

## 2

### A verdade e o processo

Tratar da verdade no ambiente do processo é o mesmo que se falar em provas. Já configura lugar comum a definição segundo a qual é função da prova averiguar se determinados fatos tiveram ou não ocorrência no caso então sob análise. Algumas modificações podem se dar, mas o que permanece é essa idéia fundamental. No entanto, na hipótese de que se queira ir um pouco além, o horizonte será de uma série de dificuldades. Essas dificuldades decorrem primeiramente do fato de que a prova se projeta para fora da dimensão jurídica, relacionando-se com outros campos, como a epistemologia, a lógica e a psicologia.<sup>17</sup>

Assim, o estudo da prova remete seu agente à investigação de aspectos *extra-jurídicos*, sempre que seja irredutível a vontade de conhecer os fatos do caso. Conhecer e interpretar as regras jurídicas é apenas uma parte do caminho que se precisa percorrer.<sup>18</sup> São as regras que determinam as condutas desejadas e indesejadas no ordenamento jurídico em questão, trazendo algumas conseqüências de maneira a motivar a conduta de seus destinatários.<sup>19</sup> O papel do julgador ganha relevo nesse contexto, dando cumprimento à prescrição jurídica. Mas como saber se o prescrito pela norma ocorreu? De que modo é possível ao julgador saber qual regra está sendo posta em questão por dada conduta? Cabe alguma conseqüência? Qual seria?<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 22.

<sup>18</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 23: “(...) Resulta imposible definir y analizar de forma completa la prueba si nos situamos exclusivamente en la dimensión jurídica del problema. Naturalmente, siguen sendo posibles y legítimos los análisis jurídicos del derecho a las pruebas: sin embargo, éstos son definiciones parciales, ya que están referidos a una sola dimensión, aunque importante, del fenómeno de la prueba.”

<sup>19</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 29: “Seguramente no se discutirá que una de las funciones principales del derecho es dirigir la conducta de sus destinatarios. Se da por supuesto que lo que pretende el legislador al dictar normas jurídicas prescriptivas es que sus destinatarios realicen o se abstengan de realizar determinadas conductas (i. e.: pagar impuestos, no robar etc.). para conseguir motivar la conducta, el legislador suele añadir la amenaza de una sanción para quién no cumpla la conducta prescrita.”

<sup>20</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 13: “Sea como fuere, una vez asentado que la constatación de ciertos hechos constituye el fundamento de aplicación de la norma, el problema surge a la hora de determinar las posibilidades o límites de su conocimiento, o sea, lo que pudiéramos llamar de epistemología judicial de los hechos”.

Todas essas perguntas só podem ser respondidas se o que resta do caminho que há pouco se mencionou seja mesmo percorrido: é preciso ir aos fatos. E esse foi um tema reiteradamente esquecido pelos estudiosos e profissionais do direito, apesar de sua relevância, inclusive prática. A epistemologia jurídica, que é a sua correspondente área de esforço intelectual, chegou a ser tida como “orfão ignorado”, “desatendido tanto pelos filósofos do direito como pelos processualistas e penalistas”.<sup>21</sup>

No lugar de um tratamento efetivo do assunto, quem sabe tentando encobrir que são várias as áreas relacionadas ao tema da prova, o direito buscou, por algum tempo, dar um tratamento fechado, por meio do qual as regras jurídicas prescreviam os resultados potencialmente aferíveis por cada meio de prova. O sistema da *prova legal* foi uma tentativa de se resolver o problema da prova através de critérios estritamente jurídicos.<sup>22</sup> Rígidos limites ao raciocínio do julgador e uma construção autoritária da verdade. Ao invés de uma real preocupação cognitiva havia um aparato institucional voltado à edificação de uma verdade convenientemente montada: o importante não eram os fatos em si, “mas a consumação de um ritual probatório formal e simbólico que se considerava equivalente à demonstração efetiva daqueles”.<sup>23</sup>

Uma outra maneira com que se confiou resolver a importância do papel da prova – ou seria melhor dissolver? – consubstanciou-se nas várias tentativas de se conceber uma espécie de verdade “diferente” que viria a fazer parte do processo. Haveria mesmo uma distinção de natureza entre a verdade que a prova traz para dentro do processo através de seus limitados meios cognitivos e a verdade de fora do processo, referente a outros setores da vida que não o processo e que seria obtida por meios cognitivos também diferentes. Verdade formal Vs. verdade material, verdade relativa Vs. verdade absoluta. Todavia, parece

<sup>21</sup> LAUDAN, Larry. Prólogo. In FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 16.

<sup>22</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 22: “El sistema de la prueba legal, en efecto, estaba pensado como un conjunto orgánico, cerrado y completo de reglas jurídicas capaces de abarcar cualquier aspecto de la prueba de los hechos en juicio. En ese sistema podría tener espacio una concepción únicamente jurídica de la prueba, aunque sólo fuera porque todo criterio o regla referida a la prueba tendría que asumir la vestimenta de regla jurídica, por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, cuando no lo establecía directamente el legislador”.

<sup>23</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 12. A autora localiza o sistema da prova legal no capítulo da irracionalidade jurídica.

insustentável o argumento conforme o qual a verdade judicial possa ser – ou deva ser – completamente distinta e autônoma da verdade extra-judicial. Como acentua Taruffo,

“A existência de regras jurídicas e de limites de distinta natureza servem, no máximo, para excluir a possibilidade de se obter verdades absolutas, mas não é suficiente para diferenciar totalmente a verdade que se estabelece no processo daquela da que se fala de fora dele.”<sup>24</sup>

O autor reconhece a impossibilidade de se obter verdades absolutas no ambiente do processo, mas isso não significa sua anuência com respeito ao par a que se aludiu por último. A verdade absoluta é impossível para o processo, assim como o é fora dele. Por outro ângulo: a verdade absoluta é impossível de ser obtida qualquer que seja o contexto da experiência e, sendo o processo um desses contextos, não poderia se passar diferente com ele. Assim, a verdade relativa é o único sentido sensato que o termo verdade pode assumir, dentro e fora do processo.<sup>25</sup> Ou seja, pode-se dizer que a verdade do processo tem algumas peculiaridades relevantes que derivam de sua situação conceitual dentro de um contexto específico, mas isso não basta para a criação de um conceito autônomo.<sup>26</sup>

O caráter incerto e normativo do ambiente do processo também é freqüentemente tido como uma razão para advogar em favor de uma diferença essencial entre a tarefa de conhecer que se empreende dentro do processo e a que se dá fora dele: fixação formal dos fatos mediante determinados procedimentos *versus* conhecimento total dos fatos fora do processo. A incerteza, no entanto, não é algo exclusivo do contexto processual, “com maior ou menor grau se pode dizer o mesmo de qualquer âmbito de conhecimento”.<sup>27</sup> A normatividade também é uma característica inegável, mas não exclui *a priori* uma preocupação cognitiva que o processo pode expressar por meio da relação entre prova e verdade dos fatos. O sistema da *prova livre*, idealizado por Bentham, representa um esforço radical nesse sentido, aceitando e reconhecendo como prova qualquer coisa que auxilie na corroboração da hipótese trazida pela parte. Esse sistema não vingou, mas trouxe à luz o caráter instrumental da prova, que é o de buscar o

<sup>24</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. pp. 24-25. (tradução livre, a partir de agora: T.L.)

<sup>25</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 13.

<sup>26</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 25.

<sup>27</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 26.

conhecimento maior possível sobre a realidade dos fatos. Da impossibilidade de certeza absoluta, não se infere necessariamente a negação de todo e qualquer traço de racionalidade cognitiva.<sup>28</sup>

A seguir, uma análise de posições contrárias, segundo as quais o papel da verdade no processo restaria ameaçado.

## 2.1. Contra a possibilidade da verdade no processo

Os argumentos contrários à possibilidade de averiguação da verdade no processo guardam uma raiz anterior, ou seja; porque a verdade é impossível no mundo, também o é para o direito; porque a verdade constitui um objeto irrelevante para qualquer discussão para o mundo, também o seria para o direito. Tais posturas configuram o que já se chamou de *veriphobia*<sup>29</sup>, isto é, o repúdio à idéia de possibilidade de verdade.

### 2.1.1. Ceticismo e Irracionalismo

A primeira forma de se negar a possibilidade de se determinar a verdade dos fatos dentro do processo funda-se num *ceticismo filosófico radical*.<sup>30</sup> Segundo

<sup>28</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. pp. 26-27.

<sup>29</sup> GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. Oxford: Oxford University Press. 1999. p. 7: "Having outlined my veritistic approach to social epistemology, I must hasten to observe that the playing field of social epistemology have been substantially preempted by world views quite opposed to veritistic conception. I allude to such views as social constructivism, postmodernism, pragmatism, cultural studies, and critical legal studies. (...) They share a deep skepticism or utter repudiation of truth as a viable criterion for studying epistemic phenomena. They would raise a suspicious and even scornful eyebrow at any serious attempt to wield the concept of truth. I think they suffer from an affliction that may be called *veriphobia*. Although veriphobes differ from one another in the details of their preferred methodologies, they share the idea that the study of social 'knowledge' should be confined to the interpersonal and cultural determination of belief: not true or false true belief, just plain belief. When veriphobes talk of 'knowledge', they do not refer, as I do, to true belief, but to something like institutionalized belief."

