CARLOS MAGNO DE ABREU NEIVA

A formação do juízo sobre os fatos na decisão judicial

Tese de doutorado apresentada ao
Departamento de Filosofia e Teoria Geral do
Direito da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, sob orientação do
Prof. Associado José Reinaldo de Lima Lopes.

São Paulo

2012

NEIVA, Carlos Magno de Abreu. **A formação do juízo sobre os fatos na decisão judicial.**

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

À Waldeli, sem cujo amor e
companheirismo esta tese não existiria.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. José Reinaldo de Lima Lopes. Quando eu crescer, quero ser como ele.

Aos Professores Ronaldo Porto Macedo Júnior e Flávio Luiz Yarshell, cujos comentários na banca de qualificação tiveram papel determinante para firmar o rumo da pesquisa.

Ao Professor Cláudio Michelin, pelo apoio que viabilizou o período de pesquisa passado na *University of Edinburgh* e por suas agudas observações sobre a tese ainda em gestação.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior – CAPES, pela bolsa sanduíche concedida para o período de pesquisa passado na *University of Edinburgh*.

Aos colegas da *University of Edinburgh* Wendy Van Der Neut, Paolo Sandro e Francisco Saffie Gatica, pelo apoio em assuntos práticos e pelo proveitoso debate sobre pontos da tese.

Aos servidores da Secretaria de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, muito especialmente à Sra. Fátima, pela gentileza, solicitude e prontidão para resolver problemas.

A todos os advogados, estagiários e funcionárias do escritório, pelo apoio e pela compreensão com as exigências do doutorado. Menção especial ao Rodrigo, pela tranquilidade com que encarou a viagem para pesquisa em Edinburgh, e à Carolina, por trabalhar muito mais, nesse mesmo período, para suprir minha ausência.

A meus pais Luzia e Ragastens e a meus irmãos Ana Lúcia e Júlio César, por tudo, desde sempre.

Aos amigos e amigas cuja presença sempre me lembrava, em pleno período de pesquisa e redação da tese, que a vida é boa de ser vivida: Paulinho, Larissa, Toninho, Adê, Ana, Tadeu, Luciana, Nucita, Cristiane, Débora, Moreno, Priscilla, Patrícia, Maria Angélica, Jaqueline, Denise.

Aos cidadãos brasileiros que mais uma vez custearam meus estudos na Universidade de São Paulo e a bolsa sanduíche.

RESUMO

A tese tem por objetivo investigar como se forma o juízo sobre os fatos na decisão judicial. Parte-se do pressuposto de que um juízo verdadeiro sobre os fatos é condição necessária, ainda que não suficiente por si só, para a justiça da decisão. A estratégia adotada é estudar o processo de conhecimento ao longo do qual se forma o juízo sobre os fatos. Inicia-se a exposição afirmando-se que são objeto de julgamento, e, portanto, do processo de conhecimento, ações humanas, as quais são sempre singulares, irrepetíveis e praticadas no passado. Sustenta-se que as ações só podem ser apreendidas adequadamente quando se consideram todos os aspectos que a caracterizam, a saber: que a ação tem como causa um agente, que é praticada com base em motivos e com determinada intenção e que é praticada em circunstâncias que, em sua totalidade, só dizem respeito a cada ação particular. Definido o objeto, passa-se ao primeiro aspecto relativo ao sujeito do conhecimento: a análise da repercussão dos dois tipos clássicos de raciocínio decisório judicial sobre a apreensão das ações particulares do caso. Conclui-se que o raciocínio analógico favorece uma apreensão das ações ampliada em relação ao raciocínio subsuntivo. O raciocínio subsuntivo, por sua vez, inibe, mas não é incompatível, com essa apreensão ampla. O trabalho retorna ao objeto de conhecimento, desta feita para analisar o que se oferece ao conhecimento do juiz para obter informações sobre as ações humanas que serão julgadas. Conclui-se que esses elementos ou são evidências, sobre as quais o juiz realiza inferências, ou presunções, que ele aplica. Evidências e presunções contribuem de forma variada para a satisfação de critérios de verdade. A tese se encerra com um retorno ao sujeito do conhecimento judicial: a análise dos dois modos de ajuizar as informações obtidas mediante inferências obtidas das evidências e os resultados das aplicações de presunções. Pelo método de resposta a questões feitas com base na regra de Direito que se supõe aplicável é possível resolver o caso nos termos dessa mesma regra de Direito, mas com um possível déficit de verdade, pois ficam de fora do juízo os aspectos das ações não contemplados pelas questões formuladas. Pelo método narrativo, os fatos são expostos em toda sua amplitude, o que atende mais satisfatoriamente à pretensão de verdade que lhe é inerente. O método narrativo não é incompatível com o método de questões, mas o completa e serve de teste à verdade das respostas.

Palavras-chave: fatos; decisão judicial; racionalidade; verdade; processo de conhecimento.

ABSTRACT

The thesis aims to investigate how the judge's opinion about the facts is built. Its basic assumption is that a true statement of the facts is a necessary condition to the justice of the decision, although insufficient by itself. The strategy adopted is to study the process of knowledge production which ends with the ascertainment of the facts. The study begins by saying that the object of trial, and therefore of the process of knowledge, are human actions, which are always unique, unrepeatable and practiced in the past. It is argued that actions can only be grasped properly when you consider all the aspects that characterize them, namely that the action is caused by an agent, it is practiced on the basis of reasons, with specific intention and that is practiced in circumstances that, in its entirety, only relate to each particular action. Set the object we pass to the first aspect of the subject of knowledge: the analysis of the impact of the two classical types of judicial reasoning on the task of knowing the particular actions of the case. It is concluded that analogical reasoning favours an expanded understanding of actions in relation to subsumption reasoning. Subsumption reasoning, in turn, inhibits, but is not inconsistent with, a broad approach to the facts. The work returns to the object of knowledge, this time to analyze what is offered to the attention of the judge to give him information about human actions that will be judged. We conclude that these elements are either evidence on which the judge makes inferences or presumptions that he applies. Evidence and presumptions contribute in different ways to the satisfaction of criteria of truth. The thesis concludes with a return to the subject of legal knowledge: the analysis of the two ways of ascertaining the information obtained through the inferences made on the basis of evidences and by application of presumptions. By the method of answering questions based on the rule of law that is supposed to apply it is possible to solve the case under that same rule of law, but with a possible deficit of truth, for the court doesn't take into account any information that is not an answer to the questions formulated. By the narrative method, the facts are exposed in all their diversity, which serves more satisfactorily to the claim to truth that must guide the judge. Moreover, the narrative method is not inconsistent with the method of questions, but functions as a complement and to test the truth of the answers.

Keywords: facts; judicial opinion; decision-making; rationality; truth; process of knowledge production.

SUMÁRIO

Capítulo 1 – Verdade e Justiça	8
1.1. Introdução	8
1.2. Delimitações necessárias	13
1.2.1. O sujeito do juízo sobre os fatos	13
1.2.2. Sistemas civilistas e sistemas de <i>common law</i>	15
1.3. Observações sobre a bibliografia	18
Capítulo 2 – Ação humana, o objeto da decisão judicial	20
2.1. A ação humana e as regras de Direito	20
2.2. A rede conceitual da ação	27
Capítulo 3 – Formas de raciocínio e juízo sobre os fatos	38
3.1. Introdução	38
3.2. Raciocínio subsuntivo	41
3.2.1. Vagueza e textura aberta	45
3.2.2. Construção da premissa menor	55
3.3. Raciocínio analógico	64
3.4. Síntese	75
Capítulo 4 – Verdade judicial	78
4.1. Teorias da verdade	80
4.2. Evidências	88
4.3. Presunções.....	97
4.4. A verdade judicial como reunião de inferências sobre evidências e presunções.....	106
Capítulo 5 – A formação do juízo sobre os fatos na decisão judicial	113
5.1. Ajuizamento pela resposta a questões	114
5.2. Ajuizamento pela narrativa judicial	120
5.2.1. Coerência narrativa	133
5.2.2. O ato configurante: evidências, presunções e coerência	141
5.3 Verdade judicial e narrativa	150
Capítulo 6 – Conclusões	153
Bibliografia	162

CAPÍTULO 1

VERDADE E JUSTIÇA

Uma característica familiar da vida acadêmica é o fenômeno de dois ou mais corpos de literatura ‘falando como se o outro não existisse’, embora os problemas e as questões a que se dedicam pareçam intimamente relacionados. No âmbito do Direito, um exemplo notável disso é a separação quase absoluta entre a literatura e os debates referentes a argumentação sobre questões de direito, de um lado, e questões de fato, de outro. O termo “raciocínio jurídico” foi sequestrado, de forma imperialista, em favor das primeiras questões, por juristas que parecem saber pouco ou pouco se importarem com as últimas, as quais são referidas como ‘a lógica da prova’, ‘evidência e inferência’, ‘determinação dos fatos’ e assim por diante.¹

1.1 Introdução

O trecho de Twining escolhido para epígrafe deste capítulo introdutório expressa o impulso que nos move. Nosso objetivo é refletir sobre o raciocínio aplicado aos fatos na decisão judicial, assunto pouco abordado em razão do sequestro mencionado por Twining, cuja constatação é especialmente significativa por ser feita de dentro de um sistema jurídico em que as chamadas questões de fato gozam de independência, enquanto objeto de estudo acadêmico, muito superior àquela existente em nossa tradição. O que Twining revela é que lá, como cá, há a tendência de restringir o estudo do assunto ao campo das disciplinas tidas como práticas, no nosso caso, ao Direito Processual.

O ensino jurídico prepara os profissionais do Direito para lidar com regras de Direito. É isso o que se estuda ao longo da graduação, é isso o que se debate em cursos de especialização. Em um cantinho do ambiente acadêmico, aqueles que se dedicam às disciplinas tidas por “teóricas” (nomeadamente Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) têm aumentado sua intervenção no debate “prático” a partir das discussões acerca do raciocínio jurídico, ou, na terminologia mais frequente, da argumentação jurídica. Leiam-se, porém, os autores mais influentes entre nós nesse campo e se encontrarão no

¹ Twining (2006: 332). Esta tradução, assim como todas as demais em que não haja indicação em contrário, são do autor da tese.

máximo referências à existência das chamadas questões de fato, sem que sejam elas tomadas como objeto de estudo. Robert Alexy é exemplo expressivo a esse respeito: no momento mesmo em que reconhece que “*a relevância do conhecimento empírico para a argumentação jurídica dificilmente pode ser superestimada*” e que “*em inúmeras disputas jurídicas é a apreciação dos fatos que joga o papel decisivo*”, deixa de lado a análise sobre o assunto, sob o argumento de que se trata de problema que somente pode ser resolvido por cooperação interdisciplinar ². Todo seu relevantíssimo trabalho sobre argumentação jurídica passará, então, a ocupar-se da relação entre proposições que enunciam regras de Direito, sejam elas particulares, como as decisões, sejam gerais, como regras legisladas, com regras de grau superior do ordenamento, positivas ou não. Do mesmo modo, o Direito como integridade, de Dworkin ³, refere-se, numa simplificação grosseira, à relação entre o sentido jurídico das decisões e o ideal de tratamento igualitário sobre o qual repousa o sistema jurídico. Em ambos os autores e em muitos outros, é como se a resolução das questões de fato fosse problema de outro campo de estudos e o raciocínio jurídico somente tivesse início quando as proposições sobre os fatos já estivessem estabelecidas. Também o trabalho de Aulis Aarnio, original sob vários aspectos e que a nosso ver alcança profundidade ainda pouco reconhecida no Brasil na análise do problema da aceitabilidade das decisões judiciais, não analisa o raciocínio sobre as questões de fato. A exceção entre os autores mais influentes, apontada pelo mesmo Twining de nossa epígrafe, é Neil MacCormick, de cuja obra, não por acaso, tomamos conceitos e ideias que terão caráter central para a tese ⁴.

Move este trabalho uma concepção distinta da exposta por Alexy no trecho transcrito no parágrafo anterior. Há, é indiscutível, todo um campo de estudo dirigido às chamadas questões de fato que deve ser enfrentado pelas disciplinas jurídicas práticas, como o Direito Processual. Trata-se, muito especialmente, dos problemas relativos às evidências, que podem ser abordadas *também*, e devem sê-lo, do ponto de vista técnico-científico e, naturalmente, processualista. Assim, é útil para o jurista e para o cidadão exposto às decisões judiciais que existam estudos e teorias sobre o inevitável viés de depoimentos de testemunhas, que os meios técnicos de prova mais avançados possam ser utilizados e que saibamos com clareza o que pode interferir na confiabilidade de cada um

² Alexy (1989: 232-233).

³ Dworkin (1986).

⁴ Enfatizemos que MacCormick é exceção “entre os autores mais influentes entre nós”, pois, como se verá ao longo da tese, há autores que abordam o assunto sob o mesmo ângulo aqui proposto e que é o de MacCormick, a começar pelo próprio William Twining.

desses meios. Também poderia ser importante, por exemplo, o aporte de trabalhos sociológicos sobre a correspondência ou descolamento entre as relações jurídicas reais e aquelas expressas nos contratos, de modo a permitir ao juiz fazer ponderações a respeito na hora de decidir. Mesmo que tudo isso e muito mais seja feito, restará sempre ao juiz a palavra final sobre o conjunto dos fatos ocorridos entre as partes, algo que depende apenas parcialmente do sucesso de quaisquer métodos interdisciplinares de estudo das evidências. E nesta tese defenderemos que o processo de conhecimento dos fatos tem caráter eminentemente jurídico.

