

3 Fato e prova

3.1 Fato objeto da prova

Nas mais diversas culturas jurídicas o fato é visto como a finalidade fundamental da prova.¹⁰⁸ Essa afirmação é feita no sentido de trazer alguns limites ao que pode se constituir como objeto de prova. Não se faz prova de direito, mas sim do fato em que determinado direito encontra seu fundamento.¹⁰⁹ Não se prova, por exemplo, o direito à indenização por danos extra-patrimoniais em si, mas o fato que torna devida a indenização, como a queda de um vaso de plantas direto do apartamento de Maria em Lucas, que passava pela calçada à caminho do trabalho: “Dê-me os fatos que eu te darei o direito”. Esse um primeiro sentido da assertiva segundo a qual a prova tem o fato como objeto. Provas se referem a fatos, e apenas indiretamente a direitos.¹¹⁰ O segundo sentido que se pode extrair dessa afirmação é atinente aos limites do conhecimento do julgador: os fatos provados constituem a única base na qual o juiz está autorizado a fundamentar sua decisão. Portanto, vê-se um julgador defeso de poder fazer uso de conhecimentos privados, conseguidos por outros modos que não os procedimentos previstos pelo processo. É isso o que traz a *controlabilidade* das decisões, tão cara para a

¹⁰⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 89.

¹⁰⁹ WAMBIER, Luis Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil v.1: Teoria Geral do processo e Processo de Conhecimento*. 10ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 453: “Devem se provar fatos, não o direito. Pela máxima *jura novit curia* (“o tribunal conhece os direitos”), tem-se que o direito alegado não é objeto de prova, mas apenas os fatos, ou seja, aquilo que ocorreu no mundo. Também se diz *da mihi factum, dabo tibi jus* (“dê-me os fatos, que lhe dou o direito”), para significar que basta à parte demonstrar que os fatos ocorreram para que o juiz aplique o direito correspondente.” E também TARUFFO, Michele. Apêndice II: Narrativas judiciais. Trad. Verónica Undugarra Valdés. In: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. pp. 194-195: “El principio general comúnmente reconocido es que el derecho no puede ser probado em el sentido propio y específico de la palabra (...). Entonces, sólo los hechos (es decir, enunciados relativos a hechos) son objeto de prueba. Las afirmaciones relativas a los aspectos jurídicos del caso son objeto de decisión, interpretación, argumentación e justificación, pero sobre todo – y finalmente – *pueden* ser probadas como verdaderas o falsas. La relevancia de los elementos de prueba, es decir, la condición básica para su admisibilidad, se establece por referencia a las aserciones fácticas relativas al hecho físico en cuestión, no por referencia a los argumentos jurídicos proporcionados para encuadrar jurídicamente el caso.”

¹¹⁰ Com isso, não se ignora a distinção entre fatos e enunciados sobre fatos. Sabe-se que as partes fazem alegações, por meio das quais afirmam a existência de fatos. Está-se, portanto, a falar, sobre alegações/enunciados falsos ou verdadeiros, e de fatos existentes ou inexistentes, nunca, nesse passo, de fatos falsos ou verdadeiros, alegações existentes ou inexistentes.

manutenção de Estados democráticos.¹¹¹ Desse modo, o princípio *iura novit curia* faz referência apenas ao conhecimento que o juiz deve possuir acerca da norma a ser aplicada, não respingando sobre os fatos;¹¹² estes devem ser conhecidos à medida que são internalizados pelo ambiente do processo.

3.2. Identificação do fato e o critério de *relevância jurídica*

No entanto, dizer que somente os fatos podem ser objeto de prova não esclarece muita coisa. A realidade é ilimitada e o processo não visa conhecer a todos os acontecimentos que a compõem. A preocupação cognitiva no contexto processual é instrumental, serve para resolver controvérsias jurídicas acerca da existência de direitos, isto é; não se pretende determinar um fato a menos que seja ele um pressuposto para a aplicação de normas num caso concreto.¹¹³ Por esse motivo, é difícil se falar em fato sem se falar em direito.

O que deve ou não ser objeto de esforço cognitivo é estabelecido por meio de *critérios jurídicos*, representados pelas normas consideradas aplicáveis para decidir uma controvérsia específica. Sucintamente: é o direito que estabelece o que é um fato para o processo. Daí a expressão *fato juridicamente relevante*.

¹¹¹ Sobre a controlabilidade das decisões judiciais, ver MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 1988. 2ª série. pp. 83-95. p. 91: “O pensamento jurídico de nossos dias propugna concepção mais ampla da *controlabilidade* das decisões judiciais, que não se adstringe ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo. Não é apenas o controle *endoprocessual* que se precisa assegurar: visa-se, ainda, e sobretudo, ‘a tornar possível um controle ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o modo como o juiz administra a justiça’; e ‘isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida seja no seu complexo, seja como opinião *quisquis de populo*. A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um privilégio dos diretamente interessados, mas estender-se de modo geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório.” No mesmo sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 292: “A regra de que as decisões judiciais têm de ser motivadas, em seu sentido mais profundo, expressa a exigência ampla de controlabilidade da atividade dos órgãos do Estado, inerente à idéia de Estado de Direito Democrático.” E ainda MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 256: “(...) a atuação do magistrado somente será legítima dentro dos parâmetros fixados pela verdade por ele reconstruída no processo.”

¹¹² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 90.

¹¹³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. pp. 90-91.

Ao se afirmar que o conhecimento dos fatos é importante para a resolução da controvérsia jurídica não se diz outra coisa senão que é a partir das coordenadas fornecidas pelo contexto específico da decisão judicial que a investigação tem seu início. Os fatos que se mostram importantes para a justificação da decisão judicial é que devem ser o objeto de prova. Sendo assim, ainda de acordo com o contexto decisional, viu-se na adoção do esquema silogístico um modo eficaz de se chegar aos fatos: aplica-se a premissa maior representada pela regra geral que prescreve a hipótese fática pensada pelo legislador à premissa menor, à sua vez, o caso concreto, e, caso em que se apresente positivamente uma equivalência entre eles, então a norma é aplicável ao caso concreto e já se sabe sobre que fato a prova deve recair.¹¹⁴ Essa a atuação do chamado critério de *relevância jurídica*. E é o silogismo que o proporciona.

No entanto, a utilidade do silogismo não vai além. Se com sua aplicação é possível identificar *que* fato deve ser provado em juízo, estabelecer os *meios* pelos quais os fatos devem ser provados, isso já é um outro problema. Uma coisa é identificar o objeto da instrução, outra é definir *como* esse objeto pode ser determinado. São problemas vinculados, pode-se dizer até mesmo que são complementares, porém *distintos*.¹¹⁵ Não seria tão fácil resolver o problema da determinação correta dos fatos.

“A referência à norma e à hipótese fática abstrata serve, como já se disse, para estabelecer que circunstâncias de fato são juridicamente relevantes no caso concreto e, portanto, para estabelecer quais fatos devem ser determinados para os efeitos da decisão. Essa referência serve pois, para estabelecer qual o objeto do juízo de fato, isto é, que fatos são os que constituem (= deveriam constituir) o objeto das provas a serem produzidas nesse processo. Essa é a finalidade específica da referência à norma aplicável ao caso, mas também o limite dessa referência, isto é, o ponto além do qual a norma aplicável já não determina o juízo de fato.”¹¹⁶

A determinação do fato juridicamente relevante está dentro da preparação das premissas da decisão, mas com ela não se confunde. A decisão pode ser revestida parcialmente de um caráter dedutivo desde que premissas adequadas já tenham sido estabelecidas, isto é, de interpretação normativa e determinação do

¹¹⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 98.

¹¹⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 103.

¹¹⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 103. (T.L.)

fato. Essa operação não se limita a achar uma correspondência entre fato e norma, mas a *constitui*: um dos sentidos resultantes da interpretação da regra jurídica qualifica um fato empírico como jurídico, que por isso, é relevante e será o fundamento da decisão caso seja provado em juízo.¹¹⁷

Que se fale então das dificuldades que podem atingir a determinação dos fatos anteriores à aplicação do silogismo prático. A indeterminação normativa é uma delas.¹¹⁸ Quando se afirma que o critério de identificação do fato relevante é jurídico, que é a regra que dita qual o fato deverá ser objeto de prova – uma vez que é ela a expressão do que o legislador pensou para ser cumprido por seus destinatários –, também se está a dizer que, caso o significado da regra jurídica não esteja claro, por vagueza, ambiguidade, prolixidade etc.,¹¹⁹ essa dúvida chega a deslizar sobre os fatos. A compreensão da norma é em larga medida dependente da compreensão da linguagem utilizada na comunicação.¹²⁰ Se a imprecisão linguística traz certo “baralhamento de idéias”,¹²¹ disso resulta também dificuldades relacionadas à identificação de que fato deveria ser objeto de prova. Mas se não há como eliminar completamente essa sorte de indeterminação,¹²² é possível tratá-la de modo a minimizar seus efeitos.¹²³

¹¹⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 99.

¹¹⁸ Não há um modo de se eliminar por completo o fenômeno da indeterminação normativa pelo simples fato de que as normas são feitas por homens, e não por deuses. Hart fala em duas desvantagens por que somos acometidos sempre que procuramos regular antecipadamente alguma esfera de conduta por meio de padrões gerais, ignorância do fato e ignorância da finalidade. HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2005. p. 141: “Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isso seria um mundo adequado a uma ‘jurisprudência mecânica’.”

¹¹⁹ Sobre defeitos na elaboração normativa, ver SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do departamento de direito da PUC-Rio. n. 18. 2001. pp.1-27. pp 17-ss.

¹²⁰ SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. p. 8.

¹²¹ SGARBI, Adrian. Textos normativos e alguns problemas de adscrição de sentido. p. 8.

