conscientemente, juntamente com o risco, o ônus de provar um fato que deveria ser provado pela outra parte (sobre o tema v. TARUFFO, *ibidem*: 75).

¹⁸³ Sobre a função da prova contrafa na no contexto das regras sobre o ônus da prova v. em particular DANOVI, 2004: 212.

¹⁸⁴ V., p. ex., PATRI, *op. cit.*: 112; TARUFFO, *op. cit.*: 76, inclusive para ulteriores indicações.

que estabelecem presunções fazem com que a decisão final ocupe-se dos fatos somente quando a prova contrária for fornecida. Se não houver prova contrária, a decisão não levará em consideração os fatos, visto que derivará diretamente da aplicação da norma que determina a presunção. Considerada em si, a presunção parece, por conseguinte, intrinsecamente *contraepistêmica*, já que tem o fim de evitar que se faça prova do fato presumido. De resto, a eventual falta da prova contrária, que torna efetivamente aplicável a norma que prevê a presunção, não assegura de modo algum a verdade do fato, excluindo-a, aliás.¹⁸⁵ Isso ocorre também quando a presunção – como não raro ocorre – funda-se em uma regra de experiência que afirma que geralmente fatos como aquele presumido verificam-se nos modos indicados pela norma que determina a presunção. Além do fato de que nem sempre aquilo que a lei presume corresponde ao *id quod plerumque accidit*, a presunção tem natureza *contraepistêmica* quando isso ocorre. A norma que determina uma presunção impõe ao juiz que tome *sempre* por verdadeiro um fato, e nisso há similitude com as normas de prova legal; assim como aquelas normas, essa é *contraepistêmica*.¹⁸⁶ em ambos os casos, de fato, há uma diferença entre a generalidade da norma e a não generalidade da regra de experiência imposta pela norma. Tal diferença determina a margem de erro que as normas impõem ao juiz e que se reflete no *deficit* de veracidade que consequentemente caracteriza a decisão final sobre os fatos.¹⁸⁷

Quando é o legislador que intervém na repartição dos ônus probatórios, favorecendo assim a vitória de uma ou de outra parte, as escolhas relativas são obviamente criticáveis, visto que pode haver dissenso sobre a preferência que o legislador dá a determinados sujeitos e não a outros; do mesmo modo, pode-se não compartilhar da opção de fazer com que a decisão dependa de mecanismos *contraepistêmicos*, ao invés de depender da apuração da verdade. Com isso, todavia, o discurso coloca-se no plano da política do direito substancial e dos critérios com que o legislador regula o jogo dos interesses contrapostos no âmbito dos diferentes suportes fáticos. Nesses casos, o processo e o juiz ficam – por assim dizer – no plano de fundo, tratando-se simplesmente de dar

¹⁸⁵ Em sentido análogo cfr. PERELMAN, 1974: 340.

¹⁸⁶ V. *supra*, Cap. IV, item 4.

¹⁸⁷ Essas considerações valem com maior razão quando um fato é coberto por uma presunção legal absoluta – ou *juris et de jure* – que não admite prova contrária, e quando uma norma introduz uma ficção jurídica. No primeiro caso, na verdade, o *deficit* de veracidade de que se fala no texto não pode ser eliminado pela prova contrária, que não é admitida, e uma situação análoga verifica-se quando um fato é objeto de uma *factio* normativa. As normas de ambos os gêneros, de fato, operam no sentido de evitar que o fato em questão seja objeto de apuração própria. Em particular a propósito das ficções v. os inúmeros artigos contidos no volume D'USSEAUX, 2002. No texto não são levadas diretamente em consideração essas situações, já que não têm efeitos que digam respeito à distribuição dos ônus probatórios, dizendo respeito, ao invés disso, à disciplina jurídica da situação substancial, condicionando diretamente a decisão dada com base nessa.

seguimento às escolhas de política legislativa formuladas anteriormente e fora do processo. Assim, por exemplo, quem compartilha do valor de igualdade está legitimado a considerar de maneira positiva normas relativas aos ônus probatórios que facilitam a prova da discriminação; da mesma maneira, quem simpatiza com a tutela dos direitos dos particulares em relação aos prejuízos que esses podem sofrer na «*societate de risco*» pode inclinar-se a considerar positivamente normas que facilitam o acesso à tutela jurisdicional aos consumidores ou àqueles que têm interesse direto na tutela do ambiente.

Problemas bem diferentes surgem, todavia, quando o legislador não intervém no sentido de disciplinar a repartição dos ônus probatórios: serão, pois, os juízes que estabelecerão, dependendo das circunstâncias (e discricionariamente), qual das partes terá o ônus de fornecer a prova de determinados fatos.

Essa eventualidade não cria dificuldades nos ordenamentos – como o inglês e o norte-americano, há pouco lembrados – em que tradicionalmente compete ao juiz o poder de distribuir às partes os respectivos ônus probatórios. Dificuldades não particularmente relevantes surgem em ordenamentos em que, como no espanhol, o próprio legislador atribui ao juiz alguns poderes discricionários em matéria de ônus da prova. Assim, o art. 217.1, 2 e 3 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 enuncia analiticamente a disciplina dos ônus probatórios correspondente à regra tradicional do *onus probandi*, mas, no art. 217.5, prevê-se a possibilidade de que normas específicas distribuam de modo diferente os ônus probatórios entre as partes; admite-se – acima de tudo –, no art. 217, 6, que, ao aplicar as regras sobre o tema, o juiz leve em conta a «*disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*», atribuindo caso a caso o ônus correspondente à parte que se encontra em condições de fornecer mais rapidamente a prova de um fato.¹⁸⁸ Trata-se de uma norma que reconhece e legitima expressamente o poder discricionário do juiz, mas que – ao discipliná-lo – delimita seu campo de aplicação: substancialmente, somente caso haja a *facilidad probatoria* de uma parte, poderá o juiz excepcionar a aplicação da regra geral.