<sup>30</sup> O termo "cético" vale um esclarecimento com respeito à origem, já que atualmente possui um significado liberado dela. O ceticismo foi uma corrente filosófica cuja criação remonta à Antiguidade. Ficou conhecida através dos escritos de Sexto Empírico e Cícero e pode sofrer uma divisão entre seus seguidores, pirrônicos, ou acadêmicos. Os pirrônicos defendiam a suspensão do juízo sempre que não se soubesse a resposta de algum conflito surgido pelo impasse entre as várias teorias dogmáticas. Apenas suspendendo o juízo sobre aquela dúvida é que poderia chegar a um estado de *ataraxia*, isto é, de imperturbabilidade. O conhecimento não era negado de forma absoluta. Ele poderia chegar, mas não através do esforço do pensamento por meio do qual se teria a resposta certa e verdadeira. Ele chegaria, caso viesse, apesar dos esforços. O pirronismo, portanto, mais do que uma negação de conhecimento, é um método de sobreviver às dúvidas. Já os

o argumento cético, não há como se fazer uma distinção entre aparência e realidade. No ânimo de conhecer, falham nossos sentidos, a vigília e o sono se assemelham, o engano é uma possibilidade permanente. Duncan Pritchard, ao dar tratamento ao ceticismo radical<sup>31</sup>, concede ao leitor um forte componente do argumento cético: a hipótese cética.

E se tudo for uma grande invenção? O autor traz o exemplo do filme *Matrix*, que retratava um sujeito que descobria que sua vida era uma “mera aparência de vida”, “parecia” que tinha uma existência repleta de interação com outros seres humanos, com as típicas questões do cotidiano, quando, pelo contrário, estava num compartimento tendo seu cérebro nutrido dessas “experiências”. Nenhuma interação com outros seres humanos. E, senão com os tubos que o alimentavam, não havia interação com coisa alguma. Há como se distinguir uma experiência autêntica de uma ilusão, de um equívoco? Há o falso e há o verdadeiro claros e distintos?<sup>32</sup>

A resposta fornecida pelos céticos é negativa neste sentido. Não há um critério que nos forneça a tranquilidade de conseguir empreender tais distinções. O intelecto humano não logra esse desafio, nem fora, nem dentro do processo.

---

acadêmicos afirmavam que em razão da falta de critério para julgar as várias teorias, não havia como se conhecer qual seria “A certa”, dentre todas as outras. Seus embates contra as conclusões dogmáticas, pretensas portadoras das verdades absolutas, fizeram deles, dogmáticos negativos, isto é, aqueles que negam de forma absoluta a possibilidade da empresa do conhecimento. Logo, o ceticismo de que nesse ponto se tratará, guarda mais semelhanças com dogmáticos negativos, que chegam a conclusões negativas a respeito do conhecimento do que propriamente aos pirrônicos, que buscavam o antídoto para o pretense conhecimento, o dogmatismo em si. POPKIN, Richard. *História do ceticismo: de Erasmo a Spinoza*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves. 2000. p. 13 e ss.

<sup>31</sup> PRITCHARD, Duncan. *What is this thing called knowledge?* pp. 138-151.

<sup>32</sup> A oposição clara e distinta entre o falso e o verdadeiro foi do que Descartes se ocupou. O autor de *Meditações* esforçou-se ao máximo em responder as objeções céticas à possibilidade de fundação de conhecimento. Nessa empreitada é que desenvolveu o método da dúvida hiperbólica, tornando sinônimos a mais fraca dúvida e o falso (meditação segunda, p.91). Mas vão dizer seus críticos que, se impediu que fundássemos certezas equivocadas, igualmente nos impediu de qualquer certeza. Daí a tese de Popkin, para quem Descartes foi um “cético apesar de si mesmo”. O gênio maligno cartesiano (meditação primeira, p.87) é um exemplo de hipótese cética, de acordo com a qual, nada nos garantiria contra a existência de um deus enganador que tudo pode criar para nos iludir, mesmo na adição de três e dois. Esse foi o método que Descartes instituiu para a fundação de uma certeza primeira, o *cogito* (penso, logo existo), mas se, por um lado trouxe a certeza da existência do sujeito, deixou-o completamente sozinho, já que todo o mundo exterior teve de ser posto em dúvida. O gênio maligno teve mais sucesso do que seu autor desejava. Os céticos consideraram suas hipóteses confirmadas, e não respondidas como desejava Descartes. Sobre isso, ver POPKIN, Richard. *História do ceticismo: de Erasmo a Spinoza*. pp. 271-331. E ainda, MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2002. pp.159-175.

Dessa afirmação, surgem alguns personagens comuns ao processo. Por exemplo o “perfeccionista desiludido”, o qual, havendo constatado que a verdade absoluta não é possível passa ao extremo oposto. Com a impossibilidade de fundação de uma verdade incontestável, esvai-se qualquer possibilidade de conhecimento aceitável. Taruffo chega a denominar tais posições de *irracionalistas*.<sup>33</sup>

Percebe-se, nesse ínterim, que a negativa cética e irracionalista com respeito à possibilidade de conhecimento verdadeiro deve-se à radical posição de uma identidade entre conhecimento e certeza absoluta. E certeza absoluta é própria do raciocínio de tipo dedutivo, por muito tempo, único dito como racional. A defesa de uma possibilidade de determinação correta dos fatos frente aos argumentos desse tipo terá de ser feita a partir de uma habilitação do raciocínio de tipo indutivo o qual, por sua vez, torna possível a conclusão provável. Esse argumento será desenvolvido um pouco a frente,<sup>34</sup> por ora, é suficiente atentar-se para o fato de que a negativa cética e irracionalista se dá com base na impossibilidade de fundar verdades irrefutáveis.

### 2.1.2. Idealismo e coerentismo

Para além do argumento cético, que se mostrou contra qualquer possibilidade de se instituir conhecimento em razão da inviabilidade de uma verdade absoluta, há também os *idealistas*. Segundo essa corrente filosófica, não há uma realidade exterior objetiva, independente de nossas experiências. O conhecimento, portanto, deve-se voltar ao mundo constituído pela nossa percepção. O que existe é o conhecimento da nossa própria idéia de mundo.<sup>35</sup> A diferença entre um cético e um idealista é que para o último o conhecimento do mundo sim, é possível.<sup>36</sup> A questão é sobre *que* mundo é esse. Não há ponte entre

<sup>33</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. pp. 30-31.

<sup>34</sup> Ver item 2.4.3.

<sup>35</sup> PRITCHARD, Duncan. *What is this thing called knowledge?* p. 82: “Idealists respond to the problem of the external world by claiming that perceptual knowledge is not knowledge of a world that is independent of our perception of it, but rather knowledge of a world that is *constituted* by our perception of it”.

<sup>36</sup> PRITCHARD, Duncan. *What is this thing called knowledge?* p.83: “Although, unlike the sceptic, the idealist claims that we do know a great deal about the world, she does this by making what we mean by the “world” so different from what we usually take it to mean that it feels as if the idealist is agreeing with the sceptic after all”.

o sujeito e a exterioridade. O objeto de conhecimento são as idéias mentais de mundo. Desse modo, a negação de uma realidade objetiva, independente das experiências particulares dos sujeitos, faz com que também o idealismo seja um obstáculo à determinação verdadeira dos fatos no processo.

“Se se parte da premissa, típica dessas doutrinas (refere-se ao idealismo ou qualquer anti-realismo), de que o conhecimento é uma construção mental carente de conexão necessária com os fenômenos do mundo real, está claro que não se pode alcançar nenhum conhecimento verdadeiro de fato algum.”<sup>37</sup>

Nesse contexto, portanto, é que se pode observar a defesa do critério de *coerência* das afirmações. Não havendo um controle da veracidade ou falsidade das proposições por meio da observação do que se passa num mundo exterior, numa realidade externa e objetiva, resta ao julgador partidário de uma versão idealista da verdade, um exame acerca da coerência discursiva das partes, de seus representantes legais quando expõem suas teses, assim como das falas de cada colaborador da justiça (testemunhas, peritos etc.). A verdade consiste nessa concordância de enunciados entre si.

No entanto, pelo critério de coerência, algumas extravagâncias não poderiam ser descartadas, como por exemplo, as *ordálias*. Era coerente com a visão de mundo do tempo da Inquisição pensar que caso se tratasse de um inocente, Deus não permitiria uma morte tão sofrida. Era coerente pensar que se não fosse culpado, o acusado conseguiria se soltar das garras das feras, ou das correntes com que foi atirado em água, simplesmente por intervenção divina. Caso se queira aceitar a coerência como critério, ela não pode ser vista como simples concordância entre enunciados, quaisquer que sejam esses enunciados. É preciso que tais enunciados não sejam arbitrariamente eleitos. Contudo, se o coerentismo levasse a sério essa tarefa de controlar os enunciados potencialmente candidatos a serem predicados como verdadeiros, então a teoria da coerência teria sido assimilada pela teoria da correspondência, fato que lhe tornaria supérflua.<sup>38</sup> A coerência é justamente essa defesa de se poder prescindir de critérios externos às proposições mesmas e, com isso, fundar-se conhecimento.

---

<sup>37</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 32. (T.L.)

<sup>38</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 57.

As teorias *narrativistas* são expressão da verdade como coerência no ambiente do processo, de acordo com as quais o exame da verdade será reconduzido ao interior da dimensão linguística da narração, deixando de ser considerada como um problema que afeta a relação entre a narrativa e o que foi (ou deveria ter sido e não foi) objeto da narração.