¹²² Aqui se faz referência à indeterminação indesejada pelo legislador, fruto de suas limitações com respeito à tarefa de prever os fatos futuros que podem recair sobre a incidência da norma em questão. Não se desconhece que há indeterminações queridas pelo legislador, isto é, por meio das quais ele delega ao julgador a tarefa de escolher como tratará da pertinência ou impertinência normativa na ocasião concreta. É o caso dos chamados conceitos jurídicos indeterminados.

¹²³ Uma forma de reduzir a indeterminação normativa se configura mediante o emprego de definições legislativas. SGARBI, Adrian. Definições legislativas. *Direito, Estado e Sociedade*: Revista do departamento de direito da PUC-Rio. n. 31, 2007. pp. 1-28. pp.16-17: “Considerando

3.3. Caráter dinâmico do critério de relevância

Ademais disso, é preciso salientar que o critério de relevância é predicado de um caráter *dinâmico*, que pode ser evidenciado a partir da distinção entre *atos principais e secundários*.¹²⁴ Segundo a doutrina tradicional, *principal* é o fato selecionado pela norma segundo seu critério de relevância: dentro de um conjunto indiferenciado e indefinido de circunstâncias, são os fatos considerados relevantes para a aplicação da norma.¹²⁵

“Esse critério de seleção é aplicado pelo juiz ao conjunto de enunciados relativos aos fatos empíricos que constituem o conteúdo das alegações iniciais. Pode suceder que essa operação não produza resultados, isto é, que nenhuma circunstância alegada se corresponda com a definição geral contida na norma: neste caso, aquela norma não é aplicável a esta situação de fato e resulta necessário conjecturar a aplicação de outra norma. Opostamente, se aquela operação tem resultados positivos, significa que na situação alegada existem fatos juridicamente relevantes segundo aquela norma. Trata-se, precisamente, dos fatos principais.”¹²⁶

São considerados fatos principais, portanto, aqueles a respeito dos quais se conjectura serem idôneos para produzirem as conseqüências previstas pela norma caso venham a ser provados. Operam como um pressuposto para que a decisão seja justificada a partir da aplicação daquela norma específica que os selecionou.

que os textos normativos são formulados linguisticamente, e que nem sempre um texto normativo possui significado unívoco pode, disso, advir dificuldades para seus destinatários. Sendo isso correto, o papel que cumpre ao legislador de estabelecer referenciais de conduta encontra-se ameaçado. Ameaçado porque os destinatários precisam, para obedecerem às normas, saber o que determinado texto significa; e se há instabilidade nessa demarcação, seus reflexos serão sentidos quando da cobrança do seu cumprimento. Com vistas a afastar tais problemas, o legislador, no mais das vezes, desempenha atividade definidora. (...) Oferecendo um marco maior de precisão terminológica, com ele procura-se minimizar as variações significativas tornando mais seguras as expectativas dos destinatários quanto ao que se comanda e ao que é aplicável a certo universo de casos. Com isso, as normas definidoras passam a desempenhar papel essencial no conjunto jurídico.” Taruffo afirma que uma estratégia viável frente à indeterminação normativa é o uso de termos mais simples, uniformes e determinados para conferir tratamento à hipótese fática trazida na norma, no lugar de termos complicados, obscuros e de sentido variável. Nesses casos, o âmbito de discricionariedade do julgador aumenta, tendo o mesmo de estabelecer *um* significado plausível à norma. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 109.

¹²⁴ Segundo Taruffo, essa classificação, que entre os juristas reveste-se de uma importância fundamental, não traz uma clareza suficiente de análise e definição. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 119.

¹²⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 120.

¹²⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 122. (T.L.)

Todavia, uma contenda jurídica não se resume a fatos principais. Esses são acompanhados dos fatos *secundários*, os quais, de algum modo se vinculam à situação alegada. Não são descritos pela norma sobre cuja aplicação se conjectura, mas se conectam às circunstâncias do caso concreto. Pode resultar necessário recorrer a eles, e, nesses casos, a individualização responderá a critérios de *utilidade e significação*. Por exemplo, pode ocorrer que, provada a ocorrência de fatos secundários, esses desempenhem o papel de premissas para uma conclusão referente a fatos principais. Ou seja, os fatos secundários podem ser *logicamente relevantes* para que se chegue aos fatos principais.¹²⁷ Por essa importância lógica, não cabe pensar que dependem da alegação das partes. Mas basta que se conjecture a aplicação de uma norma distinta para que os fatos secundários possam assumir outro grau de importância para a solução da controvérsia. De secundários a principais.

“Pode-se dizer então que um conjunto indeterminado e residual de circunstâncias irrelevantes é, em realidade, uma espécie de ‘reserva de fatos’ potencialmente relevantes, a que se pode recorrer (ou que sendo necessário entra em jogo) no momento em que se modifica o critério de relevância, isto é, na norma que se usa como sistema de referência para o exame do caso concreto.”¹²⁸

Ou seja, a relevância ou irrelevância de determinadas circunstâncias para o caso é predicação que conta com mobilidade. A lide é composta de uma série de circunstâncias que não entram diretamente na reconstrução fática, mas estão na base dela: podem ser conceitos, perspectivas culturais, fatores cognitivos, que, apesar de serem indispensáveis para qualquer reconstrução de fato, a compõem apenas implicitamente. Sem relevância porquanto pressupostos óbvios. Todavia, basta que a dúvida acerca do tratamento tácito conferido a determinada circunstância seja posta, isto é, que seja problematizada, para que se torne um aspecto relevante algo que não estava em primeiro plano. O horizonte dos problemas de determinação dos fatos está intimamente relacionado com os contornos aferidos ao conflito jurídico que está em questão.¹²⁹

¹²⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 123.

¹²⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 124. (T.L.)

¹²⁹ O exemplo dado por Taruffo se refere à temperatura de um determinado evento. Inicialmente a presunção é que a mesma seja normal, isto é, que não seja um dos elementos que incidiram para a ocorrência do fato. No entanto, é suficiente pôr em dúvida essa suposta normalidade, para que se torne, então, uma circunstância relevante. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 127.

Se até esse momento cuidou-se de alguns obstáculos existentes à identificação de que fatos devem ser conhecidos, chegando-se também à conclusão de que se deve estar atento ao caráter dinâmico que o critério de relevância pode assumir, de agora em diante, serão examinados com mais vagar os três momentos nos quais a atividade probatória pode ser dividida no contexto processual.

3.4. Três momentos da atividade probatória

Oportunamente, cuidou-se de fazer uma divisão da atividade probatória em três momentos, que seriam: a conformação do conjunto de elementos do juízo, a valoração desses elementos e a decisão mesma sobre os fatos.¹³⁰

3.4.1. Conformação do conjunto de elementos do juízo

3.4.1.1. Relevância e admissibilidade: regras de inclusão e exclusão probatória

Segundo essa classificação, caberia ao primeiro momento uma preocupação de obter um conjunto de elementos de prova o mais rico possível, devendo ser o desenho processual facilitador da incorporação do máximo número de provas relevantes. Em relação inversa com o maior número de informação está a ocorrência de erros na esfera judicial, isto é; a probabilidade de equivocarse daquele a quem cabe a decisão diminui em razão do número de informações que tem a seu dispor.¹³¹

Caberia, portanto, o sistema da *prova livre* pensado por Bentham? De acordo com o autor, o único filtro que o processo deve impor às provas é de que cumpram um critério de relevância.¹³² Contudo, pode ser que sejam fundadas

¹³⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 41.

¹³¹ Jordi Ferrer Beltrán qualifica essa idéia que relaciona número de informação alto com menor probabilidade de que a decisão seja errônea como um “princípio epistemológico indiscutível”. FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 68.

¹³² BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. Castellana de Manuel Osorio Florit. Granada: Ed. Comares. 2001. p. 4: “(...) El juez tiene el deber de obtener todas las pruebas de una y otra parte, de la mejor manera posible, de compararlas y de decidir después su fuerza

algumas limitações complementares ao mencionado critério. Fosse por ele, provas relevantes para a determinação correta dos fatos poderiam ser aduzidas a qualquer tempo pelas partes. Mas, nessa possibilidade, existe algo que o legislador enxergou como injusto, decidindo que o processo não deveria com isso conviver. Explica-se melhor.

Nos ordenamentos jurídicos de regimes democráticos, vigora o chamado princípio do *tratamento isonômico das partes* (art. 125, inc. I, CPC), que manda não haver preferência entre elas, ambas podendo influir no convencimento do julgador com chances iguais. Em relação à produção probatória, essa diretiva prescreve um momento de *estabilização* dos fatos relevantes para a contenda jurídica, devendo ser provados por tais e quais meios de prova.¹³³ Isso realiza o direito de defesa das partes, livres de serem surpreendidas a qualquer momento do processo. Assim, percebe-se que o esforço cognitivo pode ser visto como temperado pela garantia de tratamento isonômico das partes. No entanto, é possível enxergar mesmo uma conformidade entre o momento estabilizador dos fatos relevantes sobre os quais haverá a produção da prova e a preocupação cognitiva: quando se fixa um prazo para que os elementos sejam trazidos ao processo, que, depois de transcorrido, sucumbirá à *preclusão*, está-se, por outro lado, provocando um estímulo de que se enriqueça ao máximo e desde o momento inicial do processo o conjunto de elementos. Então a referida limitação temporal pode ser vista, a um só tempo, como realizadora do valor tratamento isonômico, esse aliado à preocupação com a formação de um conjunto probatório que propicie uma determinação correta dos fatos. “Paradoxalmente, a *ratio* da regra de exclusão é enriquecer o conjunto de elementos do juízo desde o início do procedimento”.¹³⁴ Regra de exclusão com fundamento epistemológico.

Mas é decorrência do princípio geral de inclusão que toda e qualquer prova relevante seja produzida? E a prova que, ainda que seja relevante individualmente, mostre-se redundante se examinada com outras provas já incorporadas pelo juízo? A isso, é possível se responder que a mencionada prova

probatoria. Así, pues, el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas.”