Como sinal da grande importância *relativa* dos fatos na decisão judicial, sirvam-nos de divisão feita por MacCormick acerca dos problemas que devem ser resolvidos pelo juiz para que possa decidir, em número de cinco: problemas de relevância, interpretação, classificação, avaliação ou prova ⁵. Os problemas de prova são os problemas fáticos propriamente ditos, o que dispensa qualquer ênfase. Os problemas de classificação e de avaliação prescindem da apuração dos fatos para serem resolvidos: só posso classificar a ação e valorá-la à luz do que o Direito estatui depois de saber o que aconteceu. Os problemas de relevância referem-se à universalizabilidade e às consequências de uma decisão que cria regra nova para caso peculiar para o qual não há regra claramente aplicável: também aqui, só se saberá da peculiaridade do caso e da inaplicabilidade das regras existentes depois de analisado minuciosamente o quadro fático do caso. De todos os

⁵ “Voltando por razões esquemáticas à fórmula simplificada “sempre que FO [*fatos operativos*], então CN [*consequência normativa*]”, os quatro modos a seguir exaurirão todas as possibilidades relativas aos questionamentos que podem ser apresentados em qualquer caso passível de debate: 1. Levando em conta todas as provas relevantes e admissíveis, incluindo os elementos trazidos pela própria defesa, não houve prova (ao menos não nos limites aceitáveis pelo Direito) da ocorrência concreta de FO tal como alegado na denúncia ou na petição inicial (podemos chamar isso de um “problema relacionado à prova”). 2. O que foi alegado, não importando o fato de ter ou não sido provado, não pode ser adequadamente caracterizado como um exemplo de concretização de FO no sentido próprio exigido pelo Direito (podemos chamar isso de um “problema de classificação”, de “caracterização” ou de “qualificação”). Quando FO consiste em ou inclui uma expressão carregada de carga valorativa, ou “conceito jurídico indeterminado” tal como “razoável”, “justo”, “equitativo” e outros semelhantes, e quando a questão diz respeito a saber se a conduta em questão foi efetivamente razoável, é melhor considerar o problema respectivo como sendo de “avaliação”. 3. O caso apresentado depende da leitura da regra “sempre que FO, então CN”, de acordo com uma particular interpretação de FO ou de CN, ou de ambos. Mas essa é uma interpretação equivocada, e há de fato mais que uma interpretação juridicamente aceitável de acordo com a qual o réu deva ser absolvido da acusação ou liberado de submeter-se à pretensão que lhe é dirigida (podemos chamar isso de um “problema de interpretação”). 4. O sucesso da pretensão ou da acusação depende de que uma dada leitura das fontes de Direito relevantes gere a regra “sempre que FO, então CN”, de tal sorte a que as alegações de culpa penal ou responsabilidade civil se tornem consistentes dados os fatos alegados ou mesmo provados. No entanto, essa norma não pode ser efetivamente extraída dos materiais jurídicos disponíveis como uma concretização ou determinação razoáveis de seu conteúdo (podemos chamar isso de um “problema de relevância”; tal como sugerido, trata-se de um problema que surge principalmente nos sistemas de *common law*, ou nas porções não codificadas de outros sistemas jurídicos, como, por exemplo, o Direito Administrativo francês, desenvolvido a partir da jurisprudência do *Conseil D’État*). MacCormick (2008: 36-37).

problemas, somente os de interpretação podem, eventualmente, ser resolvidos especulativamente, sem remissão aos fatos; e, como se verá no capítulo 3, o problema da textura aberta faz com que até mesmo a existência dessa possível exceção possa ser posta dúvida.

Dotado dessa importância, o processo que leva à formação de um juízo sobre os fatos está orientado pelo valor “verdade”. Dificilmente se encontrará quem discorde de que a aplicação de uma regra de Direito a uma situação concreta só se justifica quando o juízo definitivo sobre os fatos adotado pelo juiz para decidir é verdadeiro, dado o princípio elementar de justiça segundo o qual cada um só pode ser julgado por aquilo que fez ou deixou de fazer. É corolário dessa ideia que qualquer decisão judicial que estiver assentada sobre um juízo falso acerca dos fatos que deram origem ao processo é injusta. Acrescente-se que a percepção de injustiça por parte do jurisdicionado é muito mais provável e, de seu ponto de vista, revoltante, quando o erro se refere aos fatos, comparada com a situação em que há dúvida sobre a adequação da regra de Direito utilizada pelo juiz ao caso, ou sobre a interpretação do sentido da mesma regra. Isso ocorre porque a escolha e interpretação de regras de Direito é assunto que pode ser abordado por um discurso competente proferido por juristas e, nessa qualidade, reveste-se da autoridade reservada em nossa sociedade a qualquer discurso desse tipo. Quando o assunto são os fatos do caso, a equação se inverte: cada uma das partes em um processo viveu *imediatamente* os fatos e, em regra, sabe muito mais do que o juiz do caso pode sonhar saber sobre o que efetivamente fez ou deixou de fazer, ressalvadas as situações em que a ação é praticada sem consciência por parte de seu agente ou é apagada de sua memória. Apesar disso, o juiz dirá, ao final do processo, o que entende ter ocorrido entre as partes e será esse juízo, que pode ser diferente daquele que cada uma das partes formularia, que servirá de base à aplicação do Direito. O juiz, em suma, dirá a mim, como parte, o que aconteceu comigo no passado, tal como um historiador faz com os personagens do tempo que toma por objeto. A diferença é que o historiador não pode, com base nisso, impor sanções que serão executadas com o peso do aparelho estatal moderno, como pode o juiz, o que explica que a percepção de injustiça seja especialmente forte quando o erro se dá no juízo sobre os fatos.

Esta tese é escrita do ponto de vista interno ao Direito. Assim, não cabe aqui questionar a legitimidade que o Estado, representado por seus juízes, tem para proferir juízos dessa natureza e com base neles impor sanções aos jurisdicionados. Nossa intenção é analisar a formação do juízo sobre os fatos para saber o que de melhor, consideradas

todas as limitações que incidem sobre esse processo, pode ser oferecido ao jurisdicionado em termos de verdade desse juízo. A metáfora da “anatomia”, utilizada com frequência na teoria do Direito feita em países que adotam o regime da *common law* para referir-se ao esforço teórico de desvendar mistérios ocultos das diversas disciplinas ⁶, não é descabida para expressar nosso intento: a ideia é expor, respeitados os limites que serão declarados ainda neste capítulo, os componentes que se escondem sob a capa do juízo pronto sobre os fatos, o movimento desses componentes e a relação entre eles.

Para cumprir esse objetivo, a primeira pergunta a responder será: em que consistem os fatos que são objeto do juízo? O objetivo não é compor uma lista dos eventos mais prováveis que podem ser levados ao conhecimento dos juízes, lista essa que, de resto, seria sempre incompleta. Nosso ponto de partida é quase um lugar comum na teoria jurídica: o que o juiz julga são ações humanas relevantes para o Direito. Sustentaremos então que as noções de ação e de agente são o centro em torno do qual todos os demais elementos de fato (circunstâncias, objetos, motivos, intenções) devem ser apreendidos no processo de conhecimento judicial e que as características especiais desse objeto de conhecimento (singularidade, irrepetibilidade, entre outras) precisam ser levadas em conta no processo de formação do juízo.

O segundo elemento de nossa análise é o raciocínio jurídico pelo qual se aplica a regra de Direito ao juízo sobre os fatos. São tidos como clássicos no Ocidente moderno o raciocínio subsuntivo e o raciocínio analógico, o primeiro mais valorizado nos países de tradição civilista e o segundo sendo parte da identidade dos ordenamentos jurídicos de *common law*. Tomar-se-ão tipos ideais dessas formas de raciocínio para demonstrar que ambas funcionam como filtros para selecionar os chamados *fatos relevantes*, sendo que cada qual repercute distintamente sobre o processo de formação do juízo sobre os fatos e sobre o caráter de verdadeiro que esse juízo possa pretender ostentar.

No capítulo seguinte discutiremos os instrumentos que o juiz tem para formar o juízo material sobre os fatos: evidências e presunções. As evidências possibilitam

⁶ Experimente-se fazer uma pesquisa rápida em sítios de livrarias internacionais com as palavras “anatomy” e “law” e se verá que não é exagero o que afirmamos: há anatomias para todos os ramos do Direito. A propósito, no período de pesquisa que o autor da tese passou na *University of Edinburgh* acompanhou, com proveito, as disciplinas *Anatomy of Private Law*, ministrada pelos Profs. Cláudio Michelon e Paul du Plessis, e *Anatomy of Public Law*, sob a batuta dos Profs. Neil Walker e Cormac Mac Amhlaigh, ambas oferecidas para pós-graduandos daquela Universidade.

qualificar de empírico, ao menos em certa medida, o conhecimento que o juiz adquire sobre os fatos do caso. As presunções, explícitas em regras de Direito positivo ou assumidas como dadas no sistema jurídico, são poderosos instrumentos para orientar a realização de inferências a partir de evidências, para complementar o sentido destas e para eleger hipóteses sobre o que pode ter ocorrido. A potencialidade de ambos os instrumentos para revelar a verdade dos fatos também será discutida.

De posse dos elementos discutidos nos três capítulos anteriores, passaremos ao capítulo nuclear da tese, que não por acaso tem o mesmo título desta. Nele serão discutidas duas formas distintas, mas que podem ser utilizadas complementarmente, de reunir os elementos de fato que se apresentaram ao juiz durante o processo de conhecimento. Denominamos essas duas formas de “ajuizamento pela resposta a questões” e “ajuizamento pela narrativa”. Há evidente paralelo entre essas duas formas e, respectivamente, o raciocínio subsuntivo e o raciocínio analógico. Sustentaremos que o método narrativo é ligeiramente superior do ponto de vista da pretensão de verdade e, ainda, que não é incompatível com método de resposta a questões, podendo ser utilizado para completá-lo e para testá-lo.

Seguir-se-á, por fim, capítulo conclusivo em que os resultados da dissecação anatômica serão avaliados à luz da noção recém-enunciada de que julgamentos justos devem basear-se sobre juízos de fato verdadeiros.

Feita essa breve apresentação, cumpre, antes de passar à exposição, explicitar as principais delimitações do estudo, de modo que fique claro, principalmente, aquilo que não será dele objeto.

1.2 Delimitações necessárias

1.2.1 O sujeito do juízo sobre os fatos

O primeiro ponto que deve ser esclarecido refere-se ao sujeito que imaginamos por trás do juízo sobre os fatos que é nosso objeto. Nesta tese, o juízo sobre os fatos é elaborado por um sujeito cognoscente bem definido: trata-se do juiz profissional, de formação jurídica, que tem o dever de motivar todos os pontos de sua decisão, inclusive o juízo sobre os fatos. É o juiz típico brasileiro e que é regra também em outros países da

tradição civilista. Nada do que se escreverá a seguir é aplicável, em princípio, a juízes leigos, singulares ou componentes de corpos de jurados. Há algumas razões para essa opção.

A primeira razão é que o juiz típico de nosso sistema jurídico é o juiz que adotamos por parâmetro. É ele o responsável por julgar a esmagadora maioria dos processos dirigidos ao Poder Judiciário. Juízes leigos e jurados são responsáveis por um número muito diminuto de casos, embora seja preciso reconhecer que os últimos são responsáveis pelo juízo sobre os fatos de casos de grande repercussão, nomeadamente homicídios dolosos. Se isso recomendaria que sua atuação fosse também considerada, há um obstáculo insuperável: o júri não tem, no Brasil, e mesmo nos países da tradição da *common law*, o dever de explicitar as razões de seu convencimento sobre os fatos do caso, dever que existe para o juiz profissional.

Ainda que seja muitas vezes maltratado pela prática, o dever de motivar o juízo sobre os fatos é condição *sine qua non* para que esta tese exista sob a forma ora apresentada. Sem ele, nosso estudo seria composto possivelmente pelo que vieram a ser os capítulos 2 e 4, mas seria impossível escrever os capítulos 3 e 5, que tratam do momento discursivo do juízo sobre os fatos. A avaliação do valor de verdade de decisões que não são explicitadas discursivamente, como é o caso das decisões tomadas pelo júri, exige abordagem distinta, voltada exclusivamente para o chamado contexto de descoberta, do tipo que, não por acaso, prevalece nos sistemas de *common law*. Como aponta Damaska⁷, a diferença mais gritante entre os sistemas de *common law* e os sistemas civilistas, no tocante às questões de fato, é a sistemática de controle das evidências, seja quanto a sua admissibilidade, seja quanto à admissibilidade de certas espécies de inferências a partir delas, o que naturalmente constitui fortíssimo campo de estudos acadêmico. O mesmo ocorre com o discurso dos advogados, estudado à exaustão para revelar e, conforme o interesse, controlar ou potencializar, seu poder persuasivo sobre o júri. O estudo das decisões do nosso júri sob esses ângulos certamente é muito relevante, mas afasta-se da proposta desta tese, que tem no momento discursivo do juízo sobre os fatos seu núcleo.

A menção às abordagens próprias ao sistema de *common law* fornece o gancho para apresentar a última razão para a restrição de nosso estudo ao juiz profissional mencionado. Naqueles sistemas, o debate sobre as questões de fato se dá com participação

⁷ Damaska (1997: 17-19).

limitada do juiz profissional: os protagonistas são os advogados, de um lado, com intenção de persuadir, e o júri, de outro, que será persuadido por um ou outro lado. Ao juiz cabe fazer respeitar as estritas regulações acerca das evidências, mas não é dele o juízo final sobre os fatos. Nesse contexto, é realmente o discurso *retórico* sobre os fatos, estejam os advogados preocupados ou não com as limitações da virtude que Aristóteles considerava serem fundamentais nesse tipo de discurso ⁸, aquele que aparece como típico. No caso do juiz profissional, que produzirá um discurso que sintetiza seu juízo sobre os fatos sob o dever de produzir um juízo verdadeiro, o caráter persuasivo é secundário. Não que não exista, afinal a decisão como um todo, aí incluído o juízo sobre os fatos, precisa ser aceitável segundo os padrões do sistema ⁹, e para isso o discurso retórico jamais pode ser dispensado. Mas a racionalidade mais adequada para dar conta do trabalho de unir elementos de fato provindos de diversas fontes (evidências e presunções combinadas a cada vez de uma forma diferente), com pretensão de produzir um juízo verdadeiro, é a racionalidade poética, a única cuja função específica é narrar ações ocorridas em um tempo passado. Uma racionalidade apropriada para ordenar, em sequência temporal, elementos múltiplos referentes a ações humanas singulares. E o único personagem do drama que é o processo judicial apto a dar conta dessa tarefa, sob essa forma, é o juiz profissional, pelo fato de que, vale repetir, é ele que precisa montar um quadro verdadeiro sobre aquilo que ocorreu por dever de ofício: seu discurso será persuasivo *porque* verdadeiro, e não o contrário. A racionalidade poética tem como resultado uma narrativa e será abordada no capítulo 5 desta tese.