Dificuldades que não podem ser deixadas de lado surgem nos ordenamentos em que, como o italiano, existem normas gerais que repartem tais ônus com base na regra tradicional do *onus probandi*, não prevendo expressamente qualquer poder do juiz de afastar-se de tal regra. Diante do art. 2.697 do Código Civil italiano (e à parte as normas que especificamente preveem presunções legais) não é simples reconhecer-se ao juiz o poder discricionário de alocar

¹⁸⁸ Sobre o art. 217.6 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* v. em particular ORMAZABAL SÁNCHEZ, *op. cit.*: 23 e ss. Sobre as regras relativas ao ônus da prova no processo espanhol cfr. ainda CORDON MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA e TAPIA FERNÁNDEZ (coord.), 2001: 786; de la OLIVA SANTOS e DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 298; MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMIER, MONTÓN REDONDO e BARONA VILAR, 2001: 255.

tais ônus de modo diferente daquilo que a lei prevê. Se o art. 2.697 diz que é o autor que deve provar o fato constitutivo do direito que faz valer, não se vê com que razão possa o juiz não aplicar essa norma e impor ao demandado o ônus da prova contrária, eximindo o autor de *seu* ônus probatório. Em outros termos, parecem existir boas razões para duvidar-se da legitimidade das assim chamadas presunções jurisprudenciais,¹⁸⁹ ou seja, as presunções criadas pelos juízes (não pelo legislador) que excepcionam (*rectius*: violam) normas que — como o art. 2.697 italiano — já preveem uma distribuição diferente dos ônus probatórios. É claro, de fato, que desse modo os juízes adotam regras de juízo diferentes daquelas previstas pela lei, atribuindo-se um poder discricionário que nenhuma norma a eles conferiu.

Não obstante tais dificuldades, orientações que defendem que os juízes manipulem caso a caso a distribuição dos ônus probatórios entre as partes, assim determinando de maneira discricionária as possibilidades de vitória de uma parte ou de outra, são bastante difundidas em muitos ordenamentos. Além das presunções jurisprudenciais da experiência italiana pode ser recordada, de fato, a assim chamada *carga dinamica de la prueba*, conhecida de alguns ordenamentos de língua espanhola,¹⁹⁰ e a *Anscheinsbeweis* (ou prova *prima facie*), com base na qual o juiz alemão inverte o ônus da prova se o fato alegado por uma parte corresponde a um acontecimento «*tipico*» que se verifica com certa frequência.¹⁹¹

Essas manipulações dos ônus probatórios operadas pelos juízes podem depender de diversas razões. Por vezes fundam-se em valorações *lato sensu* equitativas (ou, na pior das hipóteses, justicialistas), com base nas quais o juiz julga justo e equo reequilibrar as posições das partes de modo a tornar possível, ou mais simples, a tutela do direito de um sujeito processualmente fraco. Outras vezes julga-se oportuno atribuir o ônus da prova à parte que dispõe da fonte de prova ou que está mais «*proxima*» dessa. Outras vezes ainda, julga-se não valer a pena demandar a uma parte que prove o que à primeira vista parece «*normal*», sendo, entretanto, oportuno que seja demandada a fazer tal demonstração a parte que alega um fato «*anormal*» ou excepcional.

Todavia, justificativas como essas parecem bastante fracas. Por um lado, sustentar que deva ser dado ao juiz uma espécie de poder geral de manipular as posições probatórias das partes em favor da parte que o juiz julga merecedora de vencer a causa, em razão de suas qualificações subjetivas, significa atribuir ao juiz um poder equitativo (ou justicialista) bastante amplo, que se

¹⁸⁹ O fenômeno das presunções jurisprudenciais atinge inúmeros suportes fáticos, sendo conhecido há muito tempo pela doutrina italiana. Sobre o tema cfr. em particular VERDE, *op. cit.*: 135. V. também VALLEBONA, 1992: 816; VALLEBONA, 1988: 23, 153; TARUFFO, 1995: 77.

¹⁹⁰ Sobre o tema cfr., em particular, GARCÍA GRANDE, 2005.

¹⁹¹ Sobre a *Anscheinsbeweis* cfr., inclusive para referências à rica literatura alemã sobre o tema, TARUFFO, 1992: 483.

concilia mal com a necessária imparcialidade do juiz em relação às partes.¹⁹² Outro caso ocorre, de fato, quando é o legislador, com base em escolhas de política legislativa (que são sempre discutíveis, mas que pelo menos têm a vantagem de ser expressas e formuladas em termos gerais), que modifica com presunções a alocação dos ônus probatórios entre as partes; trata-se de algo muito diferente quando quem o faz é o juiz, com base em suas preferências subjetivas sobre aquela que considera ser a justa solução da controvérsia no caso concreto.

É também fraca a justificativa que se funda na maior «*proximidade*» de uma parte ao meio de prova e, portanto, na necessidade de facilitar a produção dessa prova no processo. Essa argumentação poderia parecer epistemicamente válida, visto que visa a favorecer a produção da prova em juízo. Na verdade, essa incrementa a possibilidade de que o juízo final sobre o fato seja formulado com base na prova, ao invés de que em sua ausência, mas esse escopo é perseguido de modo errado e excessivo. Para realizá-lo, de fato, não é necessário manipular os ônus probatórios: é suficiente prever um dever de *disclosure*, com sanções adequadas, com base no qual cada parte deva produzir todas as provas relevantes que possuir ou de que dispuser, nisso incluídas as provas que para aquela parte produziram efeitos desfavoráveis.¹⁹³ Se, então, o problema fosse fazer com que uma parte pudesse servir-se das provas à disposição da parte contrária, tampouco haveria qualquer necessidade de intervenção na distribuição dos ônus probatórios: seria suficiente — e mais correto — prever uma ordem de exibição, efetiva e com sanções adequadas,¹⁹⁴ que impusesse à parte que dispõe da prova útil à outra parte que a produzisse em juízo.