¹³³ No processo brasileiro, a previsão desse momento estabilizador está no art. 331 do CPC, atribuição, portanto, da chamada *audiência preliminar*.

¹³⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 72.

seria mais bem *irrelevante em razão de ser supérflua*. Porém, há que se discutir mais essa hipótese. Tratando-se de raciocínio de tipo indutivo, o número de inferências em favor de uma determinada conclusão aumenta sobremaneira a probabilidade de que se trate de uma conclusão verdadeira. Nisso, a indução se distancia da dedução, uma vez que por essa última modalidade pouco importa o número de inferências; caso sejam verdadeiras, necessariamente a conclusão também o será. Na dedução, a conclusão verdadeira é uma consequência necessária de premissas verdadeiras, enquanto que na indução, porque se trata do “pulo”, o número de circunstâncias de que já se tem conhecimento e que corrobora a conclusão traz mais credibilidade a ela.

“Quando uma segunda testemunha declara haver visto o mesmo que uma testemunha anterior, sua declaração aumenta a credibilidade do que foi declarado pelo primeiro (...). A terceira testemunha agrega, a sua vez, um novo grau de corroboração.”¹³⁵

Entretanto, isso não se opera de forma ilimitada. Ocorre um momento em que a prova redundante chega a ser supérflua, e deixa de auxiliar a corroboração da hipótese em questão. Pode-se falar de um *rendimento decrescente* de cada nova prova trazida se comparada a que lhe antecedeu, até o momento em que uma prova já não tenha mais qualquer relevância. Por isso, também é pertinente prever um limite às provas redundantes, mas não há como se pensar previamente em qual limite seria sensato, senão que esse exame é cabível ao julgador que, no caso concreto, deverá determinar o equilíbrio entre exigências de corroboração da hipótese e o valor da celeridade processual.

Quando se trata de variedades de provas – por exemplo: uma mesma hipótese sendo corroborada por perícia, documentos e testemunhas –, a prova redundante sobrevive por mais tempo ao critério de relevância. Isso porque, não apenas a *quantidade* de prova opera em favor da corroboração de uma hipótese fática, mas também a *variedade* é um componente a ser observado: quanto maior a variedade de provas que corroborem a mesma hipótese fática, maior seu apoio.¹³⁶ Aqui também se produz um rendimento decrescente das provas que são apresentadas uma após a outra, mas essa “curva crescente-descrescente” alcançará

¹³⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 75. (T.L.)

¹³⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 76.

uma maior altitude. Assim, mesmo no caso de variedades de tipos de prova, permanece a preocupação com o momento no qual a prova de nada servirá. Não havendo ganhos epistemológicos, configura irracional, posto que inútil sob o critério epistemológico e negativo se se tem em conta o valor da razoável duração do processo, a admissão de provas que só farão demorar a prestação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, o princípio de inclusão de toda e qualquer prova relevante sofre limitações, mas que não vão contra às preocupações cognitivas afirmadas como importantes para o processo. Contudo, como já se disse aqui, o processo tem outros objetivos conjugados à averiguação da verdade dos fatos, que são representados também pelo filtro da *admissibilidade*. Ou seja, ainda que a prova seja relevante, isto é, que se mostre capaz de auxiliar no convencimento do juiz acerca da existência ou inexistência de determinado fato, da veracidade ou falsidade de uma alegação, ela pode ter sua produção negada.

“A celeridade na tomada de decisões, a proteção de segredos do Estado, o segredo das relações advogado-cliente etc., são também fins habitualmente reconhecidos na grande maioria dos ordenamentos jurídicos. Por isso, para garantir a obtenção dessas finalidades, os ordenamentos estabelecem regras jurídicas processuais (mas não só processuais) que funcionam como um filtro de admissibilidade da prova, adicional e posterior ao juízo de relevância.”¹³⁷

Relevância e admissibilidade, portanto, são os dois critérios que devem ser observados nessa fase da atividade probatória, no qual o conjunto dos elementos do juízo é estabelecido. São de distinta finalidade: a primeira em favor da cognição, a segunda buscando a observância de outros valores visto que o processo não se coaduna com a busca da verdade à custa de qualquer outro bem. À admissibilidade se conecta ao valor da *legalidade* do procedimento a ser seguido, bem como o contraste com qualquer outro valor.

“Trata-se de conferir a dignidade dos direitos fundamentais ao direito à prova, que pode ser limitado tão-somente por outros critérios fundados na necessidade de coordenação desse direito com outros tutelados pelo

¹³⁷ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 76. (T.L.)

ordenamento jurídico, desde que se reconheça a prioridade da proteção desses outros direitos em relação ao direito à prova.”¹³⁸

A admissibilidade corresponde a uma escolha política que o legislador faz. Não é uma regra epistemológica, mas possui uma racionalidade instrumental de natureza distinta, de proteção dos outros valores. É o legislador que deve se pôr consciente do dilema do custo epistemológico dessas regras de exclusão e a necessidade de se implementar os outros fins do processo. Nesse sentido, a *prova ilícita* nada mais é senão o resultado dessa valoração legislativa, que, em determinadas situações, a despeito da relevância da prova, proíbe sua entrada no processo por ter sido obtida ilegalmente, infringindo direitos fundamentais, como o direito à correspondência, à inviolabilidade de domicílio etc. Uma ordenação de valores.¹³⁹ Assim, o momento da conformação de conjunto de elementos probatórios é, pois, caracterizado pela junção de duas espécies de preocupações, epistemológicas e políticas. Tendo isso em mente, as provas devem ser produzidas e, posteriormente, valoradas.¹⁴⁰

3.4.1.2.

Participação das partes e o papel do juiz na produção da prova

Até o presente momento cuidou-se das dificuldades e regras atinentes à produção probatória, mas sem se identificar as atribuições específicas de cada sujeito. O contexto processual tem a especificidade de que as partes devem requerer a produção das provas que julgam relevantes para demonstrar a veracidade das alegações que fazem, isso, por força do princípio da *inércia da Jurisdição*, que vem querer garantir que o juiz guarde imparcialidade para que tenha condições de decidir sobre a lide.

A atribuição com que contam referente à produção da prova tem a natureza de *ônus*, isto é, o ordenamento jurídico descreve uma conduta que, sendo cumprida, aumenta suas chances de ter um resultado positivo, caso não seja

¹³⁸ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 36.

¹³⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. pp. 80-81.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. p. 295: “No direito brasileiro, adota-se o princípio da persuasão racional do juiz, de modo que as provas não têm, em regra, valor predeterminado, podendo o magistrado convencer-se livremente com qualquer das evidências presentes nos autos, desde que justifique os motivos pelos quais entende que certa prova gera convencimento, ou as razões para que certa prova se sobreponha a outra (art. 131, CPC).”

realizada, inversamente, potencializam-se as chances de um resultado desfavorável. O ônus difere do *dever* porque o dever é uma contrapartida de um direito de alguém, enquanto o ônus só se relaciona com o próprio agente, trazendo-lhe conseqüências positivas ou negativas. E mais, aquele que está onerado experimenta uma *liberdade* de não realizar dada conduta, o que não existe em se tratando do cumprimento de um dever. No contexto probatório, há a liberdade de não requerer a prova. O cumprimento de um dever é exigível enquanto que a realização do ônus não.¹⁴¹

Aliás, a lógica observada pelo legislador é de que as partes envolvidas na situação concreta que deu ensejo à controvérsia jurídica sabem melhor do que o juiz quais fatos importam ser examinados. Esses fatos que devem ser alegados pelas partes, para os quais devem indicar os meios de provas que julgam eficientes, são os já mencionados fatos principais.¹⁴² Ou seja, a alegação sempre deve estar acompanhada com o requerimento da produção de um meio de prova específico. Ônus de alegação acompanhado de ônus de produção da prova.

Mas ao julgador, não resta apenas resignar-se ao que foi trazido pelas partes. Pelo menos, não mais. Como foi dito por Taruffo, observa-se mesmo, uma *tendência generalizada* nos ordenamentos jurídicos comprometidos com uma prestação jurisdicional justa, empenhados em produzir decisões o mais cuidadosas possível, a se conceder mais poderes probatórios aos juízes.¹⁴³ Não cabe, pois,

¹⁴¹ WAMBIER, Rodrigues Luiz; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil v1*. p. 457: “O ônus e o dever são figuras jurídicas distintas em, pelo menos, dois aspectos: (i) o dever implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto que o ônus é estabelecido no interesse do próprio onerado; (ii) o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de situação melhor.” Eduardo Cambi alerta para o fato de que o cumprimento da conduta-objeto, em sede probatória, não acarreta necessariamente uma conseqüência favorável: realizar a prova não é um dado decisivo ou o único meio para conseguir um resultado positivo na ocasião do proferimento da decisão. Além da realização da prova, terá ela de ter força persuasiva suficiente para convencer de que as alegações são verdadeiras. CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 316. Por outras palavras, o legislador veio viabilizar a observância do que os processualistas reconhecem como princípio da aquisição processual da prova: a prova não pertence à parte, uma vez produzida integra o processo pouco importando quem a produziu. Outra vez, WAMBIER, Luiz Wambier; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil v.1*. p. 456.

¹⁴² Ver item 3.3.

¹⁴³ TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. p. 179: “Como se ha visto anteriormente, los distintos ordenamientos procesales han utilizado técnicas normativas diversas y se han inclinado en mayor o menor medida por la extensión de poderes de instrucción del juez; de todos modos, un elemento constante que destaca a partir de una investigación de derecho comparado es que ningún ordenamiento procesal moderno renuncia a orientarse hacia la

uma necessária identificação entre poderes de instrução aos julgadores e um compromisso com Estados autoritários, com interesses em se implementar processos com influência inquisitiva.¹⁴⁴

“(…) É importante destacar que sobre nenhum desses ordenamentos (refere-se aos ordenamentos modernos) paira a sombra de Torquemada,¹⁴⁵ e em nenhum aflora o fantasma do juiz como *longa manus* de Hitler, Mussolini ou Stalin. Pelo contrário, surge a figura, muito mais modesta e razoável, de um juiz que assiste ao ‘jogo das partes’ e que intervem quando percebe que esse jogo corre o risco de trazer decisões injustas porque se baseia numa determinação inadequada dos fatos.”¹⁴⁶

Tudo explicado, compete às partes fazer as alegações dos fatos que consideram relevantes (principais) e requerer as provas que vêm pertinentes a darem apoio às alegações. Mas o juiz pode trazer à dinâmica processual as circunstâncias que julgar importantes auxiliares de seu raciocínio (secundários).¹⁴⁷ Isto realiza esse ideal do juiz que *complementa* a atribuição das partes frente às provas, e que nutre autêntica inquietação no que tange à premência da determinação correta dos fatos como condição necessária para que possa bem realizar sua tarefa de dizer o direito.

