



OS “STANDARDS” DO CONVENCIMENTO JUDICIAL: PARADIGMAS PARA O SEU POSSÍVEL CONTROLE .

Danilo Knijnik

Mestre em Direito (UFRGS). Doutorando (USP). Advogado
(Porto Alegre/RS). Professor Universitário (Unisinos).

Sumário: 1. Introdução. 2. O convencimento judicial como um problema permanente, fundado no dilema metodológico questão de fato - questão de direito. 3. O paralelismo parcial entre teoria geral do direito e a posição do fato no raciocínio judicial. 4. Conseqüência: necessidade de ajuste teórico para definir o discurso aplicável à matéria: apelo a paradigmas e standards, com a retomada da tópica - retórica. 5. Fundamentos jusfilosóficos para a revalorização dos “argumenta”. 6. Quão “livre”, então, é o princípio do “Livre Convencimento”? 7. Soluções paradigmáticas de direito comparado: a ‘evidence beyond a reasonable doubt’, a ‘preponderance of evidence’, as ‘special rules’ (v.g., “clear and convincing evidence”), a “mínima atividade probatória”, o modelo das dúvidas positivo - concretas, a “doutrina do absurdo” e da “arbitrariedade”, a “congruência narrativa”, o “défaut de motif”, os modelos matemático - probabilísticos. 8. A praxis brasileira e a importante decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 01/10/98. 9. Conclusão: do possível controle e do controle desejável.

INTRODUÇÃO

Não se pode pôr em dúvida que os progressos alcançados pela metodologia e hermenêutica jurídicas têm-se refletido na ciência processual. Importantes estudos vêm sendo produzidos em busca de novas soluções para antigos e recorrentes impasses, cujos modelos, até então estabelecidos, não vinham produzindo ou não produziram resultados de todo satisfatórios. Nesse contexto, um tema que realmente precisa ser revisitado, e com urgência, é o do convencimento judicial ou, mais precisamente, o problema do seu controle.

A literatura sobre esse fenômeno altamente complexo - “convencimento judicial” ou “convicção judicial” - converge, já em seu ponto de origem, para setores de pensamento relativamente conhecidos. Costuma-se, a respeito, expor os três modelos históricos atinentes à valoração das provas - íntima convicção, prova legal e persuasão racional - destacando-se, em seguida, a excelência deste último, normalmente associado tanto a eminentes valores democráticos, como a legítimas conexões do processo com o



ordenamento jurídico-constitucional. Sua caracterização, destarte, vem, de regra, estabelecida com as seguintes notas: “a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos; b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 335 e 336, bem como das presunções legais); c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas; d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários da prova dos autos”.

Essa impositação - que se poderia qualificar de tradicional - deixa, no entanto, sem resposta um sério e grave problema. Afinal, ao se ter assim conceituado o sistema da persuasão racional, terá faltado estabelecer, justamente, o núcleo do problema por ele suscitado, ou seja, a questão de saber se existe, ou não, uma instrumentação jurídica capaz de efetuar o controle da convicção judicial formada em determinado caso concreto. Em outros termos, fica por identificar uma base teórica, eminentemente voltada à prática, capaz de orientar o exame científico de um determinado convencimento judicial, com vistas à sua crítica, análise e correção.

Chega-se, então, a um dilema: ou a instrumentação para esse controle existe - e se de deve tentar enunciá-la - ou esse controle deve ser havido como impossível (ou ainda impossível), caso em que seria hora de, quando menos, reconhecê-lo abertamente. Nesse sentido, VITTORIO DENTI põe em evidência duas abordagens teóricas frente à questão: (a) ou se exclui a possibilidade mesma de um controle puramente lógico do juízo de fato, resolvendo esse controle na mera renovação do próprio juízo ou (b) se recorre a parâmetros lógicos, originários do valor de probabilidade em que se fundam as inferências probatórias para efetuar-lo. Trilhada a segunda via, obviamente tem de construir-se um modelo científico capaz de proceder à verificação de tais parâmetros.

É justamente para essa problemática que o presente trabalho atenta: existirá um módulo (ou módulos) suscetível de utilização pelos operadores jurídicos, para a crítica e o controle do mérito de um convencimento judicial, ou esse controle somente será possível mediante a simples renovação ou repetição do próprio processo de convencimento por um juiz diverso?



Ao que parece, a praxis, pelo menos a brasileira, orienta -se pela pura e simples renovação ou repetição do próprio juízo de fato, como forma de efetuar este controle: os tribunais brasileiros, quando do exame da *quaestio facti*, em geral reavaliam a prova como um todo, de modo que o mecanismo de controle da convicção judicial acaba reduzindo -se à sua própria renovação. Em outras palavras, o objeto do controle – a convicção judicial – num segundo momento – o do recurso – transforma-se no próprio mecanismo de controle, pois não se costuma, antes e por primeiro, ou mesmo concomitantemente, examinar e verificar o iter lógico, a congruência narrativa, a consistência lógico -argumentativa do juízo de fato como uma questão ‘*in se*’, ou seja, como uma questão autônoma e relevante. Como bem observou SERGI GUASCH FERNÁNDEZ: “a falta de esquemas racionais de valoração da prova adequados e a degeneração mesma (...) da livre valoração, tem servido para que, de maneira quase cíclica, se solicite uma revalorização da apreciação legal da prova como remédio contra o arbítrio do juiz”.

Nesse sentido, se nos debruçarmos sobre a teoria estabelecida a respeito do princípio da persuasão racional – a começar por sua definição doutrinária – observaremos, de pronto, um hiato inaceitável. Sua formulação clássica postula que “a convicção está na consciência formada pelas provas, não arbitrária e sem peias, e, sim, condicionada a regras jurídicas, a regras de lógica jurídica, a regras de experiência, tanto que o juiz deve mencionar na sentença os motivos que a formaram. (...) Há liberdade no sentido de que o juiz aprecia as provas livremente, uma vez que na apreciação não se afaste dos fatos estabelecidos, das provas colhidas, das regras científicas, regras jurídicas, regras da lógica, regras da experiência” Ora, a partir desta compreensão, deveriam necessariamente existir “controles”, “modelos de constatação”, “standards jurídicos” ou “instrumentos” capazes de evitar que a discricionariedade judicial, agudizada neste delicado setor da experiência processual, se viesse a traduzir em arbítrio .

Não se trata - é bom advertir desde logo - de mero academicismo, mas de uma questão essencialmente prática. Por exemplo, a opção por um controle de tipo lógico e substancial implicaria um alargamento do âmbito dos recursos especial e extraordinário. Viabilizaria, outrossim, uma possibilidade de diálogo muito mais amplo, franco e consistente no terreno do juízo de fato, superando a mera substituição de uma convicção – a do Juiz – por outra – a do Tribunal. Entretanto, é óbvio que essa mesma construção oferece seus riscos: poderia determinar um formalismo exagerado no setor da prova, a ponto de autonomizar, por



exemplo, uma verdade judiciária ou processual por oposição à assim chamada “realidade”, confundindo opinião e verdade, donde se percebe, a um só tempo, a complexidade e a importância do tema.

1. O CONVENCIMENTO JUDICIAL COMO UM PROBLEMA PERMANENTE, FUNDADO NO DILEMA METODOLÓGICO QUESTÃO DE FATO -QUESTÃO DE DIREITO.

Nesse sentido, como primeira questão, impõe-se justificar o caráter problemático do controle da convicção judicial, vale dizer, da formação da base fática de uma decisão. Tem-se, a propósito, a nítida impressão de que, com isso, repropõe-se, em menor escala, a dicotomia jurídica questão-de-fato—questão-de-direito, cuja reformulação teórica geral não teve, segundo parece, uma proporcional ressonância no âmbito da ciência processual. Somente o seu enfrentamento, ainda que sucinto, permitirá fixar os pressupostos da construção de um possível modelo de controle.

A propósito, como está assente, durante o largo tempo em que dominou o positivismo jurídico, fato e direito, no contexto da decisão jurídica, eram vistos a partir de um enfoque estático, imóvel. A idéia de “subsunção”, largamente dominante, apoiada no silogismo puro, como modelo não apenas descritivo, mas explicativo da aplicação do direito, pressupunha, efetivamente, a heterogeneidade e a independência dessas duas questões. Heterogeneidade, porque uma (a questão de fato) não se poderia confundir com outra (a questão de direito); e independência, porque ambas poderiam ser, não apenas isoladas, como, sobretudo, examinadas isoladamente, cada qual com o seu instrumental próprio. Assim, numa estrutura tipicamente silogística, o Juiz deveria estabelecer a norma aplicável ao caso concreto e, numa operação separada e distinta, o fato controvertido, procedendo, em seguida, à subsunção do fato à norma. Conseqüência: ao direito probatório, assim, só restava a função, quase que extrajurídica, de introduzir o fato no silogismo judiciário, uma função, por certo, marginal.

O quão esse modelo fosse falacioso não vale, mais, insistir, tanto que, na feliz expressão de COING, “significa já, hoje, ‘arrombar portas abertas o pretender-se combater a concepção que vê na aplicação do direito uma actividade puramente lógica”. Efetivamente, o



subsuntivismo estava assentado em bases conhecidas: “a titularidade do direito pelo Estado, e, dentro do Estado, pelo Poder Legislativo”, com “a total exclusão do poder criador de direito por parte da função judicial (...) para uma absoluta garantia contra o arbítrio judicial”; a noção de que, na decisão judicial, “tudo se devia passar em termos de perfeito automatismo e estrita necessidade”. Tais postulados, premissas de sentido político-ideológico, se evidenciam nas palavras de ROBESPIERRE, a proclamar que “esta expressão, jurisprudência dos tribunais, deveria ser eliminada de nossa língua. Num Estado que tem uma Constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é outra coisa que a lei”. E, não fosse bastante esse desgaste ideológico, também seus problemas metodológicos acabaram expostos, resultando, no preciso dizer de HUMBERTO ÁVILA, “invencíveis”.

Caem, destarte, a heterogeneidade e a independência dessas duas questões (fato e direito). Mas se nos perguntamos a respeito dos modelos que vieram a substituir a velha fórmula, teremos de confessar a ausência de uma explicação definitiva, muito embora alguns novos pontos de partida – e que contribuirão para a enunciação dos standards de controle – tenham sido formulados. É que o abandono da idéia subsuntivista reclama, como contrapartida necessária, um instrumental novo de verificação dos fatos, pois, vinculadas agora as duas questões, tem de cessar a posição marginal e a neutralidade dos fatos perante a teoria jurídica.

No que nos diz respeito, pelo menos duas noções merecem registro. Referimo-nos, em primeiro lugar, à “Espiral Hermenêutica”, segundo a qual a aplicação do direito envolve uma atividade altamente dinâmica, em que se circula das premissas menores às maiores, diversas vezes e sucessivamente, até se conformarem fato e direito naquilo que, apenas descritivamente, ou seja, em sua forma ou aparência externa, será um silogismo. Aqui, a formulação do juízo de fato e do direito a aplicar são conjunta e reciprocamente elaborados, um exercendo grande influência sobre o outro, num intenso movimento da norma ao fato, do fato à norma, até chegar-se ao produto final.

Desaparece, portanto, a idéia de independência entre *quaestio facti* e *quaestio juris*, que resultam em estreita conexão, no sentido de progressiva e reciprocamente determinarem-se: a aplicação da norma ao fato consiste na determinação (na descoberta) da sua coincidência, através de um movimento circular de compreender, que procede a uma



pluralidade de níveis sucessivos: “é o direito que define e determina aquilo que no processo constitui o fato”.

Ao lado da noção de Espiral Hermenêutica, cabe mencionar a idéia de Pré - Compreensão, segundo a qual se supõe que “no início do processo do compreender, existe, por regra, uma conjectura de sentido, mesmo que por vezes ainda vaga, que ocorre a inserir -se numa primeira perspectiva ainda fugidia. O intérprete está munido de uma pré-compreensão, com que penetra o texto. (...). O jurista que interpreta uma lei, ou um contrato, enfrenta a sua tarefa com todo o seu saber acerca dos problemas jurídicos, conexões de problemas, formas de pensamento e, assim, possibilidades condicionadas de solução do direito vigente, assim como, e não em último lugar, o seu saber acerca da linguagem que costumam utilizar o legislador e – no caso de um contrato – o particular versado em matérias jurídicas. A sua pré-compreensão é o resultado de um longo processo de aprendizagem (...)”. Entende-se, então, que “no auge da compreensão do jurista está um projeto e uma antecipação de significado, denominada pré-compreensão (Vorverständnis). Hoje se admite que a pesquisa judicial da máxima de decisão não pode surgir sem aquela intuitiva pré -compreensão que reclama, continuamente, um vai-e-vem do olhar, da norma ao fato e do fato à norma. A pré-compreensão não se substancia, contudo, de meras antecipações teóricas, presentes evidentemente na compreensão da norma e do fato, mas, também, em uma antecipação de aplicação prática, mediante um impulso de vontade que se torna proeminente, com respeito ao procedimento cognoscitivo mesmo”.

Particularmente no que diz respeito ao juízo de fato, se a espiral hermenêutica põe em causa sua inter-relação com o juízo normativo (porque exercem uma influência recíproca, de modo que o fato não ingressa, pela prova, em bruto, mas já moldado pela norma jurídica que resolverá o caso concreto), o contributo da pré-compreensão vem da constatação de que, também o fato concreto, “caracteriza -se como uma prevaloração, que é submetida a um controle crítico não logicamente definido e a uma contínua verificação até o momento em que se realiza o convencimento conclusivo do juiz”, o qual, destarte, “surge sob a reserva de um melhor exame”. Remete-nos, então, a pré-compreensão à referência valorativa do juízo fático, reclamando uma verificação suficientemente aberta das implicações, ponderações e horizontes eventualmente considerados pelo juiz na sua identificação (p.ex., um mesmo fato poderá ser qualificado como uma locação ou um comodato). Assim, PASTORE identifica, como postulados da pré-compreensão, dentre outros, uma “orientação preventiva



relativamente aos eventos a serem julgados”, “a individualização dos elementos juridicamente relevantes”, “uma atividade seletiva que se realiza na e com a linguagem jurídica”, a “cognição dos vários e complexos elementos da realidade”.

A complexidade do processo fático, brevemente exposta, talvez explique, em parte, porque o núcleo do convencimento judicial tenha permanecido “terra incógnita, privada de qualquer ponto de referência”, na feliz expressão de MICHELLE TARUFO. Enquanto se considerou válido o esquema subsuntivo, com a separação ingênua e radical do fato e do direito, compreende-se que a avaliação do fato tenha sido, realmente, “terra incógnita”, de pouco interesse para o jurista. Afinal, o direito ou o jurista não tinham maiores responsabilidades no que era concernente ao fático, considerado como marginal e independente de uma abordagem eminentemente jurídica: a atenção do jurista, por óbvio, estava voltada para o direito legislado ou para as questões legais. Daí que, nesse contexto, o máximo a que se poderia atingir – e já não terá sido pouco – fora a regulamentação da forma probatória, ou seja, do processo legal de aquisição da prova, mas, não, o estabelecimento de modelos jurídicos de constatação e análise do próprio conteúdo do raciocínio judicial, levando em consideração essa influência recíproca.