“Assim, não se pode dizer nada acerca da realidade porque se está unicamente ante uma narração, esta pode ‘pretender’ ou ‘declarar’ que é verdadeira, mas a fundamentação dessa pretensão não é de modo algum verificável além do próprio contexto narrativo.”<sup>39</sup>

Taruffo acentua o fato de que as defesas da verdade como coerência no processo valorizam sobremaneira o ponto de vista do advogado, o qual busca, apenas, produzir um relato convincente por meio das provas aportadas. Não se enfatiza um recurso eurístico das provas, e sim seu aspecto persuasivo: seu único objetivo é criar na mente do juiz ou dos jurados, uma crença acerca dos relatos contados no interior do litígio. Por esse motivo, a busca da verdade é tema que deve ser enquadrado desde a perspectiva do julgador, sobre este sim, há a expectativa de que decida o caso com base numa versão verdadeira dos fatos do litígio.<sup>40</sup> Assim, parece inaceitável pretender que a narração seja a *única dimensão* significativa quando se fala do problema da verdade no ambiente processual,<sup>41</sup> posto que acentua a perspectiva das mais limitadas, que é a do advogado no interesse das partes, para tratar do problema da busca da verdade.

De outro modo, parte-se na defesa do que Alex Stein veio a designar como *autoridade epistêmica dos tribunais*.<sup>42</sup> Em artigo recentemente publicado, o autor trata da confiabilidade que apenas a instituição dos tribunais pode conceder às crenças que serão adotadas para fundamentar a decisão. Não basta que as crenças sejam justificadas, mas também o sujeito portador da crença deve sê-lo, de modo a poder transferir tal confiabilidade. Isso não cabe à parte, que embora possa ter crenças justificadas tem interesses num resultado favorável, mas à instituição-julgadora. Percebe-se, portanto, que a discussão da verdade no

<sup>39</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 54. (T.L.)

<sup>40</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons. 2008. p. 28.

<sup>41</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 55.

<sup>42</sup> STEIN, Alex. On the epistemic authority of courts. *Episteme*. 2008. pp. 402-410.

processo deve ser desenvolvida a partir do ponto de vista do juiz, e não do da parte, ou de seu advogado.

### 2.1.3. Pragmatismo

Os *pragmatistas*, por sua vez, constroem sua teoria com a elaboração de um *link* entre verdade e utilidade: uma proposição é verdadeira apenas no caso de que se mostre útil para aqueles que nela crêem.<sup>43</sup> Ou seja, de acordo com a abordagem pragmatista deve-se considerar como verdadeiro aquilo que mais contribui para o bem estar da humanidade em geral, tendo, para isso, a referência do longo prazo.

Nesse sentido, o falso pode tornar-se verdadeiro. Que se tome o exemplo da saúde de um menino, sobre o qual na ocasião de seu nascimento se diagnosticou que, em função de problemas congênitos inoperáveis, viveria apenas até seus 8 anos. Se lhe fossem transmitidas as informações verdadeiras sobre sua saúde, provavelmente, não aproveitaria nem mesmo esses 8 anos. Desenvolveria uma “espera sem fim” ao desfecho que já tinha lhe sido narrado, o fim de uma pesada angústia.

No ambiente do processo, uma abordagem apropriadora do pragmatismo pode ser observada nos sistemas processuais em que a resolução de conflito (de orientação política fortemente liberal) se configura como maior das diretivas. No que se refere aos fatos, não apenas cabe às partes determinar, por meio de suas alegações, quais fatos devem ser objetos de provas, como através de seus advogados<sup>44</sup> orientam os trabalhos, designam e interrogam as testemunhas e

---

<sup>43</sup> Sobre os pragmatistas ou instrumentalistas, GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. p. 42: “ The pragmatist or instrumentalist theory tries to bring true down to earth by linking in to results of action. An important feature of true beliefs is that they usually lead to desirable outcomes. If I want to attend a certain lecture tonight, a true belief about the lecture’s location can serve me better than a false belief. Instrumentalism elevates this feature into a definition, saying that a proposition is true just in case it would prove useful to those who believe it”.

<sup>44</sup> Alvin I. Goldman faz severas críticas ao papel exercido pelos advogados nos chamados *adversarial systems* (referindo-se aos sistemas em que as partes têm o protagonismo na cena processual, e não o juiz). As partes agem interessadas a uma conclusão favorável, e não de modo a descobrir os fatos verdadeiros que o caso envolve. Daí a crítica feita ao *modus operandi* dos advogados permitido e convalidado nesse tipo de processo. *Knowledge in a social world*. p. 297: “In effect, the adversary system permits a lawyer to intentionally *mislead* the jury. Although the lawyer knows or believes that an adverse witness is telling the truth, he can purposefully elicit behavior from witness that will incline the jury to think, falsefy, that the witness is unreliable,

peritos. No exercício de amplas atribuições, sendo a resolução de conflito o maior dos objetivos, caso a verdade dos fatos apareça como contrária a isso, então ela não tem utilidade prática para o processo.<sup>45</sup>

Tanto no idealismo como no pragmatismo, é possível se deparar com uma falta de controle acerca da racionalidade empreendida pelos julgadores, já que o critério para averiguação, se se está ou não frente a alegações verdadeiras é, primordialmente, de uma coerência interna entre as várias proposições. O mundo exterior e o retorno aos fatos podem mesmo ser desfavoráveis ao contexto de decisão, tanto porque o agente que investiga encontra mais subsídios ao conhecimento em sua própria mente através de reflexões internas sobre as idéias de mundo, quanto em função de a verdade ser defendida como que interligada ao útil. Para se empreender tais afirmações, a ida ao mundo exterior, ou é impossível, ou prescindível.

## 2.2. Contra a relevância

Segundo alguns estudiosos, a discussão que versa sobre a (im)possibilidade da verdade não guarda qualquer relevância. Pode até ser que a verdade seja possível, mas esse debate não tem nenhuma incidência prática. É a opinião de Richard Rorty ao ser perguntado sobre a disputa “realismo *versus* anti-realismo”.<sup>46</sup> E não há relevância porque tais discussões, segundo o autor, em nada

---

untrustworthy, or insincere. On its face, this lawyerly practice conflicts with Rule 403, which recommends the exclusion of evidence that threatens to mislead the jury. Nonetheless, it is a practice that the adversary system readily encourages”.

<sup>45</sup> DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven-London: Yale University Press. 1986. p. 122: “While self-interested litigants obviously do not lack incentives to act, they may also be motivated to hide the truth. Skillful orchestration of proof may obscure rather than clarify what has actually happened”.

<sup>46</sup> RORTY, Richard. In ENGEL, Pascal. *Para que serve a verdade?:* Pascal Engel e Richard Rorty. Trad. Antonio Carlos Olivieri. São Paulo: Ed. Unesp. 2008. p. 55: “A objeção que faço ao debate ‘realismo versus anti-realismo’ não consiste em reprovar os protagonistas por desenvolverem proposições desprovidas de sentido, nem por empregar termos que não designam propriedades substanciais. Consiste preferencialmente em afirmar que a resolução desses debates não terá nenhuma incidência prática. Debates desse tipo, para mim, são a expressão de uma escolástica estéril. E evidentemente deploro que uma parte tão importante da filosofia de língua inglesa no século XX tenha-se consagrado a esse gênero de questões”.

prestam auxílio na formulação de uma resposta à pergunta a respeito do que “nós, seres humanos poderíamos fazer de nós mesmos?”<sup>47</sup>

No entanto, muito embora afirme que a questão da verdade já não importa mais, por meio de suas análises, Rorty se posiciona entre os anti-realistas, contra qualquer idéia de correspondência com um mundo exterior, com uma essência<sup>48</sup> que precise ser atingida para que o conceito seja preciso.

“Os intelectuais do Ocidente, desde o Renascimento, progrediram mediante três etapas: primeiro esperaram pela redenção de Deus, depois, da filosofia, e agora da literatura. A religião monoteísta oferece a esperança da redenção ao entrar em uma nova relação com uma pessoa não-humana supremamente poderosa. A crença – como a crença nos artigos de um credo – pode ser acidental em uma tal relação. Para a filosofia, contudo, as crenças são as da essência. A redenção pela filosofia é por meio de uma aquisição de um conjunto de crenças que representam as coisas do modo como realmente são. A literatura, finalmente, oferece redenção por meio da feitura do conhecimento de tão grande variedade de seres humanos quanto possível. Aqui novamente, como na religião, a crença verdadeira pode ser de pouca importância.”<sup>49</sup>

A escolha pelo caminho da literatura combinada à declaração de fim da filosofia, expressa o fato de que sua atenção está voltada às “relações não-cognitivas com outros seres humanos”<sup>50</sup> em contraposição à relação não-cognitiva com uma pessoa não-humana (que seria o viés religioso), e também em oposição à relação cognitiva com proposições (representada pela filosofia).

Sendo seu objetivo relações não-cognitivas com pessoas humanas, Rorty significa seu conceito de verdade como sendo “as declarações sobre as quais uma determinada comunidade, enxergou como *consensual*”.<sup>51</sup> Sua teoria da verdade fruto de uma concordância comunitária guarda estreitas ligações com a afirmação de contingência da linguagem. Ou seja, sendo a linguagem contingente, os vocabulários também passam por mudanças e assim também nossas noções de verdade. Um acordo que permanentemente se põe em discussão e em re-

<sup>47</sup> RORTY, Richard. O declínio da verdade redentora e a ascensão da cultura literária. In: RORTY, Richard, GHIRALDELLI Jr. Paulo. *Ensaio pragmatistas: sobre subjetividade e verdade*. Rio de Janeiro: Ed. DP & A. 2006. p.80.

<sup>48</sup> Essa terminologia remonta ao realismo clássico, com traços platônicos.

<sup>49</sup> RORTY, Richard. O declínio da verdade redentora e a ascensão da cultura literária. p.78.

<sup>50</sup> RORTY, Richard. O declínio da verdade redentora e a ascensão da cultura literária. p.81.