1.2.2 Sistemas civilistas e sistemas de *common law*

A segunda delimitação necessária diz respeito ao grau em que a tese pretende ser intersistêmica, isto é, como a utilização de conceitos e a menção a procedimentos próprios dos dois grandes modelos de sistema jurídico do Ocidente (o civilista e o de *common law*) foi pensada e será efetivada.

⁸ Cf. a respeito Lisboa (2009).

⁹ Sobre a ideia de aceitabilidade dos enunciados interpretativos, cf. Aarnio (1986: 207-288). Apesar da riqueza da análise, a aceitabilidade do juízo sobre os fatos não é dela objeto.

Partimos do pressuposto de que a fronteira entre os dois modelos é cada vez mais porosa e o processo de influência mútua ocorre já há muito tempo ¹⁰. No Brasil, a prática judiciária se utiliza da menção a precedentes. Advogados a fazem com intuito persuasivo, juízes para justificar suas decisões. Recentes mudanças constitucionais e legais implantaram instrumentos como a Súmula Vinculante ¹¹ e a autorização para negar seguimento a recursos em confronto com jurisprudência dominante ou súmulas, mesmo não vinculantes, de tribunal superior ¹². Há também recursos, previstos já há mais tempo no ordenamento, que são interponíveis com fundamento na existência de divergência jurisprudencial, de que são exemplos os Embargos de Divergência ¹³ e o Recurso Especial que tenha por fundamento o art. 105, inciso II, letra “c”, da Constituição Federal ¹⁴. Este último é especialmente relevante por ser claramente inspirado em procedimentos de *common law*. É cabível sempre que a decisão recorrida “*der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*”. Sua regulamentação pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que é o competente para julgá-lo, deixa claro, porém, que embora a Constituição fale em divergência interpretativa, o juízo sobre os fatos é decisivo: cabe aos advogados “*transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados*” ¹⁵. Essa comparação entre o caso em que foi proferida a decisão recorrida e o caso paradigma é conhecida como “cotejo analítico”. Deixar de fazê-lo ou, mesmo que tenha sido feito, a falta de semelhança entre os casos, impedem o conhecimento do recurso especial. Apesar de o fundamento para existência desse recurso não ser o caráter vinculante do precedente, e sim a necessidade de uniformizar a interpretação dos dispositivos legais, o raciocínio exigido é claramente analógico. O único problema é que por enquanto só se exige do advogado que faça esse raciocínio com rigor, o que tem permitido que muitas

¹⁰ Em 1986, Wroblewski escrevia: “A crescente reaproximação entre os sistemas de *common law* e os sistemas de *civil law*, quando se considera o direito comparado contemporâneo, é óbvia. De um lado, há o crescente papel da legislação no interior dos sistemas de *common law*, ligado à atividade dos parlamentos cuja função é justamente editar leis, e ao uso do Direito como instrumento de controle social em um estado intervencionista. De outro lado, o papel das decisões judiciais nos sistemas de *civil law*, a despeito da inexistência de precedentes institucionalmente vinculantes, é reconhecido e levado em conta no funcionamento prático de órgãos decisórios, além de ser tido como relevante para o legislador.” Wroblewski (1986: 188).

¹¹ Constituição Federal, art. 103-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2006.

¹² Art. 557 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756/1998.

¹³ Art. 546 do Código de Processo Civil.

¹⁴ Este recurso não nasceu com a Constituição de 1988. Sob a Constituição de 1969, como recurso extraordinário (art.119, II, “d”), era da competência do Supremo Tribunal Federal, cujo regimento interno, a exemplo do atual do STJ (vide nota seguinte), previa a comprovação da semelhança das circunstâncias como requisito de admissibilidade (RISTF 1970, art. 304).

¹⁵ RISTJ, art. 255, § 3º.

decisões judiciais, principalmente as editadas pelos próprios tribunais, utilizem como fundamento exclusivo para decidir a menção a precedentes sem, entretanto, apontar, e quanto mais demonstrar, a existência de semelhanças entre o caso julgado e os precedentes citados. Os precedentes são invocados como razão de decidir, na verdade, por aquilo que consta de suas ementas, nas quais são meramente repetidas ou parafraseadas regras ou princípios jurídicos, ou, ainda, para repetir-se a hipótese fática contida na regra, sem menção aos aspectos fáticos dos casos *concretos*.

Ainda com relação ao ordenamento brasileiro, cite-se a possibilidade, há muito reconhecida expressamente pela Lei, de utilização da analogia para decidir casos para os quais não haja normas legais aplicáveis ¹⁶, no que seguimos tradição consolidada nos países da tradição da *civil law*.

A existência de pontos de contato não deve, porém, levar-nos a desprezar as diferenças entre as tradições. A prática brasileira da utilização indiscriminada de precedentes como razão de decidir, sem preocupação com a semelhança fática, deve servir de alerta para a pretensão de simplesmente importar uma solução ou ideia de outra tradição jurídica, pois a tradição, como tal, não pode ser importada, e isso pode fazer diferença. Alerta que vale, obviamente, também para esta tese: afinal, o que justifica a utilização de bibliografia, ideias e conceitos da tradição da *common law* em um trabalho que tem como referência básica o juiz de tradição civilista? São duas as justificativas.

Em primeiro lugar, nosso objeto não são as práticas efetivas, mas formas de raciocínio e de discurso. No capítulo 3, por exemplo, comparamos raciocínio subsuntivo e analógico do ponto de vista de suas respectivas potencialidades para permitir que elementos de fato relacionados à lide venham a ser conhecidos pelo juiz. As duas formas estão disponíveis para qualquer juiz que as queira utilizar, nada impedindo que utilize ambas ao longo do processo, conscientemente ou não. É provável que o juiz de tradição civilista tenda a trabalhar predominantemente de forma subsuntiva, mas nada nas regras de procedimento o impede de adotar a mesma *perspectiva* que seria adotada por um juiz de *common law*, pois a única diferença, *no que diz respeito aos fatos do caso*, são as perguntas que cada qual faz para chegar a conhecê-los.

A segunda razão para trazer elementos da tradição da *common law* para a tese decorre da primeira. Se for verdade, como sustentamos e procuraremos demonstrar, que

¹⁶ Art. 126 do Código de Processo Civil vigente.

não há incompatibilidade entre o processo de conhecimento judicial típico da tradição civilista e o raciocínio analógico, é útil recorrer à tradição que o tem como o raciocínio jurídico por excelência. Mais do que isso: conforme se verá no capítulo 3, sustentaremos que o raciocínio analógico favorece uma apreensão mais ampla, generosa, dos fatos do caso. O que, do ponto de vista do valor “verdade”, pode ser considerado uma vantagem. Isso faz com que se possa afirmar que a tese, mais do que utilizar ideias e conceitos da *common law*, é fortemente influenciada pelo peso dado, nesses sistemas, às chamadas questões de fato.

1.3 Observações sobre a bibliografia

Qualquer que seja a qualidade científica que venha a ser reconhecida a este trabalho, uma coisa parece certa: não há, no Brasil, trabalho escrito sob a mesma perspectiva, isto é, que analise a formação do juízo sobre os fatos do ponto de vista da Teoria Geral do Direito. Isso não é declarado com orgulho, pelo contrário. Essa lacuna nos deixou à mercê de bibliografia exclusivamente estrangeira, parte da tradição civilista e parte da tradição de *common law*, obrigando-nos a uma vigilância especialmente rigorosa quanto a sua adequação e compatibilidade com a realidade sob a qual a tese foi concebida e à qual, afinal, ela pretende servir. A menção reiterada a regras do Direito positivo brasileiro seria natural em tese produzida no Brasil ainda que esse problema bibliográfico não existisse, mas tornou-se, nas circunstâncias, um importante instrumento de controle sobre as afirmações feitas ao longo da tese.

A tese não tem por objetivo discutir as ideias de um único ou de alguns poucos autores. Os temas de cada capítulo, por outro lado, não têm um parentesco óbvio, ou ao menos não são comumente abordados em conjunto em uma única obra, o que vale também para a bibliografia estrangeira utilizada. Essas duas características da tese exigiram a utilização de uma bibliografia multifacetada, cujo núcleo é formado por autores consagrados da Teoria Geral do Direito de raiz anglo-saxã, Herbert Hart, Neil MacCormick e Frederick Schauer, pelo filósofo francês Paul Ricoeur, pelo jurista italiano Michele Taruffo e pela epistemóloga norteamericana Susan Haack. Apesar da variedade, pode-se dizer que há algo que os une: a capacidade que têm de pensar a partir das respectivas tradições ou posições teóricas com um olhar interessado na tradição rival. A exceção talvez seja Hart, que é fortemente identificado com a filosofia da linguagem

ordinária e não tem, por isso, pontos de contato com a tradição jurídica continental, de viés mais conceitual, ao contrário, a combateu reiteradamente ¹⁷. MacCormick sempre buscou relacionar a tradição de decidir com base em precedentes com a forma dedutiva de raciocínio jurídico, mesmo tendo modificado o modo de ver essa relação de *Legal Reasoning and Legal Theory*, de 1978, para *Rhetoric and the Rule of Law*, de 2005 ¹⁸. Taruffo é exemplo inverso: de origem civilista e ligado à forte e importante tradição processualista italiana, possui profundo conhecimento dos fundamentos e procedimentos da tradição da *common law* e os utiliza para problematizar a tradição à qual pertence. Susan Haack, em sua obra mais importante, *Evidence and Inquiry*, propõe a fusão da epistemologia de tradição empirista com vertente importante da tradição racionalista, como forma de aproveitar as respectivas qualidades e corrigir os respectivos defeitos, conforme exposto no final do capítulo 5 ¹⁹. Paul Ricoeur, finalmente, incorpora elementos da hermenêutica de Heidegger, da filosofia da linguagem ordinária, do estruturalismo, do marxismo, para ficar em alguns dos campos pelos quais se move com facilidade, e o faz sem deixar de buscar um rigor conceitual de estilo aristotélico.

Não é coincidência que esses autores tenham vindo a ganhar importância durante a pesquisa, pois a tese, como já foi dito, tem na comparação e aproximação entre duas formas distintas de lidar com as questões de fato no processo de conhecimento judicial um de seus aspectos centrais. Ao mesmo tempo, essa característica dos autores citados não seria, por si, suficiente para justificar sua utilização. Será, portanto, a leitura de cada capítulo, e a consideração da tese como um todo, que dirá se nossas escolhas foram adequadas.

¹⁷ Um dos exemplos mais conhecidos é seu “Definition and Theory in Jurisprudence”, originalmente publicado em 1953 e republicado em Hart (1985: 21-48).

¹⁸ A diferença mais importante é que no primeiro livro sustentava que o método dedutivo poderia, na maior parte dos casos, ser utilizado ao longo de toda a decisão, ao passo que na obra mais recente defende que o silogismo é ato final, precedido por inúmeras operações de raciocínio não dedutivo.

¹⁹ A importância das ricas reflexões de Haack sobre o Direito não pode, infelizmente, ser percebida ao longo da tese, mas deve ser aqui declarada. A razão para isso é que seu objeto de estudo é quase exclusivamente o processo estadunidense, de natureza eminentemente adversarial, cuja análise específica extrapolaria os objetivos da tese. De qualquer modo, suas ideias acerca de critérios de verdade, limites da apreensão científica de pontos do caso, entre outras, foram relevantíssimas para nossas reflexões.

CAPÍTULO 2

AÇÃO HUMANA, O OBJETO DA DECISÃO JUDICIAL

2.1 A ação humana e as regras de Direito

O juiz decide os casos que lhe são submetidos aplicando regras de Direito a fatos que declara, ao final do processo de conhecimento, serem os verdadeiros fatos ocorridos entre as partes. Esta tese pretende ser um estudo da última parte dessa proposição, ou seja, pretende esclarecer *o que são os fatos declarados verdadeiros pelo juiz ao final do processo de conhecimento e como eles são estabelecidos*. Dado que a decisão que estabelece os fatos se dá em relação com certa noção de verdade, é necessário entender tanto o *que* é objeto de apuração e estabelecimento, quanto *como* isso é ou pode ser feito, para depois discutir o potencial desse processo para atender à demanda por verdade. Neste capítulo cuidamos do *que* mencionado: o que são os fatos objeto de decisão?

Ao requerer a atuação de um juiz de Direito, o autor têm a pretensão de que certos fatos que considera terem ocorrido de determinado modo possam ser lidos à luz de regras de Direito vigentes no ordenamento jurídico no interior do qual o juiz exerce jurisdição. Na dogmática do Direito Processual, essa pretensão é qualificada de *possibilidade jurídica* do pedido: se o pedido versar sobre situação fática não disciplinada pelo Direito, diz-se que o pedido é juridicamente impossível. Assim ocorre, por exemplo, no ordenamento jurídico brasileiro, com as chamadas obrigações naturais, de que é exemplo clássico a pretensão, excluída por expressa disposição legal, de que o juiz condene alguém a pagar dívidas de jogos e apostas que não sejam legalmente permitidos²⁰. Também haverá impossibilidade jurídica do pedido quando a regra descumprida pertencer manifestamente a outro âmbito normativo que não o jurídico, como se dá com regras de etiqueta, cujo descumprimento gera reprovação social, mas não pode dar ensejo, por si, a pretensão formulada perante juiz de Direito. Os fatos que contam para formulação de um pedido ao juiz são, portanto, todos aqueles disciplinados pelo Direito, do que decorre que é nas regras de Direito que deve ser buscada a resposta à pergunta que propusemos neste capítulo, a qual pode ser reformulada nesses termos: o que o Direito disciplina?

²⁰ Art. 814 do Código Civil. O parágrafo segundo do artigo distingue os jogos apenas “não proibidos” daqueles “legalmente permitidos”, sendo somente os segundos que obrigam ao pagamento da dívida.