Mas no momento em que se preconiza a superação do modelo positivista – sem que isso, sob hipótese alguma, signifique o abandono da positividade do direito e sem que, por igual, represente uma absorção do fato ao direito – bem como o abandono das concepções político-jurídicas que lhe estavam implicadas, obviamente o juízo fático volta a merecer, também ele, um instrumental jurídico mais adequado à sua realidade e à posição que assume no contexto da decisão judiciária. Em síntese, se o fato não mais é independente do direito, nem pode ser construído com total abstração das categorias jurídicas, é sinal de que ele está a reclamar um instrumental jurídico de controle.

2. O PARALELISMO PARCIAL ENTRE TEORIA GERAL DO DIREITO E A POSIÇÃO DO FATO NO RACIOCÍNIO JUDICIAL.

Por modelos de controle do juízo de fato (ou standards, critérios etc.) provisoriamente definimos enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão. Por seu intermédio, ao invés de os partícipes de



uma relação processual simplesmente pretenderem a prevalência de uma convicção sobre a outra (p. ex., a do Tribunal sobre a do Juiz; a do autor sobre a do réu etc.), cria-se um complexo de regras lógicas de caráter auxiliar, capazes de estabelecer um arsenal crítico comum para o debate acerca da convicção.

Mas, antes que se enunciem especificamente tais modelos (v. n. 07, *infra*), mostra-se imprescindível, ainda preliminarmente, pôr em evidência a distinção entre a noção “clássica” e a noção “moderna” da prova, incursionando, muito resumidamente, na evolução histórica do “controle do raciocínio de fato” do juiz. Com efeito, será possível demonstrar que, à evolução operada no terreno da teoria geral do direito, rapidamente referida no item anterior, também sucedeu uma evolução no plano da teoria da prova.

Nesse sentido, é sabido que o direito romano não conheceu, ao menos no ordo iudiciorum privatorum, uma possibilidade de controle sobre o raciocínio de fato. O juiz era totalmente livre e o juízo tendente à arbitrariedade. Basta, a esse propósito, lembrar que o iudex romano, encarregado da fase apud iudicem, era simplesmente um cidadão romano, julgando em nome do povo. A própria fórmula romana continha a cláusula “si paret — si non paret”, ou seja, determinava ao juiz condenar “se lhe parecesse” e absolver “se não lhe parecesse” verídica a narração do demandante, de modo que tudo se reconduzia à percepção íntima do juiz privado. Era, pois, o iudex, até o final do formulário romano, totalmente livre para valorar os elementos probatórios.

Na fase do direito justiniano, essa situação altera-se significativamente, em especial pelo desaparecimento da divisão do processo nas fases in iure — apud iudicem. Com efeito, na extraordinaria cognitio, em que o juiz-cidadão é suplantado pelo juiz-funcionário, inserido na burocracia escalonada da República, o direito romano, abandonando aquela liberdade absoluta, começa a fixar numerosas provas tarifadas, passando a exercer um controle muito mais rigoroso, de tipo objetivo, sobre o raciocínio judicial. Iniciava-se, pois, um processo de substituição do modelo da íntima convicção pelo modelo da tarifa legal, ainda não em sua forma pura.

Na esteira do genial pensamento de GIULIANI, chega-se, então, a uma oposição entre dois conceitos de prova – o conceito moderno e o clássico. Essa noção é de fundamental importância para que os modelos de constatação possam ser compreendidos.



Nesse sentido, o conceito moderno de prova é fruto do iluminismo e do racionalismo, tendo um sentido objetivista, cientificista, absoluto; o segundo, dito clássico, dominante na Idade Média, é fruto de uma perspectiva problemática, tópica, argumentativa.

Nesse sentido, GIULIANI demonstra que “o contraste entre o conceito clássico e o conceito moderno se manifesta de maneira estridente na determinação daquilo que é essencial, relevante, na indagação: estão na sua base uma oposta análise do fato. A concepção clássica põe em evidência o caráter seletivo do conhecimento e relativo do fato: dominada, como é, pelo problema do erro, trata de limitar rigidamente o campo da indagação, renunciado ao conhecimento do fato na sua totalidade. A concepção moderna vê, ao contrário, no alargamento do campo de indagação o meio para um melhor conhecimento dos fatos (o princípio da ‘total evidence’): a determinação do fato parece uma operação em certo sentido técnica, e o mundo dos fatos parece ter uma autonomia completa, tornando possível a introdução de critérios quantitativos, numéricos para seu acerto”. Ou seja, o conceito clássico de prova, dominante entre os séculos XII a XV, partindo das limitações próprias do homem na apreensão do fato, da falibilidade do próprio conhecimento humano, da sempre presente hipótese do erro e, com isso, da injustiça, procurava, pois, fornecer as bases para que o erro, o equívoco, fossem evitados; já o conceito moderno, numa visão positivista e cientificista, procura, na verdade, “conhecer” o fato em sua inteireza feno mênica, reconhecendo-o como um “mundo autônomo”, perfeitamente “apreensível” pelos sentidos com o auxílio da razão.

Seria, aqui, absolutamente inviável uma longa incursão pela extraordinária experiência que a medieval representou. Trata-se de um momento histórico simplesmente impressionante, a que ainda resta fazer justiça. No que nos interessa, cabe apenas destacar a “ars inveniendi” que o dominou, “arte” essa dominada pelo problema, pela discussão, pelo debate, pelos diferentes pontos de vista, pela comparação e pelo pluralismo.

Com efeito, no trabalho dos glosadores, pode-se perceber toda uma preocupação com a relevância dos argumentos, a partir da idéia tópica -retórica: “não se pode determinar o que é revelante de um ponto de vista abstrato, mas em relação à causa, ou seja, ao ponto em discussão”. Com isso, os juristas medievais estavam não só valorizando o debate enquanto tal, como, sobretudo, emprestando-lhe uma função constitutiva: inviável, inatingível ou inapreensível uma “verdade necessária” ou “absoluta”, quanto ao conhecimento dos fatos,



até pela ampla possibilidade de erro, o processo devia contentar-se com uma “verdade provável” nele construída. A verdade judicial, observa GULIANI, “se identifica, então, com um procedimento de pesquisa baseado sobre as provas: a reconstrução judicial do fato aparece aos doutores medievais, nutridos de estudos lógicos e dialéticos, um aspecto particular do estudo das funções da razão prática em relação ao problema do conhecer através de testemunhos. Em tal reconstrução, a indagação se apresenta essencialmente como uma análise de proposições prováveis. (...)” .

Obviamente, não se pode superestimar a visão medieval a respeito da prova. ALESSI PALAZZOLO denota o “bipolarismo das concepções processuais medievais, oscilando entre a obsessiva pesquisa da verdade e o uso da violência, bipolarismo que é revelado também na tendência de precisar em regras mínimas o processo intelectual do juiz no seu itinerário, mas, ao mesmo tempo, na exigência de confiar-lhe uma responsabilidade elevadíssima de atingir a consciência do acusado, responsabilidade indefinida, largamente além de qualquer possível predeterminação”.

Serão os juristas medievais, certamente influenciados pelo direito canônico, os responsáveis por longas dissertações sobre a probatio plena, probationes verae, probationes fictae etc. Exsurge aí a noção de prova per argumentum. As polêmicas medievais giravam em torno da admissibilidade da prova per argumentum. Assim, p. ex., o canonista GOFFREDO substituirá a clássica impostação de que “probatio est rei dubiae per argumenta sufficientia ostensio”, pela formulação de que “probatio est rei dubiae per testes et instrumenta et plerumque indicia et praesumptiones ostensio” . BALDO, personagem dos mais importantes da história jurídica, admitiria, p. ex., uma certeza judicial obtida através de “indicia et argumenta”. Já BÁRTOLO, de importância talvez maior ainda – sua glosa granjeou uma autoridade impressionante – em determinados casos reclamava uma “plena cognitio et plena probatio” , donde se vê uma graduação de standards, ou seja, de quantidades e qualidades de prova para dar-se o juiz por convicto.

Com o predomínio do pensamento de corte racional, todavia, o pólo metodológico do direito probatório altera-se radicalmente: o raciocínio dialético cede espaço ao pensamento apodítico, construído a partir de premissas necessárias e absolutas. Com efeito, não se deve olvidar que, a partir do século XVII, um novo e ambicioso projeto tem início. Consoante TÉRCIO FERRAZ Jr., “podemos dizer que o ideal clássico da ciência,



correspondente aos séculos XVII e XVIII, está ligado ao pensamento sistemático no sentido apresentado. As ciências, nesta época, conforme nos mostra FOUCAULT, trazem sempre consigo o projeto, ainda que longínquo, de uma ordenação exaustiva”. Já então pode-se identificar obras como as de PUFFENDORF, THOMASIVS, LEIBNIZ e WOLF, procurando, de um modo ou de outro, uma construção quase que matemática a respeito do direito. Por isso, a mundivisão medieval acha-se aqui completamente alterada: com MICHELE TARELLO, “qualquer questão duvidosa admite uma e só uma solução, e esta solução pode ser, deve ser demonstrada; a solução, na verdade, é uma proposição jurídica verdadeira, que pode ser descoberta argumentado a partir de proposição jurídicas verdadeiras e já conhecidas”

Identifica-se, pois, que, ao mesmo tempo em que as idéias atinentes ao positivismo ganharam força, o sistema da prova haveria, necessariamente, de sofrer a sua influência, pois, finalmente, a aceitação do modelo subsuntivista determinaria que a pesquisa de fato, até então concebida dentro de uma premissa dialética e pluralista, pudesse ser concebida na sua totalidade absoluta, na sua verdade total e objetiva, na sua independência e autonomia quanto ao mundo do direito, desprezando-se, com isso, a relatividade que lhe era imanente, a possibilidade do erro e do equívoco. Por isso, demonstra GIULIANI, o conceito moderno de probabilidade não guardaria mais nenhuma relação com esse mesmo conceito na Idade Média, em que estava ligado à opinião, ao consenso, ao contingente; agora, a probabilidade, o *id quod plerumque accidit*, restou vinculado com o estatístico, com o necessário, com o matemático. Em realidade, DENTI observa que, a partir da Revolução Francesa, inicia-se uma acentuada tendência ao “juiz-funcionário”, inserido num sistema administrativo-burocrático, que considera “a verificação dos fatos como uma operação técnica, análoga àquela realizada pela pública administração em qualquer outro ramo de sua atividade”.

O pensamento probatório medieval é, pois, o pensamento de uma verdade provável, obtido a partir da *ars opponendi et respondendi*, ou seja, a partir de um diálogo, de um debate regrado não só em sua estrutura, como também em suas escolhas éticas. Essa noção, obviamente, seria afastada pelo racionalismo imperante na Idade Moderna, de modo que a pesquisa fática acabaria, pois, resultando terreno estranho ao trabalho do jurista, exatamente porque o fato fora então visto como ente autônomo (a que corresponderia as construções jurídicas examinadas no n. 02, supra). Com GIULIANI, “ao mundo dos fatos vem reconhecida uma autonomia completa: quando se admite o fato como alguma coisa de



externo, de objetivo, é menosprezado aquele aspecto da contraditoriedade na pes quisa, que no passado pareceu essencial, sob o influxo das teorias retóricas e dialéticas”. Perde -se a idéia, até então corrente, de que poderia dar-se uma “patologia da argumentação”: “a consciência medieval”, afirma, “adverte não apenas sob o plano da ex periência judicial, mas também sobre o político e religioso, a preocupação de subtrair a verdade do fato e a prova dos fatos ao arbítrio do príncipe. A sua atividade normativa não tem uma presunção de legitimidade. Essa pressupõe, como a judicial, uma noti tia facti ao lado de uma notitia juris: também nesse caso o fato deve ser submetido à verificação pelo contraditório”.

Ora, à vista da evolução teórica conducente à superação do positivismo jurídico e, particularmente, ao reenquadramento do fato no conte xto da decisão judicial (cf. n. 02, supra), considerando-se, também, a substituição do conceito clássico de prova pelo conceito moderno, torna-se visível a sintonia entre as concepções de teoria geral do direito e as concepções a respeito da prova. No seio do positivismo e a partir de uma visão axiomático -dedutiva, foi possível, haja vista, conceber uma separação absoluta entre a questão de fato e a questão de direito, a partir da idéia de que seriam “mundos” heterogêneos e independentes. A esse “pensamento jurídico moderno” correspondeu o conceito moderno de prova em que – assinala GIULIANI – “a) a questão de fato é absolutamente separada da questão de direito (que só o juiz conhece); b) deve existir uma relação de necessidade entre o fato e a consequência jurídica . “Se anuncia a concepção do fato como um dado objetivo, externo ao trabalho de interpretação” . Em síntese, a transição do conceito clássico para o conceito moderno de prova é, também ela, a transição da concepção lógico —escolástica para a concepção lógico—gnosiológica . Com DENTI, “a consequência mais relevante do cientismo oitocentescos fora a prevalência da concepção técnica do acerto do fato, conexa com o convecimento que as afirmações das partes em torno aos fatos da causa possam ser verificadas mediante o enfrentamento com a verdade real, perceptível através do emprego de meios técnicos, o mais possível racionalizáveis e objetivos” . Trata -se, portanto, de um modelo persuasivo face a um modelo demonstrativo .

Ora, tudo isso leva a concluir no sentido da existência de um paralelismo desfasado. Com efeito, demonstrou-se que a experiência medieval não consentia com a extromissão do fático perante o jurídico, ou seja, a quaestio factii estava implicada na juris: havia toda uma teoria para estabelecer as quantidades e as qualidades requeridas para ter -se como provado determinado fato. A introdução do positivismo jurídico, a seu turno, dissociou



tais questões, de modo que o fato restou um objeto “in se”, um mundo de plena autonomia, próprio das ciências naturalísticas e à margem da ciência jurídica. A visão contemporânea, todavia, da aplicação do direito – recordando-se aqui as noções de espiral hermêutica e pré-compreensão (item n. 02, supra) – reaproximou ambas questões, na medida em que afastou o paradigma da subsunção. Conseqüentemente, a mesma retificação deveria operar-se no terreno da prova, no sentido de que o jurista já não pode restar infenso à aquisição e ao estabelecimento do juízo fático: ele tem de munir-se de modelos capazes de efetuar o seu controle jurídico.