<sup>51</sup> Goldman, contudo, critica a teoria da verdade como consenso. GOLDMAN, Alvim I. *Knowledge in a social world*. p. 12: “A consensus theory of truth seems wrong from the start, at least as an account of our ordinary concept. Not only does the truth of a proposition not require total consensus, it does not require *anybody at all to believe with*.” (itálica nossa)

significação. Os esforços epistemológicos, portanto, restam distantes das idéias rortyanas: no lugar deles, são estendidos valores de tolerância e solidariedade. Ao ver do autor, em franca oposição.

No ambiente do direito, essa postura pode se traduzir numa preocupação com o procedimento, com a garantia de que todos os envolvidos possam participar da produção desse consenso. Relaciona-se, portanto, com a legitimidade da construção de consenso, que não seja fruto de violência, no qual haja espaço para que ambas as partes exponham suas teses. Isso é o máximo que se pode produzir em termos de verdade, dado o fato, já referido, de que a correspondência é critério amplamente criticado.

As alternativas teóricas abordadas nesse ponto têm em comum o mérito de fazerem frente ao que se conhece por *realismo ingênuo*, que pressupõe a existência da realidade empírica conjugada à capacidade do intelecto humano para adquirir conhecimentos verdadeiros acerca dessa realidade.<sup>52</sup> Há nele uma *petição de princípio*: o conhecimento se corresponde com a realidade e, por isso, é verdadeiro. Como não poderia deixar de ser, esse modo de pensar também resvala seus efeitos no processo, o que se pode ver naqueles que expressam uma visão totalmente desproblematizada por meio de sentenças como: “os fatos falam por si”,<sup>53</sup> “a verdade é uma só” e tantas outras.

A seguir, uma tentativa de responder às objeções adequadamente formuladas contra o realismo na sua forma acrítica e pouco reflexiva. A vantagem de se pensar numa alternativa realista para se efetivar o esforço cognitivo – que se acredita, o processo precisa ter –, deve-se justamente à possibilidade de questionamento; o qual ficou evidente, não estar presente nas primeiras formulações correspondentistas: a realidade externa não é constituída de entes estáticos e imutáveis absolutamente decifráveis pelo esforço da mente.

---

<sup>52</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 57.

<sup>53</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 7: “El conocimiento de hechos que se opera en sede judicial se ha considerado muchas veces cuestión incontrovertible. ‘Los hechos son los hechos y no necesitan ser argumentados’ podría ser el lema de esta tradición. El en fondo de la misma, una gran confianza en la razón empírica que hace innecesaria cualquier justificación en materia de hechos: los hechos son evidentes, y lo que es evidente no necesita justificación.”

### 2.3. Realismo crítico e a verdade possível

Nos itens anteriores algumas teorias da verdade estiveram sob exame: idealismo, coerentismo, pragmatismo e também algumas versões segundo as quais, ou a verdade seria algo inapreensível racionalmente – abordagem cética –, ou sua busca seria absolutamente irrelevante – teoria rortyana. Todas compartilham um ponto em comum: sob a perspectiva de qualquer uma delas, a determinação correta dos fatos teria sua importância definitivamente dissolvida.

Tendo em vista essa motivação, faz-se a defesa da possibilidade de a teoria realista como imprescindível para dar conta do problema do conhecimento dos fatos de uma contenda jurídica. Mas com isso não se advoga em favor da tese realista segundo a qual o ser humano, munido de suas habilidades intelectuais, pode apreender *toda* a realidade. Reconhece-se as limitações subjetivas que outrora foram olvidadas pelo realismo ingênuo: em todo momento em que se busca conhecer, há um recorte da realidade, um julgamento sobre o que é *relevante* ser conhecido. Essa limitação referente ao fato de que não se pode conhecer tudo – há detalhes que passam despercebidos, outros que são imperceptíveis – ao invés de depor contra a capacidade de conhecer, antes advoga em seu favor:

“Não podemos traçar um modelo completo de um objeto ou de um acontecimento, mas podemos traçar um modelo de qualquer característica ou grupo de características desse segmento da realidade que julgemos relevante.”<sup>54</sup>

Ou seja, não se pode conhecer tudo, e tudo o que se conhece tem um recorte subjetivo. Para o idealismo, essa afirmação seria o fim da possibilidade de a correspondência ser apresentada como um critério. Se há juízos de relevância sendo empreendidos por cada sujeito e que serão expressos no intento de descrever a realidade tal como é, evidente que cada realidade narrada será uma, logo não há realidade objetiva.

---

<sup>54</sup> GUIBOURG, Ricardo A. *La construcción del pensamiento: decisiones metodológicas*. Buenos Aires: Colihue, 2004. p. 58. (T.L)

Guibourg, nesse momento, concede um exemplo ao leitor: quando duas pessoas estão discutindo a respeito da verdade da proposição “Brutos matou César”, tem de haver uma coincidência prévia: a proposição em questão é verdadeira se por verdade tem-se a correspondência entre ela e fatos da história romana, mas pode não ser se a fonte for, por outro lado, o relatado nas obras de Shakespeare. Para que os emissores se entendam e compreendam o que dizem, será necessário, ao menos, que expressem essa desavença de critérios. Uma outra forma de ajustar as proposições seria mediante o uso da distinção entre *aceitação* e *aceitabilidade*. Como esclarece o estudioso argentino, a aceitação está na dimensão subjetiva, enquanto que a aceitabilidade é mais bem uma defesa de que a proposição além de ter sido subjetivamente, deve ser objetivamente acatada por qualquer um.<sup>55</sup>

Não se defende que a correspondência é o critério irrefutável da aceitabilidade, que tê-lo faz com que os outros (pragmatista e coerentista são exemplos) se tornem prescindíveis. Esse enfoque não nega que a coerência narrativa de um enunciado e dos relatos, por exemplo, pode ser em alguma medida significativa no contexto judicial, funcionando como um critério complementar com a função de eleger entre diferentes reconstruções dos fatos.<sup>56</sup> Mas não guardar correspondência alguma com a realidade é certamente um problema. De que nos ajudará na reflexão de qual linha de ação devemos tomar, um modelo de verdade que não se disponha a descrever minimamente a realidade? A instrumentalidade de uma teoria da verdade está na sua capacidade de diminuir os erros e aumentar os acertos daqueles que por ela pautam suas condutas. Reconhecer uma verdade que seja meramente subjetiva não está nesses planos.

É nesse sentido que se defende a verdade como correspondência nesse trabalho. No entanto, as dificuldades em se trabalhar com esse critério não são esquecidas. Justamente em razão das múltiplas formas por meio das quais a realidade pode ser apreendida, isto é, em função dos múltiplos recortes – um

<sup>55</sup> GUIBOURG, Ricardo. *A la construcción del pensamiento: decisiones metodológicas*. p. 65: “Nótese que no es lo mismo aceptación y aceptabilidad. La aceptación de una proposición es un hecho psicológico individual. Cuando decimos, en cambio, que una proposición es aceptable, no confirmamos que nosotros la aceptamos (aunque, por cierto, damos eso por sentado). Queremos decir que esa proposición tiene ciertas condiciones que la convierten en buena candidata para ser aceptada por otros cualesquiera y no sólo por nosotros”.

<sup>56</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 29: “Lo que un enfoque como éste (de la correspondencia) niega es que la coherencia narrativa de los relatos judiciales tenga que ser considerada como la única dimensión pertinente en la que se puede concebir la verdad judicial.”

mesmo evento pode ser narrado de formas variadas dada a diversidade das pessoas que o presenciaram ou dele fizeram parte – é que o processo em sua fase de produção probatória deve trabalhar com o máximo de evidências possível – resguardadas eventuais limitações prescritas pelas regras sobre a prova que buscam efetivar outros valores, para além da preocupação cognitiva, também caros ao processo: a crença precisar ser creditada como verdadeira, isto é, conter pretensão de aceitabilidade, de modo que possa conceder parâmetro para ação do sujeito cognitivo. No contexto processual, isso significa que a decisão judicial deverá estar fundamentada num conjunto de evidências que confirme em alto grau sua aceitabilidade, ou seja, aceitação não apenas do julgador para com o raciocínio que ele mesmo empreendeu, mas, outrossim, com vistas à aceitação por *qualquer* jurisdicionado que lesse o conteúdo da sentença ou acórdão.

Precisamente em razão da impossibilidade de uma verdade absoluta, reconhecida por um realismo que reflete sobre pretensões muito altas feitas por alguns de seus partidários, é que se vê a necessidade de se argumentar a respeito das conclusões extraídas do exame de um *thema probandum*. A argumentação se faz necessária na medida em que o realismo que aqui se defende assume a natureza do raciocínio empreendido pelo julgador. Longe de poder empregar um silogismo perfeito que lhe garanta uma conclusão necessariamente única, o realismo crítico sabe-se indutivo e cioso de defender a racionalidade das premissas construídas.

“Em suma, poder-se-ia dizer que, nas idéias mais reflexivas da atualidade, percebe-se uma tendência a conceber a apreciação dos fatos como a eleição da hipótese racionalmente mais plausível entre as distintas reconstruções possíveis dos fatos da causa; em consequência, a verdade dos fatos nunca é absoluta, mas vem dada pela hipótese mais provável, ou sustentada pelos maiores elementos de confirmação.”<sup>57</sup>

Sobre isso, mais será dito em itens posteriores; importa aqui expressar as preocupações cognitivas que não se contraditam com uma teoria crítica da verdade como correspondência.