Também o critério segundo o qual não seria necessário requerer a prova daquilo que é «*tipico*» (como na *Anscheinsbeweis* alemã) ou «*normal*» (como ocorre nos Estados Unidos nas hipóteses da assim chamada *res ipsa loquitur* em matéria de responsabilidade civil)¹⁹⁵ parece amparado em justificativa bastante fraca. Conforme visto mais amplamente alhures,¹⁹⁶ de fato, o que parece corresponder a acontecimentos típicos ou ao *id quod plerumque accidit* pode ser falso no caso concreto: portanto, o que aconteceu (normal ou anormal,

¹⁹² No Cap. III, item 4.5, mostrou-se como a imparcialidade do juiz é compatível com a busca da verdade dos fatos, e no Cap. IV, item 5.2, viu-se como um papel ativo do juiz na disposição de provas de ofício é, por sua vez, compatível com sua imparcialidade. Elíctio, entretanto, duvidar de que reste verdadeiramente imparcial o juiz que modifica a distribuição dos ônus probatórios entre as partes de modo a favorecer a vitória de uma parte e a sucumbência da outra.

¹⁹³ O *duty of disclosure* é previsto de modo analítico em uma das normas fundamentais que regulam o processo civil norte-americano, qual seja, a *Rule 26 (a)* das *Federal Rules of Civil Procedure*, que impõe às partes o dever preliminar de comunicar às outras partes todas as informações relativas às provas que possui.

¹⁹⁴ Nesse sentido cfr. em particular Grazioli, 2003: 202, 279.

¹⁹⁵ Cfr. JAMES, HAZARD e LEUBSDORF, *op. cit.*: 345; GASKINS, *op. cit.*: 27 e ss.

¹⁹⁶ V. *supra*, Cap. III, item 2.3.

típico ou atípico) deve, de qualquer modo, ser provado de modo específico. O autor não terá o ônus de provar a lei de Newton (que pertence ao campo do notório), mas deverá provar que seu automóvel foi atingido por um vaso de flores caído do alto por negligência imputável ao demandado; não deverá competir a ele provar que o vaso caído de sua sacada ficou suspenso no meio do caminho, ou que caiu em outro lugar, restando sucumbente caso falte essa prova.

Além de ser fundada geralmente em justificativas muito fracas, como aquelas lembradas, a prática judiciária de inventar presunções que a lei não prevê, ou mesmo de manipular a distribuição dos ônus probatórios, expõe-se a outras objeções de natureza marcadamente processual.

Por um lado, é lícito considerar que, ao passo que as presunções legais são formuladas em termos gerais (e, portanto, conhecidas das partes antes mesmo de que essas deem início ao processo), as presunções jurisprudenciais são formuladas caso a caso, com base em considerações que dizem respeito às peculiaridades da situação singular posta na causa. Isso poderia satisfazer aqueles que sustentam a tese segundo a qual a decisão deveria fundar-se exclusivamente nos *particulars* do caso particular,¹⁹⁷ mas torna imprevisível — para as partes e para qualquer outro — o êxito da controvérsia. Em outros termos: diante de uma presunção fixada por lei as partes têm a possibilidade de avaliar, com grau elevado de previsibilidade, qual será a repartição dos ônus probatórios, tendo, pois, a possibilidade de construir suas estratégias processuais e probatórias em função de tal previsão. Isso não ocorre, entretanto, quando é o juiz quem manipula discricionariamente os ônus probatórios, procedendo caso a caso: as partes não podem prever o que fará o juiz, ficando, pois, na condição de não poderem preparar-se adequadamente com base nos critérios que o juiz adotará como regra de juízo. Em sentido contrário, não vale observar que sobre muitos suportes fáticos existe uma jurisprudência consolidada, e, portanto, as presunções legais não seriam tão diferentes — do ponto de vista aqui considerado — em relação às presunções legais. Todavia, esse argumento é muito falacioso: por um lado, antes de uma jurisprudência consolidar-se, essa não existe, não fornecendo, pois, qualquer regra estável de referência;¹⁹⁸ por outro lado, é notório que a jurisprudência — em particular a italiana — é variada e mutável,¹⁹⁹ de modo que certamente não se pode referir a essa com a mesma confiabilidade com que se refere a uma norma de lei que

estabelece uma presunção.²⁰⁰ De resto, é sempre possível que um juiz singular julgue não dever uniformizar-se à jurisprudência consolidada, mesmo quando essa exista, tornando, pois, vãs as previsões que as partes poderiam ter formulado sobre o tema.