Assim, a reconciliação do fato com o direito no processo de aplicação das normas jurídicas, com o afastamento do modelo subsuntivista, exige, pois, que também no terreno da prova e da convicção judicial haja uma meditação jurídica. É justamente isso que os modelos de controle ou standards tentam estabelecer.

3. CONSEQÜÊNCIA: NECESSIDADE DE AJUSTE TEÓRICO PARA DEFINIR O DISCURSO APLICÁVEL À MATÉRIA. APELO A PARADIGMAS E STANDARDS, COM A RETOMADA DA TÓPICA -RETÓRICA.

Está visto, então, que, se há, ou, quando menos, deve haver um paralelismo entre as concepções de teoria geral do direito e o conceito de prova, um ajuste teórico se faz necessário, no sentido de estabelecer um modelo tendente ao controle do juízo fático. Mas ainda convém estabelecer em que exatamente consistirão tais modelos e o que deles poderemos legitimamente reclamar.

Nesse sentido, a problemática toda exige que desde logo se distinga, na assim chamada questão-de-fato, a existência de pelo menos dois níveis fundamentais de trabalho: um, de caráter mais subjetivo, de peso, contagem, medida; outro, de caráter mais lógico, inferencial, indutivo. Com SERGI GUASCH FERNÁNDEZ, “em todo juízo de fato, devemos diferenciar, portanto, o aspecto que corresponde à imediação do órgão jurisdicional com respeito aos meios de prova praticados pela decisão e, de outro lado, o raciocínio inferencial que permite a justificação da decisão”. É nesta segunda dimensão que paradigmas, standards jurídicos ou modelos de constatação entram em cena.



Para entender o funcionamento dessas categorias, basta destacar algumas notas atinentes à aplicação dos princípios jurídicos. Nesse sentido e superficialmente, sabe-se que os princípios jurídicos, de uma forma geral, são dotados de um conteúdo geralmente mais aberto do que o conteúdo de certas normas jurídicas. Por isso, enquanto o conflito de normas pode, no mais das vezes, ser posto em termos de uma antinomia, que se resolve pelo conflito aparente de normas, no caso dos princípios, tem-se, freqüentemente, a ocorrência de polaridades, conflitos ou tensões, que se resolvem mediante juízos de ponderações ou balanceamentos.

Os modelos vocacionados ao controle do juízo fático, porque assimilados a paradigmas ou standards, operam semelhantemente aos princípios jurídicos, envolvendo, pois, abertura, polissemia, alta flexibilidade. Os standards “não são, como acertadamente observa STRACHE, regras configuradas conceptualmente, às quais se possa efectuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas ‘móveis’, que têm de ser inferidas da conduta reconhecida como ‘típica’, e que têm que ser permanentemente concretizadas ao aplicá-las no caso a julgar. O standard é, segundo STRACHE, decerto um tipo real, mas é, ao mesmo tempo, sempre um tipo ideal axiológico. Isto não, certamente, no sentido de um tipo de totalidade ou tipo configurativo, mas de um tipo de freqüência ou tipo médio, que é elevado à norma”.

Portanto, todos os standards, paradigmas ou modelos de constatação, sob pena de destruir-se a si próprios, são abertos. Deles não se podem esperar soluções lógico-dedutivas. A regra que eles encerram “deve, assim, ser hetero-integradas, ou seja, completadas com base em critérios meta-jurídicos que, segundo o lugar comum tradicional, existem na sociedade”.

Essa compreensão, associada à idéia de que, no encaminhamento da questão de fato, pelo juiz, há pelo menos uma dupla dimensão (diríamos, lógica – relativa às inferências e conclusões – e a perceptiva, atinente, apenas, ao peso, medida e contagem da prova), desde logo assinala que esses standards jamais poderão, nem deverão, precisar estritamente o controle da convicção. Isso não é possível. Antes, sua maior missão é fundar um código balizador do diálogo, ensejando, pois, a máxima submissão do convencimento judicial ao contraditório.



4. FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS PARA A REVALORIZAÇÃO DOS “ARGUMENTA”.

Finalmente, antes que sejam expostos os modelos de constatação ou standards jurídicos (v. n. 07, *infra*), convém lembrar que a aceitação de uma regra auxiliar de controle da “infra-estrutura lógica” do juízo fático, parte também de uma concepção metodológica do direito, se bem que não exaustiva. Assim, após ter-se afastado uma separação radical entre o fato e o direito, ter-se definido a modalidade de discurso jurídico possível na matéria (aberto e flexível), faz-se necessário situá-los sob a perspectiva do princípio do contraditório.

Nesse sentido, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA demonstra que, a partir dos anos 50, “amplamente se renovam os estudos da lógica jurídica e se revitaliza, com novas roupagens e idéias, o sentido problemático do direito, precisamente quando – já prenunciando o pós-modernismo – mais agudos e prementes se tornavam os conflitos de valores e mais imprecisos e elásticos os conceitos. Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo”; “o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e, em contrapartida, o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”.

Ora, consoante já foi visto, o diálogo e o método dialético têm como base a falibilidade do conhecimento humano e a chance de erro. Os “pontos de partida” deixam de ser necessários ou absolutos e passam a ser prováveis, possíveis, razoáveis, aceitáveis pelo consenso. Para que esse consenso se estabeleça, deve haver um procedimento que permita, ordenada e regradamente, o aflorar de vários pontos de vista a respeito de um mesmo tema, o pluralismo por parte dos interessados. Por isso, com SOUTO MAIOR BORGES, “é para a dialética essencial seja ouvida a argumentação produzida pela parte contrária: *audiatur et altera pars*. As palavras da Constituição Federal de 1988, art. 5º, inc. LV, ressoam como eco dessa arte venerável. (...). A dialética exerce portanto função nuclear no direito processual, depositário dessa lógica natural ao Direito e infelizmente – fora do processo – praticamente abandonada” .



PERELMAN, nesse sentido, assinala que “embora problemas essenciais, em se tratando de questões morais, sociais ou políticas, filosóficas ou religiosas, escapem, por sua própria natureza, aos métodos das ciências matemáticas e culturais, não parece razoável afastar com desprezo todas as técnicas de raciocínio próprias da deliberação, da discussão, numa palavra, da argumentação. (...) Se tivéssemos de considerar como raciocínio enganador toda argumentação dessa espécie, a insuficiência das provas lógico -experimentais deixaria em todas as áreas essenciais da vida humana, o campo inteiramente livre à sug estão e à violência. Pretendendo que o que não é objetiva e indiscutivelmente válido se prende ao subjetivo e ao arbitrário, cavar-se-ia um fosso intransponível entre o conhecimento teórico, o único racional, e a ação, cujas motivações seriam inteiramente irracionais”. Então, ou se assume que a argumentação tem um papel fundamental a desempenhar naqueles setores “essenciais da vida humana” em que verdades e premissas universais e “necessariamente” válidas não são praticáveis, ou se relegam essas mesmas experiências vitais da humanidade – dentre elas o direito – ao subjetivismo, à arbitrariedade, à irracionalidade.

Então, apresenta-se-nos relevante não apenas o resultado da convicção, mas o processo inferencial, a infra-estrutura lógico-argumentativa pela qual ela fora atingida. Para que a praxis probatória não se possa considerar inteiramente “livre”, “subjetiva”, tendente à violência, à arbitrariedade, nossa atenção deve estar voltada, também, para a forma de pensamento, para todos os pontos de vista possíveis. Nesse contexto, o diálogo proporcionado pelo princípio do contraditório, passa a operar como um instrumento fundamental, superando a dimensão meramente formal que, por largo tempo, praveleceu. As inferências estabelecidas pelo juiz devem, então, ser testadas e verificadas por modelos e standards que permitam submetê-las, no âmbito do contraditório, a um juízo crítico comum, garantindo a cientificidade da decisão jurídica . Dito de outra forma, o emprego dos modelos de constatação ou standards permite que se traga ao debate, regrado e inteligível, critérios decisoriais importantes (p. ex., o optar o juiz por um indício a outro, o entender ‘subjetivamente’ insuficiente a prova produzida, o pretender a parte a prevalência de determinada interpretação ou inferência etc.), que, até então, não possuíam um código comum e, de certo modo, ficavam à margem de uma discussão crítica.

Do ponto de vista filosófico, não há como afastar a idéia de “verdade procedimental”, mas não por oposição à assim chamada ‘verdade de material’. Quanto a isso, ressaltamos, apenas, com A. PINTORE, que “se fala de ética procedimental para indicar



aquelas concepções que nos dizem, não quais valores e quais normas morais individualizar, escolher, preferir, mas sim como individualizá-las, escolhê-las, preferi-las” . Assumindo-se e aceitando-se a limitação inerente ao conhecimento humano e, muito especialmente, ao conhecimento obtido pelo processo – sem que isso implique na desilusão perfeccionista, a que bem aludiu M. TARUFFO, essa margem de erro tem de ser sistematizada, regrada e administrada pelo próprio processo, sob pena de restar dissimulada, disfarçada, escamoteada no processo, gerando indesejável arbitrariedade.

Essa “visão procedimental”, que, em filosofia, dá lugar à altamente problemática “ética procedimental”, oferece, dentre outras vantagens, o estabelecimento de pontos de encontro entre posições opostas, atenuando o confronto, viabilizando o discurso leal, aberto, franco, ensejando o pluralismo de idéias, convidando à síntese racionalizável. Nesse contexto, os standards podem colaborar na denúncia de desvios lógico -inferenciais, no sentido de indiciar a ocorrência de erros, subjetivismos, arbitrariedades, a partir do exame lógico do “como”, do “por que meios”, do “por que maneira” e tc. atingiu-se uma certa convicção .

No âmbito jusfilosófico, portanto, esses standards, uma vez que sinalizam uma reação do próprio sistema quanto à sua externa e manifesta falibilidade, estão ligados a uma compreensão autopoietica do direito, ainda que de modo parcial . Na medida em que o próprio processo reconheça a chance de erro na apropriação do fato, esse elemento perturbador (a chance de erro) deve ser incorporado pelo sistema e, por ele, regulado. Com TEUBNER, que “a emergência da autopoiesis no direito opera como que uma transposição de funções evolutivas do exterior para o seio do próprio sistema, uma internalização dos mecanismos de variação, seleção e retenção. Este processo de internalização transfere, assim, o epicentro da dinâmica evolutiva do meio envolvente para o interior do próprio sistema e subordina-o à lógica autopoietica. Ou, posto de forma mais precisa: estamos aqui perante uma transposição de mecanismos evolutivos sociais ‘externos’ para mecanismos jurídicos ‘internos’, no sentido de que tais mecanismos externos passam a exercer um mero efeito modelador da evolução jurídica, ao passo que o protagonista do processo evolutivo passa a caber a elementos estruturais internos”. Como dissera, objetivamente, ENGRACIA ANTUNES, “muito embora o fluxo dos eventos extrassistêmicos jamais possa funcionar como fonte de informação directa para o sistema de referência, ele estimula os respectivos



processos evolutivos internos de seleção que operam a partir de um critério de relevância básicos intrassistêmico (‘order from noise’, ‘hasard organisateur’). ”.

Assim, embora não se adira, aqui, totalmente, ao pensamento autopoético, não resta dúvida de que podemos invocá-lo no sentido de justificar uma apropriação, pelo sistema jurídico, de um dado extra-sistemático – a grave falibilidade da apreensão fática, a chance de erro – com a decorrente formulação de uma lógica intra-sistemática de controle, que vai desaguar, justamente, nos standards que a doutrina preconiza. Ou seja: os standards jurídicos ou mecanismos de controle na mais são do que a reação do próprio sistema contra a sua falibilidade na determinação do juízo fático.

5. QUÃO “LIVRE”, ENTÃO, É O PRINCÍPIO DO “LIVRE CONVENCIMENTO”?

O ter-se demonstrado não apenas a defasagem entre a teoria geral e a teoria processual, e a necessidade, por conta disso, de uma correção científica a ser construída em termos de standards jurídicos, a partir de sua apropriação pelo próprio sistema, não permitiria, sem mais, a apresentação dos principais modelos de constatação existentes. Teríamos de nos haver, ainda, já com um problema lingüístico, a saber, a denominação “princípio do livre convencimento”, e, em especial, com a palavra livre, pois se o convencimento for, por “princípio”, totalmente livre, de nenhum sentido serão os pretendidos standards ou paradigmas. Então, somos obrigados a questionar: quão livre é o princípio do livre convencimento?

Nesse sentido, mostra-se indiscutível registrar, com NOBILI, que o princípio do livre convencimento, apontado como culturalmente superior, apresenta, tanto quanto o sistema da íntima convicção e o da prova legal, um “custo fisiológico”: “a exaltação daquele critério de valoração das provas” [o do livre convencimento] “não nos exime de uma realística consideração de suas possíveis degenerações patológicas”. Com efeito, o objetivo da doutrina medieval, ao operar à base da prova tarifada, fora, justamente, banir a arbitrariedade do juiz e, ao mesmo tempo, garantir alguma dose de racionalidade do acerto fático (embora, na prática, isso não tenha ocorrido). A substituição de um sistema pelo outro acabou por detonar uma “tendência a reduzir a atividade cognoscitiva do juiz a um fenômeno de pura consciência, que se exaure sob o pano íntimo e imprescrutável da mera subjetividade”, o qual acabaria



reduzido, ainda conforme NOBILI, a um momento “misterioso e inefável, a ponto de não poder ser sujeito a análises e controles, portanto, impenetráveis a qualquer tipo de indagação”

Todavia, tal concepção revela-se absolutamente inadequada e, mais do que isso, desnecessária. De um lado, já em sua origem, o princípio do livre convencimento encarnou uma reação contra o julgamento por íntima convicção, portanto, uma reação contra o subjetivismo, a arbitrariedade e a violência, nunca o contrário! De outro lado, também se combateu a rigidez da prova legal, donde se pode constatar uma considerável ambigüidade: ao mesmo tempo em que se repelia a tarifação e se prestigiava a liberdade do juiz – o que poderia conduzir ao subjetivismo – combatia-se, também, o psicologismo, a arbitrariedade das convicções imotivadas e injustificadas!

Afirma por isso NOBILI que, efetivamente, daí exsurgiriam duas formas de pensamento: uma tendente à exaltação do momento emocional e subjetivo da decisão judicial; outra, ligada à noção oitocentista de prova e vinculada à valorização dos argumentos medievais, daria lugar a uma leitura racional e lógica do mesmo princípio. E, no jogo dessas duas mundivisões, a concepção eminentemente silogística do decidir haveria por conduzir o princípio pelo primeiro desses caminhos, pois, afinal, o jurista, como se procurou demonstrar, nada tinha de fazer com os fatos, que, em realidade, sequer diziam respeito ao seu saber tecnológico (v. n. 02, supra). Se o direito, no que toca à premissa menor, não tinha maiores responsabilidades – não porque não devesse ter, mas porque isso não interessava a um puro saber jurídico, de índole marcadamente positivista – nenhum estatuto dogmático se poderia oferecer quanto ao mérito da convicção do juiz.