“(…) É sempre bom lembrar que o juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo parcial ou mal cumprindo sua função. Já o juiz que determina a realização da prova de ofício, especialmente porque lhe deve importar apenas a descoberta da verdade, e não

búsqueda de la verdad de los hechos, y ningún ordenamiento procesal moderno confía exclusivamente en la iniciativa de las partes para conseguir este objetivo.”

¹⁴⁴ É o que mostra Taruffo, com os exemplos da Itália fascista, Alemanha nazista e Espanha franquista, em que o juiz desempenhava um papel essencialmente passivo, sendo as partes as protagonistas do processo. TARUFFO, Michele. Poderes probatórios de las partes y del juez en Europa. p. 164.

¹⁴⁵ Tomás de Torquemada, “O grande inquisidor”, reconhecido por sua atuação no séc. XV nos reinos de Castela e Aragão.

¹⁴⁶ TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. p. 179. (T.L.)

¹⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. pp. 174-175: “É decorrência do princípio dispositivo a regra de que cabe às partes trazer os fatos ao processo e também de que o juiz só pode conhecer de fatos alegados pelas partes. Porém, o art. 131 do CPC em vigor diz que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo a fatos e circunstâncias constantes dos autos, *ainda que não alegados pelas partes*, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Que fatos seriam estes, cognoscíveis de ofício, apesar de não terem sido alegados pelas partes? Fatos, cuja prova exista no processo, e que o juiz pode (deve) levar em conta, independentemente de terem sido referidos pelas partes? Parece-nos que estes fatos são justamente os ditos fatos simples. São aqueles fatos cuja prova leva à constatação da existência do fato jurídico, mas que, em si mesmos, não significam um fato jurídico autônomo, diferentes dos alegados pelas partes.”

aquele que resulta vitorioso (autor ou réu), estará voltado apenas para a efetividade do processo.”¹⁴⁸

No próximo item, resta pertinente o exame dos fatos que precisam ser alegados pelas partes mas que, em oposição aos principais (também conhecidos como constitutivos – autor –, modificativos ou extintivos - réu), prescindem do requerimento de que sejam provados.

3.4.1.3. Fatos que não precisam ser provados

Quando se falou a respeito da divisão dos momentos da atividade probatória asseverou-se a vantagem de que, por meio dela, é possível se enxergar a observância de valores distintos em cada uma das fases processuais. Para a conformação do conjunto de elementos do juízo, é de suma importância o conhecimento das regras referentes aos fatos que devem ser alegados, mas que não precisam ser provados. Essas regras visam dar efetividade ao propósito processual de que o mesmo seja célere. Ou seja, se o princípio geral de inclusão manda que todas as provas relevantes para a solução da causa sejam admitidas, sendo isso uma expressão de um compromisso epistemológico, a dispensa de produção de prova de algumas categorias de fatos vem referendar a racionalização acerca da *duração do processo*. Contudo, será possível ver que nessa excusa de prova não há uma limitação absoluta à vontade cognitiva do julgador.

Fatos notórios. Imagine-se que, numa ação indenizatória proposta contra o Estado, em decorrência de danos físicos e psíquicos irreversíveis sofridos ao tempo da ditadura militar, fossem requeridas provas de que no período entre 1964-1985 o Brasil realmente atravessou uma época de ditadura militar. Não seria difícil consegui-las, recortes de jornais e revistas da época, sites da internet que relatam o ocorrido, testemunhas seriam arroladas e mesmo outras vítimas poderiam dar a sua contribuição. O julgador, que também é parte da sociedade, já teria conhecimento do fato “ditadura militar”, mas, por força do imperativo de que há que se fazer prova de qualquer fato relevante, teria de se ver, irremediavelmente, preso numa instrução, no mínimo, inútil. Inútil porque essa

¹⁴⁸ MARINONI, Luis Guilherme Marinoni; ARENHART. Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. p. 292.

prova em nada contribuiria ao seu convencimento, que, sobre a existência da ditadura, já estava, desde muito, absolutamente formado. Sim, não há dúvidas de que a ditadura militar faz parte da história do Brasil. Aliás, com amplo destaque. Desperdício, portanto, de tempo e dinheiro. Pensando no absurdo de algumas situações como essa é que o direito criou essa categoria de fatos.

O exemplo de que se fez uso, contudo, pode levar a uma conclusão equivocada quanto às exigências de *notoriedade*. Não é necessário um fato da envergadura da ditadura militar brasileira, da II Guerra Mundial, ou da queda do *World Trade Center* para que se esteja de frente a algo que mereça ser classificado de notório. Pode se tratar de um acontecimento de relevo somente para uma determinada classe profissional (advogados e os feriados forenses ou a greve de serventuários da justiça), adeptos de uma religião, moradores de uma cidade etc.¹⁴⁹ Ou seja, não se confunde notoriedade com *generalidade*.¹⁵⁰ O que importa é que a certeza acerca da existência daquele fato já tenha integrado a categoria de “patrimônio comum de uma certa coletividade”. Fala-se também em “pacífica e desinteressada certeza”.¹⁵¹ Ainda que relativo, esse conhecimento já garantiu uma objetividade que não se vê presente no depoimento da parte ou na oitiva da testemunha.

“(…) Os fatos notórios são objetivos, na medida em que pertencem ao patrimônio comum de uma coletividade, sendo produzidos fora do processo e não tendo nenhuma relação com as questões fáticas nele discutidas, ao contrário do depoimento de uma testemunha, que é eminentemente subjetivo e tem menor grau de credibilidade, porque produzido durante o transcurso do processo.”¹⁵²

Ou seja, não cabe a exigência de prova de um fato notório porquanto sua verificabilidade está implícita no ambiente social e cultural em que a decisão é

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. p. 282: “Um fato pode ser considerado notório (em termos gerais) quando faz parte da cultura do ‘homem médio’ situado no lugar e no momento em que a decisão é proferida, assim como, por exemplo, eventos da vida social, política e econômica. Mas determinados fatos podem ser notórios a certos *agrupamentos*, como a estudantes de uma universidade ou aos profissionais de uma determinada área. Fala-se nesse sentido de notoriedade relativa.” (itálica nossa)

¹⁵⁰ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 351: “Com efeito, o conceito de notoriedade não se confunde com o de generalidade, já que um fato pode ser notório sem ser conhecido por todos. Por exemplo, em 1945, foi inventado o procedimento de divisão do átomo, criando-se uma nova forma de energia. Não obstante, muitas pessoas que vivem fora dos centros de informação ignorem esse fato não se pode concluir que não seja notório.”

¹⁵¹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 348.

¹⁵² CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 352.

proferida. Mas vale fazer um esclarecimento: dizer que não precisam ser *provados* não dispensa a necessidade de que sejam *alegados*. Segundo os processualistas, no que se refere aos fatos notórios não há que se falar em ônus de produção da prova, mas com isso, não se exime a parte do ônus de alegação do fato. Isto é, persiste a distinção entre fatos principais e secundários. Então, caso se trate de fato principal, a parte tem o ônus de alegá-lo, mas não o de requerer prova referente. Sendo, pelo inverso, um fato notório secundário, não se fala nem no ônus de alegação do mesmo, cabendo também ao juiz trazê-lo para dentro do processo em razão de sua relevância lógica para a resolução da contenda.

E é possível refletir se a regra que exige que um fato notório seja alegado para que seja conhecido chega a estar em desacordo com um critério epistemológico: se a parte não alegar um fato notório, o julgador deve fingir não conhecê-lo? Isso seria um absurdo. Contudo, ao se pensar que a exigência de alegação apenas recai aos fatos principais, acaba por se esclarecer a irrelevância prática da hipótese formulada. Sendo o fato notório principal, é, ele mesmo, o fundamento do direito pretendido pela parte, que não seria capaz de formular um pedido sem mencioná-lo, sob pena de ter uma fala sem sentido. Que se volte ao exemplo com que se iniciou o presente item: a parte autora proporia uma ação indenizatória cujo pólo passivo seria o Estado sem fazer referência ao evento danoso “ditadura militar” na sua *causa de pedir*? Seria razoável exigir dos julgadores que tentassem adivinhar o porquê dos pedidos feitos pelos jurisdicionados? É certo que o processo deve procurar conhecer, mas isso se refere principalmente às controvérsias que envolvem sujeitos interessados ativamente em soluções. Busca-se a defesa de um processo munido de preocupações cognitivas, mas isso não significa amparar processos lentos e com procedimentos inúteis.

Assim, tratando-se de fatos notórios, sendo principais, persiste o ônus de alegação para as partes; se secundários, cabe também ao juiz sua transladação ao processo. Nessa última hipótese, em que um fato secundário notório é trazido pelo julgador ao processo, não é correto se falar em “conhecimento privado do julgador”, uma vez que é um conhecimento objetivo, já patrimônio de uma

comunidade que tem o juiz como um de seus membros.¹⁵³ Seria portanto, desarrazoada a exigência de que o juiz deveria ignorar o que todo mundo sabe.¹⁵⁴

Fatos confessados. A confissão é o ato pelo qual se reconhece um fato que, concomitantemente, é contrário aos interesses de quem confessa e favorável aos do adversário. Por se tratar de um pronunciamento ou declaração, diz-se que chega a ser um meio de prova. Ela pode se dar no processo ou fora dele. Então é possível imaginar uma ação em que Lauro reconhece que, ao dia 6 de setembro de 2007, se envolveu em acidente de trânsito, colidindo contra o carro de Lúcia. Ou seja, chamado a depor, na sua fala, assume o fato alegado pela autora.