Por outro lado, ocorre normalmente de o juiz efetuar as manipulações dos ônus probatórios somente no momento em que formula a decisão final, verificando quais fatos foram provados e por quem, estabelecendo sobre parte deve recair a consequência da ausência de prova de determinado fato. Se a decisão for formulada com base em normas jurídicas preexistentes, não surgirá qualquer problema, já que — conforme dito há pouco — as partes tinham condições de prever o êxito da controvérsia com base nos resultados produzidos pelas provas; portanto, tinham condições de defenderem-se, levando em conta um quadro confiável de suas situações processuais. Isso não ocorre, evidentemente, quando a distribuição dos ônus probatórios é redefinida pelo juiz no momento em que ele formula a decisão final: o juiz, nesse caso, atribui a uma parte um ônus probatório que essa não teria tido, de acordo com o art. 2.697 do Código Civil italiano, declarando a parte sucumbente por não ter o fato em questão resultado provado. Uma situação desse gênero parece particularmente injusta quando se verifica ao fim do processo, ou seja, em um momento em que a parte que resulta onerada pelo juiz não tem mais condições de atender a esse ônus, nem mesmo se dispusesse de prova idônea nesse sentido. É claro que desse modo o juiz viola a regra do contraditório, adotando um critério de decisão *ad hoc* e colocando a parte (à qual atribui um ônus probatório não previsto pela lei) praticamente em situação de impossibilidade de defesa. Por exemplo: o demandado que confiou na sucumbência do autor pela impossibilidade deste de provar os fatos alegados, vê-se sucumbente por não ter demonstrado o contrário daquilo que o autor deveria ter demonstrado e não demonstrou; até porque o demandado não soube em tempo útil que — segundo o juiz — deveria fazê-lo. Trata-se de uma situação no mínimo paradoxal, em que o juiz — de fato — acaba por atribuir a vitória ou a sucumbência de modo substancialmente arbitrário, não só manipulando o êxito da controvérsia, mas também violando as garantias fundamentais das partes.

Esses inconvenientes são muito graves, mas não se verificariam se os juízes abstivessem-se de manipular a alocação dos ônus entre as partes, limitando-se a aplicar as regras enunciadas pela lei sobre o tema. Todavia, se o impulso ao justicialismo do caso concreto fosse tão irresistível a ponto de não se poder evitar a manipulação dos ônus da prova, isso deveria pelo menos ocorrer de modo a não ferir o direito de defesa das partes. Em outros termos, o

¹⁹⁷ Sobre o tema v. *supra*, item 2 desse Capítulo.

¹⁹⁸ É lícito imaginar que na primeira vez em que um juiz inglês considerou a ilha de Minorca como uma parte da cidade de Londres isso tenha sido razão de surpresa, ainda, imagina-se que essa decisão era difícil de prever. Sobre esse caso cfr. CHIASSONI, 2002: 60 e ss.

¹⁹⁹ Cfr. a propósito, inclusive para ulteriores referências, TARUFFO, 2007a: 714.

²⁰⁰ Um exemplo muito significativo é constituído pelas oscilações da jurisprudência em matéria de ônus probatórios no âmbito da responsabilidade do médico pelos prejuízos sofridos pelo paciente. Sobre o tema cfr., p. ex., SCALAMOGNA, 2005: 361. Cfr. também OMAZABAL SANCHEZ, *op. cit.*: 71.

juiz que pretendesse exercitar seu pretenso poder de intervir nos ônus probatórios deveria pelo menos indicar tal determinação às partes o quanto antes, de modo a consentir que essas pudessem predispor suas atividades defensivas e probatórias levando em conta a regra de juízo a ser adotada pelo juiz.²⁰¹

6. DECISÃO E MOTIVAÇÃO

Nas páginas precedentes delinearão-se algumas das modalidades principais com que um juiz racional constrói sua narrativa conclusiva dos fatos da causa. Dedicou-se particular atenção aos aspectos em função dos quais essa narrativa apresenta-se como verdadeira, quando seus enunciados componentes encontram nas provas grau adequado de confirmação. Integra-se ora ao discurso a observação de que essa construção é materializada em um texto em que os fatos da causa são narrados: esse texto é representado por aquela parte da motivação da sentença que diz respeito aos fatos e às razões pelas quais esses resultam provados e – consequentemente – «apurados». Sobre as características mais relevantes desse texto vale a pena que se façam algumas considerações ulteriores.

É necessário, antes de qualquer coisa, que esse texto exista, ou seja, que a decisão sobre os fatos seja motivada. Se, como ocorre nos casos de *jury trial* (mas também quando o juiz estadunidense de primeiro grau decide sem júri) não há motivação da valorização das provas e da decisão final sobre os fatos,²⁰² o problema – evidentemente – nem mesmo existe: o *trier of fact* formula a própria decisão de modos que não podem ser conhecidos (e, portanto, possivelmente casuais ou irracionais), sendo a decisão final oracular, apodítica, não justificada. Para esses casos é claro que o que se disse até agora, e o que será dito em breve, carece de sentido: não seria nem mesmo apropriado falar-se em «narrativa», visto que ninguém narra coisa alguma sobre os fatos objeto de decisão. É verdade que não faltam pesquisas e hipóteses sobre o modo com que se sustenta que os júris decidam,²⁰³ mas nada demonstra que na realidade

²⁰¹ Se fosse aplicada com adequada seriedade (o que não ocorre) a regra fixada no art. 185 *comma* 4 do Código de Processo Civil italiano, segundo a qual o juiz indica (*recluiat*: deve indicar) às partes as questões que podem ser relevantes de ofício de que entende oportuno tratar, resultaria disso o dever do juiz de comunicar às partes a intenção (do próprio juiz) de fazer uma manipulação dos ônus probatórios em sentido diferente daquele previsto nas normas gerais ou nas normas particulares que regulam o suporte fático. É verdade, de fato, que isso não integraria uma questão passível de ser relevada de ofício em sentido técnico, mas parece evidente tratar-se de uma variação da regra de julgamento que, visto que determina o êxito da controversia, condiciona pesadamente a possibilidade das partes desenvolverem uma defesa efetiva e tempestiva em relação aos fatos da causa. Sobre os problemas relativos às violações do contraditório derivadas de uso impróprio dos poderes do juiz em matéria de provas v. mais amplamente TARUFFO, 1992: 405 e, em particular FERREI, s.d.: 82, 101.

²⁰² A propósito, v. *supra*, Cap. IV, item 6.2.