Todavia, superada essa vetusta concepção, a medida da liberdade do convencimento judicial retoma o curso de sua vertente lógica, consistente precisamente numa oposição ao subjetivismo, ao emocionalismo, à arbitrariedade e à violência dos vários sujeitos processuais no que diz respeito ao fato. Se o direito tem de se haver também com os fatos, e tem de se haver com os fatos porque são indissociáveis das normas e se inserem na cadeia dinâmica da concreção (v. n.º 02, supra), surge a necessidade de banir-se todo o arbítrio que possa inquinar essa operação.

Assim, pouco a pouco, vem a doutrina, especialmente a alienígena, salientando que o livre convencimento não significa, na verdade, um “convencimento livre” ou “livresco”.



Prestigiando a vertente logicista, fruto da oposição do princípio à negativa praxis de um convencimento íntimo e subjetivo, a doutrina passa a assinalar que “la libertad en la apreciación de las pruebas no significa ausencia de reglas a las que el juzgador debe recurrir en el momento de la valoración de ese material probatorio”. Com efeito, diz -se, doravante, que o convencimento “no ha de entenderse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no e xenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje com esse acervo, de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos y reveladores, que haya sido posible concentrar en el proceso”. Supõe -se, pois, uma “valoración racional y lógica (...) con criterios de cientificidad”; “no ha de ser una simple probabilidad o un mero juicio de verosimilitud, sino que (...) debe entenderse referido a que la valoración del material probatorio sea la racional y lógica, o, como se denomina por relevante doctrina científica, que la prueba se aprecie com cientificidad” .

Nota-se, pois, uma polarização objetivista, em detrimento à visão subjetivista, da prova. Assim, para que não se pague um “preço indébito” do livre convencimento, é preciso racionalizá-lo o quanto possível. Com GUASCH FERNÁNDEZ, “el peligro de incurrir en arbitrariedad está presente en la libre apreciación, mientras no se de una definición basada en criterios de racionalidad. La forma de limitar la arbitrariedad sólo puede ser a través de una justificación suficiente de la elección”, mediante o apelo “por criterios racionales, de modo que si no está vinculado po normas jurídicas, lo está por normas lógicas y aun experienciales que regulan el correc to discurso de la mente en sus operaciones intelectivas” .

Essa “objetivização” está dirigida, pois, à razão prática, à lógica do discurso, à teoria da argumentação. Por definição, ensina FERNÁNDEZ, todo juízo há de ser lógico (...). As regras da razão crítica são standards jurídicos, que atuam como princípios da conduta humana a seguir e, ainda que não sejam normas jurídicas em sentido estrito, o são os artigos que a ela se referem. Mais que servir de limite à livre apreciação, fundam a correção do juízo que se obtém através delas. A razão crítica é, basicamente, a aplicação dos princípios do correto entendimento humano com especial fundamento na lógica jurídica, na equidade e na justiça e nos princípios científicos do direito.

Essa objetivização do princípio vai ligar-se, igualmente, ao fundamento constitucional de acesso ao serviço da justiça e ao princípio da fundamentação expressa



(dando lugar, como veremos, à formulação de um importante standard, o da arbitrariedade, utilizado especialmente na Argentina). Assim, GHIRARDI afirmará que “si la fundamentación de la sentencia tiene jerarquía constitucional y existe un control de constitucionalidad, va de suyo que es atinado un control lógico el razonamiento del juez. Este control, por cierto, no sale de los límites de lo formal-lógico. De ahí que el proceso reposa también en la teoría del razonamiento correcto, ya que el juez tiene la obligación constitucional de razonar correctamente y de no violar las reglas que rigen el pensar” .

Parece muito claro, a partir das idéias examinadas, o fundamento central da vertente objetivista do livre convencimento. Firma-se, ela, na arte do bem pensar. A propósito, JAUME BALMES, em seu célebre ensaio “O critério”, escrito em 1843, numa síntese inexecdível do conceito clássico de prova e na forma tópico-retórica de encaminhar a discussão, afirmara: ‘pensar bem é conhecer a verdade ou dirigir o entendimento pelo caminho que a ela conduz’. Assim, o critério não é mais que “um meio para conhecer a verdade”! Aplicando-se tal noção ao princípio, surgem necessários os “modelos de constatação” ou, simplesmente, os standards. Como veremos, eles nada mais serão do que critérios para orientar a análise da prova, critérios para efetivamente submeter ao contraditório, a par de um diálogo comum, as opções valorativas do juiz.

Portanto, à luz de tudo o que se disse, se quisermos responder científica e adequadamente sobre a questão de saber se a livre convicção do juiz é livre, ou quão livre ela é, teremos de concluir que, com FERNÁNDEZ, “no parece muy propia la definición de la convicción como libre, pues a los órganos jurisdiccionales no se les conceden márgenes de aportación subjetivos”. Todavia, “es aceptable la cualidad de libre si se predica de un sistema que actúa según reglas superiores” . Ou seja: a liberdade de que se trata é uma liberdade objetiva e, não, uma liberdade subjetiva, donde fica postulada, no contexto de sua objetividade, o apelo aos referidos modelos de constatação.

6. SOLUÇÕES PARADIGMÁTICAS DE DIREITO COMPARADO:

a ‘evidence beyond a reasonable doubt’, a ‘preponderance of evidence’, as ‘special rules’ (v.g., “clear and convincig evidence”), a “mínima atividade probatória”, o



modelo das dúvidas positivo-concretas, a “doutrina do absurdo” e da “arbitrariedade”, a “congruência narrativa”, o “défaut de motifs”, os modelos matemático - probabilísticos.

Urge, então, identificar ao menos alguns dos standards jurídicos existentes para o controle lógico da convicção judicial, observadas suas características gerais (cf. ns. 3 e 4, supra). Aqui, todavia, abre-se um elenco insuscetível de ser exaurido, tendo -se presente que as formulações são várias e diversas, muito embora – pelo menos é que se objetiva demonstrar – haja entre elas um denominador comum. Permita -se-nos, então, um exame sucinto das principais.

6.1. Um primeiro modelo jurídico, ligado à tradição da common law, opera à base de dois standards jurídicos: a ‘evidence beyond a reasonable doubt’, ou seja, a prova acima de toda dúvida razoável, de emprego em casos criminais, e a ‘preponderance of evidence’, ou preponderância de prova, de utilização dos casos civis, ao lado das quais costuma-se agregar regras particulares, como, v.g., a ‘clear and convincing evidence’, ou seja, a prova clara e convincente.

Essa matéria é tratada pelos juristas norte-americanos no terreno do burden of persuasion (ônus de persuasão). Segundo C. LILLY, “a parte sobre que recai o ônus tem de convencer o julgador acerca da existência desses elementos, de acordo com um standard ou grau de certeza, determinado pelo tipo de procedimento: num julgamento criminal, o governo tem de provar os elementos do crime ‘acima de toda a dúvida razoável’; num típico caso civil, a parte tem de provar os elementos de seu pedido por uma preponderância de prova (algumas vezes expressa por frases como ‘grande peso de prova’, ‘mais provável do que não’)”. Acrescenta o tratadista que “há standards intermediários, como a ‘clara e convincente prova’, sendo que eles não indicam a quantidade de prova reclamada (como, p. ex., cinco testemunhas ao invés de uma), mas o nível de credibilidade (“believability”) da prova.

Obviamente, não é fácil precisar os limites e o conteúdo desses standards. “Qual é o significado mais aceitável da frase – prova pela preponderância, ou grande peso de prova?”, indaga McCormick, respondendo então que, para além do common sense a respeito (“a que é mais convincente do que a prova oposta”) deve -se entendê-la como sendo “a prova que conduz o júri a achar que a existência dos fatos contestados é mais provável do que a não existência”.



Assim, na construção de alguns tribunais norte-americanos, prevalece a tese de que o standard da preponderância é encontrado quando o júri – e, aplicando-se o modelo para o nosso caso –, diríamos, quando o juiz acredita na preponderância, ainda que haja dúvida a respeito. Em Norton –v– Futrell estabeleceu-se que “o termo probabilidade denota um elemento de dúvida ou incerteza e reconhece que onde há duas opções, não é necessário que o júri esteja absolutamente certo ou em dúvida, sendo suficiente que a escolha selecionada seja mais provável que a escolha rejeitada”. Todavia, algumas Cortes rejeitaram a possibilidade de que o standard seja atingido com base em nada mais do que possibilidades, passando a caracterizá-lo como uma verdadeira crença ou convencimento acerca da verdade pela preponderância da prova. Um exemplo dessa corrente é dado por Sargent – v – Massachusetts Accident Co. , segundo o qual “depois que a prova tiver sido sopesada, a proposição reputa-se provada por uma preponderância de provas se resultar mais provável no sentido de que uma verdadeira crença na sua verdade, decorrente da prova, existe na mente do Tribunal, não obstante algumas dúvidas que possam remanescer”. Certo é, assim, que esse standard significa, pelo menos para os juízes, “pouco mais que a metade”, sendo, assim, discutível se há de exigir-se uma crença efetiva do julgador ou apenas uma preferência objetiva pelo que mais provável se desenhar, conforme acima visto.

Ao lado desse standard geral, usa-se outro para assinalar casos civis considerados socialmente mais graves – a “prova clara e convincente” (“clear and convincing proof”). Na verdade, há vários outros paradigmas semelhantes, como o “clear, convincing and satisfactory”, “clear and unequivocal” e o “clear, cogent and convincing”. De uma forma geral, concebe-se tal standard intermediário como sendo uma “alta probabilidade”. Todavia, as cortes costumam, ainda segundo MCCORMICK, distinguir com um certo rigor esses diversos parâmetros, em princípio proporcionalmente à gravidade dos fatos cuja prova se pretende. Aliás, o juiz Burger, da Suprema Corte dos Estados Unidos, acentuou que ‘o standard de prova é mais do que um exercício semântico vazio. Em caso envolvendo direitos individuais, sejam criminais ou civis, o standard de prova no mínimo reflete o valor que a sociedade atribui à liberdade individual’ . Nesse sentido, consigna MCCORMICK o vasto elenco de precedentes em que as cortes de apelação verificaram se a convicção originária dos jurados atenderam a tais requisitos (clear and convincing) .

Ao lado da preponderância – pouco mais de que a metade – seguida pela prova clara e convincente – alta probabilidade –, observadas as duas vertentes (objetivista e



subjetivista), acrescenta esse modelo a prova acima de qualquer dúvida razoável ('evidence beyond a reasonable doubt'), de utilização em casos criminais. Funda-se essa regra na idéia de que "a sociedade julga ser preferível um culpado ser havido por inocente do que um inocente ser havido por culpado", o que se pode obter exigindo o requisito da prova naqueles termos. Sua primeira aparição teria sido num caso de 1798, estando hoje integrado à cláusula do due process of law. Evidentemente, estamos, aqui, além da própria alta probabilidade, convindo salientar que há e deve ser observada uma efetiva diferença entre esses standards. Com efeito, a maioria da Suprema Corte dos EUA (In Re Winship) rejeitou a tese de que haveria apenas uma tênue diferença entre a reasonable doubt e a preponderance of evidence.

Um dado interessante é que o modelo da evidence beyond a reasonable doubt não deve ser utilizado em casos não-criminais, ainda que o fato nele versado seja um delito, ou seja, quando houver multi-incidência. "Quando uma acusação de crime está em causa numa ação cível, as conseqüências ameaçadoras (...) desta acusação, embora incomumente prejudiciais (...) não são tão sérias quanto num processo criminal pelo crime". Então, deve-se-á, ainda aqui, usar o standard civil ou o intermediário, conforme o caso, mas não o mais rigoroso, próprio dos casos criminais.

6.2. Outra formulação bastante interessante é a preconizada pelo standard da "Mínima Atividade Probatória", desenvolvido originariamente para o processo penal, mas utilizável, segundo se pretende aqui demonstrar, como um paradigma geral. Estamos em presença de uma típica 'doutrina jurisprudencial' elaborada pelo Tribunal Constitucional da Espanha, totalmente voltada à verificação do convencimento judicial desde uma perspectiva jurídico-objetiva.

O ponto de partida dessa construção já foi referido alhures (cf. n. 06, supra). Como demonstrado, sustenta-se que a livre apreciação "não é de entender-se ou haver-se equivalente a um fechado e inabordável critério pessoal e íntimo do julgador, mas a uma apreciação lógica da prova, não isenta de pautas ou diretrizes de natureza objetiva". Antes, tratar-se-á mais de uma "valoração racional e lógica da prova, com critérios de cientificidade", donde possível verificar-se a consistência lógica do raciocínio judicial. Deste modo, a mínima atividade probatória nada mais pretende do que marcar a exigência de um substrato probatório adjetivado por determinadas características, sem o que resultariam arbitrárias e ilegítimas as respectivas decisões.



Fiel a esse postulado, a doutrina da Mínima Atividade Probatória vai debruçar-se, justamente, sobre a “a infraestrutura racional da formação da convicção”, procedendo a um verdadeiro metajuízo, vale dizer, um “juízo sobre um juízo”. Seu viés, ao contrário do modelo anterior, que ainda está bastante próximo da avaliação da prova (embora, decididamente, orientado por um critério), é, aqui, pronunciadamente logicista, objetivista, científicista. Isso permite à doutrina, inclusive, desempenhar outros papéis, especialmente os relacionados ao controle cassacional do convencimento judicial, de larga difusão no ordenamento espanhol.

No que nos diz respeito mais propriamente – o controle da motivação do juiz, sem termos aqui uma exclusiva preocupação cassacional, embora indissociáveis tais questões – a doutrina em exame começa por postular “não apenas a ocorrência de uma mínima carga de prova, mas que ela tenha a condição de suficiência”. O questionamento, então, desloca-se para a significação da suficiência probatória. Fiel à sua linha logicista, apela a doutrina, naturalmente, para uma base probatória que se possa declarar conforme às regras da lógica em que se integram as normas da experiência.

Assim, a partir das decisões do T.C., ESTRAMPES conclui que “la suficiencia de la prueba sería equivalente a prueba de cargo congruente e razonable, al haberse observado en su valoración las reglas de la sana critica”. Neste particular, nota-se um ponto de encontro da mínima atividade probatória com os standards da common-law, pois, como tal, dever-se-á entender a prova que “haja eliminado qualquer dúvida racional sobre a culpabilidade do acusado. Prova convincente e prova suficiente aparecem, pois, como conceitos sinônimos”.