“Nunca podemos ter certeza de que um enunciado empírico é verdadeiro. Por isso o critério de acietabilidade não pode ser substantivo, mas procedimental. Um enunciado será aceitado como verdadeiro se tem suficientes elementos de juízo a seu favor ou, mais estritamente, se está suficientemente

---

<sup>57</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 45. (T.L.)

corroborado por elementos do juízo existentes no expediente judicial. Esta, é, pois, uma noção epistêmica e objetiva da prova. E é o melhor que podemos fazer para maximizar as probabilidades de correspondência entre o que se declara provado e o que verdadeiramente ocorreu no mundo.”<sup>58</sup>

A seguir, uma ida aos traços constitutivos do contexto processual probatório.

## **2.4. O contexto processual probatório**

Em itens anteriores, foi mencionado o argumento segundo o qual, em razão da incerteza e do caráter normativo próprio do contexto processual, não seria adequado lhe predicar uma autêntica preocupação cognitiva. Haveria mesmo uma impertinência do enfoque epistemológico. Daí as diversas distinções lançadas com o fito de reduzir as pretensões do processo, então descompromissado a averiguar a verdade dos fatos e mais bem interessado na mera fixação formal dos fatos, esta sim, indispensável para a primordial tarefa do processo, qual seria, a pacificação dos conflitos. Uma função prática desconectada de qualquer inquietação epistemológica.

### **2.4.1. Objetivos institucionais do processo**

Respondendo a tal sorte de opinião, alguns estudiosos – teóricos e processualistas – <sup>59</sup> dão ênfase à estrutura *condicional* das regras jurídicas, da qual se extrai uma importância igualmente estrutural à averiguação da verdade: para que os sistemas jurídicos funcionem, para que as prescrições normativas continuem a ser um bom motivo para direcionar a conduta dos agentes no interior de um determinado ordenamento jurídico, imperiosa a determinação correta dos fatos. Se, pelo contrário, as conseqüências normativas não sejam aplicadas pelo julgador aos agentes que lhes fizeram merecer, ou que sejam aplicadas equivocadamente, o direito deixa de cumprir sua mencionada função prática.

---

<sup>58</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 20. (T.L.)

<sup>59</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 67; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. pp. 30-31.

Sendo assim, a verdade se afirma como um dos objetivos institucionais do processo. Mas esse é apenas um deles.<sup>60</sup>

Marina Gascón Abellán sugere uma classificação desses objetivos processuais, chamando-os de *valores*:

“Com efeito, diferentemente do contexto científico, histórico ou detetivesco, onde a atividade de averiguação da verdade pode reputar-se sem grave esforço como ‘livre’, a fixação judicial dos fatos tem que perseguir seu objetivo – a formulação de proposições verdadeiras – tendo em conta, ao mesmo tempo, a necessidade de preservar outros valores. Estes valores são fundamentalmente de dois tipos. De um lado, um valor que poderíamos chamar de prático, posto que expressa uma característica básica do processo judicial: a finalidade prática, e não teórica, que o anima. De outro lado, uma série de valores que poderíamos chamar, num sentido amplo, ideológicos.”<sup>61</sup>

A averiguação da verdade dos fatos não é o objetivo imediato – é condição, como já se disse aqui– e que convive e viabiliza o objetivo *prático* de resolver conflitos. Há, também, os chamados objetivos *ideológicos*, isto é, que buscam a observância de opções axiais também caras a determinado ordenamento jurídico. O garantismo penal é citado como exemplo pela autora, o qual prescreve que, em todo caso, sejam preservados a liberdade e dignidade das pessoas.<sup>62</sup>

Na proteção desses objetivos ideológicos, o processo passa mesmo a fazer uso de *garantias não e contra-epistemológicas*. Um exemplo de garantia *não-epistemológica* é a limitação temporal. Diferente do historiador ou cientista, que podem tardar o tempo necessário – ressalvados eventuais conflitos com suas agências financiadoras –, dado ser o objetivo mediato o de conhecer, o juiz precisa dizer o direito em tempo razoável: desde as normas de presunção, passando pela quantidade de recursos previamente tipificados para cada ocasião, chegando ao

<sup>60</sup> Michele Taruffo aborda, no livro *La prueba de los hechos*, tese segundo a verdade não estaria entre os objetivos de um processo voltado à resolução de conflitos, em que se dá grande peso à autonomia das partes: desde que o processo é concebido para resolver os interesses das partes em questão, a busca da verdade pode muito bem atrapalhar e mostrar-se inconveniente. No entanto, como bem assevera Taruffo, a busca da verdade dos fatos não é *per se* contraditória com um processo de resolução de conflito: desde que não haja disposição para um processo arbitrário, a determinação correta dos fatos pode configurar-se como critério razoável de decisão acerca dos interesses envolvidos. pp. 65 e ss.

<sup>61</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 119. O adjetivo ‘livre’, relacionado aos contextos histórico e detetivesco na citação, é ele mesmo objeto de nota da autora (nº 210), que esclarece que essa liberdade nunca é absoluta, há regras também para a atividade dos historiadores e detetives. Ela quer dizer que nesses contextos, goza-se de mais liberdade, ou menos limitações, do que no contexto jurídico. (T.L.)

<sup>62</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 120.

fenômeno da coisa julgada, o processo tem um compromisso com o fim do conflito. A instabilidade da não-resposta ou da resposta demorada é um desvalor que o processo também quer evitar. Ainda assim, evidente que, ao limitar o tempo que em a decisão deve ser prolatada, tais regras em nada contribuem para alcançar a certeza dos fatos, sobretudo se se trata de casos em que as diferentes teses fáticas parecem igualmente plausíveis.<sup>63</sup>

Já como exemplo de garantia *contra-epistemológica*, figura a proibição da utilização de provas ilícitas. Por prova ilícita entende-se toda aquela conseguida mediante o desrespeito de garantias constitucionais (artigo 5º, inciso LVI, CRFB de 1988),<sup>64</sup> como a inviolabilidade do domicílio (inc. XI), o segredo de correspondência (inc. XII), o direito à honra (inc. X), à integridade física (inc. III) etc. Sendo assim, sempre que a vantagem cognitiva tiver sido auferida mediante a violação de escolhas valorativas já implementadas pelo ordenamento jurídico, ele tende a resguardá-las em detrimento do ganho epistemológico.

“Estamos ante uma garantia (contraepistemológica) de liberdade, e em nenhum caso ante uma garantia epistemológica ou de verdade. É mais, a prova ilicitamente obtida traz sempre o dilema de ter de optar entre a averiguação da verdade e uma garantia de liberdade, e, desde logo, a falta de estima que lhe recai (ou proibição) supõe a proteção da liberdade em detrimento da averiguação sem restrições da verdade: a verdade não pode ser investigada a qualquer preço.”<sup>65</sup>

<sup>63</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 127.

<sup>64</sup> No ordenamento jurídico brasileiro, a prova ilícita tem sua proibição tipificada, mas poderia mesmo ser deduzida de outras regras não-específicas. Nesse sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 133; CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. pp. 64-65. Quanto à proibição da prova ilícita o autor não deixa de asseverar que há ocasiões em que o direito brasileiro tempera a regra, por meio de um “mecanismo de abertura”, configurado pelo que se convencionou como “Princípio da proporcionalidade” (pp.72-76), que confere aos juízes a possibilidade de ponderar acerca dos valores constitucionais postos em conflito. Sendo assim, a produção de uma prova originariamente ilícita precisa de uma autorização judicial, em regra prévia, e excepcionalmente *a posteriori*. Eduardo Cambi, todavia, salienta a presença de riscos na aplicação desse princípio, já que se trata de um parâmetro vago.

<sup>65</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 132-133. (T.L.)

Ou seja, a verdade é um dos propósitos do processo, não o único.<sup>66</sup> A ela, fazem companhia a resolução de conflitos, a razoável duração do processo, o respeito a direitos fundamentais, razão pela qual, imprimem-se exceções à preocupação epistemológica. No entanto, a presença dessas regras limitadoras institucionais que entorpecem em certa medida a averiguação da verdade não invalidam o modelo cognitivista<sup>67</sup> sobre o qual se projetam: o objetivo da atividade probatória segue sendo o da fixação dos fatos tais quais sucederam, mesmo que tenha de se conjugar com propósitos ideológicos.<sup>68</sup>

#### 2.4.2. Fatos irrepetíveis

Uma afirmação bastante comum é de que a prova recai sobre fatos *passados*, isto é, deve determinar que um fato *f* teve ocorrência no momento histórico *m*. Assim, passa-se a saber que João matou Pedro, que o prédio caiu em razão dos cálculos errôneos do engenheiro, que a cirurgia negligente foi a causadora da perda de movimentos na perna de Maria.

No entanto, deve-se prestar atenção nas ocasiões em que o juiz se debruça na ocorrência de fatos *presentes* ou *futuros*. É o caso de uma inspeção judicial em razão das rachaduras que podem ser um indício de que a construção do prédio deixou a desejar. Ou à visita a uma família substituta, para averiguar se tudo vai ao melhor interesse da criança. Como exemplo de fatos futuros está a previsão de lucros cessantes, ou de parcelas que, assim como a que deu origem à lide não sendo paga, também não sofrerão adimplemento; em casos como esses, e

<sup>66</sup> Também nesse sentido, GOLDMAN, Alvin I. *Knowledge in a social world*. p. 284: “I have called the veritistic criterion a central or fundamental criterion for the evaluation of the adjudication systems. I do not say, however, that the truth is the *only* relevant value. Other values, include speed, cost and nonviolation of independent legal rights of the role-players (parties, witnesses, jurors and so forth).” E ainda, p. 285: “It is enough for my purposes to show, (...) that truth is primary or central value in the legal adjudication. Any adjudication system that fails badly on the veritistic dimension has a strong count against it. This suffices to get the program of social epistemology through the door. It shows that social epistemology has important work to do in this territory, even if it does not get the final word on the subject. Any ‘all things considered’ choice among adjudication systems involve more than veritistic considerations. But veritistic considerations do have pride of place, and they are ones which I shall concentrate.”