O direito vê uma desnecessidade de que se faça prova da existência do fato confessado porque, em geral, não é comum que as pessoas saiam por aí reconhecendo fatos contrários aos próprios interesses.¹⁵⁵ O ordinário é que não reconheçam o que não fizeram porque não querem ser alvo de injustiças. Assim, o juízo pode concentrar suas atenções nos fatos ainda controversos, de modo que a decisão seja rápida e justa. Mas, ainda que seja incomum que se reconheça fatos avessos a interesse próprio, é possível sim que isso aconteça. Por isso é que a confissão não é uma prova plena. Ela funciona como uma *presunção relativa*,¹⁵⁶ que inverte o ônus da prova. A parte que teve um fato confessado em seu favor não tem mais de carregar o ônus de ter de prová-lo e, pelo reverso, aquele que confessa tem o ônus de provar outros fatos, extintivos ou modificativos do direito do primeiro, e, não o fazendo, aumenta as próprias chances de um resultado desfavorável por ocasião da decisão judicial.

¹⁵³ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 352: “Os fatos notórios, tampouco, confundem-se com os *conhecimentos privados* do juiz. Esses conhecimentos decorrem da própria percepção do magistrado (v.g. quando presencia um acidente de trânsito, quando sabe dos fatos que ensejam uma rescisão contratual etc.) e impedem o julgamento da causa, uma vez que o juiz não pode ser, ao mesmo tempo, testemunha, porque se isso fosse permitido, restaria violada a garantia da *imparcialidade*, com sérios riscos de haver prejuízo à justiça da decisão, já que teria de julgar a si mesmo.”

¹⁵⁴ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 353.

¹⁵⁵ Essa regra posta pelo legislador vem respeitar uma *máxima da experiência*, que, referente ao tema confissão, diz que o comum de ser observado no mundo é que “as pessoas não confessam o que não fizeram, porque dessa confissão podem advir prejuízos imerecidos que, em regra, quer-se evitar.” Mais tarde, tratar-se-á do assunto, inclusive da qualidade de certas máximas (item 4.3.).

¹⁵⁶ As presunções legais, que podem ser absolutas ou relativas, serão tratadas oportunamente. Por ora, basta dizer que a presunção relativa pode ser levantada, isto é, admite prova em contrário.

Diz-se “aumenta as chances” porque, mesmo não produzindo provas contra a pretensão a que resiste, o juiz não está obrigado a aceitar a confissão. Ao julgador cabe a valoração livre da prova, sendo uma coisa assistir o ato de alguém confessar algo, ou aceitar a integração processual de determinada declaração cujo conteúdo seja de confissão, outra crê-la confiável. Não fosse assim, o processo não passaria de um ambiente de verdade negociada¹⁵⁷, sem conexão com os propósitos cognitivos de que se fala nesse trabalho.

“(…) A *incontroversia* não retira a necessidade de o fato alegado ter de ser consistente para ser acolhido, mas apenas alivia o peso de se ter de provar a sua existência.”¹⁵⁸

Assim, admite-se a possibilidade de o julgador desprezar a confissão caso ela seja dissonante com as demais provas constantes nos autos. Mas se não se puder comprovar a existência real dos fatos comprovados a despeito da investigação realizada, não havendo contradição com as outras provas já aceitas, o julgador deve aceitar a *presunção de veracidade* com que os fatos confessados passam, desde então, a contar.¹⁵⁹

Fatos admitidos como incontroversos. Essa categoria de fatos difere da anterior porque resulta de uma inércia da parte em impugnar um fato afirmado pela parte contrária. Também chamada de *confissão ficta*, não configura um meio de prova porque não decorre de uma afirmação em que reconhece um fato desfavorável a si e positivo aos interesses do oponente, mas sim pela falta de uma resistência. É omissão. Desse modo, é um mero *indício* de que à parte confessa não assiste razão jurídica e ela tem consciência dessa ausência de razão para resistir.

Imagine-se por exemplo, um jogador de futebol que faz obra em seu apartamento e dela decorrem danos de infiltração no apartamento de seu vizinho,

¹⁵⁷ Para saber mais sobre a verdade em sua versão negociada, ver TARUFFO, Michele. ¿Verdad negociada? In: TARUFFO, Michele. *La prueba*. pp. 229-249. Contra a verdade negociada, também, CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 388: “A confissão e a admissão são *atos informativos*, pelos quais se pretende buscar a veracidade dos fatos deduzidos em juízo, não são *atos negociais* pelos quais as partes podem livremente dispor e forçar a conformação jurisdicional de um direito.”

¹⁵⁸ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 387.

¹⁵⁹ Isso será importante para a ocasião do julgamento. A incerteza persistindo e, chegada a hora da decisão, a *presunção de veracidade* auxilia o julgador na tarefa de distribuir os riscos de comissão de equívocos por sua parte. Foi o legislador que, disciplinando as regras de ônus e *presunções*, decidiu quem tem de suportar o peso da incerteza no caso concreto.

que, por sua vez, cansado de argumentar nas reuniões de condomínio, vê no ajuizamento da ação sua última alternativa. Citado, o réu não comparece para refutar as alegações feitas pelo autor, nunca ingressando no processo, o que, ao final, resulta numa decisão que reconhece a procedência do pedido do autor em razão da presunção de veracidade com que sua pretensão passou a contar: o réu foi julgado à revelia, confessou fictamente. A razão para que o legislador tenha previsto o mecanismo da confissão ficta está relacionada a uma necessidade de não-sujeição da efetivação dos direitos de alguns por força da má-vontade de outros. Fosse assim, se pela mera possibilidade de se nunca aparecer em juízo pudesse se evitar resultados negativos, a Jurisdição deixaria de ser uma alternativa para a resolução de conflitos, perderia a confiança dos antigos jurisdicionados que, irresignados com os resultados sempre negativos, retornariam para a autotutela.¹⁶⁰

Mas a revelia é a pior consequência da categoria dos fatos admitidos. Dá-se a revelia porque o réu chega a admitir tudo o que o autor alega pois nunca ingressou no processo. Pelo contrário, é possível ter-se fatos admitidos estando já numa relação processual. Isso ocorre quando não se refuta a alegação feita pela outra parte. Pode se dar por descuido, por exemplo – o que não é justificativa, já que “o direito não socorre aos que dormem”.¹⁶¹ Tendo admitido algum ou alguns fatos, cabe à parte tentar reverter a situação que agora lhe desfavorece por meio de outras provas. Percebe-se, portanto, que da mesma maneira que a confissão traz a inversão do ônus da prova, a admissão também o faz: aquele que tem um fato favorável confessado pela oponente não tem mais de prová-lo mas sim àquele que confessou incumbe provar fatos diversos, que extigam ou modifiquem o direito do autor; aquele que admite como incontroverso um fato porque deixa de oferecer a resistência oportuna, terá a missão de tentar reverter a situação desfavorável por

¹⁶⁰ Eduardo Cambi não chega a relacionar o mecanismo da confissão ficta com a defesa da Jurisdição como resolução viável de conflitos da sociedade, mas enxerga uma relação entre o referido mecanismo e a economia processual. CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 393: “(...) Se o processo somente visasse somente à obtenção da verdade, não se poderia admitir a revelia. Entretanto, como o tempo também é um valor a ser considerado pelo direito processual, o autor da ação não poderia ser sempre prejudicado se o réu resolvesse na comparecer em juízo, o que implica dizer que, caso o réu não corresse o risco de perder o processo, em razão da presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, arrumaria sempre uma desculpa para inviabilizar o transcurso processual.”

¹⁶¹ “Dormientibus non succurrit jus.”

outras provas que ainda possa produzir. Isso, se o julgador valorar positivamente os fatos admitidos. Explica-se melhor.

Igual ao que acontece com as outras categorias de fatos que se transformam em incontrovertidos (notórios e confessados), os fatos admitidos não obrigam o julgador a um resultado específico. “(...) A não-controvérsia sobre o fato não implica dever o juiz, automaticamente, considerá-lo verdadeiro e dá-lo como definitivamente provado.”¹⁶² Ainda que os fatos sejam incontrovertidos para as partes, podem ser duvidosos para o julgador. É uma presunção relativa de veracidade, que pode ter sua pretensão rejeitada por não se coadunar com as provas já produzidas no curso do processo.¹⁶³ Ou seja, o legislador pensou na imprescindibilidade do mecanismo da confissão ficta, mas não deixou de lado a necessidade cognitiva que o julgador tem a seu lado, de modo a poder atribuir os efeitos jurídicos apenas a quem lhes merece. Há garantia da estrutura do processo como resolução de conflitos e do tempo razoável, mas também de valores epistemológicos.

Fatos sobre os quais paira uma presunção legal. As presunções legais foram pensadas pelo legislador para tutelar interesses sociais, facilitando a prova e diminuindo o grau de liberdade do julgador na apreciação de certas questões de fato. Podem ser relativas (*iuris tantum*) ou absolutas (*iures et de iure*).

São *relativas* aquelas que admitem prova em contrário. É o caso da presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento, prevista pelo artigo 1597 do Código Civil, que pode ser levantada pela realização do teste de DNA. Ou a hipótese de quitação da última de uma série de prestações periódicas que faz presumir pagas as anteriores, disposta no artigo 322 do mesmo diploma legal, que pode ser igualmente revertida.¹⁶⁴ Sendo assim, é correto se afirmar uma desnecessidade *subjetiva* inicial de provar os fatos sobre os quais

¹⁶² CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 390.