À vista do que se examinou, nota-se que a mínima atividade probatória preconiza um controle lógico fundado em dois aspectos básicos:

1o) De um lado, procura-se eliminar um convencimento judicial baseado em suspeitas, pressentimentos, intuições, convicções pessoais do julgador, conjecturas, crenças ou impressões: “la acción de juzgar no es una actividad puramente intuitiva, sino una actividad racional, científica y fundamentada en las pruebas practicadas”. Essa verificação é estabelecida a partir da motivação judicial explícita, à qual a doutrina assinará “diferentes funciones. Por un lado, permite el ulterior control de la racionalidad y logicidad de dicho convencimiento por medio del sistema de recursos jurisdiccionales diseñado por el legislador



lo que conecta, directamente, com el derecho de defensa. La motivación fáctica de las sentencias penales actúa, por tanto, como presupuesto indispensable para controlar la recta valoración de las pruebas” . Pela motivação, dever-se-á examinar as regras ou máximas de experiência utilizadas pelo julgador em sua tarefa valorativa.

2o) Por outro lado, procura-se exigir, ao menos para os casos penais, uma prova que elimine a existência de dúvidas racionais, obviamente não segundo um critério quantitativo, mas sob a ótica qualitativa. A grande decorrência da teoria que, segundo VEGAS TORRES, chegou a causar certa comoção, veio na STC de 28 de julho de 1981, que “en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, el juzgador se viera obligado a absolver al acusado aun teniendo el convencimiento íntimo o en conciencia de la culpabilidad del mismo” . Ao assim proceder, a doutrina inclina-se à exigência de um nível probatório mínimo no que tange ao processo criminal, podendo-se estabelecer o requisito cível por oposição.

As virtualidades cassacionais da mínima atividade probatória são manifestas. De efeito, segundo VEGAS TORRES, “el nuevo plantenimiento en cuanto al alcance del principio de convicción en conciencia ha afectado también a la tradicional doctrina sobre la inatacabilidad en casación del juicio de hecho de la sentencia de instancia. (...). Así, la jurisprudencia parte ahora, como principio general, de que la facultad revisora que corresponde al Tribunal Supremo se extiende a la comprobación de la racionalidad y la conformidad con las reglas de la experiencia de la valoración de la prueba realizada por el juzgador de instancia” .

Poder-se-á dizer que a doutrina da mínima atividade probatória deixa inúmeras questões irrespondidas. Afinal, o quesito da suficiência, em que pese o apelo à lógica e às máximas da experiência, é em si mesmo vago. A tanto, inicialmente, poder-se-á objetar que é próprio do standard uma área vaga, a ser preenchida caso a caso (cf. nr. 3 e 4, supra). Poder-se-á, mais, objetar que, por força dessa imposição, diversas regras práticas pontuais, sempre passíveis de complementação, derivadas da lógica e da experiência, acabaram sendo enunciadas: “el nuevo enfoque jurisprudencial en cuanto al alcance del principio de apreciación en conciencia (...) ha permitido al Tribunal Supremo establecer ciertas reglas relativas a la valoración de la prueba referidas (...) a circunstancias que, incidiendo en la falibilidad de algunos medios de prueba, pueden ser tenidas en cuenta en cassación en la



medida que su apreciación no depende de la intermediación. En este terreno, revista especial interés la doctrina jurisprudencial que se ocupa de los problemas relacionados con el valor probatorio de las declaraciones de los coimputados (...), la valoración del testimonio de las víctimas del delito (...)”, bem assim o problema das presunções e indícios, os quais excedem, em parte, aos limites deste trabalho. O que importa frisar é que, com abstração do requisito da imediação, a mínima atividade probatória permite localizar no ciclo inferencial da convicção pontos em que defeitos lógico-objetivos podem ser encontrados e, a partir disso, legitimar ou não o convencimento judicial.

6.3. Se indagamos, agora, acerca da suficiência, em que a doutrina da mínima atividade probatória de certa forma é lacunar, verificaremos nos moldes de constatação ou standards do direito alemão respostas em princípios bem mais satisfatórias, porque voltadas à verificação da consistência dos elementos que afastam a decisão de um determinado convencimento, donde elevado o seu horizonte prático.

Uma primeira formulação pode ser encontrada em decisão do ano de 1885 (RGZ, 15, 338), em que o Tribunal Supremo da Alemanha afirmara que “debido a lo limitado de los medios humanos de cognición, nadie puede saber com certeza absoluta que algún hecho haya ocurrido efectivamente (ni siquiera habiéndolo presenciado directamente). Siempre cabe imaginar posibilidades abstractas de que las cosas hayan sucedido de otro modo. (...) En la vida práctica vale, pues, como verdad, el alto grado de verosimilitud que se obtiene aplicando los medios de cognición disponibles de una manera en lo posible exhaustiva y concienzuda y si el que conoce tiene conciencia de que existe esta alta verosimilitud así determinada, ello equivale a estar convencido de la verdad” .

Assim, notadamente no processo civil, o requisito da “suficiência” vinha caracterizado como um alto grau de verossimilhança, admitida, assim, a coexistência da dúvida, orientação que prosseguiria até o pós-Guerra. Para os casos penais, a jurisprudência empregava uma cláusula assemelhada, reclamando “un grado de verosimilitud rayano en certeza” (ou seja, um grau de verossimilhança nos limites ou próximos da certeza). Por exemplo, no RGSt 51, 227 afirmar-se-ia que “para suponer una relación causal basta que se compruebe (...) com una verosimilitud rayana en la certeza”, cláusula que continuou sendo utilizada largamente.



Contudo, segundo G. WALTER, a partir de RGSt 58, 130, esse estado de coisas sofreria uma virada, notadamente por força de decisões penais. Passa -se a afirmar, sem mais, que “un grado alto de verossimilitud tiene valor de verdad y la conciencia de esa verdad tiene valor de convicción”. Com base nesta noção, mais concessiva à dúvida em matéria penal inclusive, passa-se a revisar várias decisões absolutórias, de cortes inferiores, fundadas em dúvidas, as quais restavam cassadas por não comprometerem o standard requerido – ou seja, o “alto grau de verossimilhança”. Exemplificativamente, a Sala Penal, em 1929, deparando -se com uma decisão do tribunal de jurados – segundo a qual apesar da ‘suspeita fundadíssima’ de que o acusado cometera perjúrio, dera -se a absolvição, ante a ‘possibilidade, altamente improvável, de que as testemunhas tivessem faltado com a verdade’ – concluiu que “tais expressões faziam supor que o tribunal de jurados se havia convencido da culpabilidade do acusado”, afastando -se, assim, ilegitimamente dessa conclusão. “Se se admitisse”, frisou a Corte, “justificações tão gerais, ter -se-ia de concluir que a prova da culpabilidade do acusado não seria possível em caso algum”.

Assim, tanto nos casos civis, quanto criminais, o standard para haver -se como legítima a convicção judicial confundir -se-ia, simplesmente, com “um alto grau de verossimilhança” ou com uma “verossimilhança próxima da certeza”. Mas esse estado de coisas muda radicalmente após a Segunda Guerra Mundial, quando, então, restaram fixados os novos lineamentos até hoje empregados. Basicamente, a novidade será introduzida relativamente à valoração das dúvidas (e aqui, vai -se ver, reside o seu alto sentido prático, dando excelente concreção ou mesmo completando às próprias idéias da evidence beyond a reasonable doubt).

Parte-se da idéia fundamental de que “a possibilidade meramente teórica ou abstrata de que o acusado não haja sido autor não pode impedir a sua condenação”. Daí dever -se distinguir entre “dúvidas abstratas” e “dúvidas concretas”, ou “dúvidas positivas” e “dúvidas negativas”, adjudicada, a partir de 1950, à doutrina jurisprudencial alemã. Retifica -se, então, para os casos penais, a idéia da mera verossimilhança. Dir -se-á, pois, que “uma grande verossimilhança (...) não era suficiente como prova, enquanto não se pudesse descartar qualquer dúvida possível, qualquer outra possibilidade, ainda que relativamente rara”. Até aí , nenhuma diferença em relação ao modelo americano! O elemento diferenciador reside no conceito de dúvida positiva e dúvida negativa, ou dúvida abstrata e dúvida concreta. Segundo o ‘new deal’, o standard dos casos penais passa a ser um ‘alto grau de verossimilhança a que



não corresponda nenhuma dúvida’, mas, agora exatamente, um alto grau de verossimilhança a que não corresponda nenhuma dúvida concreta.

Mas um último e decisivo passo ainda seria dado pelo BGH, em decisão de 1953. Como anota G. WALTER, “a Corte Federal de Justiça seguiu distinguindo entre dúvidas abstrato-teóricas e dúvidas positivo-concretas, mas com enfoque, desta vez, à pessoa do julgador: ‘a forma como estão redigidos os considerandos não exclui que a câmara penal haja estado em si convencida de que o acusado era culpado, mas, não obstante, incorreu em um erro de direito ao supor que não estava em condições de condená-lo, porque logo após sopesar todas as circunstâncias restava ainda a possibilidade teórica de que os fatos se houvessem desenvolvido de um modo distinto do que imaginavam os juízes em seu convencimento, ou seja, que outro julgador poderia ainda duvidar da culpabilidade do acusado. Justamente essa fundamentação faz suspeitar que a câmara se sentiu impedida de condenar NÃO POR SUAS DÚVIDAS, mas por DÚVIDAS QUE ERAM EM SI POSSÍVEIS”.

O standard, com essa evolução, avança, destarte, no sentido de melhor precisar o requisito da suficiência, destacado pela doutrina da mínima atividade probatória mas por ela não especificado. O convencimento reputar-se-á válido e legítimo na presença de um alto grau de verossimilhança em que as dúvidas subjetivas, ou seja, as dúvidas do juiz ‘in concreto’ sejam descartáveis. Então, sob essa ótica, dever-se-á, primeiramente, verificar se a convicção foi atingida, para, logo após, examinar os elementos que dela afastam, ou seja, as dúvidas. A qualificação teórica das dúvidas mencionadas na fundamentação da decisão é que servirão de critério. As dúvidas abstrato-negativas (teóricas) deverão ser desprezadas, enquanto que as dúvidas concreto-positivas viciarão a convicção judicial. Por dúvidas abstrato-teóricas não se compreendem-se não apenas creditadas à imperfeição do conhecimento humano, mas, também, “os escrúpulos de um juiz que, estando ele mesmo convencido, estima que outro juiz ou algum terceiro poderia haver chegado a uma conclusão distinta. Também essas dúvidas são irrelevantes. O juiz somente não estará convencido quando se veja frente a dúvidas concretas (reais, positivas) e não possa superá-las. Se, apesar disso, sentenciar, a sua sentença será viciosa”.

Uma leitura apressada do que acaba de ser dito poderia supor que o modelo de constatação em tela teria pouco poder de controle, em função de seu caráter mais descritivo



do que prescritivo. Por evidente, sua virtualidade cassacional talvez seja inferior. Todavia, sua operacionalidade no campo do convencimento enquanto tal parece inegável: por seu intermédio, “a falta de convicção estará mal fundamentada quando as dúvidas supostamente concretas que se aleguem sejam em realidade dúvidas abstratas, o que ocorre em particular quando as que se dizem dúvidas concretas não tenham fundamento em fato real. Em tal caso, se aplica o dito a respeito das dúvidas abstratas”, donde o requisito da suficiência há de repousar sobre uma análise ponderada a partir dos elementos divergentes da convicção.

Dentro dessa perspectiva, o standard geral do alto grau de verossimilhança, com exclusão de todas as dúvidas positivo-concretas, oferece um valioso critério de verificação lógica, pela sua dimensão prática e, de certa forma, complementar aos modelos até aqui examinados.

6.4. Outra formulação de inegável consistência, preordenada mais ao fenômeno cassacional e de uma perspectiva negativa (no sentido de demonstrar quando um juiz não poderia dar-se por convencido), está na chamada “doutrina do absurdo” ou da “arbitrariedade”. Não se trataria propriamente, assim, de um standard voltado à conferência do juízo fático, mas uma espécie de instituto destinado à cassação mesma da decisão.

Parte-se da idéia fundamental de que a garantia de acesso ao Poder Judiciário supõe uma análise ponderada e efetiva da prova judiciária. Assim, a desconsideração do material probatório representa uma violação constitucional ao serviço da justiça e, como tal, é uma ofensa à Constituição e, não, simplesmente, ao jus litigatoris. É para essa circunstância que se reserva a qualificação técnica de sentença arbitrária ou absurda.

Nesse sentido, MORELLO invocando manifestações jurisprudenciais, assevera que “la tacha de arbitrariedad requiere que se invoque y demuestre la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial consistentes en razonamientos groseramente ilógicos o contradictorios, apartamiento palmario de las circunstancias del proceso, omisión de considerar hechos y pruebas decisivas o carencia absoluta de fundamentación” .

Trata-se, assim, de vícios flagrantes e manifestos na apreciação da prova. O absurdo, assevera, “consiste em um vício de valoração material, quando se errou na apreciação da prova; e formal, se se infringiram as leis da lógica” . A arbitrariedade e o



absurdo, assim, seriam limites impostos ao juiz na valoração das provas. Embora aberto o seu campo de atuação, algumas situações tem sido consideradas típicas. Ness e sentido, considerar-se-á arbitrária a sentença que “en la valoración de la prueba, ha de entenderse aquel que escapa a las leyes lógicas formales o las transgrede; o lo que es impensable o inconcebible y no puede ser di ninguna manera por haber quedado a l margen de las reglas de raciocínio” . Assim não deverá reputar-se, todavia, uma “apreciación equivocada, discutible, objetable o poco convincente de la prueba”, sendo que o erro na valoração da prova somente recairá sob as malhas do absurdo “se vicia de tal modo el mecanismo lógico de la sentencia” .

Parece evidente a semelhança entre a doutrina da mínima atividade probatória e a da arbitrariedade e do absurdo. Todavia, algumas diferenças podem ser detectadas. É verdade que ambas têm uma vocação típica mente cassacional. Todavia, enquanto o modelo da mínima atividade probatória procura construir um metajuízo puramente lógico, a arbitrariedade e o absurdo avançam no sentido do próprio processo formativo da convicção. Sua atenção volta-se para os desvios que o juiz possa eventualmente cometer na própria valoração. Por isso, ESTRAMPES assevera que, para a última doutrina, “el fundamento del control casacional del razonamiento probatorio hay que encontrarlo en la ‘interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos’, proclamada nel art. 9.3. C.E., de tal forma que la casación (...) además de cumplir la finalidad tradicional de asegurar una aplicación uniforme de la ley penal, deve perseguir, también, un fin de protección contra la arbitrariedad, es decir, la casación no puede dejar de ser un medio de protección jurídica contra la arbitrariedad”. Parece-nos, assim, que a arbitrariedade representa um desenvolvimento posterior à mínima atividade probatória, ou seja, um desenvolvimento no sentido das regras lógico-experienciais do raciocínio judicial para as regras lógico-experienciais da própria percepção probatória, ambas, porém, sempre tendo por objeto a fundamentação. Reconheça -se, porém, que, em seu estado atual, as duas teorias poderiam definir -se como ‘variações sobre um mesmo tema’.