<sup>67</sup> O conceito de modelo cognitivista está em GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. pp.51-52: “modelo según el cual los procedimientos de fijación de los hechos se dirigen a la formulación de enunciados fácticos que serán verdaderos si los hechos que describen han sucedido y falsos en caso contrario. En otras palabras, la fijación de los hechos no puede ser, por ejemplo, consecuencia del puro decisionismo o constructivismo, sino el resultado de un juicio descriptivo de hechos a los que se atribuye existencia independiente”.

<sup>68</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 134.

buscando efetividade na prestação jurisdicional, pode o juiz tentar prever os fatos futuros que também poderiam fazer com que o Judiciário fosse provocado para resolver conflitos, e desde logo, tentar resolvê-los. Desse modo, mais preciso do que qualificar como fatos pretéritos aqueles que serão objeto de prova é enxergá-los todos, sejam pretéritos, presentes ou futuros, como fatos a que o julgador não presenciou e, no entanto, são *irrepetíveis*.<sup>69</sup>

Contribuindo ao esclarecimento, pode-se trazer a distinção entre ciências *nomotéticas* e ciências *ideográficas*.

“Ciências nomotéticas são aquelas cuja finalidade é de estabelecer leis gerais repetíveis indefinidamente, ciências ideográficas aquelas cuja finalidade é dar conta de acontecimentos únicos e irrepetíveis.”<sup>70</sup>

Daí a atenção para as semelhanças entre o labor do historiador e o do juiz, em contraposição ao do científico. No caso dos primeiros, seu objeto é “normalmente” os fatos pretéritos e irrepetíveis, no ambiente científico, são fatos repetíveis ao infinito. Sendo assim, mais uma vez, se os primeiros fazem largo uso de documentos, relatos, testemunhos e perícias, o segundo tem como principal meio de prova algo incomum para os juristas, que é o experimento: é impossível repetir aquele fato único, individual, que aconteceu no passado e que deu origem à lide. Há uma tentativa de reconstrução o mais próxima possível, e isso é tudo de melhor que o processo pode oferecer.<sup>71</sup>

Nessa última afirmação do parágrafo anterior admite-se a imprecisão de algo dito desde o início do presente trabalho: a prova traz os fatos para dentro do processo. Isso dá ensejo a uma interpretação, apesar de equivocada, bastante comum, de que o juiz, analisando a prova, tem conhecimento direto dos fatos. O equívoco se localiza justamente nessa alegação de falta de mediação. Ora, sendo os fatos irrepetíveis, traço de que se acaba de dar tratamento, como seria possível ao julgador um conhecimento direto dos mesmos? A razão do equívoco está na identidade vista entre *fatos* e *enunciados sobre fatos*.<sup>72</sup> Os enunciados são

<sup>69</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 35.

<sup>70</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 116. (T.L.)

<sup>71</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 117.

<sup>72</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 114: “(...) En el proceso, ‘el hecho’ es en realidad lo que se dice acerca del hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado.”

produzidos pelas partes, estas sempre interessadas numa decisão favorável a seus próprios interesses, e, por esse motivo, guardam apenas a pretensão de se tratarem de enunciados verdadeiros sobre fatos.<sup>73</sup> O enunciado que tem a função de descrever o ocorrido pode não ser apenas uma descrição e, para isso, o juiz deve voltar sua atenção.

“(…) Não todo enunciado que versa sobre um fato pretende descrevê-lo como um acontecimento que ocorreu no mundo dos fenômenos empíricos: não por casualidade, surgem problemas relevantes quando, por exemplo, é necessário distinguir entre descrição e valoração de um fato, para que então possa se estabelecer, qual é, propriamente o objeto da prova desse fato.”<sup>74</sup>

Ou ainda:

“(…) São muitas as formas pelas quais um fato é enunciado por um sujeito ou outro e nem todas elas são descrições em sentido estrito.”<sup>75</sup>

Mais: ainda que haja a autêntica intenção de meramente descrever, sabe-se que um mesmo fato empírico pode sofrer diversos recortes e interpretações se observado por pessoas distintas: os relatos podem ser precisos, analíticos, genéricos, vagos. Ou seja, não se trata de conseguir uma certeza absoluta, mas sim de construir uma hipótese provável do que tenha acontecido. A seguir, mais um traço presente no contexto jurídico probatório.

### 2.4.3. Raciocínio indutivo

<sup>73</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 29: “El enunciado sobre los hechos formulado por las partes, hasta la emisión de la decisión sobre el caso, tiene el status epistémico típico de la ‘incertidumbre’. En realidad, ese enunciado no es otra cosa que la formulación de una hipótesis acerca de un hecho: la parte que formula la hipótesis afirma que ésta es verdadera; pero que sea verdadera o falsa es una cuestión que sólo será respondida por el juzgador en su decisión final”. E ainda FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 39: “La intervención de las partes en este punto tiene particular importancia, puesto que hace posible que defiendan sus propios intereses, que *no necesariamente tienen que coincidir con el descubrimiento de la verdad*. Esa defensa puede suponer perfectamente la manipulación del material probatorio: sea directamente, a través de la presentación de medios de prueba adulterados (por ejemplo, una declaración testifical falsa) o mediante la omisión de presentar medios de prueba que pudieran resultar perjudiciales para los intereses subjetivos de la parte, aunque pudieran ser útiles para la determinación de la verdad sobre lo ocurrido.” (itálica nossa)

<sup>74</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 115.

<sup>75</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 114. A definição de descrição (sentido estrito), p. 118: “(…) La descripción es típicamente la enunciación de un hecho realizada en términos que implican la referencia a algún criterio de verdad (habitualmente la correspondencia con algún evento del mundo real)”, portanto, pode ser verdadeira ou falsa, já um enunciado valorativo pode ser fundado ou infundado, mas não verdadeiro ou falso.

*Dos delitos e das penas*<sup>76</sup> expressa uma tentativa importante de refrear os abusos praticados pelos tribunais franceses, os quais julgavam de acordo com os interesses particulares de seu corpo de magistrados em detrimento do interesse público e da vontade soberana do povo. Foi uma aposta no Estado Legistativo, em que caberia ao julgador, a partir de então, apenas dizer o que a lei já determinou de antemão. É a famosa prescrição de que ao juiz cabe apenas ser a boca da lei.

Foi nesse ambiente de desconfiança que ganhou prestígio a defesa de um procedimento intelectual específico, qual seja; o da subsunção. Para combater o juiz-déspota, cria-se o juiz-autômato, que faria uso de um processo de raciocínio derivado apenas da lei, com a eliminação de toda prática discricionária de julgamento.<sup>77</sup>

“Em cada delito, o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei: a consequência, a liberdade ou a pena.”<sup>78</sup>

No entanto, embora a intenção fosse a de fornecer proteção aos jurisdicionados face à instabilidade errante das interpretações as mais variadas,<sup>79</sup> o que se fez foi camuflar o raciocínio do julgador. O efeito foi o oposto na medida em que lhe foi concedida a capacidade de extrair conclusões necessárias das premissas de um caso, como se pudesse estabelecer verdades incontestáveis. Em realidade, maquiou-se algo que o julgador continuou a ter de realizar, que foi o raciocínio indutivo.

Se da veracidade das premissas geral e particular necessariamente advém uma conclusão verdadeira no uso da *dedução*, por outro lado, quando se fala em *indução*, ainda que se conte com premissas verdadeiras, não necessariamente a conclusão também o será. Sua natureza – a da conclusão – é de apenas provável, é

<sup>76</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. trad. Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2ª edição. São Paulo: Ed. Martins Fontes. 2002.

<sup>77</sup> SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*: primeiras lições. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2007. pp. 627-628.

<sup>78</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. p. 46.

<sup>79</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. p. 47: “Vemos, pois, a sorte de um cidadão mudar muitas vezes em sua passagem por diversos tribunais, e a vida dos miseráveis ser a vítima dos falsos raciocínios ou das variações ocasionais do humor de um juiz, o qual toma como interpretação legítima o vago resultado de toda uma série de noções confusas que se agitam em sua mente. Vemos, pois, os mesmos delitos punidos de forma diferente em épocas diferentes pelo mesmo tribunal, por ele ter consultado não a voz imutável e constante da lei, mas a instabilidade errante das interpretações. E ainda SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*. p. 628.

como um “pulo”, a conclusão está além do que se pode extrair diretamente das premissas, um “salto hacia adelante”.<sup>80</sup>

Em busca de algum esclarecimento, exemplos de ambos os tipos de raciocínios:

dedução	indução
Premissa 1: Todo ser humano é mortal.	Premissa: O campo está molhado.
Premissa 2: Sócrates é humano.	
Conclusão: Sócrates é mortal	Conclusão: Pela madrugada, choveu.

Através do exame desses exemplos, é possível enxergar o “pulo” necessário à conclusão indutiva, mas prescindível à dedução. Entretanto, não basta que se queira que o raciocínio do julgador de fato conceda certezas absolutas para que isso aconteça – assim como não bastou que leis, de influência de pensadores do porte de Beccaria, prescrevessem o uso estrito de silogismos.