Numa primeira formulação pode-se dizer que o Direito, por meio daquilo que Hart denominou regras primárias ²¹, requer dos seres humanos que “*façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não*” ²². O limite daquilo que pode ser disciplinado é dado pelos limites aos quais as ações humanas estão sujeitas: somente aquilo que está fora do campo do necessário e pode, portanto, ocorrer ou não, conforme alguém aja ou se omita, é que pode ser regulado ²³. A regulação tem em vista, como regra, ações futuras, servindo tanto para que o cidadão oriente sua conduta de acordo com o reconhecimento jurídico que pretende alcançar (por exemplo, o status de casado) ou evitar (por exemplo, o status de condenado por crime) quanto para que o juiz julgue o ocorrido de acordo com o que estabelece a norma (verificando, por exemplo, se ela configura crime tipificado em lei).

Para que isso seja possível, o Direito se expressa por meio de proposições constituídas de duas partes: a primeira, na qual se figura uma única ação (como comparecer perante um oficial de casamentos) ou um complexo de ações que podem ser praticadas (como preparar e cometer um crime), os quais doravante designaremos por *hipótese fática* ²⁴; a segunda, em que se atribui ao ato ou atos figurados um sentido com que gera certas *consequências jurídicas*, as quais podem consistir, entre outras, na fixação de um status (de casado, por exemplo), na condenação a uma prestação de pagar ou de fazer, na imposição de uma pena. É na hipótese fática que encontram-se as ações reguladas pelo Direito e é em uma ou mais delas que qualquer pedido de provimento jurisdicional deve estar amparado.

²¹ Hart (1994: 79-99). As regras secundárias, segundo Hart, servem para reconhecer o que é Direito em determinado ordenamento (regras de reconhecimento), para regular a alteração dessas regras (regras de alteração) e para regular os procedimentos de aplicação das regras primárias (regras de julgamento). Dados os limites da investigação propostas, são as condutas reguladas pelas regras primárias aquelas que nos interessam. Não podemos deixar de consignar, de qualquer modo, que o descumprimento de uma regra chamada secundária pode dar ensejo a um processo judicial, caso em que tudo aquilo que se afirmará a respeito da aplicação de regras primárias será igualmente aplicável. Pense-se no descumprimento, pelo juiz, da regra de julgamento que lhe impõe o dever de motivar as decisões (art. 93, IX, Constituição Federal): o julgamento da procedência dessa alegação, feita por uma das partes, por outro órgão judicial, passa pelo estabelecimento do que o juiz fez (o que, no caso, significará aferir o conteúdo de sua decisão) para avaliar se esse ato corresponde ao que a norma dele exigia. O mesmo se aplica, *mutatis mutandis*, ao descumprimento de regras de alteração e de reconhecimento. O que isso demonstra é que para os destinatários específicos das regras secundárias essas mesmas regras podem ser lidas como primárias.

²² Hart (1994: 81).

²³ Nesse sentido, Kelsen afirma que “não teria sentido uma norma que preceituasse que algo deve acontecer, sabendo-se de antemão que esse algo tem necessariamente de acontecer, sempre e em toda parte, por força de uma lei natural” (1995: 105).

²⁴ Preferimos “hipótese fática” a “hipótese legal”, comumente encontrada (v.g. Engisch (2001)), por questão de ênfase naquilo que é o objeto da tese, sem reivindicar status de superioridade léxica da primeira em relação à segunda.

Se o Direito disciplina ações humanas e se essas ações aparecem nas hipóteses fáticas, é a elas que a análise deve dirigir-se para conhecer o que são os fatos que devem ser apurados e estabelecidos pelo juiz antes que ele profira decisão. Não se trata de inventariar todas as ações reguladas pelo ordenamento, mas de identificar as classes de elementos que aparecem nas hipóteses fáticas e as relações entre esses elementos, o que nos permitirá extrair o conceito de ação humana com que o Direito trabalha e sobre o qual é criado.

Consideremos, para dar início à busca dessas classes de elementos, algumas regras do direito positivo brasileiro ²⁵:

Código Civil, arts. 186 e 927

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Código Penal, art. 157

Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

Código Tributário Nacional, arts. 114 e 116

Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

²⁵ Todas as citações de dispositivos constitucionais e legais foram extraídas do Vade Mecum Saraiva (2010).

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou à natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

As regras transcritas contêm hipóteses fáticas e respectivas consequências jurídicas, com diferentes formas de enunciação. Às vezes se inicia o texto pela consequência, noutras ela aparece ao final, às vezes hipótese fática e consequência estão em dispositivos legais distintos. As consequências não nos interessam diretamente e nos exemplos dados são, respectivamente, a obrigação de reparar o dano, a imposição de pena e o nascimento da obrigação tributária. O que nos ocupa é saber em que consistem, tipicamente, as ações que geram tais consequências, algo que encontraremos nas hipóteses fáticas das regras consideradas.

Em consonância com a definição de Hart, as hipóteses fáticas dos exemplos apresentados têm como núcleo a referência a ações. Cometer *ato* ilícito é a mais genérica das hipóteses fáticas e pode ser reescrita como *agir* ilicitamente, mas se trata de um agir qualificado pelo resultado “dano” e, como regra, pela existência de “culpa” do agente, nas modalidades de imprudência, negligência e imperícia. *Subtrair* coisa é a segunda ação considerada e também traz qualificadores, todos relativos ao *modo* da ação, fazendo com que haja, na verdade, três diferentes espécies de subtração de coisa alheia que configuram roubo: mediante violência, por meio de ameaça ou pela redução da vítima à impossibilidade de resistência. A terceira hipótese fática é instrutiva pelo que sua redação esconde: lendo-se os dispositivos transcritos, conclui-se que o que leva ao nascimento da obrigação tributária é a “ocorrência de fato gerador”. Não há menção ao tipo de ação que

pode gerá-lo, o que é feito em outro dispositivo do mesmo Código²⁶, no qual define-se contribuinte como aquele que tem *relação direta* com o fato gerador: é essa relação direta que traz implícita a ideia de ação, ainda de maneira bastante aberta, a qual só será especificada pela regras referentes a cada tributo, quando saberemos que as ações em questão são *auferir renda, circular mercadoria, possuir propriedade imobiliária* etc. A hipótese tem ainda outra variedade interessante para nossos fins, pois a ocorrência do fato gerador pode fazer nascer obrigação para o *responsável*, definido como aquele que, embora não sendo contribuinte (isto é, embora não tendo relação direta com o fato gerador e, portanto, não praticando qualquer ação a ele relacionada), deve cumprir a obrigação. Pode parecer, no caso do responsável, não haver ação que gere a obrigação, mas essa impressão desaparece quando se sabe que a qualidade de responsável é conferida pela lei a quem se encontra em relação com algum tipo de contribuinte (empregador em relação ao empregado, vendedor de mercadoria em relação ao comprador) que, como tal, mantém relação direta com o fato gerador e pratica, ele, a ação que gera obrigação tributária. O conceito de responsável tributário, assim, apenas torna alguém devedor de uma obrigação nascida por ação de outrem, mas ainda assim, ação.

Continuemos a explorar nossos exemplos. As hipóteses fáticas fazem referência expressa ou trazem implícitos outros elementos além dos agentes e suas ações. Já fizemos menção, no caso do ilícito civil, à exigência de um *resultado* da ação (dano), mas o mesmo ocorre nos outros dois exemplos: no roubo, o resultado da subtração é a detenção da coisa pelo agente (subtrair é tirar de alguém *e* deter consigo a coisa), e o fato gerador, como visto no parágrafo anterior, é ele próprio um resultado da ação. Acrescente-se, quanto ao resultado, que considerá-lo como tal pressupõe considerar o agente como sua *causa*, o que fica claro no art. 13 do Código Penal ²⁷. As hipóteses fáticas pressupõem também certas *circunstâncias* em que a ação foi praticada. A culpa, no ilícito civil, é inferida pela comparação entre aquilo que o agente fez e o que, nas circunstâncias dadas, deveria e poderia ter feito, o que torna necessário saber precisamente quais eram as “circunstâncias dadas”, especialmente porque, como se verá logo a seguir, há várias situações típicas que, se ocorridas, excluem a ilicitude do ato. No roubo, o conhecimento e a análise das circunstâncias em que tudo ocorreu são também essenciais para que se conclua, por exemplo, que o agente tornou impossível a resistência da vítima.

²⁶ Art. 121 do Código Tributário Nacional.

²⁷ Art. 13 do Código Penal: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

Agentes, ações, resultados e circunstâncias ainda não esgotam o rol de elementos que podemos extrair de nossos exemplos. No ato ilícito civil, a noção de culpa exclui a existência de intenção, podendo ser assimilada a alguma espécie de descuido. Nos dois outros casos, porém, a *intenção* é elemento essencial: sem ela, o crime de roubo não pode ser tido como ocorrido. Do mesmo modo, a intenção é elemento da hipótese “dissimulação de ocorrência de fato gerador”, que pode ser invocada pelo agente fiscal para considerá-lo ocorrido e, por conseguinte, considerar nascida a obrigação tributária.

Todos os elementos até aqui abordados servem para caracterizar positivamente as ações. Podemos dizer, assim, que têm relação com as ações: os agentes que as praticam, os resultados que geram, as circunstâncias em que são praticadas, a presença ou ausência de intenção do agente. Mas nenhuma hipótese fática é completa sem a consideração das *circunstâncias que a descaracterizam*, as quais foram acima mencionadas rapidamente, mas por sua importância merecem abordagem específica. Iniciemos com circunstâncias que excluem a ilicitude civil e penal da ação, como a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular de um direito. Dizer que as circunstâncias excluem a ilicitude é dizer que uma mesma ação pode ser lícita ou ilícita conforme estejam ausentes ou presentes as circunstâncias excludentes. Pense-se no ilícito civil consistente em bater o próprio automóvel no automóvel de outrem, causando danos: se cometido para remover perigo iminente (por exemplo, evitar o atropelamento de criança que surge subitamente à frente do carro), deixará de considerar-se ilícito. No âmbito penal, o clássico exemplo do homicídio é mais apropriado do que o crime de roubo: a ação de matar alguém não constitui crime quando praticada em legítima defesa. Quanto ao exercício regular de um direito, dele é exemplo o acesso, pelo agente fiscal, mesmo sem ordem judicial, a dados sigilosos de contribuinte, acesso este que, para qualquer outro agente configuraria crime. Em todos os casos, as circunstâncias funcionam para o agente como *motivos* justos para agir de forma que, sem sua presença, seria considerada ilícita.

Outro tipo de excludente, que entre as regras exemplificadas incide especialmente na apreciação da ocorrência de ilícitos civis, mas certamente tem aplicabilidade também no âmbito do Direito Penal, considera causas independentes da vontade ou da conduta do agente, mas que são determinantes para a ocorrência de determinado fato e, nessa qualidade, excluem a possibilidade de que a ação do agente possa ser tida como causadora do mesmo fato. No ordenamento jurídico brasileiro, tais causas são reunidas sob as designações de caso fortuito, força maior e fato do príncipe. Em

todos os casos, reconhece-se a existência de forças (naturais, sociais, institucionais, estatais) a que pelo menos o agente, mas normalmente também qualquer outra pessoa nas mesmas circunstâncias, não poderia resistir. Situações, portanto, em que o agente deixa de poder ser considerado causador do fato.

Há ainda, no campo das excludentes, o fato de terceiro, que difere das anteriores por não servir para excluir a ocorrência do ilícito, mas sim para imputar sua prática a outrem, o que faz dela também uma excludente relativa à causa do fato.

A importância das excludentes fica clara quando se as utiliza para reenunciar a regra de Direito que elas excluem. Façamos isso com a regra que rege o ato ilícito civil, que ficaria assim enunciada: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e fica obrigado a repará-lo, salvo se o ato houver sido cometido em legítima defesa, estado de necessidade ou no exercício regular de um direito, ou, ainda, se o fato se deu por caso fortuito, força maior, fato do príncipe ou fato de terceiro”. O trabalho de conhecimento dos fatos envolverá sempre a busca de informações que possam levar a concluir pela ocorrência da hipótese fática e também de suas excludentes, sendo o limite dessa averiguação dado pelas regras do ordenamento jurídico sobre a possibilidade ou não de o juiz ampliá-la para pontos não alegados pelas partes.

A análise das três regras de Direito que nos serviram de exemplo foi superficial, mas mesmo assim foi possível identificar alguns elementos típicos: ação, agente, intenção, motivos, circunstâncias, resultados, meios para atingir resultados. Sendo o Direito um tipo de sistema normativo com dezenas de séculos de história, é de se supor que a presença desses elementos em regras que o compõe não seja casual, ao contrário, é provável que eles revelem, ao menos em alguma medida, aquilo que as ações humanas mais variadas possuem em comum e formem, em conjunto, uma semântica da ação, isto é, são esses os elementos típicos que qualquer juiz, em qualquer caso que lhe seja submetido, deverá identificar e descrever para que possa decidir. A avaliação dessa ideia não pode ser feita exclusivamente com instrumentos da Teoria ou da Filosofia do Direito, mas reclama uma abordagem que tome a ação como objeto independentemente de sua relação com a regulação jurídica, pois aquilo que nos preocupa nesta tese não é saber apenas quais são as ações reguladas, mas sim o que são as ações em si, já que é delas que o juiz se ocupará antes de decidir. O que nos leva, pela primeira vez nesta tese, à filosofia de Paul Ricoeur.

2.2 A rede conceitual da ação

Em *O Discurso da Acção* ²⁸ Ricoeur quer fundar uma Filosofia da Ação que seja distinta tanto da Ética quanto da Sociologia e da Psicologia. A fronteira mais difícil de marcar é com relação à Ética, pois o discurso filosófico há muito ocupa-se da ação sob esse prisma. Desde Aristóteles, em suas *Éticas* e na *Política*, até Kant na *Crítica da Razão Prática*, a ação é vista como algo que deve visar a determinados fins (a felicidade pela virtude, em Aristóteles) ou conformar-se à lei moral (na *Crítica* kantiana). Essa abordagem, diz-nos Ricoeur, “*tende a fazer da teoria da acção essencialmente uma teoria das prescrições*” ²⁹. Sua proposta é diferente: quer entender a ação em si mesma, independentemente das prescrições a que está sujeita. Seu método tem por primeiro e fundamental pilar uma ideia que está expressa no termo *discurso*, presente no título do livro: para saber o que é a ação, Ricoeur propõe “*uma investigação prévia à própria ética, a saber, uma descrição e uma análise dos discursos em que o homem diz o seu fazer, abstraindo do louvor e da censura pelos quais qualifica o seu fazer em termos de moralidade*” ³⁰. O que justifica a utilização desses discursos é “*a notável propriedade da linguagem não só de articular a experiência, mas de conservar, graças a uma espécie de seleção natural, as expressões mais aptas, as distinções subtis mais apropriadas às circunstâncias do agir humano*” ³¹. A linguagem em questão é a linguagem ordinária e é nela que é possível encontrar resposta a questões sobre a ação em três diferentes níveis: conceitual, proposicional e lógico. Neste capítulo, é o nível conceitual que nos interessa, por ser nesse nível que reencontraremos o que até aqui vimos chamando de os elementos da ação humana.