6.5. Um dos grandes problemas com que todos os standards têm de se haver, a nosso juízo, está no fato de, necessariamente, recair sobre a fundamentação, ou seja, sobre uma manifestação lingüística ou simplesmente um discurso (jurídico). Desse modo, quiçá dissimuladamente, qualquer análise que se empreenda, seja pela idéia da arbitrariedade, pela mínima atividade probatória, pelos standards da preponderância ou da eliminação da dúvida razoável etc. pode ser reconduzida, na verdade, a uma perspectiva lingüística, tendo em causa as idéias da coerência (manutenção do eixo de sentido) e da coesão (a manutenção



do eixo lógico) do discurso em que a convicção judicial se exterioriza. Então, poderia ter algum sentido, talvez, formular-se um standard atento à base lingüística ou comunicativa da convicção.

Nessa direção, vão surgir os modelos chamados “narrativísticos”: “a escolha diz respeito a ‘story’ na sua globalidade e o critério da escolha é identificado na coerência e persuasividade da narração. As provas são consideradas à luz da sua capacidade de fundar uma ou outra ‘story’, globalmente entendida”. Parte-se da idéia segundo a qual, no processo, identifica-se “uma reconstrução, re-descrição nas representações lingüísticas que permitem dar conta do agir humano enquanto efetivamente ocorrente no mundo”, representações essas que se reduzem a narrações. Na teorização preconizada pelo narrativismo a atenção está concentrada fundamentalmente na análise semiótico-estrutural das narrações. Evidentemente, tal impostação suscita um importante debate, infelizmente incabível nesta sede. Por ora, refira-se apenas que, não tendo os standards qualquer pretensão de exclusão, elencar-se um conjunto de modelos lingüísticos, ao lado dos demais modelos de constatação estudados, seria certamente tarefa proveitosa – em que pese, segundo PASTORE, a tendência, ao menos nas concepções semiótico-narrativas, de confundir-se a opinião com a verdade.

Nesse sentido, um modelo narrativístico que assume, abertamente, a suficiência do substrato probatório, de um ponto de vista lógico, como uma questão de “congruência” ou de “coerência da motivação”, sem perder de vista, contudo, nexos com o mundo concreto, ou o nexo de referência, foi enunciado por NEIL MACCORMICK. Com efeito, para o tratadista, ‘a coerência do raciocínio é um teste importante a respeito de sua solidez enquanto tal. Trata-se de um teste que não é plenamente satisfeito pela mera consistência, ou seja, pela ausência de auto-contradição’. Com efeito, “àquilo que eu digo, pode não faltar consistência interna, não obstante, como um todo, possa não fazer sentido”. Então, o que se deve ter em causa na realização desse teste é, justamente, o “fazer sentido”, o “estar em conjunto”, o ser “coerente”, tanto nas questões de direito, como nas questões de fato, às quais correspondem os conceitos de congruência normativa e congruência narrativa.

Define-a o próprio autor: “congruência narrativa é o meu nome para um teste de veracidade ou probabilidade nas questões de fato e de prova, para as quais não seja disponível uma prova direta, mediante observação imediata”. A preocupação do modelo, já se vê, é auxiliar, justamente, em casos difíceis, em que os meios de prova se mostrem escassos.



Todavia, a missão do standard é substancialmente ampliada, tendo em conta a premissa suscitada pelo próprio autor: “dado que quase todas as disputas jurídicas e processos e causas concernem a fatos e eventos do passado, e dado que nenhum fato ou evento do passado é suscetível de prova direta mediante observação imediata, a congruência narrativa é um teste de grande e, realmente, central importância na justificação das decisões jurídicas”.

Como é próprio dos juristas norte-americanos, N. MACCORMICK parte de um exemplo do qual induz suas reflexões. Trata-se de *Rex v. Smith*, no qual o réu (sr. Smith) fora acusado de matar sua esposa, encontrada morta no chuveiro. A acusação ofereceu como prova a circunstância de que o mesmo fato – morte no chuveiro – sucedera com as duas primeiras esposas do réu, também assim falecidas. Aduziu, também, que o Sr. Smith consultara um advogado para certificar-se de que herdaria os bens da vítima. Assim, cinco aspectos poderiam dar-se por conhecidos, tais como: (1) a primeira senhora Smith morreu no chuveiro e Smith estava em casa naquele momento; (2) a segunda senhora Smith morreu no chuveiro e Smith estava em casa naquele momento; (3) a terceira senhora Smith morreu no chuveiro e Smith estava em casa naquele momento; (4) anteriormente à morte da primeira senhora Smith, o Sr. Smith verificou a possibilidade de herdar -lhe os bens.

A partir desses fatos conhecidos, MACCORMICK alude a dois outros enunciados, em teses possíveis, e em torno dos quais se polarizara a questão de fato: (5) todas as ‘senhoras Smith’ morreram no chuveiro por um puro e simples acidente e (6) o senhor Smith assassinou, com premeditação, todas as ‘senhoras Smith’ no chuveiro. Pois bem, o autor constata que os enunciados (1-4) não contradizem nem o enunciado (5), nem o enunciado (6). Isso apenas demonstra uma das premissas da sua teoria, qual seja, a de que a não contradição, por si só, pouco oferece em termos de controle da decisão fática. É preciso introduzir, então, o critério.

Ora, o critério ou standard introduzido por N. MACCORMICK afasta-se, já foi visto, da mera não-contradição. Ele observa que, apesar de ambos (5 e 6) serem não-contraditórios com relação aos fatos conhecidos (1-4), (6) é, todavia, congruente com (1-4), enquanto que (5) não é congruente com os mesmos (1-4). Então, cabe perguntar por que (6) foi havido por congruente e (5) não o foi, ou, em outros termos, porque (6) deveria ser a resposta para a questão de fato, e não (5), uma vez que também (5) não contradizia (1-4).



Para responder a essa pergunta, NEIL MACCORMICK lança mão de uma interessante, embora complexa, distinção. O mundo natural seria explicável segundo princípios ou leis de tipo naturalístico-causal e probabilístico, ao passo que o mundo das vivências e ocorrências humanas seria explicado por “leis” de tipo racional, intencional e motivacional. Logo, nos fatos que sucedem sem a intervenção do homem, a explicação de que se deve lançar mão é de tipo não motivacional, não intencional, mas causal e probabilística. Então, a probabilidade de se verificarem, conjuntamente, as condições de tipo naturalístico-causal para que três pessoas, sempre relacionadas com uma terceira pessoa constante (Smith, no exemplo), venham a morrer no chuveiro é muito baixa. Agora, a probabilidade de que um agente humano possa intencionalmente determinar a realização destas condições necessárias é alta, e mais alta ainda se existir um motivo para fazê-lo, a ponto de poder legitimamente ser tida como uma certeza para efeitos judiciários.

A partir dessa sofisticada lógica de pensamento, NEIL MACCORMICK permite-se concluir que a combinação de (6) com (1-4) é débil, à luz das correspondentes causas explicativas. Convém, porém, atentar para a seguinte observação: “esta não é uma derivação dedutiva de (6) para (1-4); trata-se, muito mais, disto: (6) e (1-4) pertencem a um único esquema racional de explicação dos eventos, ao passo que (5) e (1-4) não pertencem a um mesmo esquema, salvo pressupondo-se fatos ulteriores e hipóteses auxiliares”.

Então, “para resumir a congruência narrativa: ela fornece um teste da verdade ou da provável verdade de proposições sobre coisas e eventos não observados. O teste consiste na explicabilidade das proposições controladas no mesmo esquema de explicação que se utiliza para as proposições consideradas verdadeiras sob a base da percepção. A probabilidade relativa de proposições mutuamente incoerentes, que se referem ao mesmo evento não observado (no exemplo, o afogamento da senhora Smith), depende do número de outros eventos que devem supor-se para atingir a congruência, e da medida em que se deve fazer recurso a ulteriores hipóteses explicativas auxiliares, para obtê-la”.

Como resultado, narração mais congruente, entre as mutuamente contraditórias (no caso Rex – v – Smith, as hipóteses excludentes (5) ou (6)) será aquela que comportar a mais baixa improbabilidade mediante esse teste, que, por isso, outorga credibilidade e justifica a decisão sobre questões de fato do passado, porque é uma “condição necessária de



inteligibilidade do mundo fenomênico e por que a racionalidade é necessária para tornar inteligível o mundo fenomênico.

Se, agora, observarmos criticamente a teoria, em primeiro lugar ressumbra que a noção de congruência narrativa ostenta um corte nitidamente racionalista. Embora narrativista, ela não perde suas conexões com o mundo e postula a manutenção de referências extra-lingüísticas. O critério decisivo, ao que se compreende, é o da manutenção das causas explicativas: em Rex –v– Smith, a conclusão factual (6) se impõe sobre a (5) porque, para manter esta última, seria necessário alterar o paradigma explicativo. Dito de outro modo, para assumir que houve três acidentes naturais, ter-se-ia de apelar a eventos altamente improváveis do próprio ponto de vista naturalístico. Já a conclusão factual (6), empregando um esquema explicativo de tipo intencional, não lança mão nem de pressuposições auxiliares, nem de premissas improváveis.

Uma variante dessa impostação reside no standard proposto por COHEN – o da probabilidade indutiva. O modelo procura, justamente, controlar a passagem inferencial do fato conhecido “A” para o fato desconhecido “B” e oferece soluções interessantes no campo da valoração judicial, tanto no âmbito criminal, como no âmbito civil.

No primeiro caso, COHEN lança mão do seguinte exemplo: um policial que declara ter descoberto o acusado, em plena noite, no jardim de uma casa na qual, pouco antes, jóias haviam sido furtadas, sendo que tais jóias foram encontradas na casa do réu. Nessa situação a acusação lançará mão de uma generalização – se um objeto foi furtado e uma pessoa é encontrada logo após sob a posse de tal objeto, nas proximidades de onde foi retirado, é porque essa pessoa o retirou. Todavia, anota COHEN, essa generalização, para servir de fundamento à condenação, deverá resistir à interferência de todos aqueles fatores diversos que possam ser levantados pela defesa, que poderá tentar demonstrar que existiam outras pessoas no jardim logo após o furto etc. À vista disso, COHEN constrói o seguinte critério: “para que possa considerar-se atingido o standard de prova para além de toda dúvida razoável necessária para o processo penal, é preciso estabelecer que qualquer característica relevante da situação é coerente com a generalização invocada” .

O mesmo serve ao processo civil, apenas ajustando-se a verificação do processo generalizador para o nível da preponderância. COHEN, também, aqui, lança mão do



seguinte exemplo: uma pessoa é condenada a indenizar perdas e danos pelo descumprimento de um contrato de construção de um edifício. Resta claro que nenhum edifício fora construído e que o autor, se o contrato fosse respeitado, teria ganho algum dinheiro. Duvida-se, contudo, se o contrato foi efetivamente concluído. Em apoio à sua tese, o autor demonstra que em sucessivas oportunidades o réu manifestou seu interesse no contrato. Extrai-se uma primeira generalização, segundo a qual, normalmente, se um contrato é proposto a uma pessoa e esta exprime seu interesse em várias ocasiões, é presumível tê-lo aceitado. O réu, porém, assevera que o autor não tem condições de prová-lo documentalmente e, nesse momento, o autor reforça sua posição, provando que uma soma de dinheiro foi dada ao réu. O réu, a seu turno, alega que essa soma de dinheiro foi dada a outro título. Então, o autor ainda prova que o réu procurou materiais de construção, e assim sucessivamente, seguindo-se uma espécie de jogo de probabilidades indutivas, em que toda e qualquer tentativa de generalização é posta em cheque e permanentemente testada pelas possibilidades indutivas em sentido contrário.

Parece claro também que ambos os standards narrativísticos mencionados – a idéia de congruência e a idéia de probabilidade indutiva – partem de uma concepção de mundo estritamente racional, mantendo-se absolutamente fiel a esse paradigma. Aliás, MACCORMICK reconhece: “visão racional do mundo é aquela que inclua um conjunto mutuamente coerente de princípios explicativos em modo tal que estes princípios delineiem um modelo inteligível de eventos em um mundo possível, e que esses tornem inteligíveis (porque explicáveis com referência ao princípio) os eventos que a nossa percepção nos revela. Não poderemos ter um ordenamento formativo racional sem ter também uma visão de mundo racional. Mas não necessitaremos de uma visão de mundo racional e certamente não necessitaremos de modos de decidir em torno da realidade das coisas se não fôssemos também sujeitos ativos desejosos de racionalidade prática nas nossas ações”. Preside-a, assim, a idéia de normalidade, como inerente a toda sua construção: “a verdade provável relativa às alegações dos fatos se baseia sobre um ‘stock’ de conhecimentos sobre o curso comum dos eventos no mundo externo, que inclui generalizações aceitas pela comunidade científica, baseadas sobre a experiência dos componentes da sociedade .

A crença na “racionalidade” do mundo até poderia estar em contradição com o modelo explicativo das ações humanas, em que comparece o motivacional. Todavia, as próprias leis motivacionais participam dessa racionalidade, o que desnuda as limitações a que estão sujeitos esses modelos. Não se consegue, em primeiro lugar, avançar no estabelecimento



do critério lógico para controlar o paradigma da suficiência, sobre o qual pouco se diz. Na verdade, o conceito central fornecido pelo standard em tela, congruência ou probabilidade indutiva, diz respeito mais à eleição entre opções contraditórias, mas possíveis logicamente (tal era o caso das sentenças (5) e (6)). De outra parte, embora se postule geral, sua atendibilidade parece mais ligada aos casos atinentes à prova indiciária e presuntiva, quando, aí sim, o teste proposto tem um horizonte prático considerável.

Todavia, ambos os standards têm a vantagem de permitir um diálogo mais consistente e regrado no campo das generalizações. Eles evitam, justamente, que fique à margem do contraditório esse momento delicado do processo decisório, em que o juiz, partindo dos fatos conhecidos, chega ao fato desconhecido. Assim ocorre porque a verificação da congruência da decisão judiciária, assim, também, a probabilidade indutiva exigem do intérprete uma meditação específica sobre a formulação da máxima de experiência ou da lei de experiência formulada pelo juiz no caso concreto e, neste particular, são altamente educativos, elevando o debate judiciário. Todavia, sua vocação cassacional parece ser muito reduzida.