O contexto de aplicação do direito se assemelha mais à incerteza da conclusão indutiva, segundo a qual, conforme o exemplo, “choveu pela madrugada”. Todavia, sabe-se que o fato de que “o campo esteja molhado” é insuficiente para fundamentar a conclusão da “chuva pela madrugada”. Pode ser que alguém tenha molhado o campo pela noite por ocasião de uma insônia inquietante, por exemplo. É mais *provável* que tenha chovido, mas disso não decorre uma certeza absoluta de que *tenha* chovido. Daí a importância da valoração das provas no ambiente do processo, porquanto ser sua função dar mais consistência ao raciocínio indutivo<sup>81</sup>, isto é, provável, produzido pelo julgador.

O silogismo de Beccaria só tem pertinência na última fase da decisão, quando as premissas, fática e jurídica, já foram acertadas. A indução, por outro lado, age na construção mesma das premissas, e a preocupação epistemológica se volta à qualidade da premissa fática. Se se retorna ao exemplo, vê-se que a conclusão ainda precisa de mais alguma confirmação no mesmo sentido; seria o caso de que: a) a meteorologia tivesse previsto chuva para os próximos dias na

<sup>80</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2007. p.203.

<sup>81</sup> Perfecto Andrés Ibáñez fala de “fecundidade da hipótese”, o que requer que seja ela, a hipótese, confirmada por mais de um fato. E ainda, a hipótese deve ser resistente a contraprovas. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. pp. 202-203.

data antecedente, ou b) que os sons de trovões houvessem tirado o sono de quem antes dormia tranquilo pela noite adentro.<sup>82</sup> Esse é um tipo de raciocínio que se empreende a todo o tempo, e, a despeito do fato de não ser capaz de fornecer certezas absolutas como decorrência direta de suas premissas, sim, guarda utilidade.<sup>83</sup> Há momentos, como no contexto probatório, que é melhor indução do que nada; ainda que não forneça seguramente conhecimento – haja vista a definição que desde o início do trabalho se adotou: crença verdadeira justificada –, ao menos concede justificção para as ações que serão implementadas.

Ainda se voltará a tratar dos processos de raciocínio empreendidos pelo julgador. Por ora, é suficiente assinalar sua característica não-dedutiva, provável e que, por isso mesmo, precisa ser altamente confirmada pelas provas produzidas.<sup>84</sup> Através do reconhecimento de sua natureza provável, portanto fálivel, abrem-se as portas a um “controle de qualidade”<sup>85</sup> dos argumentos utilizados pelo julgador:

“(…) Por um lado lhe obriga (ao julgador) a ordenar o material probatório já contrastado, verificando a forma como isso se deu, e, por outro, permite também apreciar com mais facilidade até que ponto uma ou outra conclusão que extraiu explica e em que medida, ou não explica, o caso concreto.”<sup>86</sup>

<sup>82</sup> Pritchard ao tratar da indução se utiliza de exemplo diverso, sendo a premissa “todas as emas observadas não podem voar” e a conclusão “nenhuma ema voa”. O autor ressalta a inaceitabilidade da conclusão, apressada, mas muda o exemplo ao inserir uma *chave interpretativa*, segundo a qual é preciso se salientar que “muitas emas têm sido observadas ,durante muitos anos, em diversos lugares diferentes e nenhuma foi capaz de voar”. Ou seja, uma amostra suficientemente grande dá aceitabilidade à conclusão (antes apressada). PRITCHARD, Duncan. *What is this thing called knowledge?* p. 106. No campo do direito, pode-se transformar o conceito de amostra suficientemente larga em confirmação por meio de provas suficientemente alta.

<sup>83</sup> PRITCHARD, Duncan. *What is this thing called knowledge?* p. 107: “(…) Good inductive arguments, while they do not have premises which entail the conclusion, do have premises which make that conclusion likely. They are thus very useful, albeit fallible, ways of forming true beliefs and thereby extending one’s justified belief (and hopefully, knowledge too)”.

<sup>84</sup> Aqui, portanto, uma defesa da concepção “indutivista” da prova. Sobre concepções indutivistas e dedutivistas, SGARBI, Adrian. *Teoria do direito*. pp. 646-647: “(…) Embora ambas as formulações tenham em mira uma enunciação verdadeira, apenas a concepção dedutivista tem a pretensão de que suas premissas gerem fundamento “concludente” para sua “conclusão”. Ou seja, que as premissas seriam suficientes ou bastantes para se afirmar que o raciocínio PE correto. Por sua vez, a concepção “indutivista” não tem a pretensão de apresentar premissas que sirvam de apoio para a verdade da conclusão, mas sim um “apoio”, tendo em consideração que suas afirmações são apenas plausíveis, isto é, fortes ou fracas a respeito do que se enuncia”.

<sup>85</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*. p. 204.

<sup>86</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*. p. 204. (T.L.)

#### 2.4.4. As partes e o juiz

Um outro traço marcante do contexto processual é constituído pelos sujeitos que o integram e por suas atribuições: originalmente, partes e juiz. Já suas atribuições variam em razão da diversidade de sistemas jurídicos a que podem pertencer. Em outras palavras, há modelos processuais que esperam mais dos juízes, outros menos; assim como há aqueles que dão mais importância para a participação das partes no correr da lide, outros menos. Essa variação está vinculada ao que se entende como objetivo do processo.<sup>87</sup>

No intento de contribuir, Mirjan Damaška propõe a análise de alguns *tipos ideais*,<sup>88</sup> isto é, de modelos processuais inexistentes tal como narrados na realidade, mas que sendo conhecidos podem prestar auxílio ao conhecimento mais apurado dos modelos, agora sim, reais que nos cercam.<sup>89</sup> Desse modo, poder-se-ia pensar em um sistema processual que tem como seu norte a pura e simples *resolução de conflitos* em oposição a um processo que tem a prerrogativa única de *implementação de políticas públicas*.

Esse processo de resolução de conflitos guarda uma ligação com um Estado reativo (liberal), no qual se defende consistentemente a autonomia das partes para gerenciar seus múltiplos planos de vida, não há uma imposição do que seja o melhor. Desse modo, a sociedade civil é bastante desenvolvida e faz largo uso de instrumentos coordenativos dos interesses diversificados, como os contratos.<sup>90</sup> Cabe também à sociedade civil a tarefa de tentar resolver os conflitos que nela se formam; se há possibilidade de acordo e de mediação, é na sociedade civil que isso vai acontecer, mediante a ação de grupos organizados e associações voluntárias. Logo, quando uma lide ganha o ambiente do processo, já há uma

---

<sup>87</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 88.

<sup>88</sup> Sobre as vantagens do uso de tipos ideais. DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 242: “Of course, one should not expect more from this type of analysis than it can deliver: that a building may be classified as an exemplar of a particular style, or a mixture thereof, tells us very little about the individuality of the building. But one must realize that explorations of individuality become possible only after one has first obtained conceptual instruments with which to see and discuss individuality in terms of generic notions. If my scheme contributes to the storehouse of concepts with which the variation of procedural form can be identified and analyzed, and if it suggests new and fruitful lines of inquiry, we can live with the scheme’s imperfections.”

<sup>89</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 97.

<sup>90</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 77.

disputa. Essa a atmosfera processual, de um conflito que sem a palavra final do julgador, restaria insolúvel.<sup>91</sup>

“Onde o processo judicial envolve uma disputa de direitos, isso abarca dois lados – grupos ou indivíduos – fazendo afirmações contrárias com disposições incompatíveis. Que forma de resolução de controvérsia deve ser escolhida, de conciliação ou de confronto? De novo, a resposta deve seguir as características de um Estado reativo. Sua idéia de auto-governo faz da sociedade civil o lugar em que primeiro deve-se tentar resolver o conflito: se os opositores pertencem à mesma associação ou fazem parte da mesma instituição, os desacordos podem ser mais bem resolvidos internamente. Nesse momento, a resolução pode ser entendida como envolvendo um esforço por posições intermediárias, reconciliação e mediação: apelo aos objetivos comuns e exortação ao sacrifício mútuo para a preservação das relações valorosas. Recorrer a um tribunal é visto como último recurso, para ser empregado na ocasião de a alternativa conciliatória privada, ‘menos drástica’, haver falhado.”<sup>92</sup>

Nesse sentido, a tarefa do juiz é dizer qual o lado certo. As partes, com autonomia valorizada desde outros contextos da experiência, também no processo têm garantido um papel de peso – “the master of his lawsuit”;<sup>93</sup> cabe a elas a condução do processo de acordo com seus interesses. Isso significa dizer que, ainda que uma das partes dê provas de que não sabe qual postura garante melhor seus interesses, não cabe ao juiz qualquer atitude corretiva. A idéia de autonomia ganha contornos de uma igualdade formal.<sup>94</sup>

Essas diretivas, transpostas ao momento probatório fazem do juiz o receptor inerte das alegações feitas por ambos os lados, dos fatos a serem provados por eles enumerados, dos meios de prova por eles indicados. Ainda que o juiz perceba que um fato importante à lide não foi trazido, ou que um meio de prova lhe pareça mais apropriado para corroborar a hipótese elencada, nada pode fazer a respeito, sob pena de ultrapassar suas competências e não estar mais em posição hábil para julgar com imparcialidade. Mais uma vez, é autonomia privada que se tenta preservar: se não é do interesse da parte trazer certos fatos para a discussão processual, cabe ao juiz resignar-se com o *thema probandum* pretendido pela parte. O modelo de resolução de conflito pode se colocar em franca oposição à busca da determinação correta dos fatos. Caso a verdade não

<sup>91</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 160: “residue of hard cases that cannot be settled out of court”.

<sup>92</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority* . p. 79. (T.L.)

<sup>93</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority* . p. 104.