¹⁶³ Mesmo em se tratando de falta de contestação dos fatos alegados na inicial, o juiz pode investigar e, por força dos resultados da investigação, decidir contra a presunção de veracidade. CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. p. 396: “A ausência de contestação não implica, *ipso iure*, o acolhimento automático da pretensão, não podendo ser sempre considerada uma forma de aquiescência à demanda ou um meio de exonerar o autor do ônus primário de provar os fatos alegados.” Isso se relaciona com o livre convencimento do juiz.

¹⁶⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil v.1*. p. 461.

para uma presunção relativa: a parte que tem a seu lado um fato presumido relativamente está dispensada do ônus de prová-lo. Esse tipo de presunção desloca a necessidade de produção probatória para o lado oposto da controvérsia, atribuindo-lhe efeitos jurídicos negativos caso não o faça. Portanto, a pertinência de alocar o fato sobre o que há presunção relativa neste item é a de justamente asseverar que o legislador já predeterminedou um resultado favorável a uma das partes caso a outra não produza a prova pertinente, dispensando maiores preocupações do julgador sobre a determinação da verdade dos fatos nesses casos específicos. Em resumo: para a parte contrária, é bom que faça prova sobre fato dessa natureza e desloque o ônus novamente para seu adversário, mas, não o fazendo, o direito já apresenta uma saída paliativa. Não ficará sem resposta. Os riscos da falta de averiguação da verdade dos fatos já foram repartidos pelo próprio legislador.

Absolutas são aquelas que não admitem prova em contrário, oferecendo limites ao raciocínio do julgador. Por esse mesmo motivo, configuram-se mais escassas. Mas presume-se que o menor de 16 anos é absolutamente incapaz: ainda que haja um jovem na idade de 15 que seja um modelo de responsabilidade, essa prova nunca deverá ser produzida, muito menos poderá ser valorada positivamente pelo julgador.

“(…) A presunção *iure et de iure* contém uma dupla regra geral: i) limita a liberdade do juiz, determinando a força probatória do fato presumido; ii) interfere na problemática da admissibilidade da prova, proibindo a possibilidade de produzir prova contrária a esse fato.”¹⁶⁵

Não cabe questionar as razões pelas quais o legislador determinou 16 a idade-limite entre incapacidade absoluta e capacidade relativa para os atos da vida civil. Schauer oferece um tratamento adequado às críticas direcionadas às presunções absolutas, de que produziriam injustiças na sua aplicação, já que

¹⁶⁵ CAMBI, Eduardo. A prova civil. p. 367. E ainda, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. p. 291: “Na verdade, a avaliação fática, nesse caso (presunção absoluta), não importa, pois as conclusões hipotéticas lançadas na lei o vinculam. Com efeito, a prova é inútil diante da presunção absoluta, não importa se destinada a reforçar a conclusão ou a tentar demonstrar que a presunção parte de um silogismo falso. Toda espécie de contraprova ou de prova concorrente é irrelevante, na medida em que o suporte fático do silogismo, embora tenha sido importante para sua fixação como hipótese normativa, não possui qualquer significado no caso concreto.”

eliminaríamos qualquer chance de se provar o contrário do que foi determinado por elas.¹⁶⁶

Essa recusa de diálogo no ambiente do direito, em que o legislador proíbe que o juiz dê atenção às alegações ou provas trazidas no caso concreto, configuraria uma injustiça que destoaria do ideal do direito. O argumento de Schauer não vem no sentido de negar que, por vezes, com a aplicação das regras presuntivas, ter-se-á de se experimentar resultados indesejáveis. Eles são admitidos. A inexistência de fatos havidos como existentes pelas presunções absolutas combinada com a recusa de diálogo no ambiente processual gera, sem dúvidas, efeitos indesejáveis. Entretanto, como ressalta o autor, essa “subotimidade” de resultados não se dá apenas em sede de presunções absolutas. Pelo contrário, é algo a que se está obrigado a experimentar desde que se aceita o fato de que estar condicionado a um modelo de regras gera mais benefícios do que prejuízos. As regras jurídicas em geral, pela generalidade de que têm de fazer uso no momento de tentar antever as condutas futuras e condicioná-las, serão *supra* ou *infra-inclusivas* sempre, nunca perfeitas. Isto é, sempre haverá mais ou menos situações do que as pensadas originariamente sob o campo de incidência de determinada regra; nunca o número de situações idealmente pensado pelo legislador. A previsão não é tarefa que os homens podem realizar com perfeição,¹⁶⁷ então, nesse sentido, o legislador sempre deixa de pensar em alguma situação que deveria ter enquadrado no campo de incidência de certa norma, ou, pelo reverso, tempos depois da positivação da regra, vê-se que, pelos termos utilizados, o legislador incluiu mais situações do que deveria. Ou seja, a subotimidade é algo com que se está acostumado desde que se esteja regulado por um sistema de regras. E, a despeito dessa imperfeição quanto aos resultados, sabe-se que melhor com ele – o sistema de regras – do que sem ele. É em concordância com esse ideal que age aquele que paga a multa de trânsito porque estava acima do limite de velocidade permitido sem contestar, que os impostos são percebidos regularmente pelo Estado, que as obrigações são adimplidas. Do contrário, se sempre tem-se de discutir sobre as razões subjacentes às regras para verificar se trazem ou não resultados justos, elas deixam de ser boas razões para que condutas

¹⁶⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to the legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press. 2009. p. 227.

¹⁶⁷ Recorde-se da nota n.116.

sejam realizadas e a tarefa que o direito tomou para si, de prever o futuro e lidar com os riscos, perde por completo seu sentido.¹⁶⁸ Sendo assim, não há que se estranhar a falta do resultado perfeito ao caso concreto em se tratando das presunções absolutas. Elas representam situações tão caras ao legislador que sobre elas não se autorizou qualquer tipo de diálogo.

Terminada a análise dos fatos que prescindem de produção probatória, está formado o conjunto de elementos do juízo. A lógica daquele que vai ingressar numa relação processual, porque tem uma pretensão ou porque apresenta-lhe sua resistência, é de alegar os fatos principais. Definidos quais sejam, devem distinguir sobre quais dentre esses fatos principais (constitutivos, modificativos ou extintivos do direito do autor) recai o ônus de requerimento de produção de provas daqueles para os quais há a dispensa instrutória (notórios, confessados, admitidos ou protegidos por alguma presunção legal).

Nessa fixação do conjunto, o papel do juiz é de natureza *complementar*, isto é, compete-lhe indicar os fatos secundários que auxiliarão no seu raciocínio, mas que, a despeito disso, não foram objeto dos recortes empreendidos pelo autor ou réu. A maior contribuição das partes foi dada: fixaram os pontos originários do litígio, fundamentos da pretensão por meio das alegações que fizeram, requereram e produziram as provas que enxergaram eficazes para confirmar suas pretensões. Agora, resta esperar. Inicia-se o momento cognitivo por excelência: a valoração das provas. É chegada a vez do juiz.

3.4.2. Valoração da prova

O momento da conformação dos elementos do juízo foi superado. Deu-se a fixação dos pontos controvertidos, ao que se seguiu a produção das provas havidas como relevantes ao suporte das hipóteses defendidas por cada uma das partes. Agora, resta ao juiz avaliar cada uma delas para que, só então, possa atribuir os efeitos jurídicos pertinentes ao caso concreto. De nada adiantaria a garantia de produção das provas indicadas como relevantes pelas partes se disso

¹⁶⁸ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. p. 18.

não decorresse necessariamente o dever jurisdicional de valorá-las.¹⁶⁹ O que deverá ser feito mediante critérios racionais, não mais restringidos por regras jurídicas.¹⁷⁰

E assim é porque a valoração é o momento em que o julgador procura a maior correspondência possível com o mundo exterior. Ou seja, se na fase anterior (conformação), a procura da verdade tinha de compartilhar sua importância com outros propósitos processuais, como a razoável duração do processo e defesa de direitos fundamentais, agora a preocupação epistemológica reina sozinha.

“Se o primeiro dos momentos, a conformação do conjunto de elementos de juízo, acolhe a grande maioria de especificidades jurídicas, este segundo momento (sempre que estivermos no âmbito da livre valoração da prova) é o momento da racionalidade. Trata-se aqui, insisto, como em qualquer outro âmbito do conhecimento, de avaliar o apoio empírico que um conjunto de elementos de juízo traz a uma determinada hipótese ou a sua contrária.”¹⁷¹

A apreensão da verdade absoluta assume o papel de um importante ideal regulativo.¹⁷² Diz-se ideal regulativo pois sabe-se que a apreensão da realidade em sua totalidade e com perfeição não é um horizonte possível de ser alcançado. No entanto, dessa constatação não se segue uma atitude cética, senão vigilante: “se é correto que a certeza absoluta é inalcançável, bastará a maior aproximação, mas efetivamente a maior, isto é, quando tenham sido investigadas todos os motivos possíveis a se investigar.”¹⁷³

¹⁶⁹ IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Cuadernos y debates. 2003. p. 161: “(...) El derecho a la prueba se desglosa en dos derechos: el derecho a que sean admitidas las pruebas pertinentes y el derecho a que éstas sean valoradas.”

¹⁷⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 387. “Princípios comuns de racionalidade”. E também GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 161.

¹⁷¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. p. 46. (T.L.)

¹⁷² IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. p.139: “La verdad absoluta sigue funcionando, pero como ideal regulativo. En el entretanto, sin embargo, hemos de conformarnos con verdades relativas, relatividad que se predica de un doble sentido: primero, porque la verdad alcanzable está en relación con los medios cognoscitivos – datos instrumentales etc. – disponibles (que nunca son ilimitados); segundo, porque nuestro acceso a lo existente es relativo al contexto o estructuras de referencia (teorías, conceptos etc.) que median entre nosotros y la realidad. Destiérrese de una vez la pretensión de una verdad homologada al estilo de sistema métrico (donde un metro es un metro en cualquier lugar y para todo menester).

¹⁷³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 123.