Assim, se pode concluir dizendo que o standard da congruência narrativa manifesta-se como um bom instrumento para o controle das inferências judiciais em casos complexos, principalmente os que envolvem indícios e circunstâncias e, mais exatamente, para o controle da transição fato conhecido—fato desconhecido. Fiel ao seu programa, dever-se-á, num primeiro momento, selecionar um tipo de causalidade explicativa para a premissa conhecida (naturalístico-causal ou motivacional) e, a partir disso, examinar qual, dentre as proposições fáticas possíveis e não-contraditórias, recorre a um menor número de premissas auxiliares, refugindo, assim, ao paradigma da normalidade, ou qual tem o seu processo de generalização indutiva quebrado por um desvio fático considerável.

Com isso, é verdade, não se terá estabelecido exatamente o “quantum” de prova, mas já se terá avançado numa espécie de sub-critério, sub-standard, através do qual se poderá fazer um controle lógico a respeito das premissas de que o juiz se utilizou quando de uma ou outra opção, como, no exemplo citado, ocorreu entre as soluções (5) e (6), e, com tais limitações, a teoria pode significar um instrumento auxiliar bastante interessante.



6.6. Partindo da idéia básica de que a cassação não reexamina fatos, a Corte de Cassação francesa desenvolveu um interessante elenco de standards capazes de efetuar um abrangente controle lógico do juízo fático. Esse instrumental, relativamente sofisticado e formal, é genericamente conhecido por Controle da Motivação. Por seu intermédio, “impõe -se ao juiz da questão de fundo uma motivação suficiente e coerente, a fim de evitar uma degradação da função judiciária”. Referem os juristas franceses a um “controle mínimo dos motivos de fato”.

Como foram criados para funcionar na cassação francesa, seu horizonte prático se confunde com as necessidades e limitações daquele recurso, mas sua utilização, tanto no contexto dos recursos Especial e Extraordinário, como no âmbito dos mod elos de constatação até aqui estudados, não é de todo impraticável. Todavia, presente a dicotomia entre o juiz de fundo e o juiz da cassação, no sistema francês, o seu enfoque é exclusivamente cassacional, destinando-se à anulação da decisão e, não, à sua efetiva reforma.

Nesse sentido, o Controle da Motivação subdivide -se em três standards fundamentais: o (1) défaut de motifs (falta ou carência de motivos), o (2) défaut de base légale (falta de base legal) e a (3) dénaturation de l’écrit (desnaturação ou , mais livremente, deturpação de um escrito). O controle da motivação – frisam os juristas franceses – “distingue-se do erro de fato”: “se uma decisão está suficientemente motivada de fato, ela é invulnerável, sejam quais forem os erros de fato que contem ple”. Assim, o controle de motivação examina o motivo indicado na decisão e a consistência da conclusão que dele se faz, bem marcando tratar-se de um mecanismo auxiliar para o exame da infra -estrutura da convicção.

Ocorrerá (1) défaut de motifs, ou falta de motivos, toda vez que faltarem os motivos necessários para a afirmação de uma determinada decisão. Partindo da idéia de que “a obrigação de motivar, é, nos termos da lei, uma forma substancial do julgamento” e de que, por isso, “a Corte de Cassação considera a falta dos motivos como um vício de forma”, surgem quatro standards básicos que permitem apontar o vício de uma decisão carente de motivos:

1.1) Absence de motifs (Ausência de Motivos): caracteriza -se pela falta absoluta de motivos, ou pela existência, apenas, “de uma motivação de pura forma, que não



passa de um simulacro de motivação”. Tal é o caso, p. ex, de uma decisão que se limita a declarar que uma alegação “não é séria”, “não é fundada” ou, simplesmente, assevera estar a demanda “bem fundada e justa”, ou apenas invoca “a jurisprudência”, sem explicitação. Todas essas circunstâncias podem indicar o vício apontado;

1.2) *Contradiction de motifs* (contradição de motivos): standard utilizado para cassar a decisão fática contraditória, exigindo a concorrência de, pelo menos, cinco características: a) a existência de uma contradição real no juízo de fato, que atinge o próprio pensamento do julgador; b) que a contradição se estabeleça ou entre os próprios motivos da decisão ou entre os motivos e o dispositivo da decisão; c) que essa contradição ocorra no plano dos motivos de fato da decisão; d) que a contradição tenha exercido uma efetiva influência sobre a decisão, capaz de prejudicar a parte que a invoca; e, finalmente, e) que a contradição esteja revelada pela própria decisão;

1.3) *Motif dubitatif ou hypothétique* (motivos dubitativos ou hipotéticos): a categoria em apreço assimila os motivos hipotéticos à ausência de motivos. A idéia que preside esse standard vincula-se ao ônus da prova: o acolhimento de uma demanda com base em motivos hipotéticos substanciará uma violação ao nível de prova exigido para a procedência da demanda, porque o juiz estaria, em realidade, reconhecendo que o demandante ou o demandado, conforme a questão controvertida, não teriam provado devidamente os pontos em que apoiadas as respectivas pretensões;

1.4) *Défaut de réponse à conclusion* (falta de enfrentamento de uma questão), que se caracteriza quando um fundamento relevante, validamente posto pelas partes, é deixado de lado pela decisão combatida.

Ao lado do *défaut de motifs*, insere-se no “controle mínimo dos fatos” o (2) *défaut de base légale*, ou seja, a falta ou insuficiência de base legal, que, segundo BORÉ, é “uma criação puramente jurisprudencial”. Versa a categoria sobre situações em que a decisão tem motivos, de sorte que sua regularidade formal não pode ser atacada através do *défaut de motifs*, mas esses mesmos motivos fáticos são manifestamente insuficientes ou precários para suportar as conclusões jurídicas que sobre eles se apóiam. Viola-se, aqui, não o dever de fundamentação, mas o dever de exposição completa do fato. Portanto, verifica-se, em



primeiro lugar, à luz das conclusões jurídicas da decisão, a existência de uma “insuficiente constatação de fatos”.

É preciso, neste ponto, distingui-lo do *défaut de motifs*. Realmente, este *standard* supõe a inexistência de motivos – seja por que estão de todo ausentes, seja por que são contraditórios, seja por que são hipotéticos, seja por que há uma falta específica. Por tanto, o *défaut de motifs* é aferido a partir de um controle formal do juízo de fato. Já o *standard* do *défaut de base légale* é um controle substancial e, não, meramente formal, implicando a insuficiência de mérito dos motivos fáticos invocados em face da conclusão jurídica estabelecida, por isso que sempre de aplicação subsidiária (se da aplicação do primeiro *standard* resultar viciosa a decisão, não há que se prosseguir no teste). No limite, porém, nem sempre será possível a sua radical distinção, donde “sejam invocados conjuntamente” e “se excluam mutuamente”, ainda segundo BORE.

Assim como no *défaut de motifs*, há uma extensa tipologia de casos ou ‘*substandards*’ típicos, que indiciam ter havido o (2) *défaut de base legal*, quais sejam: a) o fato é constatado de maneira incompleta; b) o juiz se omite de indicar a origem das constatações de fato; c) o juiz se omite de apreciar o conjunto dos fatos constatados; d) o juiz se omite de interpretar uma cláusula obscura; e) o juiz deduz um motivo abstrato e geral em lugar de considerar o fato concreto; f) o juiz omite-se de determinar a realização de uma prova que lhe permitiria resolver a questão de fato; g) a decisão é ambígua e não se sabe se o juiz resolveu o fato ou o direito; h) os motivos tornam incerta a base legal da condenação; i) o motivo eleito é ininteligível; j) o motivo deriva de pura e simples afirmação; k) o fato constatado é hipotético ou dubitativo. São exemplos do *défaut de base légale*, extraídos da jurisprudência da Corte de Cassação: o acórdão considera o empregador civilmente responsável por ato de seu preposto, sem verificar se, no momento do fato, o preposto estava no exercício de suas funções; o acórdão anula um ato assemblear, sob a alegação de ser ilegal, sem que se defina em que consiste a ilegalidade; o acórdão se vale de expressões como ‘parece’, ‘tem-se a impressão’, ‘é possível que’, ‘não se exclui que’, ficando no terreno de conjecturas etc. .

O terceiro e último *standard* do controle mínimo do fato é dado pela chamada ‘*dénaturation de l’écrit*’, ou descaracterização, deturpação de um escrito, também uma “criação puramente jurisprudencial”, sendo “a forma mais recente de controle da motivação”.



Trata-se da “deturpação, pelo juiz da questão de fundo, do sentido de um escrito claro e preciso” (cf. Cass. 1er. Civ. 28 févr. 1962, Bull. Civ., n. 128). Segundo a jurisprudência francesa, a deturpação é um erro flagrante na apreciação do sentido de um ato claro, um erro de apreciação e, não, uma falta de apreciação, não se confundindo, assim, com o erro de direito. Para configurá-la, exigem-se, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) que exista um escrito válido; b) que o escrito seja claro, manifesto; c) que a interpretação seja contrária ao escrito; d) que o escrito tenha sido abstraído pela decisão (embora seja polêmico esse requisito); e) por fim, que não haja um motivo diverso (motivo superabundante), capaz de fundamentar a decisão, a despeito da deturpação.

Como se observa, as categorias aqui examinadas, por estarem exclusivamente vocacionadas à cassação francesa, sofrem uma limitação no seu uso enquanto standards, já que a sua função é mais negativa que positiva, ou seja, auxiliando a denunciar o erro da decisão e a cassá-la, mas não a definir a decisão que seria a correta. Todavia, essa é uma praxis bastante próxima à que o Superior Tribunal de Justiça vem exercendo por intermédio de sua Súmula nº 211: apontando o recorrente um daqueles erros, não reparados por embargos declaratórios, o Tribunal opta pela cassação do acórdão estadual, sem proceder ao enfrentamento imediato do fundo do litígio.

Todavia, talvez por isso mesmo, os modelos franceses podem ser extremamente úteis no sentido de, sem apontar o caminho correto, alertar os interlocutores do debate judicial de que pode haver problemas em determinado juízo de fato, a cuja correção poder-se-á chegar mediante o recurso aos demais standards.

6.7. Nossa análise seria absolutamente incompleta se, pelo menos, não mencionássemos - nada além disso - os chamados modelos probabilístico-matemáticos. Com efeito, deparamo-nos com a tentativa de aplicar-se, ao diálogo judiciário, teoremas, fórmulas e demonstrações estatísticas capazes de assegurar o grau de segurança da inferência.

O paradigma em torno do qual essa questão vem polemicamente de batida – e, a esse respeito, faremos uma breve referência – remonta ao caso *People v. Collins*, julgado pela Suprema Corte da Califórnia, em que foi rejeitada a introdução de prova estatística em determinado processo segundo o qual a chance de os réus serem os responsáveis por determinado ato era de 1 entre 12 milhões. Um dos argumentos de peso, utilizado pela Corte, foi, no dizer do Juiz Sullivan, o de que “nenhuma equação matemática poderia provar além da



dúvida razoável que somente um homem”, com as características descritas e com o grau de certeza 1:12.000.000, “poderia ser encontrado em toda a área de Los Angeles” .

Esse acórdão marca uma importante discussão a respeito do uso de regras probabilísticas no campo probatório. FINKELSTEIN e FAIRLEY, o primeiro um jurista, o segundo um matemático-estatístico, passariam a defender a aplicação do teorema Bayesiano nesses domínios, ao que se opôs, em diversos artigos, L. TRIBE. Aliás, este último chamou a atenção para a perspectiva “matemática” da prova medieval, na medida em que aqueles juristas tratavam de estabelecer o número de testemunhas requerido para a prova determinadas questões, donde “o direito medieval (...) procurou na precisão matemática uma escapatória contra os perigos do julgamento irracional e subjetivo”, ponto sobre o qual já versamos (v. n. 2, supra). Em busca da segurança é que certos autores vão, destarte, defender o uso de modelos matemáticos.

Não pretendemos, aqui, examinar o mérito das formulações matemáticas, senão apenas noticiá-las, porque tudo leva a crer que a imposição tradicional de *Collins v. People* seguramente exigirá uma nova reflexão por parte dos juristas. A tendência de rejeitar os modelos matemáticos, *prima facie*, torna-se prontamente relativizada quando se pensa, p. ex., nos testes genéticos com altos percentuais de certeza. Imagine-se, por exemplo, um teste pericial indicando um percentual de 90%. Como o jurista deverá ler essa informação estatística? Se o jurista ler 90% sobre um universo de 10, sobre 100, sobre 1.000, sobre 1.000.000, as respostas não tenderão a variar? E não tenderão a variar conforme a matéria *sub judice*? Afinal, em números absolutos, 90% de 10 é 9 (a chance de não-ocorrência é 1); mas 90% de, p. ex., 1.000.000 é 900.000 (caso em que a chance de não ocorrência passa para 100.000)! As diversas concepções de probabilidade (probabilidade absoluta, probabilidade freqüência, probabilidade lógica etc.) entram aí em cena.

O que cabe registrar, neste particular, é que o avanço das ciências exatas reproporá o problema dos modelos matemáticos. A ciência jurídica terá de dar resposta para isso, e o progresso das ciências exatas, certamente, vai suscitar esses questionamentos. O referencial mais utilizado nessa matéria é ainda o aludido teorema de BAYES, insuscetível de ser abordado nesta sede. Tudo leva a crer que perspectiva pessimista de *Collins v. People* exigirá novas reflexões.



De todo modo, impende aqui destacar que, à base dos modelos narrativísticos acima vistos, principalmente, está uma probabilidade, mas não uma probabilidade matemática, pelo que a rejeição desta última não pode implicar, ipso facto, a rejeição da primeira. Com MARCHEIS, “em primeiro lugar, um conceito de probabilidade não matemático e fundado essencialmente sobre a base do id quod plerumque accidit apresenta a vantagem de não impor ao juiz uma bagagem de conhecimentos especializados que ele não tem em virtude de sua formação profissional e se revela particularmente idôneo a descrever em termos racionais o raciocínio na valoração das provas”. Ou seja, a probabilidade dos modelos narrativos, por oposição a dos modelos matemáticos, funda-se no conceito de normalidade.

Não se pode negar, evidentemente, que o mesmo argumento poderia ser usado em apoio da teoria matemática. O próprio conceito de “id quod plerumque accidit”, ou seja, o conceito de normalidade, pressuposto nas formulações lingüísticas, contém, em si, a chance de erro, que a própria estatística contempla, e nem por isso deixa de ser válido. Com a estatística, ocorreria o mesmo fenômeno. A chamada “probabilidade-freqüência” leva em consideração essa realidade, donde a aparente contradição entre a relatividade do conhecimento humano e a aparente certeza do modelo matemático não estariam, em princípio, em cheque.

Assim, observa-se que, sem dúvida, o tempo e, em especial, a evolução das ciências exatas, exigirá uma tomada de partido quanto aos modelos probabilísticos de tipo matemático e um debate mais profundo do tema por parte da classe jurídica. Por ora, contudo, sirva-nos apenas a referência de que, ao lado dos modelos estudados, abre-se a perspectiva da utilização paralela dos modelos matemáticos, cujo estatuto fica, ainda, por discutir.