O Discurso da Acção é apenas um dos trabalhos de Ricoeur sobre a ação. A análise conceitual que inaugurara naquela obra se desenvolve em trabalhos posteriores, e é de um desses trabalhos maduros que recolhemos o trecho a seguir transcrito, sobre o que denomina a *rede conceitual da ação*:

Ação e agente pertencem a um mesmo esquema conceitual, o qual contém noções como circunstâncias, intenções, motivos, deliberação, movimento voluntário ou involuntário, passividade, coação, resultados desejados etc. O carácter aberto dessa

²⁸ Ricoeur (1988).

²⁹ Ricoeur (1988: 10).

³⁰ Ricoeur (1988:11).

³¹ Ricoeur (1988:12).

enumeração é aqui menos importante do que sua organização em rede. O que realmente importa para efeito do conteúdo de sentido de cada um desses termos é seu pertencimento à mesma rede que todos os demais; as relações de intersignificação regem assim seus respectivos sentidos, de tal modo que saber se servir de um deles é saber servir-se de maneira significativa e apropriada da rede inteira. Trata-se de um jogo de linguagem coerente, em que as regras que governam o emprego de um termo formam sistema com aqueles que governam o emprego de outro termo.

[...] Uma maneira eficaz de proceder à determinação mútua das noções pertencentes a essa rede da ação é identificar a cadeia de questões suscetíveis de serem postas a respeito da ação: quem faz ou fez o quê, em vista de quê, como, em que circunstâncias, com que meios e com que resultados? As noções chave da rede da ação tiram seu sentido da natureza específica das respostas dadas às questões específicas que, como tais, se entresignificam: quem? O quê? Por quê? Como? Onde? Quando? ³²

O trecho transcrito impressiona por sua proximidade com aquilo que vimos de dizer sobre a hipótese fática e seus elementos. Seu aspecto essencial, porém, vai além dessa proximidade, consistindo na afirmação de que os conceitos relativos à ação formam uma *rede conceitual*: não se apreende nem se compreende o agente sem apreender-se e compreender-se a ação, seus motivos, suas intenções, as circunstâncias em que agiu, para ficar nos conceitos da rede mais próximos da análise jurídica feita até aqui. Ser agente é: agir, ter motivos, intenções, estar em certas circunstâncias no momento da ação. O pivô da rede (a expressão é do próprio Ricoeur ³³), para o qual todos os demais conceitos convergem por relação de pertencimento, é o agente: são *dele* a ação, os motivos, as intenções, e até mesmo as circunstâncias. O modo como se dá e o que permite a atribuição da ação e de tudo o que a qualifica a alguém é algo que precisa ser esclarecido.

³² Ricoeur (1990: 75).

³³ Ricoeur (1990: 116).

No esquema ricoeuriano, a ação difere do mero acontecimento, porque por meio dela o agente cria algo novo que não estava aí antes, *torna* verdadeira uma proposição que foi antes representada como intenção. Nesse sentido, o agente pode ser visto como *origem da alteração que sua ação opera* no mundo e coloca em movimento um novo sistema de relações. A mesma relação pode ser vista do ponto de vista inverso, isto é, a partir do resultado da ação, o qual serve como evidência de que houve ação, do mesmo modo que uma evidência material dá fundamento a um ato de conhecimento empírico. Daí dizer-se que só há ação quando algo se altera no mundo. O agente assume, nesse esquema, o papel de causa primeira, não submetido, ele mesmo à causalidade, porque só ele tem o *poder* de fazer, o poder de inovar.

A atribuição de uma ação a um agente é tarefa fácil naquilo que Ricoeur denomina de ações básicas, que “*são expressões gestuais que permitem uma leitura imediata do autor*”³⁴. Mais difícil é atribuir-lhe ações complexas, assim consideradas aquelas que produzem efeitos sobre as coisas, sendo esse efeito, muitas vezes, a única coisa a que temos acesso, e o agente “*não está nas consequências*”³⁵. Dois outros fatores complicam ainda mais a atribuição de ações a um agente. Primeiro, o fato de que há um entrelaçamento de ações coletivas que podem ser cooperativas ou competitivas e cujo resultado não é controlado, muitas vezes, por nenhum agente, o que leva a que alguns resultados de ações, nessas hipóteses, “*voltem a ser*” acontecimentos, isto é, algo que não pode ser atribuído a ninguém e que aparece como que necessário, não sujeito à intervenção humana.

A intenção é o elemento da ação pela qual ela é antecipada, antevista, antes de concretizar-se, e é a chave para a atribuição de uma ação a um agente. Ricoeur nega que a intenção seja um “*antecedente*” da ação, pois qualquer enunciado de ação pressupõe a intenção como lhe sendo inerente. Tanto é assim que o juízo pelo qual se atribui certa intenção a alguém, diz-nos Ricoeur, é o juízo de *adscrição*³⁶, o qual denota inerência entre o objeto e aquilo a que ele é *adscrito*. Foi Hart quem utilizou o termo pela primeira vez para referir-se à ação em geral e Ricoeur discute o assunto justamente a partir dos termos

³⁴ Ricoeur (1988: 62).

³⁵ Ricoeur (1988:63).

³⁶ Tradução do termo grafado identicamente em Inglês e em Francês: *ascription*. Tradutores brasileiros de obra de Ricoeur (2011) adotaram a tradução “*ascripção*”. Em tradução portuguesa (Ricoeur (1988)) usou-se “*adscrição*”, cujo sentido, nos dicionários brasileiros, não corresponde àquele que o termo original tem nos textos analisados. Optamos, de qualquer modo, pela segunda solução, somente pelo fato de que tanto o substantivo quanto o verbo (*adscrever*) são encontrados no vernáculo. Além disso, o termo será utilizado apenas no sentido técnico adotado por Hart e Ricoeur, o que exclui a possibilidade de confusão.

em que Hart o discutira. Hart o fez em obra que depois viria a renegar ³⁷, a ponto de não autorizar sua reimpressão em coletânea de artigos ³⁸, e na qual postulava que a *principal* função das frases da forma “ele fez isso” não seria descrever, mas sim adscriver, isto é, atribuir responsabilidade por determinada ação a alguém. Os exemplos clássicos do juízo adscritivo, dizia então, são encontrados no Direito, e operam da seguinte maneira: alguém sustenta a ocorrência de certos fatos e o faz originalmente em termos jurídicos, do que resulta a atribuição, a alguém, de alguma responsabilidade ou direito. Para voltar aos nossos exemplos, diz-se: alguém cometeu *ilícito*; houve *crime de roubo*; ocorreu *fato gerador* de obrigação tributária. Não há descrição, e sim adscrição, porque o sentido do juízo é inseparável de uma *regra* que está na base do conceito. Há grande diferença em dizer “Reagan apertou a mão de Gorbachev”, juízo que poderia ser considerado, em princípio, descritivo (mesmo isso, como veremos, é negado por Hart), ou pelo menos externo ao mundo jurídico, e dizer, diante da mesma cena: “Reagan e Gorbachev selaram acordo para redução de armas nucleares”. A segunda frase supõe a existência da regra “Chefes de Estado só apertam-se as mãos ao final de reunião deliberativa se houverem chegado a um acordo”. A utilização dos conceitos jurídicos, de forma ainda mais clara, supõe a existência das regras e, no mesmo passo, a oculta, o que nos leva a considerar um juízo do tipo “Fulano cometeu ato ilícito” como um juízo descritivo. Essa ocultação dá origem a um engano que Hart considera grave, que é supor que a afirmação da ocorrência de um crime ou da existência de uma obrigação decorre da investigação da *presença*, na realidade, de certas condições suficientes para que se considere o crime ou o nascimento da obrigação ocorridos, e que essas condições estariam dadas nos conceitos legais de forma análoga ao que ocorre com os conceitos científicos empíricos. Trata-se de engano, em primeiro lugar, porque mesmo os conceitos mais precisos jamais deixam de ser, em alguma medida, vagos, e a resposta a perguntas do tipo “o que é um contrato?” ganha a forma, no sistema jurídico inglês, de referências aos casos mais importantes relativos a cada assunto, ficando sempre aberto um *et cetera* que se refere a tudo aquilo que, apesar de não explicitado, *também* é contrato e deverá, quando for o caso, ser considerado como tal. Será essa característica que Hart elaborará mais tarde como o problema da textura aberta do

³⁷ Hart (1949).

³⁸ Hart (2008), publicado originalmente em 1967. No prefácio que escreveu para a coletânea, Hart é breve na justificativa para a exclusão, afirmando apenas que “as principais asserções” não mais lhe pareciam defensáveis e as principais críticas que o artigo recebera (de P. T. Geach e G. Pitcher) seriam justificadas. Procuraremos demonstrar na sequência que essa rejeição não é importante para os fins restritos para os quais invocamos o artigo.

Direito, assunto ao qual dedicaremos atenção no próximo capítulo. É, porém, outra característica dos conceitos legais apontada por Hart no mesmo artigo que é especialmente relevante para nossa discussão de momento: não só é difícil saber quais são as condições suficientes para caracterizar algo como um crime ou um contrato, como esse juízo afirmativo, ainda que venha a ser feito, não responde por si só a questão sobre se estamos ou não diante de uma manifestação daquele tipo previsto no conceito. Há que verificar-se, ainda, se não estão *ausentes* todas as circunstâncias, muito variáveis, que excepcionam a aplicação da regra de Direito. Sigamos Hart:

Mas há outra característica dos conceitos legais que é mais importante para meu propósito atual, a qual torna a locução “a menos que” tão indispensável quanto a palavra “et cetera” em qualquer explicação ou definição desses conceitos, e a necessidade disso pode ser vista pelo exame das diferentes maneiras pelas quais afirmações jurídicas podem ser desafiadas. [...] Primeiro, pela negação dos fatos sobre os quais elas estão baseadas [...] e segundo por algo muito diferente, a saber, a alegação segundo a qual embora todas as circunstâncias que autorizam o deferimento do pedido estejam presentes, naquele caso particular, o pedido ou a acusação não merecem ser acolhidos, porque estão presentes outras circunstâncias que colocam o caso sob a incidência de alguma exceção, o que tem por efeito ou afastar o pedido ou a acusação como um todo ou “reduzi-los”, de modo que apenas um pedido mais fraco possa ser sustentado.³⁹

Os conceitos legais são, portanto, inerentemente excepcionáveis⁴⁰ por circunstâncias múltiplas que afastam sua aplicação. A ideia é bastante semelhante àquela que vimos de expor sobre as excludentes de ilicitude e não é aqui que reside seu maior potencial de controvérsia. A novidade do artigo é que Hart entende que todas as sentenças relativas a ações enunciadas no tempo *passado*, que podem ser resumidas na frase geral “ele fez isso”, têm como principal função adscrever a ação ao agente, do mesmo modo que, no Direito, são adscritos direitos e responsabilidades. Dizer que alguém fez alguma coisa é

³⁹ Hart (1949: 174).

⁴⁰ No original, *defeasible*.

afirmar algo com base em uma regra, a qual só não é jurídica, é social, o que faz com que tal afirmação possa ser excepcionada por um sem-número de circunstâncias que excepcionam a regra. Assim, quando quero dizer que alguém bateu em outrem (o exemplo é de Hart), não digo que ele “moveu seu corpo com determinada intenção e a acertou”, que seria o enunciado pretensamente descritivo que Hart combate. Digo simplesmente “ele bateu nela” e o verbo que representa a ação transmite toda a informação relevante de uma só vez, com o detalhe de que se liga ao sujeito de maneira adscritiva: a ação é atribuída, imputada, ao agente, de maneira análoga ao que ocorre com os direitos e responsabilidades, em Direito. Por fim, Hart sustenta que aquilo que se denomina *intenção* do agente é algo que somente se pode inferir pela inocorrência das exceções. Dizer que “ele bateu nela *sem querer*”, ou sem intenção, depende de constatar-se alguma circunstância do tipo “ele foi empurrado em direção a ela”, “ele tropeçou e caiu sobre ela” ou “ele teve um espasmo e a acertou”. À falta dessas circunstâncias, presume-se que o agente agiu intencionalmente.

Ricoeur aceita parcialmente o argumento de Hart ⁴¹. Discorda dele, em primeiro lugar, porque nem todas as frases de ação atribuem responsabilidades ou censuram o agente e essas frases podem ser, por isso, simplesmente descritivas. Ao mesmo tempo, Ricoeur concede que para o juízo legal a voluntariedade se define pela ausência de circunstâncias que a excepcionem, pois em Direito não é possível “*perscrutar os rins e os corações*” ⁴², mas não considera que isso seja verdadeiro para quaisquer enunciados sobre as ações: a intenção *em geral* é, para Ricoeur, algo que pode ser definido positivamente, pelo simples fato de que as pessoas agem intencionalmente.

As duas objeções de Ricoeur a Hart coincidem e são baseadas naquelas que o segundo cita, em seu prefácio de 1967, como fundamento para não autorizar a reimpressão do artigo de 1949. Como Hart nunca foi mais claro a esse respeito, deve-se presumir que a ideia de que desistiu foi a que estendia a todos os tipos de ação a característica de serem adscritivos. Os autores que discordaram de Hart, aí incluído Ricoeur, não atacaram as considerações de Hart no tocante aos juízos relativos a responsabilidades e direitos, e mesmo com relação ao papel da intenção Ricoeur admite que Hart estava correto se a afirmação segundo a qual a inferência sobre sua ocorrência ou não depende da verificação da presença de alguma exceção à regra suposta no conceito utilizado fosse restrita ao

⁴¹ Para todo este parágrafo, Ricoeur (1988: 63-72).

⁴² Ricoeur (1988: 66).