²⁰³ V. *supra*, Cap. II, item 4; Cap. IV, item 6.2.

os jurados (como, de resto, tampouco os juízes) construíam um raciocínio sobre as provas e sobre os fatos, não decidindo por intuições ou preferências, ou até mesmo de modo casual.

Todavia, na maior parte dos ordenamentos processuais modernos existe para todos os órgãos jurisdicionais o dever de motivar suas decisões, não sendo rara a previsão desse dever no âmbito constitucional, como no caso do art. 111 *comma* 6 da Constituição italiana.²⁰⁴ Em outros ordenamentos, como na Inglaterra, não existe dever expresso de motivação, mas existe nesse sentido uma prática judiciária consolidada. Em todos esses casos deve o juiz justificar sua decisão, enunciando as razões pelas quais essa é considerada válida e racionalmente fundada. O dever de motivar diz particular respeito ao juízo sobre os fatos,²⁰⁵ e é sob esse aspecto que vale a pena que se desenvolvam algumas observações.

Antes de qualquer coisa, como qualquer texto (a mesma coisa valeria para um romance ou para uma poesia), a motivação não reproduz e não conta os procedimentos mentais, a sequência de pensamentos e de estados psicológicos que conduziram o autor a construí-lo. O texto é o produto de uma atividade que pode até ser bastante complexa, mas não é a descrição ou a reprodução dessa atividade. Do mesmo modo, a motivação – ao contrário do que muitos pensam²⁰⁶ – não é um detalhamento do assim chamado *iter* lógico-psicológico que o juiz seguiu para chegar à formulação final de sua decisão. À parte o fato de que isso seria impossível (por razões óbvias), não interessa a dinâmica das sinapses ocorridas nos neurônios do juiz, e nem mesmo importam seus humores, sentimentos, e tudo mais que pode ter ocorrido *in interiore homine*. Para dar-se um só exemplo, entre os infinitos possíveis: não interessa saber se o juiz intuiu que certa testemunha era confiável às 4 da manhã saindo de um bar depois de abundantes libações. O que interessa verdadeiramente é o resultado de tudo isso: justamente um texto que narra os fatos da causa, ou seja, a versão dos fatos que o juiz considerava correspondente à realidade dos eventos narrados, explicando as razões pelas quais considera tais fatos verdadeiros (por exemplo, sustentando ser confiável aquela testemunha).

Não se trata, entretanto, somente de uma narrativa caracterizada por uma pretensão de veracidade. Como viu-se anteriormente,²⁰⁷ a narrativa do juiz é estruturada em vários níveis e organizada em uma rede ordenada de infe-

²⁰⁴ Sobre o significado da garantia constitucional da motivação v. mais amplamente TARUFFO, 1999: 772, 776; TARUFFO, 1975: 392; ANDOLINA e VIGNERA, 1997: 193.

²⁰⁵ Cfr. TARUFFO, 1990: 782; TARUFFO, 1992: 408 e ss.

²⁰⁶ Uma concepção desse gênero surge por vezes na jurisprudência (cfr. TARUFFO, 1990: 778) e é bastante difundida nas tradicionais concepções positivistas do raciocínio do juiz (sobre o tema v., em sentido crítico, JACKSON, *op. cit.*: 222). No sentido de que a motivação *deve* corresponder ao *iter* com que o juiz formulou a decisão cfr., p. ex., IACOVIELLO, 1997: 58.

²⁰⁷ V. *supra*, item 3.

rências probatórias. Em função dessa estrutura a narrativa do juiz fornece a justificativa dos enunciados que dizem respeito aos fatos principais da causa.

Nas páginas precedentes examinaram-se os principais critérios que o juiz deveria seguir para chegar de modo racionalmente justificado a formular a decisão final sobre os fatos da causa. Isto é, falou-se da racionalidade de um procedimento *heurístico*, através do qual o juiz descobre e formula uma decisão apropriada e verdadeira sobre os fatos. Não se descreveu, entretanto, esse procedimento em seu desenvolvimento lógico e cronológico. Assim, por exemplo, não se falou da inferência abduzida,²⁰⁸ com que se formulam hipóteses destinadas a ser sucessivamente comprovadas ou desmentidas pelas provas, e tampouco do *trial and error* (ou do «*teste e reteste*» galileano), com que se desmentem e descartam as hipóteses não confirmadas. Esses aspectos dizem respeito, na verdade, aos modos com que o juiz de fato se forma no desenvolvimento do processo e, portanto, ao procedimento com que «*se encontra*» e se confirma uma versão dos fatos: entretanto, não têm necessariamente relevância no contexto da narrativa «*justificada*» que representa seu resultado final.

Naturalmente, nada impede que o juiz construa essa narrativa utilizando também critérios, inferências, escolhas e valorações que formulou na fase heurística de seu raciocínio. Aliás: o juiz que sabe ter que motivar sua decisão sobre os fatos, justificando-a racionalmente, será evidentemente induzido — se não por outro motivo, para não desperdiçar energias — a aplicar critérios racionais já no curso dessa fase, chegando, assim, a uma conclusão já confirmada por «*boas razões*».²⁰⁹ Tudo isso não elimina, todavia, o fato de que entre a fase heurística e a narrativa justificativa (que constitui a fase ulterior do raciocínio do juiz) não haja uma inevitável correspondência.

A parte da motivação dos fatos que inclui os enunciados relativos às circunstâncias que constituem os fatos principais da causa representa um aspecto essencial daquilo que se pode definir como *justificativa interna* da decisão analisada globalmente:²¹⁰ trata-se, de fato, do assim chamado suporte fático concreto trazido para o campo de aplicação da regra jurídica adotada como critério de decisão. A justificativa interna da decisão final é constituída pela correlação (dedutiva, subsuntiva) que se instaura entre a premissa de direito e a premissa de fato, das quais deriva a decisão.²¹¹

²⁰⁸ Sobre esse tipo de inferência cf. PEIRCE, 2003: 435, 455; BONFANTI, 2003: 289 e, por último, TUZZI, 2006: 66, 115, 199.