7. A PRAXIS BRASILEIRA E A IMPORTANTE DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DE 01/10/98.

Tendo-se presente uma visão geral do fenômeno, resta-nos referir, brevemente, a praxis nacional. E, prontamente, localiza-se a noção mais próxima das que foram até aqui examinadas: aludimos à dicotomia reexame de prova - reexame da valoração jurídica da prova.



Nesse sentido, essas expressões vêm sendo utilizadas no processo brasileiro desde o Recurso Extraordinário, sendo recepcionadas no Especial, nos termos da Súmula nº 07 do S.T.J., a dizer que “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, repristinada, portanto, a Súmula nº 279 do S.T.F., segundo a qual “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

A tônica de ambas as formulações, percebe-se, recai no adjetivo “simples”, a partir do qual ambas as Cortes permitem-se, eventualmente, abandonar sua posição de total neutralidade relativamente aos fatos e deles conhecer, mas apenas ‘sub specie juris’, ou seja, apenas em sua dimensão lógico-jurídica. Em voto que se tem por clássico, o Ministro Vilas Boas, afirmou que a “Corte Suprema tem feito, a propósito, nítida distinção entre apreciação de prova e valorização da prova. A primeira hipótese diz respeito à pura operação mental de conta, peso e medida, a qual é imune ao controle excepcional. Na segunda, exatamente porque se envolve na teoria do valor do conhecimento, esta Augusta Corte pode sair da sua posição de neutralidade, dispondo-se a apurar se houve ou não a infração a algum princípio probatório e, desta perspectiva, tirar alguma conclusão que sirva para emenda da injustiça proventura cometida” (RE nº 57420-GB, in RTJ, 37/480). O voto é paradigmático porque refere-se a um típico controle lógico da prova, ou seja, um controle que, debruçando-se sobre a teoria do valor ou do conhecimento – e, não, sobre o material probatório –, permite verificar a existência de alguma infração lógico-jurídica e, “desta perspectiva”, ou seja, sem ainda enveredar por problemas eminentemente fáticos – o que lhe seria defeso – corrigir a decisão de meritis.

A distinção sub examen não só tem permitido a execução de controles lógicos no âmbito desses recursos, como, igualmente, a realização de controles tipicamente narrativos. Assim, o S.T.F. decidiu que “não constitui matéria de fato, mas de Direito, a valoração jurídica das provas, quando a decisão nega qualquer efeito à adequação, como a perícia contábil, para apurar-se a simulação disfarçada nos livros mercantis do simulador” (RTJ 72/472). Já o S.T.J., num exemplo típico de controle narrativo, efetuado a partir do discurso linguístico do acórdão estadual, sem recorrer ao exame das provas, assim ementou o REsp. nº 32.932-6-RS, relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro: “Litigância de Má Fé. Averbção que se cancela, posto que o acórdão não demonstrou que realizada alguma das hipóteses do art. 17 do C.P.C.” (RSTJ nº 66, 259).



Por evidente, a distinção reexame de prova – reexame da valoração jurídica da prova é absolutamente fiel e limitada ao contexto em que originada – o Recurso Extraordinário e, hoje, o Especial - ressentido-se, assim, daquela perspectiva própria dos standards, que, pelo menos alguns deles, permite um diálogo efetivo com o material probatório. Na verdade, a distinção em causa não é propriamente uma regra de controle (como, p. ex., são os standars da preponderância, do alto grau de verossimilhança, da dúvida abstro-negativa etc.), mas é a categoria jurídica por intermédio da qual aqueles controles são feitos!

Disso, duas conseqüências decorrem: em primeiro lugar – e esta é a que mais nos importa aqui – fica claro que, na praxis processual brasileira, estão presentes, de longa data, os ingredientes necessários para que, enquanto mecanismo auxiliar e complementar, proceda-se a um controle lógico da motivação judicial; em segundo lugar, que se mostra absolutamente possível e praticável a execução desse controle, vale dizer, que a construção teórica mencionada tem densidade prática, pois, se ela é factível no âmbito do Recurso Especial e do Extraordinário, sabidamente restrito, com muito mais razão o será quanto ao mais.

Uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido, veio a dar um passo importante e decisivo na matéria. Referimo -nos, aqui, ao Recurso Especial nº 184.156-SP, julgado em 1/10/98, pela Egrégia 5ª Turma do S.T.J., relator o eminente Ministro Félix Fischer (RSTJ, 114, 535). A decisão, no mais alto sentido, simplesmente aplicou, em sede de Recurso Especial, os mais modernos standards de controle lógico, podendo ser invocada com um verdadeiro leading case, doravante, no assunto. Vejamo -la brevemente.

No precedente, que é de natureza criminal, a Corte deparou -se com a questão de saber se determinado acórdão estadual absolutório (por entender insuficientes as provas colhidas) não teria violado o art. 386, inc. VI do C.P.P.. Em outros termos, discutiu -se se o standard exigido pelo Tribunal do Estado, para efeitos de condenar, era, realmente, o standard próprio dos casos criminais, donde a Corte em verdade deparou -se não com a incumbência de reexaminar a prova, o que lhe seria defeso, mas sob o enfoque de sua suficiência jurídica. O recorrente especial, pois, sustentava, precisamente, que o “non liquet” da Corte Local ensejava uma ilegalidade probatória, porque a prova era suficiente.



O cultíssimo Ministro Félix Fischer, relator do caso, invocando, com e xtrema felicidade, as lições de CASTANHEIRA NEVES, afirmou que, em princípio, não se exclui a atuação da Corte “em domínios que pertenceriam à questão de facto. Pensemos no controle do ‘défaut de base légale’, no controle do ‘dever de averiguação da verdade e’, com o respeito pelos ‘fatos notórios’ e a exigência de concludente motivação na censura dos desvios de poder relativos ao cumprimento da objectividade probatória etc.; ponto este que se encontra, em momentos decisivos, diretamente relacionado com as questões de controle em geral das violações das regras de experiência e das violações das leis do pensamento. Consideraremos ainda as questões muito discutidas relativas à admissibilidade de uma censura em revista quer da manifesta contradição com os autos, vício que a doutrina alemã designa por *Aktenwidrigkeit*” (ob. cit. p. 362).

Fixadas tais premissas, a Corte, então, debruça -se sobre a consistência lógico-jurídica da dúvida mencionada pelo tribunal estadual aos efeitos de decretar o non liquet, e conclui tratar-se de uma dúvida abstrato-negativa (cf. item 7.3., supra) e, por isso, inservível à absolvição. Cabe transcrever a manifestação do Tribunal:

“...quanto aos precedentes, que não são poucos, em torno da reavaliação da prova (...), aonde se vê que, e em casos como este, a pretensão recursal não esbarra na Súmula n° 07-STJ. ‘Insisti naquele ponto de que o juiz, evidentemente, na apreciação da prova, tem uma latitude muito grande (nunca lhe negamos), mas ele não a tem por arbítrio e sim fundamentando lógica e racionalmente porque se afasta de uma determinada prova’ (RE 78036-GO, STF, Pleno, rel. Ministro Aliomar Balleiro, RTJ 72/477 -478). O v. acórdão reprochado, portanto, indica inicialmente, o que é profundamente lamentável, o choque frontal entre perícias realizadas. Mas, como está registrado no voto -vencido, da lavra do magistrado Dr. Corrêa Moraes, a douta maioria desprezou, in totum, a prova testemunhal nos tópicos em que ela era e é obviamente taxativa e decisiva. TUDO ISTO COM BASE EM ESPECULAÇÕES TEÓRICAS, acerca da captação dos fatos, contidas em livros e artigos...”.

Percebe-se, assim, com toda a clareza, que a Corte empregou, explicitamente, o modelo calcado na distinção entre dúvidas abstrato-negativas e dúvidas positivo-concretas, sendo certo que somente as últimas têm aptidão para excluir o processo inferencial. Aliás, ao terminar seu douto voto, o eminente Ministro-Relator asseverou uma vez mais: “ao se negar a incisiva prova testemunhal (admitida e especificada em segundo grau) em proveito de



especulações teóricas (...) construiu-se um decisum com flagrante violação ao art. 386, VI do CPP”, razão pela qual a Corte findou, sinalizou-se, por reformar o acórdão absolutório estadual, reestabelecendo decisão condenatória monocrática.

Como a decisão deu-se em sede de recurso especial, igualmente os standards franceses, examinados no item 7.6, supra, permitiriam a mesma ordem de conclusões. Percebe-se que a Corte Superior superior detectou, no acórdão, o standard (1.3), ou seja, um “Défaut de Motif” (falta de motivos), qualificado por um “Motif dubitatif ou hypothétique” (motivos dubitativos ou hipotéticos), ou, ainda, o standard do Défaut de base légale (falta de base legal), qualificado pela hipótese “2e”, em que o juiz deduz um motivo abstrato e geral, em lugar de considerar o fato concreto.

Percebe-se, assim, no precedente invocado, que a distinção reexame das provas e reexame da valoração jurídica das provas atesta, não apenas a presença dos elementos culturais necessários à utilização daqueles paradigmas, como, igualmente, a sua plena utilização na prática.

CONCLUSÃO: DO POSSÍVEL CONTROLE E DO CONTROLE DESEJÁVEL.

Que conclusões podem ser extraídas da exposição precedente? Ora, ao longo do presente trabalho, partiu-se do caráter problemático do convencimento judicial, para justificar a necessidade de uma equalização entre as concepções da teoria geral do direito e a questão do controle da convicção judicial, no sentido que das primeiras poder-se-ia extrair contribuições importantes para a segunda.

Aceitando-se abertamente a contingência da falibilidade do conhecimento humano – largamente “dissimulada” pela ostensiva difusão do racionalismo de tipo cartesiano – e, no que diz respeito à prova, soterrada pela substituição do conceito clássico pelo conceito moderno de prova – demonstrou-se, cientificamente, a necessidade e a vantagem de serem formulados critérios, instrumentos, modelos de constatação ou, mais propriamente, standards jurídicos capazes, não apenas de auxiliar na evitação do erro, com o, igualmente, de comunicar as vantagens do contraditório ao próprio processo de formação da convicção judicial, doravante não mais concebida como “equivalente a cerrado e inabordable criterio



personal y íntimo del juzgador”, mas como “una apreciación lóg ica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo” .

Obviamente, pressupôs-se, nesse contexto, o papel constitutivo e necessário do contraditório, no sentido de que “a verdade se manifesta e emerge na disputa entre opostas perspectivas através de um conhecimento discursivo”, sendo “o procedimento dialético próprio do contraditório (...) estruturalmente comunicativo enquanto exige (...) o diálogo interpessoal peripatético; crítico, enquanto submete à discussão os pressupostos sobre os qu ais baseia as hipóteses probatórias e também autenticamente cognoscitivo s, porque consente em argumentar-se com referências a hipóteses determinadas, no confronto dialético para a assunção da prova, de modo que, restando confutada uma hipótese, ela possa s er abandonada porque falsa ou insutentável” .

Com essas premissas, chegou-se à conclusão de que o processo de convicção, com toda a sua carga problemática, poderia muito bem beneficiar -se da abertura legitimadora e constitutiva do contraditório, desde que fossem nele integrados os critérios que presidem a formação da convicção judicial. Lembrou-se, aqui, com apoio em JAUME BALMES (O critério) e à luz da concepção clássica da prova, que ‘pensar bem é conhecer a verdade ou dirigir o entendimento pelo caminho que a ela conduz’, sendo os critérios ou os standards, justamente, os “meios para conhecer a verdade” !

À luz desta pré-compreensão e pressupondo que a liberdade outorgada ao juiz não pode redundar no desrespeito às regras do bem pensar, exsurge, não ap enas como necessário, mas como vantajoso, a invocação de tais critérios como instrumento que viabiliza uma discussão regrada, leal e honesta também a respeito da estrutura lógica da convicção judicial. Então, partindo da experiência do direito comparado, c olhem-se os critérios, standards ou modelos de constatação, sempre alternativos e desprovidos de qualquer pretensão de exclusividade ou rigorismo, capazes de permitir, aos partícipes do debate judicial, não apenas a efetiva explicitação desse juízo, mas, s obretudo, a discussão a respeito de seu acerto, razoabilidade, racionalidade e justiça. Tal procedimento visaria, em última análise, a evitar que passos importantes dessa delicada operação fiquem à margem do diálogo judiciário, o que seria equivalente a uma forma escamoteada de arbitrariedade ou a um dissimulado monólogo.



Os diversos standards – tais quais a ‘evidence beyond a reasonable doubt’, a ‘preponderance of evidence’ e as ‘special rules’ (v.g., “clear and convincig evidence”); a “mínima atividade probatória”, as dúvidas positivo-concretas e abstrato-negativas, a “doutrina do absurdo” e da “arbitrariedade”, a “congruência narrativa”, o “défaut de motifs” e os modelos matemático-probabilísticos –, por serem tais, devem ser vistos, apenas, como mais um ponto de vista para analisar-se um mesmo problema, concepção que se ajusta a uma ‘visão problemática’ do direito. Por isso, eles não podem, nem devem, ter por missão substituir o processo de convicção enquanto tal: seria algo absolutamente indesejável. Eles são verdadeiros momentos argumentativos, ângulos ou enfoques de observação, devendo ser testados e utilizados sucessivamente, de tal modo que o observador (o juiz, as partes, o tribunal) possa ou seja, inclusive, obrigado a mudar seu ponto de vista e experimentar outra abordagem, consoante é da essência do pensamento problemático, que, haja vista, “amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo aberto e ponderado” .

Não cuidamos, aqui, do uso desses standards no âmbito específico dos recursos Especial e Extraordinário, embora, alguns, dentre os examinados, sejam mais voltados para essa finalidade. Essa, todavia, é uma outra dimensão prática que ostentam, o que já se pode inferir dos precedentes invocados. Nosso objetivo, ao contrário, foi o de preconizar a sua utilização como forma de submeter o processo de convencimento judicial a um possível controle. E diz-se, expressamente, um “possível controle” porque, como visto no curso deste trabalho, é próprio do standard uma indeterminação de sentido, no caso da convicção judicial, ademais, insubstituível.

Assim sendo, ao lado do juízo de fato e de sua sempre possível renovação como forma de controle, é recomendável e altamente proveitoso que se recorra também a parâmetros lógicos, a partir dos diversos standards a esse título enunciados, para que também a apreciação da prova mereça todo um diálogo franco, aberto e possível, plenamente integrado pelo contraditório e pelo pensamento problemático. Bem utilizados, poderão, também, contribuir na solução de importantes questões no plano dos Recursos Especial e Extraordinário.