âmbito jurídico ⁴³. Justamente por isso, e porque nosso trabalho não extrapola e não pretende extrapolar uma teoria do Direito, é que o termo *intenção* continuará sendo tratado como pertencente à rede conceitual de Ricoeur, mas com a precisão de sentido trazida por Hart: assumimos que inferir a ocorrência de uma intenção (sua verdade) em um caso concreto depende da análise das circunstâncias do caso concreto.

Passamos, na rede ricoeuriana, por agente, ação e intenção, falta abordar outro conceito fundamental, o de motivo. Para Ricoeur, o motivo está para a intenção assim como a causa está para o efeito. Muitas vezes se faz confusão entre motivo e intenção, o que Ricoeur procura evitar esclarecendo que “*a intenção responde à pergunta quê, que fazes? Serve, pois, para identificar, para nomear, para denotar a acção (o que se chama ordinariamente o seu objecto, o seu projecto); o motivo responde à questão por quê? Tem, portanto, uma função de explicação*” ⁴⁴. À diferença da causa, que é sempre externa ao efeito, o motivo é sempre *motivo de*, isto é, é motivo daquilo que produz: “*A acção pode ser tratada como um texto e a interpretação por motivos como uma leitura*” ⁴⁵. É por isso que quando o sentido da ação é claro para mim não pergunto pelos motivos. É que pela ação já os sei, os reconheço como algo que “qualquer um teria”, como motivos, nas mesmas circunstâncias. Quando a ação não tem ou não parece ter sentido é que busco motivos que lhe possam conferir inteligibilidade. Isso não significa, é importante esclarecer, que qualquer motivo seja justo: apenas aceito como normal que determinadas circunstâncias motivam a agir de determinado modo, o que não exclui que eu possa ter motivos para agir de outro modo. O motivo não é, portanto, causa no mesmo sentido das causas naturais, pois eles servem de explicação *a posteriori* (afinal, foi isso o que “causou” aquilo, dir-se-ia impropriamente), mas está sempre aberto para o agente, no momento da ação, resistir a um motivo e optar por outro: por exemplo, pode resistir a cometer um crime passional, para o qual teria motivos suficientes, e decidir-se a tomar a punição estabelecida para o crime como um motivo para não cometê-lo, e aqui fica clara a diferença entre uma filosofia da ação e uma ética, pois para a segunda somente a segunda alternativa deveria ser considerada. Há apenas uma situação em que o motivo pode ser assimilado a causa. Trata-

⁴³ Crítica com a mesma restrição foi feita por Yolton (1957: 310)): “O que o ataque de Hart à definição geral de ação humana consegue é mostrar que a definição tradicional de ação não funciona para o juiz; que o juiz de casos específicos precisa ter uma noção de ação em relação a regras muito específicas e detalhadas e exceções. Revelar isso não é surpreendente. As decisões do juiz são ajudadas por uma tradição claramente estabelecida de quais regras se referem a quais ações. Mas o filósofo tradicional não teve a intenção de ser juiz.”

⁴⁴ Ricoeur (1988: 51).

⁴⁵ Ricoeur (1988: 52).

se da suposição de que o *desejo* possa atuar como motivo: “*região da nossa experiência em que, pelo corpo, ou melhor, pela carne, a nossa existência está radicada na natureza. Este confim do natural e do cultural, da força e do sentido, é o desejo; finalmente, o estatuto do corpo próprio, na fronteira da causalidade natural e da motivação, é o que funda a continuidade entre causa e motivo*”⁴⁶.

Vale sintetizar a análise da rede ricoeuriana. A ação só pode ser dita, somente podemos falar dela, pelo uso concomitante, mesmo que não explícito, de toda a rede conceitual de que ela faz parte, a qual inclui os conceitos de ação, agente, intenção, motivo, circunstâncias, resultados. O agente é o pivô da rede e causa da ação e dos resultados dela, resultados estes que são sempre alteradores de uma realidade anterior, no sentido de que sem a ação aquilo não ocorreria. O agente, porém, é ele próprio movido por motivos e age com determinada intenção. E é pela intenção que sei a quem posso atribuir a ação.

Diante disso, devemos voltar a nossas considerações preliminares sobre os elementos da ação feitas a partir dos exemplos de regras de direito positivo e ver como a análise ricoeuriana pode ser aproveitada para sua sistematização. Primeiramente, já foi ressaltada a grande proximidade entre os conceitos presentes na rede conceitual de Ricoeur e aqueles que nossa análise preliminar revelara. Não consideramos que isso seja casual, mas que isso se deve ao fato de o Direito ser, na qualidade de sistema disciplinador de ações, um discurso altamente especializado sobre a ação e que, como tal, foi capaz, ao longo da história, de “*conservar, graças a uma espécie de seleção natural, as expressões mais aptas, as distinções subtis mais apropriadas às circunstâncias do agir humano*”⁴⁷. Do mesmo modo que a linguagem ordinária que serve de base à análise de Ricoeur, o Direito fala da ação de um modo que capta aquilo que é mais importante, e tem de fazê-lo, sob pena de não servir ao fim a que se destina, que é ser a base para o julgamento de ações futuras. O Direito, é verdade, vai além da linguagem ordinária, pois nomeia e qualifica as ações a seu modo, mas só pode fazê-lo depois de dirigir o olhar para o modo como as ações normalmente ocorrem e identificar os elementos que são comuns às ações em geral. Aquilo que importa para que compreendamos as ações humanas como tais como categorias identificáveis, pode ser identificado pela análise, como fez Ricoeur, ou pela prática de falar dela, como tem feito o Direito.

⁴⁶ Ricoeur (1988: 57).

⁴⁷ Ricoeur (1988:12).

O segundo aspecto em que a análise ricoeuriana serve de instrumento de análise para aquilo que vínhamos de obter indutivamente das regras de Direito é o papel dos motivos. Os motivos servem de explicação para a ação, diz Ricoeur, e é a eles que o agente se reporta para justificar o modo como agiu, seja para obter o reconhecimento da licitude, seja para, como diz Hart, reduzir os efeitos de eventual declaração de ilicitude. Mas já observamos que os motivos para agir podem ou não ser considerados lícitos. A menção de Ricoeur ao desejo como motivo-limite da ação, situado na fronteira entre humanidade e natureza e com papel equiparável a uma verdadeira causa, porque irresistível, é um ponto de partida útil para pensar o papel dos motivos em Direito. É que apesar desse caráter fronteiriço, o desejo é alcançado pelo Direito como parte da ação a ser regulada, de que são exemplos flagrantes os crimes tipificados no Título VI de nosso Código Penal, denominados crimes contra a dignidade sexual. Salvo quando classificável como decorrente de doença que impeça o agente de ter consciência de sua conduta, o desejo não é motivo que exclui a ilicitude. É nesse limite, a nosso ver, que o Direito revela de forma contundente sua pretensão de servir de motivo por excelência para a ação: em princípio, só posso ter certeza de agir licitamente quando aplico uma regra de Direito, não sendo casual que o exercício regular de um direito seja expressamente reconhecido, em nosso ordenamento, como excludente de ilicitude. Mas o Direito mostra uma face mais interessante, para nossos fins, quando admite serem motivos excepcionantes da ilicitude a legítima defesa e o estado de necessidade. É que a presença dessas excludentes depende exclusivamente do conhecimento e avaliação das circunstâncias em que a ação foi praticada, algo a que somente se pode ter acesso por uma adequada consideração dos fatos, o que tem consequência nada desprezível: algo que normalmente é tido como relativo à intimidade do agente, como são os motivos, é transformado pelo Direito em algo acessível pela via de fatos que se podem investigar.

Talvez uma das maiores questões de alta indagação do Direito seja a atribuição de uma ação a um agente. São raros os pontos de apoio para esse fim existentes no próprio ordenamento jurídico, o que faz do art. 13 do Código Penal, acima referido, uma exceção marcante. É pressuposto do Direito que possam ser feitas a atribuição da ação e de seu resultado, quando ele existe, ao agente, que é visto pelo Direito como causa de ambos, do exato modo como Ricoeur aponta. Tanto é assim que as excludentes relativas à causa – caso fortuito, força maior, fato do príncipe e fato de terceiro (porque nesse caso *outrem* é a causa) – servem precisamente para afirmar que o agente não foi causa. Também aqui o

conhecimento e avaliação dos fatos em toda sua amplitude é que pode permitir ao juiz fazer a correta atribuição ou excluí-la.

Por fim, há a questão central, em Direito, da intenção. Vimos que a tese de Ricoeur, possivelmente correta do ponto de vista fenomenológico, é que a intenção é algo que efetivamente pode ser identificado e é a chave para atribuir-se uma ação a um agente. Mas vimos também, com Hart, que a investigação da presença ou da ausência da intenção, quando referida a ações *passadas*, como é sempre o caso do processo de conhecimento do juiz, só pode ser feita de maneira indireta, por meio da verificação da presença ou ausência das situações fáticas que excepcionam a ocorrência dos tipos legais. Especialmente no caso das situações negociais, as nulidades servem de excludentes relativas à intenção, as quais, como no caso das excludentes relativas aos motivos e à atribuição causal, somente podem ser acessadas por meio do conhecimento de fatos externos ao agente, os quais podem dar-se ao conhecimento do juiz de um modo que a própria intenção fenomenológica considerada por Ricoeur não pode ser.

O cotejo de nossa análise indutiva de normas jurídicas positivas com as abordagens teóricas de Ricoeur e Hart nos permite arriscar algumas conclusões que terão papel importante na análise subsequente, quais sejam:

a) o caráter de rede dos conceitos da ação faz com que tudo a respeito dela tenha de ser descoberto para que se possa saber se, afinal, aquela ação que a regra de Direito procurou antecipar efetivamente foi praticada por aquele agente determinado;

b) cada conceito da rede é definido tanto por seus aspectos positivos quanto pelos negativos, sendo os segundos, denominados genericamente excludentes (de motivos, de causa, de intenção), decisivos para a solução jurídica do caso, por aplicarem-se mesmo quando todas as características positivas estão presentes;

c) o fato de a presença de uma excludente de qualquer tipo ser suficiente para que se considere a ação como um todo não ocorrida confirma o caráter de rede dos conceitos da ação;

d) as circunstâncias em que a ação é praticada precisam ser bem conhecidas se se pretende estabelecer a presença ou a ausência das excludentes da ação.

Além dessas conclusões, que precisarão ser testadas ao longo da tese, um aspecto importante da análise ricoeuriana da ação ficou de fora neste capítulo: o caráter

temporal da ação humana. A razão para a omissão é que o assunto será tratado no capítulo final e, para os fins estritamente analíticos deste e do próximo capítulo, poderia ter sua abordagem adiada. Desde já vale, porém, enunciar tal aspecto: a ação humana desenvolve-se sempre no tempo e isso deve ser levado em conta pelo processo de conhecimento que se propõe apreendê-la, caso do processo de conhecimento de que é sujeito o juiz do caso.

Feitas essas observações no tocante ao *quê* da ação, é hora de ingressar no *como* do estabelecimento dos fatos do caso, sítio em que permaneceremos até o final deste trabalho. O primeiro ponto a explorar é a abordagem dos fatos, no processo de julgamento, sob o ponto de vista lógico.

CAPÍTULO 3

FORMAS DE RACIOCÍNIO DECISÓRIO E JUÍZO SOBRE OS FATOS

*A proposição parece elevar-se sobre nós como um juiz, e sentimo-nos responsáveis para com ela. – Ela parece exigir que a realidade seja comparada com ela.*⁴⁸

3.1 Introdução

O *como* do estabelecimento dos fatos inclui os processos lógico, epistemológico e discursivo pelo qual o juiz decide se os fatos que aconteceram e levaram à instauração do processo judicial correspondem, ou não, à hipótese fática. Neste capítulo aborda-se o primeiro processo.

Qualquer processo de conhecimento parte de algumas coisas já sabidas e de alguma perspectiva. Mesmo o leigo que sequer concebe as complicadíssimas questões que se põem a respeito do assunto no debate filosófico adota, em cada ato de conhecer, uma posição racionalista ou empirista; dedutiva ou indutiva; forma seu juízo de maneira determinante ou reflexiva; subsume o que vê a um conceito ou deixa que o que é visto se mostre inteiro e singular. O pareamento feito não é acidental: todos os primeiros termos dos pares mencionados têm o mesmo DNA filosófico, que remonta a Parmênides, e o mesmo ocorre com os segundos termos entre si, todos da descendência de Heráclito. O ato de pensar o mundo certamente não pode prescindir de nenhum dos pólos, mas a célebre observação de Aristóteles acerca da necessidade de identificar o tipo de conhecimento adequado a cada campo nos alerta para que não esqueçamos suas diferenças e que há posturas e procedimentos mais adequados de acordo com o objeto a ser considerado⁴⁹.

O primeiro par, racionalismo e empirismo, coloca a dúvida mais fundamental que se pode ter acerca do que é o conhecimento humano: conheço o que experimento porque penso ou aquilo que experimento se transmuta em pensamento quando o conheço?

⁴⁸ Wittgenstein (2003: 99).

⁴⁹ “Nossa discussão será adequada se tiver a clareza compatível com o assunto, pois não se pode aspirar à mesma precisão em todas as discussões, da mesma forma que não se pode atingi-la em todas as profissões. [...] Cada tipo de afirmação, portanto, deve ser aceito dentro dos mesmos pressupostos; os homens instruídos se caracterizam por buscar a precisão em cada classe de coisas somente até onde a natureza do assunto permite, da mesma forma que é insensato aceitar raciocínios apenas prováveis de um matemático e exigir de um orador demonstrações rigorosas.” Aristóteles (1985: 18).

No tocante ao segundo par: quando deduzo já sei algo a respeito daquilo a que dirijo minha atenção (e algumas vezes penso que sei tudo); indutivo, espero ansioso que a coisa me fale dela mesma, só anoto e me espanto e anoto meu espanto. Se conduzo meu juízo de modo determinante, estou deduzindo, mas o foco aqui é mais preciso: estou preocupado com a certeza do meu juízo, que não pode ser contrastada por nenhum outro ser transcendental como eu. O mesmo ser transcendental reconhece, porém, seus limites em certas matérias, admitindo que, sobre elas, a certeza não é possível, mas crê que pode discuti-las com outrem de modo a chegar a um acordo sobre o que significam ou valem: aqui, meu juízo é reflexivo. Finalmente, posso enxergar aquilo que vejo já com um rótulo, uma marca, um nome, que num átimo me revela praticamente toda sua essência (aqui, subsumo); ou posso desconfiar que o possível rótulo é mais ou menos como um prenome que o que vejo tem em comum com o que já vi, mas desconfio que o sobrenome do que vejo agora é diferente.