²⁰⁹ Nesse sentido cf., p. ex., ANDRÉS IBÁÑEZ, 2005: 97. Sobre a motivação como texto que aduz «*boas razões*» para sustentar a decisão cf., p. ex., COMANDUCCI, 1992: 55; IACOVIELLO, *op. cit.*: 115, 239; TARUFFO, 1990: 779.

²¹⁰ Sobre a distinção entre justificativa interna e justificativa externa cf., inclusive para ulteriores referências, TARUFFO, 1990: 777; TARUFFO, 1975: 277; COMANDUCCI, *op. cit.*: 195.

²¹¹ No texto faz-se evidentemente referência ao esquema tradicional da decisão como resultado da aplicação das normas aos fatos. A situação é evidentemente diferente quando a decisão

É claro, todavia, diversamente daquilo que por vezes se sustenta, que a pura e simples *formulação* dos enunciados relativos aos fatos principais não exaure, de fato, o dever de motivar. Se, como viu-se anteriormente,²¹² a decisão é justa quando fundada em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, certamente não basta «*enunciar*» esses fatos para estabelecer a verdade de sua descrição. Como também já visto,²¹³ um enunciado pode ser aceito como verdadeiro desde que tenha sido adequadamente confirmado pelas provas disponíveis: na ausência dessa confirmação esse não é nem verdadeiro nem falso, não podendo, então, constituir um fundamento válido da decisão final. Por conseguinte, os enunciados que narram os fatos principais da causa devem ser justificados: isto é, devem ser explicitadas as razões pelas quais é racional sustentar-se que esses são verdadeiros. Em outros termos: devem ser indicadas as inferências probatórias que atribuem graus adequados de confirmação a esses enunciados. Isso leva a que se exclua, em particular no que diz respeito ao juízo sobre os fatos, a difundida concepção segundo a qual a motivação não seria outra coisa senão um discurso retórico-persuasivo, tendo o fim não de justificar racionalmente a decisão, mas sim de convencer alguém a aceitá-la. Essa concepção parece, todavia, excessivamente reduzida e substancialmente inaceitável: o juiz, ao motivar, não deve persuadir pessoa alguma; ao invés disso, deve fornecer as razões pelas quais sua decisão pode parecer fundada diante de um controle intersubjetivo de validade e confiabilidade. Em particular, no que diz respeito à motivação dos fatos, essa não visa a criar na mente de alguém um *status* psicológico correspondente à crença subjetiva (à persuasão) de que os fatos em questão são verdadeiros. A motivação deve indicar as razões pelas quais o juiz entendeu que os fatos resultaram provados segundo critérios objetivos e racionalmente verificáveis; portanto, as razões com base nas quais justifica sua decisão, fazendo referência às provas; não é tarefa sua — e muito menos poderia ser seu «*dever*» fazê-lo — persuadir alguém para que creia na veracidade daqueles fatos. Naturalmente, nada exclui que a motivação da sentença, sendo um discurso formulado na linguagem comum e não em linguagem formal, contenha também aspectos, passagens, argumentos e referências de caráter retórico, que possam ser acrescentados *ad colorandum*, ou na tentativa de tornar mais simples o discurso.²¹⁴ Esses elementos são, entretanto, substancialmente supérfluos e — sobretudo — inidôneos a colmar eventuais lacunas da argumentação justificativa desenvolvida pelo juiz.

fundar-se em homenagem a um precedente, visto que em tal caso o esquema fundamental da justificativa funda-se na analogia que se instaura entre as circunstâncias de fato dos dois casos concretos que o juiz leva em consideração. A propósito, v., inclusive para ulteriores referências, TARUFFO, 2007a: 712 e ss.

²¹² V. *supra*, Cap. III, item 4.

²¹³ V. *supra*, item 4.

²¹⁴ A propósito, v. mais amplamente TARUFFO, 1975: 114, 191, 202.

Isso leva a que se frise que, independentemente de eventuais movimentos retóricos, o dever de motivar requer que a justificativa da decisão sobre os fatos *exista, seja completa e, ainda, coerente*.

A existência da motivação não é somente *formal*, determinada pela presença de palavras que acompanham o dispositivo afirmando que os fatos principais verificaram-se assim e assim, mas é, sobretudo, *material*, determinada pela presença de um real raciocínio justificativo idôneo a mostrar que aqueles enunciados podem ser considerados verdadeiros com base nas provas que os confirmam. A ausência formal da motivação sobre os fatos pode ser considerada um caso limite, mas é frequente sua ausência material.

Pode ser, por exemplo, uma motivação *ficícia* (a *Scheinbergründung* da doutrina alemã), quando o juiz diz algo, mas aquilo que diz não constitui uma justificativa da decisão sobre os fatos. Não são infrequentes, na verdade, casos em que o juiz em realidade não exprime as razões da decisão, não se referindo às provas que a fundamentam.

Carência análoga verifica-se na hipótese da motivação *implícita*, frequentemente admitida pela jurisprudência,²¹⁵ que ocorre quando a apuração de um fato ou a valoração de uma prova, da qual o juiz não fala, é incompatível com outro fato, ou com outra prova, ao qual a motivação faz referência. Na realidade, a motivação implícita é uma não motivação, visto que a apuração de um fato incompatível, ou a valoração de uma prova contrária, não implica, de fato, que resulte justificada a exclusão – da motivação – de toda e qualquer referência a outro fato ou a outra prova. Se X é incompatível com Y, a enunciação de Y não explica as razões da exclusão de X, que, portanto, carece de justificativa. Ao menos o juiz deveria explicar porque X e Y são incompatíveis. Analogamente, a afirmação de que parece convincente a prova da veracidade de X não explica de modo algum por que razão o juiz não julgou convincente a prova da falsidade desse enunciado, ou a prova da veracidade de Y, na hipótese de Y ser incompatível com X.