<sup>94</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority* . pp. 106-107.

pareça atrativa à resolução de conflitos, tanto mais que se afaste da arena processual.<sup>95</sup>

Resumindo, falar de um modelo de processo de resolução de conflitos é falar de um protagonismo das partes e de seus interesses, em contraposição a uma singela participação do juiz, que deve escolher, frente às hipóteses alternativas – e sem nelas interferir – qual a certa. Faz sentido uma analogia entre a resolução de conflitos e o restaurante cujo *chef* não aceita fazer modificações em suas criações em razão do gosto de seus clientes: a “alma” do prato se perde ao se trocar um ingrediente por outro. No processo de resolução do conflitos, o juiz, ou fica com a versão de uma parte, ou com a versão da outra. Não lhe é permitido misturar as duas, ou que ele mesmo, as veja sob um outro prisma, acrescentando-lhe alguns traços. No entanto, se é possível que se vá a outros restaurantes com outras opções, ou quiçá, outro *chef*, ao juiz não há a alternativa de optar por outras partes. Reflete-se portanto: a situação do juiz desse modelo é mais complicada do que de pessoas que, numa tarde de domingo, pensam em que restaurante devem conseguir um bom almoço.

“De acordo com o modelo de resolução de conflitos, não há lugar para a requisição de procedimentos que esponham o responsável pela decisão a material que não foi previamente trazido pela interação inter-partes e refinado pela discussão. Tratando-se de informações substantivas, ele só pode receber as que lhe forem levadas pelos litigantes e filtradas pelo debate.”<sup>96</sup>

Contrapõe-se à resolução de conflitos o modelo processual segundo o qual o objetivo do processo é a *implementação de políticas públicas*. Se a resolução de conflitos é o fim do processo relacionado a um Estado reativo (liberal), a implementação de políticas, por sua vez, deita raízes nos Estados ativos (intervencionistas), nos quais a maior carga axiológica é depositada nos interesses estatais. É o Estado que propaga a idéia de Bem e de Bom aos seus cidadãos e, por muitas vezes, tem a prerrogativa de defendê-los deles mesmos.<sup>97</sup>

Dado que a sociedade não sabe o que é melhor para si, não há razão para grupos organizados. Projetos que surgem espontaneamente em meio às relações

<sup>95</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 123: “(...) Individual autonomy is the highest priority, and as a result, it places significant limits on the quest for the truth.”

<sup>96</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 136.

<sup>97</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. pp. 80-81.

sociais são vistos como suspeitos – representantes de interesses particulares sob o rótulo de pretensamente representar todo o grupo. No lugar de associações voluntárias, agências estatais. Desse modo, o processo não guarda nenhuma relação com a solução de conflitos entre interesses particulares, “a disputa interpessoal é antes um pretexto para achar a melhor solução para um problema social”.<sup>98</sup>

No contexto probatório, cabe à parte auxiliar ao juiz na busca da melhor solução. As partes indicam fatos relevantes e produzem provas, mas a título de prestar informações ao juízo<sup>99</sup>, cabendo a ele a atribuição de desenvolver e implementar a melhor política em resposta ao problema que o caso apresenta. No modelo que ora se analisa, há muito menos espaço para a atuação das partes, já que, para que a meta de implementação de políticas seja cumprida pelo processo, será necessária tanto uma correta investigação dos fatos passados, quanto de uma eficiente previsão dos desenvolvimentos futuros concernentes ao problema que se quer resolver. Ou seja, a determinação correta dos fatos passa a ser uma preocupação que esse modelo processual precisa resolver.<sup>100</sup>

Ganha relevo o esforço cognitivo que o juiz terá de empreender. A parte produzirá suas provas, mas porque sabe que o resultado da lide tem de primordialmente responder a interesses públicos e não os seus, não tem muitas razões para facilitar o descobrimento da verdade. Ademais, é requerido um ponto de vista independente dos particulares já trazidos pelas partes para que a implementação de políticas se aproxime de seu ponto ótimo. Ou seja, há a participação das partes na construção de suas versões, mas o juiz não se encontra a elas adstrito.

“A rejeição do controle das partes na produção probatória não implica na exclusão da participação delas na coleta de informação e análise da evidência. Quando oficiais auxiliares das atividades investigativas estão ausentes, o papel das partes nesse contexto pode até ser grande e proeminente. No entanto, os oficiais responsáveis pelo procedimento se recusarão a confiar

---

<sup>98</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 86.

<sup>99</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 164.

<sup>100</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 160.

exclusivamente, ou mesmo principalmente, mas informações trazidas por pessoas de cujos interesses poderão ser afetados por uma decisão futura.”<sup>101</sup>

Concluída a apresentação dos tipos ideais *resolução de conflitos e implementação de políticas*, não é preciso dizer que inexistem tal qual foram descritos. Nas democracias atuais, encontram-se Estados tradicionalmente liberais que também se utilizam do processo como veículo implementador de políticas. É o caso das ações que correm em âmbito civil nos Estados Unidos, mas que são voltadas ao interesse público, nas quais a parte autora demanda contra uma escola, um hospital, uma prisão ou uma agência governamental buscando reformas estruturais de uma instituição. Há a clara matriz de resolução de conflitos, mas que teve de absorver a necessidade por implementação de políticas.<sup>102</sup> O reverso também é possível, ao se pensar nos países da Europa continental, tradicionalmente voltada à implementação de políticas por meio do processo, que vêm aceitando o modelo de resolução de conflitos nas suas esferas penais.<sup>103</sup>

Para além disso, por meio do estudo dos modelos trazidos, é possível perceber que há uma relação direta entre o controle dos procedimentos probatórios pelas partes e o prejuízo da determinação da verdade dos fatos. Independente de se o processo deve ou não implementar políticas – essa não é uma questão a que esse trabalho visa responder – sendo a verdade um dos objetivos processuais aqui defendidos, isso se reflete numa defesa de mais poderes probatórios para o julgador. E com isso, não se quer diminuir a participação da partes no auxílio da tarefa cognitiva a que o juiz precisa realizar, mas não se pode compreender as limitações cognitivas impostas àquele que deve justificar adequadamente suas decisões. É um equívoco pensar que quanto mais se atribui ao juiz, menos irá sobrar às partes, como se a iniciativa instrutória fosse uma torta que o legislador divide entre as partes e o juiz, como se um pedaço maior para um necessariamente diminuísse o que o outro pode ganhar.<sup>104</sup>

“(…) A experiência dos ordenamentos jurídicos europeus, e, em particular do ordenamento jurídico francês, mostra que é possível maximizar *ao*

<sup>101</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. pp. 161-162. (T.L.)

<sup>102</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 237.

<sup>103</sup> DAMAŠKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. p. 194.

<sup>104</sup> Sobre a “teoria da torta” TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. In: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons. 2008. p. 180.

*mesmo tempo* o direito à prova que corresponde às partes, a garantia do princípio do contraditório e a atribuição de amplos poderes de instrução ao juiz. Por outro lado, é evidente que quando o juiz exerce um de seus poderes de instrução não usurpa poder algum das partes, nem invade um território que esteja reservado para elas. Isso poderia ocorrer unicamente em um sistema em que as partes não gozassem de nenhuma garantia, mas – a despeito de que isso não ocorre em nenhum ordenamento processual evoluído – esta é uma questão relacionada diretamente à configuração dos direitos e garantias das partes, mais do que dos poderes do juiz.”<sup>105</sup>

Ou seja, não se defende que *apenas* o juiz vá aos fatos, mas que *também* ele esteja autorizado a fazê-lo, de modo acessório e residual. Isto é, ainda se espera das partes que indiquem os fatos e enumerem os meios de prova que pretendem produzir na ocasião da instrução, mas caso o juiz se veja frente a uma omissão que lhe pareça importante para a decisão, então que possa tentar supri-la, sem que, com isso, tenha sua imparcialidade abalada.<sup>106</sup> Até porque, uma coisa é a produção da prova, outra coisa é valorá-la. No entanto, ainda que se pense na eventualidade de um juiz que se mostre equivocadamente inclinado às suas primeiras impressões, esse não é um problema que deva ser resolvido com a supressão de poderes instrutórios do juiz – até mesmo um juiz “passivo”, por exemplo os do modelo de *resolução de conflitos* de que se falou aqui, pode se aferrar excessivamente a uma versão dos fatos – , antes é preciso reconhecer que as alternativas são outras: *pleno cumprimento do contraditório* pelas partes e uma decisão sobre fatos *motivada completa e racionalmente*.<sup>107</sup>

<sup>105</sup> TARUFFO, Michele. *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*. p. 180. (T.L.)

<sup>106</sup> Enrico Thullio Liebman, importante processualista italiano e de muita influência no cenário processual brasileiro, chegou a escrever um artigo intitulado “A incompatibilidade psicológica entre investigação e decisão” no qual repudiava a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, uma vez que tenderia a valorar parcialmente as provas incorporadas de ofício por ele mesmo. Taruffo, além de afirmar como “duvidosa a admissibilidade dessas ingênuas noções psicológicas em que se baseiam tal argumento” (p. 181), ainda acentua a contradição em ver como imparcialidade inaceitável a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, mas não se achar criticável, com base no mesmo argumento, quando o juiz admite ou exclui uma prova proposta por uma das partes ou quando decide que não ouvirá uma testemunha” (p. 182). In TARUFFO, Michele. *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*.

<sup>107</sup> TARUFFO, Michele. *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*. p. 183: “(...) Los ordenamientos que han atribuido al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas han supuesto que tales poderes son atribuidos a jueces capaces de realizar de manera correcta y racional su función de estímulo, control y de iniciativa probatoria, sin que ello pusiera en peligro los valores fundamentales del proceso civil.”