O Direito não fica alheio a esse pêndulo que ora está no universal, ora no particular. No campo teórico, por exemplo, positivismo jurídico e realismo jurídico representam bem um e outro lado, o que não significa, é claro, que todas as divergências entre eles decorram desse parentesco com o debate filosófico mais amplo ou se esgotem nesse aspecto. Para aquilo que é objeto desta tese a manifestação dessa dicotomia que nos interessa, inicialmente, é a que se dá no campo do raciocínio: o par formado por raciocínio subsuntivo, de um lado, e analógico, de outro.

Raciocínio subsuntivo e raciocínio analógico são duas formas distintas pelas quais o juiz relaciona a proposição que enuncia uma regra de Direito àquela que enuncia os fatos do caso. Duas coisas os distinguem: o objeto do primeiro olhar e o modo de relacionar as proposições fática e de Direito que levam à conclusão que constitui a decisão do caso, o que fica claro quando os formalizamos:

Subsunção

p = hipótese fática

q = consequência jurídica

Se p, q

p

Então q

Raciocínio analógico

p = fatos apurados

p' = fatos do caso paradigma

q = *consequência jurídica*

p

$p \approx p'$

Se p', q

Se p, q

Então q

As formas apresentadas espelham o caminho do raciocínio completo que culmina na decisão “então q ”. Embora ambos constituam operações lógicas feitas com base em proposições, a adoção de um ou outro caminho gera processos e resultados diferentes na formação do juízo sobre os fatos no processo de conhecimento judicial. É que antes de serem, como são, maneiras de justificar uma conclusão, trata-se de maneiras de *pensar* distintas: o juiz que sabe que terá de justificar sua decisão silogisticamente adota ponto de partida para construir as premissas diferente daquele adotado pelo juiz que sabe que justificará sua decisão analogicamente. Demonstrar essa diferença é o objetivo dos dois próximos tópicos deste capítulo.

A subsunção privilegia o universal representado pelos conceitos que compõem a hipótese fática. Utiliza-o como premissa maior do raciocínio para apropriar-se do particular, torná-lo inteligível, o que só ocorre quando os elementos constitutivos desse particular encaixam-se perfeitamente na definição legal. Não é por acaso que na formalização acima – e em qualquer formalização tradicional do raciocínio subsuntivo – a mesma letra (p) designa a hipótese fática e os fatos apurados: a ideia é que haja perfeito encaixe entre o que se apurou e aquilo que a regra previa, e haver encaixe é haver *identidade*. O raciocínio analógico, por sua vez, enxerga o particular conjunto de elementos de cada caso concreto como uma individualidade plena, irreduzível a um universal e adota, para solucionar o caso, a regra utilizada para solução de um caso anterior que não lhe é idêntico, mas análogo ($p \approx p'$). É correto dizer, em linhas gerais, que o primeiro procedimento é mais fortemente valorizado nos ordenamentos civilistas, enquanto o segundo caracteriza os sistemas de *common law*. É igualmente correto, porém, afirmar

que os dois procedimentos estão presentes em ambas as tradições: os ordenamentos civilistas admitem a analogia, no mínimo, para dar solução a casos em que se identificam as denominadas lacunas, além de haver crescente uso de precedentes como fundamento para a solução de casos novos; os ordenamentos de *common law*, por sua vez, buscam nos precedentes reconhecidamente análogos uma *ratio decidendi* que tem a função de expressar a regra geral ou universal, além de ser crescente a existência, nesses ordenamentos, de regras de Direito legisladas.

É fundamental repetir que não se desconhece que ambos os procedimentos servem para demonstrar certa relação entre proposições para justificar o resultado do julgamento e não se confundem com o processo de descoberta que leva o juiz a afirmar a veracidade de cada proposição utilizada. O que se procurará demonstrar neste capítulo, porém, é que a utilização de um ou outro procedimento tem influência sobre o processo de busca da verdade dos fatos do caso e gera resultados diferentes, por duas razões. Primeiro, porque apesar de ambos trabalharem com as mesmas duas espécies de proposições (uma jurídica, outra fática), cada tipo de raciocínio toma como ponto de partida uma delas no processo de conhecimento: o raciocínio subsuntivo, a jurídica; o analógico, a fática. Segundo, porque as diferentes formas de olhar para o caso repercutem sobre a seleção dos elementos que comporão o juízo sobre os fatos do caso. Nesse sentido, embora seja verdadeiro, como diz Dewey, que o silogismo “*tem por fim ser uma lógica de demonstração rígida, não de investigação e descoberta*”⁵⁰, o fato é que para chegar nele, no processo de conhecimento judicial, são necessárias operações que formem os juízos referentes às duas premissas. E esse processo de formação dos juízos é influenciado pela abordagem silogística, ou analógica, de maneiras diferentes. É, portanto, do ponto de vista da respectiva influência sobre a formação do juízo sobre os fatos que os dois procedimentos serão descritos, avaliados e confrontados.

3.2 Raciocínio subsuntivo

Uma primeira maneira de demonstrar se aquilo que ocorreu na realidade corresponde à reprodução de uma ação prevista em regra de Direito e justificar a aplicação da última a um caso concreto toma por base a subsunção, procedimento operativo do silogismo. Nas ciências em geral, a subsunção é aplicada a nomes que se referem a coisas e

⁵⁰ Dewey (1924: 565).

entes animados, ajudando a responder o que determinada coisa ou ente *é*. O termo universal que designa uma classe aparece em uma premissa (a maior) e a ele se liga um predicado. Se esse predicado puder ser atribuído a algo particular, deste pode-se afirmar que pertence à classe representada pelo termo universal. Isso permite ao sujeito cognoscente ir além daquele predicado, para afirmar que outras características não explicitadas no predicado, mas que valem para a classe, valem para o novo indivíduo recém-identificado como a ela pertencente. O mesmo procedimento pode, em princípio, ser utilizado para ações: ao invés de conceitos que definem classes de seres, utilizam-se conceitos que definem classes de ações (matar, fraudar, contratar) e busca-se identificar nas ações particulares as mesmas notas contidas nesse conceito.

A ideia de subsunção está assentada sobre pressupostos que, se aceitos, tornam inquestionável sua adequação como procedimento para aplicação do Direito. Tais pressupostos são:

a) cada classe de coisas e de ações pode ser definida precisamente por meio de um conceito que diga respeito somente à classe definida;

b) posso identificar em cada coisa existente ou ação ocorrida no mundo real certo conjunto de qualidades que permitem enquadrá-la em uma das classes de coisas ou ações previamente definidas ⁵¹.

No raciocínio subsuntivo jurídico, a premissa maior é a regra de Direito aplicável, que tem a forma, “se A, deve ser B”. O que nos interessa é o “A” da fórmula, que está no lugar de qualquer hipótese fática. A premissa menor corresponde ao juízo sobre os fatos que constata a ocorrência, ou a inoccorrência, da hipótese fática “A”. Sempre que o juiz deparar-se com a ocorrência de “A”, deverá aplicar a regra que a tem como hipótese fática, e declarar que, no caso concreto “deve ser B”. Esse juízo de certeza que o silogismo viabiliza é a razão de seu sucesso entre os juristas, mas ele oculta mais do que revela.

Um primeiro problema relacionado à pretensão de subsumir os fatos do caso à hipótese fática é aquilo que normalmente é referido como vagueza dos termos em que a

⁵¹ “Visto em termos legais, [o silogismo] implica que para cada possível caso que possa surgir, há uma regra fixa e prévia já à mão; que o caso em questão é ao mesmo tempo simples e não é ambíguo ou é solucionável por inspeção direta de uma coleção de fatos simples e indubitáveis, do tipo ‘Sócrates é um homem’.” Dewey (1924: 566).

linguagem jurídica é versada. Para tratar do assunto, Wroblewski⁵² começa afirmando que, do ponto de vista semântico, as linguagens podem ser classificadas em rígidas, suaves e vagas⁵³. As rígidas permitem classificar sempre determinado aspecto da realidade como X ou não-X. As linguagens suaves nunca permitem esse tipo de distinção e as vagas, a que pertencem tanto a linguagem natural quanto a linguagem utilizada em regras de Direito, permitem, às vezes, classificar o aspecto da realidade como X ou como não-X, mas nem sempre isso é possível. Por tudo o que se disse até aqui e que ainda se dirá, entendemos que o problema da vagueza é especialmente sentido com relação aos termos de ação utilizados pelas regras de Direito. A razão para a complexidade da relação entre os termos de ação e a realidade que eles pretendem regular é expressa por Larenz como a *“inevitável discrepância entre a regulação projectada para uma determinada realidade e a variabilidade desta realidade, quer dizer, o carácter ‘fluido’ da maior parte dos fatos regulados”*⁵⁴. Embora o problema seja o mesmo apontado por Wroblewski, preferimos a formulação de Larenz, pois a menção à variabilidade *da realidade* deixa claro que *a vagueza não é um defeito dos termos* utilizados nas regras de Direito, mas é inevitável no que diz respeito aos termos de ação. Está aí a prática para mostrar que por mais precisas que as regras procurem ser, o agente que quer fugir de sua aplicação consegue variar, muitas vezes deliberadamente, sua conduta, de modo a evitar sua incidência. Um dos casos mais notórios, entre nós, é o do planejamento tributário, pelo qual, costuma-se dizer em linguagem geralmente considerada não técnica, encontram-se “brechas” na Lei para evitar o pagamento de tributos, o que é o mesmo que dizer que se procura mostrar que determinadas ações não constituem fato gerador, nos termos do dispositivo legal transcrito no capítulo anterior⁵⁵.

O carácter intrinsecamente vago da regulação jurídica coloca em dúvida a ideia de que é possível um encaixe entre os fatos apurados e a regra de Direito, que é a base do

⁵² Wroblewski (1986: 188-190).

⁵³ No original, *hard, soft e fuzzy*.

⁵⁴ Larenz (2005: 380).

⁵⁵ Conforme se verá a seguir quando abordarmos o tema da textura aberta, a expressão “brechas” é mais técnica do que se pensa. Quanto ao planejamento tributário como exemplo do que vimos falando, confira-se expressivo trecho doutrinário: “Não é possível, no plano abstrato, dar uma resposta conclusiva e categórica quanto à oponibilidade ou não das operações ao Fisco. Não é possível responder em abstrato que determinada conduta está ou não protegida. A resposta dependerá das circunstâncias do caso concreto. [...] *A priori* não é possível saber se o caso está dentro ou fora da previsão, se está ou não protegido em seus efeitos. [...] Não existe mais um ‘produto’ bom para obter economia fiscal que possa ser aplicado múltiplas vezes a pessoas diferentes que se encontram em situações díspares./Não existem produtos, existem casos. Não existem teses de planejamento, existe determinada situação individual e cada uma se submeterá a uma série de avaliações a partir de múltiplos critérios de relevância que permitirão chegar a mais de uma solução. [...] Isto é assim mesmo, pois não há duas pessoas nem duas situações absolutamente iguais.” In: Greco (2004: 113-114).

raciocínio subsuntivo: no mínimo, dela decorre que o encaixe pode ser, às vezes, imperfeito ⁵⁶. Essa potencialidade de imperfeição, na verdade, é inerente a qualquer conceito, posto que conceituar é realizar um corte na coisa conceituada que deixa de fora certas características ⁵⁷, mas no Direito assume especial relevância, já que a regra de Direito não conceitua algo presente, imediatamente perceptível, mas necessariamente algo que ainda não ocorreu.

O segundo ponto que coloca em xeque a força do raciocínio subsuntivo é o fato de as duas premissas que o compõem necessitarem de justificação ⁵⁸, a primeira para demonstrar sua compatibilidade com outras premissas do ordenamento e a segunda por necessitar estar amparada em algum processo válido de fundamentação de enunciados verdadeiros. A justificação da premissa maior não será abordada, pois é aquilo que no raciocínio subsuntivo se denomina premissa menor que é objeto desta tese e será esmiuçada. Por ora, apenas para assinalar o cerne do problema, restrinjamo-nos a notar que a premissa menor é construída por meio de métodos indutivos, os quais por definição não geram juízos dotados de certeza, mas sim de probabilidade. Daí decorre que um raciocínio subsuntivo perfeitamente construído está assentado *sempre* sobre um juízo sobre os fatos que, no máximo, expressa uma verdade provável e que pode perfeitamente expressar uma falsidade. O que não é novidade, já que tudo o que a Lógica formal pode oferecer, e oferece, é certeza quanto à forma do raciocínio, nunca quanto a seu conteúdo, objeto de juízos construídos por meio de outros métodos.

Vejamos como as limitações do raciocínio subsuntivo, assim como suas virtudes, operam na formação de juízos sobre os fatos no processo de conhecimento judicial. Iniciemos pela questão avançada por Larenz, acerca dos conceitos presentes nas regras de Direito e sua relação com os fatos que são trazidos à apreciação do juiz.

⁵⁶ É essa a posição de Waldron (1994), para quem a imperfeição eventual dos termos utilizados pelo Direito em relação ao que pretendem regular não significa que não possamos continuar nos utilizando deles pressupondo sempre um núcleo de sentido que capta a maior parte dos casos, o que é muito importante para o funcionamento de qualquer sistema de justiça. Tal posição é também a nossa, mas a análise de Waldron, como de praxe, parte do pressuposto de que já temos informações definitivas sobre os fatos quando surge o problema da vagueza. Para nós, o problema da vagueza tem influência sobre o processo de formação do juízo que estabelece os fatos: o aplicador, pela natureza de seu ofício, precisa que o termo não seja vago e isso pode levá-lo a ignorar os aspectos dissonantes do caso concreto, o que se espera fique claro até o final deste capítulo.

⁵⁷ Cf. Schauer (1991: 18-22).