Ainda, a motivação é inexistente se formulada *per relationem*, ou seja, quando o juiz (normalmente: o juiz do tribunal) não motiva sua decisão aduzindo *suas* razões para sustentá-la, remetendo às razões expressas por outro juiz (ou seja, normalmente, o juiz de primeiro grau). Ainda que a jurisprudência tenda a aumentar esse fenômeno – requerendo, no máximo, que o juiz explique porque recepciona a motivação de outro juiz²¹⁶ – parece claro que, também nesse caso, verifica-se uma inexistência substancial da justificativa da decisão, visto que a motivação não exprime as razões pelas quais o juiz decidiu daquele modo particular sobre os fatos da causa.

²¹⁵ Cfr., para referências, CARPI e TARUFFO, *op. cit.*: 1031. Cfr., ainda, TARUFFO, 1990: 785; TARUFFO, 1975: 430.

²¹⁶ V. referências em CARPI e TARUFFO, *op. cit.*, *loc. cit.* V., ainda, TARUFFO, 1975: 422.

A completude da motivação sobre os fatos implica, antes de qualquer coisa, que haja uma justificativa adequada para cada enunciado relativo às circunstâncias que apontam os fatos principais.²¹⁷ Em outros termos: todo enunciado apresentado como verdadeiro deve ser confirmado pelas inferências probatórias, das quais representa a conclusão. O mesmo vale para todo enunciado cuja falsidade resta confirmada pelas provas, visto que mesmo os enunciados falsos resultam de inferências probatórias. De resto, mesmo os enunciados que tiverem confirmações fracas, ou que não tiverem qualquer confirmação probatória, devem ser levados em consideração: isto é, o juiz deve explicar as razões pelas quais as provas não foram suficientes a conferir uma confirmação probatória a esses enunciados.²¹⁸ Se, conforme visto, nessas situações o juiz deve decidir a controversia aplicando as regras sobre o ônus da prova, ele deve justificar essa decisão explicando as razões pelas quais a prova de determinados fatos não foi obtida. Mais ainda, ele deve explicar as razões pelas quais entendeu por não aplicar as regras que disciplinam os ônus probatórios, dando alocação diversa de tais ônus entre as partes.²¹⁹

Outro aspecto importante da completude da motivação sobre os fatos diz respeito às provas e à sua valoração: trata-se de um elemento necessário da justificativa da decisão, visto que as provas representam o fundamento da inferência que determina a confirmação dos enunciados fáticos. A propósito, não é aceitável a difundida orientação segundo a qual o juiz poderia se limitar a fazer referência às provas que confirmam sua reconstrução dos fatos. Trata-se de uma espécie de consagração do *confirmation bias*, da «*tendência à confirmação*», ou «*síndrome da primeira impressão*»,²²⁰ ou seja, da inclinação a levarem-se em consideração somente os elementos que confirmam uma tese preconstruída, descuidando-se ou subvalorando-se tudo aquilo que contrasta com essa. Segundo Susan Haack essa abordagem caracteriza a *advocacy* parcial e interessada, mas é incompatível com uma pesquisa independente destinada à busca da verdade.²²¹ Com efeito, para afirmar-se que uma hipótese foi confirmada por provas adequadas é necessário também explicar por que razões não devem ser consideradas confiáveis as provas que contrastam ou divergem dessas: conforme dito há pouco, o fato de que o juiz tenha entendido confiável o testemunho de Tício não diz coisa alguma sobre as razões pelas quais entende não confiável o testemunho diferente ou contrastante de Cáio. O silêncio sobre as provas não levadas em consideração deixa aberta a dúvida sobre o real fundamento da reconstrução dos fatos acolhida como verdadeira. Por conseguinte, *todas* as provas disponíveis para a decisão devem ser levadas

²¹⁷ A propósito, v. mais amplamente TARUFFO, 1990: 778.

²¹⁸ Para os relativos critérios v. *supra*, item 3.2, nesse Capítulo.

²¹⁹ V. *supra*, item 4.2, nesse Capítulo.

²²⁰ Cfr. RUMIATI, 2000: 29, 41.

²²¹ Cfr. HAACK, *op. cit.*: 339.

em consideração expressamente, e também sua valoração deve ser adequadamente justificada. Substancialmente, o juiz deve explicar por que razões entendeu confiáveis determinadas provas (visto que a simples afirmação apodíctica segundo a qual Tício era confiável nada justifica) e também quais as razões para não ter entendido confiáveis outras provas. Analogamente, são explicitadas e justificadas todas as inferências presuntivas que o juiz formulou para derivar conclusões relativas à verdade dos enunciados relativos aos fatos principais da causa.

Justificar a valoração de uma prova, ou uma inferência substantiva, requer que sejam explicitados os critérios com base nos quais essa foi formulada, mostrando que essa tem fundamento racional por ter derivado de critérios objetivamente aceitos e passíveis de serem compartilhados. No caso muito frequente de recorrer-se a noções de senso comum e da experiência normal,²²² essas noções devem ser explicitadas, e seu emprego deve ser também justificado.²²³ Isso não implica qualquer regresso ao infinito: é necessário, de qualquer modo, entretanto, que os critérios sobre os quais se funda a valoração das provas sejam examinados criticamente; se uma máxima de experiência não é dotada de um fundamento cognoscitivo sólido não pode ser usada para justificar qualquer inferência probatória. Essa é descartada, e a busca de uma justificativa que possa ser compartilhada deve prosseguir até que seja apontado um critério solidamente «*ancorado*» no contexto cultural de referência.²²⁴ Se não se encontrar qualquer critério confiável e epistemicamente fundado, a única consequência possível será que nenhuma inferência poderá ser formulada.