Percebe-se, portanto, que a valoração busca a hipótese *mais provável*, a partir das provas eficazes na sua corroboração. É isso o que se espera da fase de avaliação das provas.¹⁷⁴ Mas nem sempre foi assim. A seguir, uma uma passagem necessária pelos diversos sistemas de valoração da prova já implantados. A possibilidade de realização dos objetivos epistemológicos processuais está diretamente relacionada a que método é aplicado pelos julgadores frente ao material fático do caso concreto.

3.4.2.1. O tempo das ordálias

Houve um tempo em que o exame acerca da existência de fatos não era relevante para a atribuição de efeitos jurídicos. Os fatos eram apenas mais um indício da necessidade de uma sanção ao caso concreto. As provas, portanto, não recaíam sobre eles, mas sobre as intenções, pensamento e imaginação. Havia mesmo uma confusão entre pecado e delito, pena e penitência:¹⁷⁵ mais importante do que saber da existência ou não de fatos em decorrência dos quais uma regra jurídica mereceria aplicação, o que estava em jogo era a idéia de desvio.¹⁷⁶

Assim, o risco de se punir um inocente era menos pior do que deixar alguém sem purga. Por isso as *ordálias*. Caminhar sobre brasas, recolher objetos imersos em água fervente, enfrentar feras etc. Os exemplos são muitos, e, em todos se observa que a justiça ou injustiça do resultado não era um assunto dos homens, e sim de Deus. Era a vontade divina que definia quem merecia viver ou morrer, sendo esse resultado da própria resposta acerca da inocência ou culpabilidade do acusado.

O direito, portanto, viu-se inicialmente conectado ao sobrenatural. Por meio de seus procedimentos místicos afirmava-se uma infalibilidade de resultados - até porque, se quem decidia sobre eles eram forças divinas, o erro estava fora de questão. Certezas absolutas sem qualquer ida aos fatos.

¹⁷⁴ Sobre isso, em pontos subsequentes, haverá um tratamento mais pormenorizado.

¹⁷⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p.9.

¹⁷⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 8.

3.4.2.2. A prova legal ou tarifada

Com a progressiva secularização estatal – por meio da qual se distinguiu o delito do pecado –, as ordálias saem de cena e o direito apresenta o *sistema da prova legal* como antídoto ao arbítrio e excesso de poder judicial.¹⁷⁷ Esse sistema consistiu na produção de regras que predeterminavam de forma geral e abstrata o valor que deveria ser atribuído a cada tipo de prova.¹⁷⁸ Ao contrário do que se pensa, o sistema da prova legal inicialmente foi fruto da elaboração doutrinal dos juristas medievais. Sua origem primária não foi a lei, e sim a cultura jurídica formalista, “amante das sutilezas e das complicações classificatórias”.¹⁷⁹ Depois desse primeiro desenvolvimento é que o legislativo entrou em ação no sentido de sistematizar as regras cuja função era a de predeterminar o valor de cada prova segundo critérios “racionais”; virar de vez a página da irracionalidade jurídica experimentada no Medievo.

“(…) No sistema da prova legal se expressa uma racionalidade metodológica substancialmente coerente com as formas de racionalidade geral das épocas caracterizadas por esse fenômeno. Os juristas enfrentam o problema de elaborar critérios para a valoração das provas e o fazem empregando, pouco a pouco, os instrumentos culturais gerais de que dispõem: primeiro a lógica aristotélica-tomista e depois técnicas da (lógica) combinatória e de análise classificatório.”¹⁸⁰

Ou seja, mais do que vontade legislativa, o sistema da prova legal expressa a racionalidade de uma época. Desenvolveu-se do século XIII ao XVII, refinando-se em complexas listas de regras detalhadas que estabeleciam o peso específico de cada meio de prova. Passou por várias premissas culturais e filosóficas, da escolástica ao racionalismo humanista.¹⁸¹

Nas suas versões mais sofisticadas, atribuiu ao julgador a elaboração de cálculos por ocasião do julgamento do caso concreto: valores quantitativos fixados *a priori* para cada meio de prova – habitualmente expressados em frações

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 134: “En un cierto sentido, ese sistema era ‘racional’: sustituía a las antiguas formas probatoria irracionales basadas en ordalías y en el juicio de Dios.”

¹⁷⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 387.

¹⁷⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 389.

¹⁸⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 389. (T.L.)

¹⁸¹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 134.

ou em relações equivalentes a frações –¹⁸², tabelas cujo objeto era o estabelecimento de classificações hierárquicas dos meios de prova, que deviam ser tomados em conta pelo julgador de modo a definir uma ou outra consequência jurídica. Esses cálculos tinham a função de “proteger” as partes do subjetivismo judicial. Álgebra, e não apreciação das provas.¹⁸³

Vê-se, pois, que o sistema da prova legal foi uma busca irracional da razão. Por ter representado uma “jaula vinculante” ao juiz,¹⁸⁴ tentando reduzir a entrada dos valores particulares do julgador, transformando a contra-golpes casos difíceis em casos fáceis, a prova legal perdurou no direito probatório europeu até o fim do séc. XVIII.¹⁸⁵ Mas fica claro o quanto a busca da verdade dos fatos restou excluída de seus propósitos, basta atentar para o reconhecimento da confissão como peça chave da determinação da verdade, o que tornou corriqueira a cena do tormento judicial.¹⁸⁶ A dor como melhor amiga da verdade, garante das deduções “inequívocas” providas por esse sistema.

Jeremy Bentham percebeu isso em seu tempo (a primeira publicação do *Tratado das provas judiciais* é de 1827) e não se furtou às críticas.¹⁸⁷ Defendeu a

¹⁸² Isso foi notado por Voltaire na crítica que fez à obra de Beccaria “Do delito e das penas”: *apud* ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. p. 197: “Bien reveladoras al respecto (fala sobre a queda da prova legal) son las palabras de Voltaire, en su comentario al libro de Beccaria, cuando denuncia la admisión de ‘medias pruebas que no son en realidad más que dudas, pues es sabido que no existen medias verdades; pero en Tolouse se admiten las cuartas y octavas partes de prueba. Por ejemplo un *he oído decir*, puede ser considerado como un cuarto de prueba, y otro *he oído decir* un poco más vago, como una octava parte; de modo que ocho rumores que no son en realidad más que el eco de un rumor mal fundado, peden componer una prueba completa...’.”

¹⁸³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 391.

¹⁸⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 393.

¹⁸⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 134.

¹⁸⁶ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 11.

¹⁸⁷ Bentham faz uma crítica específica à confissão obtida por meio dos tormentos judiciais. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. p. 588: “Esas confesiones formales, arrancadas por los tormentos, dejan por lo menos tantas dudas como las confesiones virtuales resultantes del silencio, las contradicciones o los absurdos a que un acusado culpable recurre en los interrogatorios. Nada se gana, pues, para la seguridad del juez. Y quienes piensan que la pena de muerte es injustificable sin la confesión directa del acusado, deben llegar a la conclusión de que se debe abolir esa pena. No hay término medio: se tiene que suprimir si no se la puede justificar nada más que por medio tan funesto a la justicia y tan terrible a la inocencia. Es superfluo porque con relación a la prueba para un acusado suficientemente convicto, la tortura tiene un efecto contrario al fin perseguido por la ley, tratándose de un criminal robusto y endurecido, capaz de resistir el dolor y bastante apegado a la vida para tratar de conservarla a ese precio. El resultado es que se asegura una impunidad final y escapa a una convicción manifiesta. Y, ¿cuál es la clase de criminales en cuyo favor esa probabilidad llega al más alto grado? Precisamente aquellos que, después de su liberación, serán los más peligrosos para la sociedad y los más fecundos en crímenes futuros. (...) Pero supongamos otro resultado del que no faltan frecuentes y averdados ejemplos.

importância da atividade valorativa do julgador frente um procedimento que prescrevia de antemão as conclusões que deveriam ser extraídas na ocasião da sentença. Se com isso almejava-se a eliminação do arbítrio, o que era conseguido, sem dúvidas, era a supressão das promessas feitas pelas leis substantivas.¹⁸⁸

“A forma de atuar pode ser constrangida, mas a maneira de pensar não: a conduta pertence ao ofício, o sentimento à natureza. Se o juiz, de acordo com as regras do procedimento, absolve o acusado que crê culpado segundo os termos da lei, se faz perder um direito um cidadão que, conforme seu entendimento, a lei queria lhe conservar; em uma palavra, se o negócio tem um desenlace contrário ao que haveria tido segundo a integridade de um juiz livre, se pode estar seguro de que aquelas leis são ruins.”¹⁸⁹

Mas faz a ressalva que não defende a abolição de todo e qualquer controle sobre os julgadores. Não pensa a vontade dos juízes como uma regra absoluta. Contudo, vê sim como absurdas as regras que obrigam a um juiz sentenciar sem liberdade de valorar as provas, fazendo do procedimento o inimigo do direito (direito material, já conferido normativamente aos cidadãos).¹⁹⁰ Demais disso, Bentham elenca as finalidades do processo sendo elas; 1. A retitude das decisões, 2. A celeridade, 3. Economia e 4. Eliminação dos obstáculos supérfluos,¹⁹¹ enfatizando que o sistema da prova legal não realiza nenhuma delas, pelo contrário; multiplica gastos, dilações, aproveitando para agregar “tudo o que possa fazê-lo mais ininteligível”.¹⁹² Essas complicações defendidas sob o manto de trazerem “objetividade” no trato do caso concreto e “certeza matemática” para seus resultados. Assim, não se pode deixar de notar uma certa continuidade entre a prova legal e sua antecessora: em ambas existe a defesa do uso exclusivo de raciocínios dedutivos; as ordálias amparadas na vontade de Deus; a prova legal na

Supongamos que el acusado sea inocente y que la confesión del delito le haya sido arrancada por la tortura. El agravio producido a la confianza pública es profundo y la inocencia, única salvaguardia con la cual se puede contar, no será ya un recurso asegurado. Véase qué contraste de resultados: la tortura no sólo no ofrece peligro para el criminal, sino que proporciona un medio de salvación; mientras que todo el peligro recae sobre quien no es delincuente.”