Ainda a propósito da completude da motivação sobre os fatos, vale a pena frisar que se o raciocínio do juiz sobre as provas e sobre os fatos comportar — como frequentemente ocorre — a formulação de juízos de valor, também esses juízos serão justificados, explicitando-se os critérios valorativos que os guiaram e as razões pelas quais esses critérios foram julgados preferíveis em detrimento de outros critérios de valoração.

Além disso, não vale a consideração segundo a qual a valoração das provas inclui — sobretudo se ocorre o contato direto do juiz com o meio de prova, ou seja, por exemplo, com a testemunha — elementos de intuição subjetiva que não poderiam ser racionalizados e que, portanto, não poderiam ser objeto de motivação específica.²²⁵ Se esse argumento referir-se, como pretendem aqueles que sustentam a *intime conviction*, a toda a valoração das provas (e, portanto, a todo o juízo sobre os fatos), estaremos de novo no âmbito de uma concepção irracional da decisão, em que o juízo sobre os fatos não seria outra coisa senão

um ato de imperscrutável intuição subjetiva, como tal impassível de justificativa racional. Foram recordadas acima, todavia, as razões pelas quais uma concepção desse gênero não é aceitável.²²⁶ Todavia, propõe-se uma versão mais fraca e mais limitada dessa concepção, segundo a qual na valoração das provas — e em particular da prova testemunhal — haveria, de qualquer modo, fatores intuitivos que condicionam a decisão do juiz, mas que não são passíveis de racionalização justamente por sua irreduzível subjetividade.²²⁷ A propósito, dever-se-ia responder, parafrazeando Inocêncio III, que *quod dicitur non est in sententia non est de hoc mundo*, para indicar que aquilo que não pode ser expresso e justificado com argumentos racionais não pode ser considerado relevante para fins da decisão: o que não se pode exprimir (e, portanto, não se pode justificar) simplesmente não existe.²²⁸ Em outros termos, o juiz não pode fundar sua decisão em fatos simplesmente invocando fatores de que não tem condições de falar porque pertencem à sua impenetrável subjetividade.

Por fim, como se disse, é necessário que a motivação do juízo sobre os fatos seja congruente e coerente: é intuitivo, de fato, que um conjunto caótico de enunciados e de argumentos desconexos e contraditórios não pode desempenhar qualquer função justificativa. A jurisprudência prevalentemente emprega, todavia, um critério excessivamente simplista e fortemente restritivo, julgando haver contradição na motivação somente quando essa contém argumentações que conflitam entre si de maneira tão radical que se anulam.²²⁹ À parte o fato de que nesse caso ter-se-ia, na realidade, ausência de motivação, é bastante curiosa a ideia de que duas argumentações em conflito se anulem. Em realidade, uma argumentação não anula, de fato, a argumentação contrária: no máximo, fica sem solução a dúvida sobre qual das duas argumentações o juiz tenha desejado utilizar. Em todo caso, o discurso justificativo pode ser incoerente (e, portanto, indóneo a desempenhar sua função) de muitas outras formas:²³⁰ podem haver pseudoinferências em que as conclusões não sejam retiradas das premissas, enunciados verdadeiros tomados por falsos e enunciados falsos tomados por verdadeiros, enunciados incompatíveis sobre o mesmo fato inseridos no mesmo contexto, termos usados sem razão em significados diferentes, acontecimentos narrados de modo que resultem em contraste recíproco, lacunas narrativas, mudanças injustificadas nos papéis dos personagens, provas consideradas confiáveis e não confiáveis no mesmo contexto, juízos de valor não justificados ou não coerentes com outros juízos de valor, e assim por diante, nas infinitas armadilhas e possibilidades de pato-

²²² Sobre o tema v. *supra*, item 3.2.

²²³ V. mais amplamente TARUFFO, 1990: 777.

²²⁴ Cf. WAGENKAR, VAN KOPPEN e KRONBAC, *op. cit.*: 61, 73, 237; VAN ZANDT, *op. cit.*: 797.

²²⁵ Sobre esse tema cf. em sentido crítico ANDRÉS IBÁÑEZ, 2005a: 191.

²²⁶ V. *supra*, item 4.1, e Cap. IV, item 4.

²²⁷ Sobre o assunto cf. em particular ANDRÉS IBÁÑEZ, *op. cit.*: 203 e ss., que fala adequadamente de «*decisionismo intuitivo*» (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2005: 9).

²²⁸ Nesse sentido cf. ANDRÉS IBÁÑEZ, *op. cit.*: 219.

²²⁹ V. referências em CARRI e TARUFFO, *op. cit.*: 1032.

²³⁰ Cf. TARUFFO, 1975: 561 e ss.

logia das argumentações racionais.²³¹ Todas essas situações e muitas outras (que seria penoso aqui citar) fazem faltar a coerência da argumentação justificativa da decisão sobre os fatos, e, portanto, influem negativamente sobre a racionalidade de tal decisão.

Se, ao invés disso, a motivação sobre os fatos existir efetivamente, for completa e coerente, poder-se-á, então, dizer que a narrativa dos fatos construída pelo juiz é dotada de uma justificativa racional válida, já que confirmada pela análise crítica de todas as provas disponíveis.

Nesse sentido, poder-se-á dizer que essa enuncia a verdade.

²³¹ Sobre a infinita variedade de falácias argumentativas cf. ATIENZA, 2004.