¹⁸⁸ Decidiu-se preservar a classificação “regras substantivas-regras adjetivas” empregada pelo autor.

¹⁸⁹ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. p. 6. (T.L.)

¹⁹⁰ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. p. 6: “(Lo que la ley sustantiva promete a los ciudadanos, la ley adjetiva les quita los medios de obtenerlos; los dos aspectos de la ley están en oposición uno con el otro.”

¹⁹¹ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. p. 5.

¹⁹² BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. p. 7.

irrefutabilidade dos números. Por essa razão, merecem figurar no capítulo da irracionalidade jurídica.¹⁹³

3.4.2.3.

A livre convicção (uma garantia epistemológica *em negativo*)

Com o advento da Revolução Francesa e chegada da filosofia iluminista, o sistema da prova legal entrou em colapso.¹⁹⁴ No lugar da desconfiança dos juízes corruptos aos que a “investigação” sobre os fatos era atribuída, via-se o juiz funcionário estatal, treinado para desempenhar sua atividade de forma imparcial e responsável. Desnecessário, portanto, os esforços normativos em se evitar a liberdade do julgador face à resolução sobre os fatos.

“O método de uma valoração baseada no cálculo de valores numéricos predefinidos foi abandonado e substituído por uma concepção completamente diferente da valoração da prova. O julgador já não está obrigado a seguir regras abstratas: tem que determinar o valor probatório de cada meio de prova específico mediante uma valoração livre e discricionária. Essa valoração tem de ser feita caso a caso, conforme *standards* flexíveis e critérios razoáveis. A idéia básica é que esse tipo de valoração deve conduzir ao julgador a descobrir a verdade empírica dos fatos objeto de litígio, sobre a única base de apoio cognitivo e racional oferecidos pelos meios de prova disponíveis.”¹⁹⁵

No entanto, como acentua Taruffo, a introdução do sistema da livre convicção, por si só, não soluciona todos os problemas relacionados à decisão sobre fatos.¹⁹⁶ Ou seja, dizer que um determinado ordenamento jurídico incorporou a livre convicção não equivale a dar por resolvidas todas as complicações concernentes à avaliação do conjunto empírico. Que o juiz seja livre para valorar, isto é, que não esteja vinculado a um resultado previamente normatizado é apenas uma *condição necessária* para uma correta determinação dos fatos, nunca sendo-lhe *suficiente*. Sendo assim, cabe dizer que a livre convicção é uma garantia epistemológica *em negativo*:¹⁹⁷ resguarda a tarefa de

¹⁹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 12. E também ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. La motivación de los hechos en la sentencia penal. p. 197.

¹⁹⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 134.

¹⁹⁵ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 135. (T.L.)

¹⁹⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 136. No mesmo sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 160.

¹⁹⁷ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 396. E GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. p. 158.

tentar conhecer dos resultados inconvenientes ditados de forma apriorística pelos regramentos probatórios.

“Com efeito, quando cai (nos limites em que isso acontece)¹⁹⁸ o sistema da prova legal, este não é substituído por uma nova racionalidade, senão pelo vazio. É uma constatação comum que o princípio da livre convicção do juiz tem sempre um significado essencialmente negativo, no sentido de que indica uma área do fenômeno probatório não coberta por regras de prova legal. Não há uma racionalidade, entendida como corpo orgânico de princípios racionais geralmente aceitos, que venha a dar conteúdo ao espaço que a queda da racionalidade medieval e do século XVIII deixou livre.”¹⁹⁹

Desse modo, por não determinar nenhuma forma pela qual o julgador deve valorar os fatos e cuidando apenas de livrar o sujeito cognitivo de amarras normativas, deu-se o surgimento de diversas interpretações, nem sempre favoráveis ao uso de critérios racionais ou de fornecer controlabilidade às decisões proferidas pelo Judiciário. Uma dessas formas foi a *convicção íntima* do juiz, segundo a qual a valoração seria uma espécie de experiência espiritual subjetiva.²⁰⁰ Um momento místico.

Essa forma de se entender a livre convicção, isto é, como convicção íntima do julgador, está bastante relacionada à técnica conhecida como *imediação*. A imediação representa uma maneira eficiente de produção da prova. Imagine-se a oitiva de uma testemunha por exemplo, em que, a qualquer momento o juiz, por estar em contato direto e imediato com o colaborador, pode lhe pedir que esclareça tal ou qual ponto. Tanto se pode esclarecer eventuais ambigüidades em decorrência de palavras mal escolhidas pelo declarante, como as contradições podem restar mais evidentes.²⁰¹ Ou seja, para a determinação correta dos fatos, a técnica de produção probatória da imediação mostra sua eficiência. Contudo, seu

¹⁹⁸ A ressalva feita em forma de parêntese pelo autor vem no sentido de explicitar que a mudança do sistema da prova legal para o da livre convicção se deu de forma gradual. Ver TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 394.

¹⁹⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. p. 396. (T.L.)

²⁰⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba*. p. 137.

²⁰¹ Perfecto Andrés Ibáñez ressalta a positividade da imediação, já que agiliza o controle do juiz sobre a veracidade das alegações, possibilitando a contestação imediata de cada antinomia ou ambigüidade contida na fala daquele que colabora, assim como torna viável que as partes desmascarem falsidades ou reticências de seu opositor. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica). In: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *En torno de la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto. p. 159.

valor pára por aí: constitui uma *técnica* para a produção da prova, nunca um *método* para valorá-las.²⁰²

Mas foi exatamente deste segundo modo que a íntima convicção a entendeu. O fato de se estar frente a frente com a testemunha ou com a vítima foi interpretado como um momento extrasensorial, um contato direto, não com as alegações sobre os fatos (que é o que qualquer testemunha ou parte fornece), mas com os fatos mesmos. Imediação e verdade dos fatos, esta sucedânea daquela. A descoberta da verdade era uma atividade personalíssima e desde sempre, livre de qualquer tipo de controle; só o juiz manteve um contato direto com a verdade dos fatos, expressada pela forma de olhar, no correr das lágrimas, no apertar das mãos suadas pela aflição etc. Essa presença com o “inefável” era o tido por verdade pela livre convicção preenchida pela interpretação da íntima convicção. Nem mesmo os recursos em que se pedia a reforma de sentenças equivocadas eram providos, com base nessa versão supervalorada da imediação. O inefável é irrepetível. Ninguém pode entender melhor o caso concreto do que o juízo *a quo*. E nisso, também os tribunais recursais se excusavam do trabalho que tinham de prover. Como se dos mesmos fatos não se pudesse haver interpretações distintas, como se a atividade jurisdicional fizesse uso de um raciocínio meramente dedutivo.²⁰³

“(…) Uma coisa é a objetiva produtividade da confrontação e do diálogo direto, com tradução discursiva em expressões e argumentos articulados com o propósito de justificação, de explicação, de retificação, de evasão ou de excusa, suscetível de se registrar fielmente por escrito e, com isso, também um exame diferenciado, que permita reconsiderar eventuais conclusões apressadas fruto da percepção original imediata. E outra coisa é a leitura da linguagem gestual, da atitude do que declara no momento em que o faz, conformada por traços essencialmente ambíguos, de imprecisa significação e, por isso, abertos a todas as interpretações em quaisquer das chaves possíveis. Pois, a palidez do rosto, o gaguejar e a insegurança na expressão ou o que se faça com as mãos durante o interrogatório, a olhos de um observador não-especializado nesse tipo de exames e sem outros dados e antecedentes do declarante que os formalizados constantes da causa, o mesmo poderia significar medo do culpado a ser descoberto na encenação da mentira e o pavor do inocente a não lhe acreditarem quando conta a verdade.”²⁰⁴

²⁰² IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. p. 177. Acompanhando essa tese ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica). p. 159.

²⁰³ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica). p. 169.

²⁰⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica). p. 160. (T.L.)

Frente a essa incontornabilidade e ao caráter personalíssimo que mais funcionava como proteção a qualquer possibilidade de verificação do que foi tido por verdade, surgiu a defesa da livre convicção como uma *valoración racional da prova*.²⁰⁵ E é desta metodologia que se toma partido nesse trabalho, que defende para além da ausência de regras jurídicas “hierarquizadoras” dos resultados extraídos dependendo do meio de prova que fora utilizado, também a imprescindível adoção de critérios racionais.

Todavia, essa afirmação de critérios racionais remete outras necessidades à decisão do julgador. Não basta ser racional. É preciso que o julgador compartilhe o seu raciocínio (espera-se, criterioso) primeiramente com as partes, tornando-lhes possível a discordância e, frente a ela, a interposição do recurso cabível, assim como também é imprescindível sua disposição ao controle da sociedade (caso seja necessário). Sendo assim, não se fala de outra coisa, senão no imperativo de que os julgadores motivem suas decisões. Não há como se falar de *valoración racional* sem relacioná-la, de imediato, com a *premência da motivação*. É ela que torna possível a verificação da utilização de critérios racionais pelo julgador na ocasião da avaliação das provas e das conclusões que dela foram extraídas, em que, construiu sua premissa fática. Por isso, a análise da *valoración racional*, que poderiam pensar, pertinente ainda neste capítulo, ficará mais bem localizada junto à *motivação*, portanto, ambas no próximo e último capítulo.

²⁰⁵ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. Trad. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas e Juan Igartua Salaverría. México: Doctrina Jurídica Contemporánea. 2003. pp. 253-254: “La libre valoración de las pruebas no es sin embargo libre en relación a las reglas de la lógica. La lógica significa el respeto del principio de no-contradicción y de racionalidad interna de la decisión probatoria.” No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. p. 1297: “El principio de la libre convicción ha liberado al juez de las reglas de la prueba legal, pero no lo ha desvinculado a las reglas de la razón.”