⁵⁸ A partir do trabalho de Alexy (1989; originalmente publicado em 1978) convencionou-se denominar a justificação das premissas utilizadas de justificação externa, em oposição à justificação constituída pela dedução da regra do caso concreto a partir da aplicação da regra de Direito aos fatos do caso, que é a justificação interna.

3.2.1 Vagueza e textura aberta

O Direito disciplina ações que podem vir a ocorrer, ligando-lhes consequências jurídicas. Conforme constatamos no capítulo anterior, a ação só pode ser entendida a partir de uma rede conceitual cujo pivô é o agente, entendido como causa da ação, o qual age com intenções, inspirado por motivos e em determinadas circunstâncias. Começemos nossa análise pelos agentes, para os quais há uma infinidade de classes definidas juridicamente, de que são exemplos: pessoa (que inclui pessoa natural e jurídica), pessoa natural, pessoa jurídica, agente público, companhia aberta, mulher, criança, agente capaz, empregado, cônjuge, companheiro, contribuinte etc. Para que ocorra a subsunção de um indivíduo a uma dessas classes é preciso ser possível afirmar que ele ostenta as notas do conceito relativo ao termo presente na hipótese fática como agente, conceito este que precisa, então, ser previamente definido.

Na lista exemplificativa de agentes apresentada é possível identificar três critérios para defini-los. De alguns dos exemplos pode-se afirmar que o conceito é importado de outras ciências: homem, mulher e criança são definidos, em princípio, pela Biologia, que associa a cada termo características naturais. Outros são conceituados originalmente dentro do próprio Direito: companhia aberta, agente público, empregado, contribuinte, agente capaz. Os últimos podem ser divididos em duas classes. Primeiro, aqueles cujas características definidoras emergem de uma ação que ganha materialidade formal: a companhia aberta tem origem na vontade de seus sócios de constituí-la e no acordo entre eles, mas nasce, para o Direito, com o registro do estatuto social. Do mesmo modo, o agente público é alguém que exerce algum ofício público, mas há atos formais que não deixam dúvida sobre a detenção, por alguém, dessa qualidade (nomeação, designação). Assim também o empregado, que é reconhecido como tal pelo registro, o contribuinte (considerado como tal pela inscrição no cadastro respectivo) e o agente capaz (qualidade que pode ser aferida exclusivamente com base na idade, a partir da certidão de nascimento ou documento de identidade). Em todos esses casos, basta a constatação do ato formalizado em documento para que a qualidade respectiva seja reconhecida, como se a forma sintetizasse tudo aquilo que pode significar, na realidade, ser companhia aberta, agente público, empregado, contribuinte e agente capaz. A importância do ato formal fica ainda mais clara quando se considera a última classe de agentes, os quais são definidos exclusivamente pela *prática de uma ação* que não ganhou materialidade formal. Pense-se no contribuinte não inscrito no cadastro, o qual é identificado como tal em razão de uma

ação por ele praticada, por exemplo, auferir renda, ou fazer circular mercadoria: é exatamente esse o sentido da regra tributária mencionada no capítulo anterior que considera ocorrido o fato gerador no “*momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios*”. Na mesma classe encontram-se: o gestor de negócios, que adquire essa qualidade a partir do momento em que passa a gerir o negócio de outrem, no interesse deste, mas sem sua autorização; o empregado não registrado, cuja qualidade de empregado se apura a partir de atos praticados por ele e por aquele que o contratou (o qual, pela mesma prática, passa a ser classificado como “empregador”); os companheiros cuja união estável não tenha sido objeto de registro formal; o agente do ilícito civil, que ganha essa qualidade ao cometê-lo; o agente do roubo, que só se torna tal quando subtrai coisa alheia móvel, mediante violência ou grave ameaça, ou por meio que reduza a vítima à impossibilidade de resistir.

Com base nos exemplos citados, propomos, para fim do raciocínio que se seguirá e sem pretender esgotar o assunto, que os agentes sejam classificados em naturais, formais e agentes propriamente ditos (posto que definidos exclusivamente pelas ações praticadas). Nessa ordem, varia em grau decrescente a segurança do juízo que, diante de um indivíduo qualquer envolvido em um caso que reclama decisão, enquadra-o dentro da classe. Aferir a pertinência de um indivíduo a uma classe por meio de características naturais é algo que se faz com elevado grau de certeza. É esse, pelo menos, o status de que gozam as ciências naturais com relação a conceitos de uso tão corrente como homem, mulher e criança, em Biologia ⁵⁹. O segundo grupo de agentes reúne aqueles definidos por ato formal, ato este que substitui as ações passadas, tornando-se ele próprio a nota que permite classificar o agente: o nome e a data de nascimento em minha cédula de identidade não são *prova* de que tenho aquele nome e idade, na verdade alguém sabe que tenho aquele nome e aquela idade *porque* aquele nome e aquela data de nascimento estão na cédula de identidade. Tal afirmação pode chocar o senso comum e mesmo parecer inverter a ordem histórica dos eventos (primeiro nasci e alguém me deu um nome, a cédula de identidade

⁵⁹ Nesse ponto, não custa lembrar o óbvio: o conhecimento da Biologia e de qualquer ciência que o Direito utiliza é, e só pode ser, a consolidação que representa o estado da arte em determinado momento, representado por seus paradigmas. Cf. Kuhn (2000), *passim*, e, no capítulo seguinte desta tese, discussão a respeito da utilização, pelo juiz, de noções consolidadas para fazer inferências sobre evidências e a natureza das presunções. Isso não significa que se desconheça que qualquer ciência tem aporias a resolver e que a solução de algumas delas, se vier a ocorrer, pode levar ao reexame de antigos postulados tido como indiscutíveis. Por outro lado, até o gênero de alguém já pode hoje, ser definido juridicamente e independentemente de características naturais, caso dos transexuais que têm requerido, e obtido, provimento para serem tratados de acordo com o gênero que consideram expressar sua identidade atual, e não conforme o de nascimento.

veio depois), mas basta pensar que é a cédula de identidade que é exigida como identificação, e não meu corpo de compleição maior ou menor, com belos olhos ou não, para que fique claro que o agente só é conhecido como tal, como tendo determinada idade, a partir, ou por causa, daquilo que consta de sua cédula de identidade ⁶⁰. E o mais importante para nossos fins: o ato formal é algo que aparece para o destinatário da informação nele contida – no nosso caso, o juiz – como algo existente *no presente*, como *evidência* da qualidade do agente que fornece toda a informação necessária. É justamente isso o que falta ao terceiro grupo de nossa classificação: agentes que somente poderão ser tidos como tais depois de investigadas ações passadas, inexoravelmente perdidas para a percepção do juiz. É isso o que faz com que, ao contrário dos outros dois tipos, o ponto de partida para quem recebe a informação sobre esse tipo de agentes seja o da incerteza acerca de sua classificação.

Segundo a classificação apresentada, as classes de agentes são identificáveis por características naturais, pela existência de certos atos formais ou pela ação que praticam. Pelas razões expostas no parágrafo anterior, a peculiaridade destes últimos em relação aos dois primeiros é a necessidade, para enquadrá-los ao conceito, de averiguar algo que deixa de existir, e passa a fazer parte do passado, assim que praticada: a ação mesma. A condição de homem, mulher ou criança é normalmente verificável por sinais naturais inequívocos, perceptíveis sem mediação, normalmente não postos em dúvida e a de cônjuge ou companhia aberta o é pelo exame (também imediato) dos documentos que registraram a ação que gerou tais status (certidão de casamento, estatuto social), os quais, enquanto não forem impugnados, presumem-se garantir a verdade do que é afirmado acerca do agente: os documentos *são* novos fatos cujo significado substitui os fatos que os

⁶⁰ Observação análoga é feita por Jackson (1988) sobre a fonte que o historiador utiliza para compor a narrativa dos eventos de que se ocupa: “Suponha, agora, que nosso historiador tenha um documento em sua mesa, o qual propõe seja tratado como uma fonte histórica. Teremos que enfrentar uma dificuldade filosófica nada desprezível se quisermos sustentar que o historiador agora tem acesso, mesmo que indireto, ao evento original do qual aquele documento ‘fala’. Pois a pura verdade é que o documento não fala. O documento tem significado, nos termos de uma relação interna entre os seus elementos significadores. Mas ele não pode, de acordo com os argumentos aqui sustentados, ‘referir-se’ àquele evento, uma vez que referência é uma função do ato de enunciação, sendo um meio pelo qual um emissor particular deixa clara sua intenção para uma audiência particular. Mas é uma pena para o historiador: o ato de enunciação que pode ter sido associado com o ato de escrever ou com a promulgação do documento desapareceu. O historiador não tem acesso direto ao evento. Seu único acesso é por meio do próprio documento. A fonte histórica tornou-se, ela mesma, um novo evento, percebido hoje pelo historiador.” (p. 164) De modo análogo, os atos que deram origem ao que sou e que definem minha idade não são acessíveis para aquele que pretende ter as duas informações. A cédula de identidade é, assim, ela mesma, um novo evento, no sentido exposto por Jackson. É esse o modo de funcionamento, de resto, de todas as presunções, conforme se verificará no capítulo seguinte.

produziram ⁶¹. A ação não documentada, por sua vez, evanesce, fazendo com que a atribuição do status de agente dependa da investigação acerca do que aconteceu. Somente o resultado dessa investigação é que tornará possível concluir pelo pertencimento, ou não, daquele que agiu à classe de agentes referida pela regra de Direito, isto é, pela subsunção do primeiro à segunda. E isso só pode ser feito depois de estabelecidos os fatos do caso.

Essa última classe é definida, assim, exclusivamente pela ação que os respectivos agentes praticam, o que nos remete à análise do capítulo anterior: a ação pertence ao agente. Compreender o que significa para uma ação “corresponder” à hipótese fática servirá, assim, também para que compreendamos como é que um agente da última classe pode ser identificado e tido como um caso do termo previsto na norma. Passemos, então, a analisar as ações.

A primeira particularidade de uma classificação das ações é que, comparadas aos agentes, falta-lhes a primeira classe, a das “ações naturais”. Não há ciência natural apta a constatar a naturalidade de uma ação, pelo simples fato de que o objeto de exame não está presente: a ação, como dito, é sempre algo do passado e que não pode ser reproduzido em laboratório. Mais do que isso: a ação é sempre *contingente*, torna-se verdadeira ao ser praticada e instaura um novo no mundo. Ricoeur, seguindo nesse ponto Von Wright, afirma que cada ação produz o estado inicial de um sistema que, sem ela, não existiria ⁶², o que é o mesmo que dizer que a ação altera o curso natural das coisas. Não por acaso, a ciência a que se atribui maior semelhança com aquilo que é feito durante um processo judicial não é uma ciência natural, é a História, que trabalha essencialmente com aquilo que ficou das ações que foram praticadas no passado, genericamente denominados vestígios e que incluem aquilo que aqui chamamos de atos formais e uma infinidade de suportes materiais sobre os quais se possa identificar algum tipo de registro daquelas ações. O conhecimento das ações, portanto, já começa com um importante déficit de certeza: não podemos sequer cogitar chegar ao grau de certeza próprio das ciências naturais no que diz respeito a ações passadas. Resta assim uma classificação bipartida: ou se tem uma ação que ganha materialidade em forma que permanece no tempo (normalmente, um documento) ou ela evanescerá. Não há a hipótese de ação verificável diretamente pelo juiz encarregado de

⁶¹ O que denominamos até o momento agentes formais e ações formalizadas confundem-se, em certa medida, com o que a filosofia analítica anglófona denomina fatos institucionais, mas expressam uma ideia mais ampla, pois não se trata apenas de indicar a origem e conformação institucionalizada dos fatos, mas também de reconhecer-lhes um status epistemológico próprio, que se desvincula dessa origem.

⁶² Ricoeur (1988: 122).

aplicar a norma ⁶³: a ação sempre ocorre no passado, sendo que ou ela se consolida em uma forma, passando a ser essa forma representante da verdade da ação (verdade presumida, em princípio), ou ela já desapareceu e exigirá reconstituição por parte do juiz.

Sumarizando a classificação apresentada, pode-se afirmar que as regras de Direito mais elementares terão como seus termos uma ou mais das seguintes classes de agentes e ações:

- a) agentes cujo conceito elenca apenas características naturais;
- b) agentes cujo conceito adota certa forma materializada como a nota distintiva para sua identificação;
- c) agentes cujo conceito é formado por uma ação definida como tal;
- d) ações cujo conceito tem por nota forma materializada;
- e) ações cujo conceito descreve uma prática hipotética.

Do ponto de vista de quem pretende subsumir uma individualidade a um conceito, a classe “a” é a que oferece menor dificuldade, dados, por um lado, o altíssimo grau de conhecimento e de incontestância acerca das características naturais dos principais agentes assim definidos (homem, mulher, criança e, claro, a classe que os contém: ser humano), e, por outro, a reputação de precisão ostentada pelas ciências naturais, cujo auxílio pode ser requisitado, se necessário. É também o caso do conceito de “pai biológico”, que pode ser definido como aquele que vier a ser identificado como tal por exame de DNA, de alta confiabilidade. Os termos mencionados respondem bem, portanto, ao questionamento mais tradicional que se faz sobre o raciocínio subsuntivo, pois são pouco vagos e quase nada ambíguos.

As demais classes podem ser divididas segundo um critério que coloca, de um lado, agentes e ações que podem ser identificados graças a uma forma materializada e, de outro, aqueles que só poderão ser identificados com base na investigação de ações passadas. Esse critério, como dito, leva em conta o grau de dúvida ou certeza que se presume acerca das ações: a forma serve para fixar como existente, certo, aquilo de cuja existência se poderia duvidar à falta do ato formal, ao passo que com relação às ações, por assim dizer, não formalizadas, é preciso começar do zero em termos de verificação. A

⁶³ A inspeção judicial (arts. 440 a 443 do Código de Processo Civil) destina-se a dar ao conhecimento do juiz um certo *estado de coisas*, não uma ação. O juiz não visita um prédio histórico para ver algum agente danificando-o, mas para constatar *in loco* se foi danificado ou não, com o auxílio de técnico ou não.

forma reduz a complexidade das ações e permite àquele a quem a informação se destina obtê-la diretamente. Assim é, por exemplo, com a condição de filho: para prová-la, a certidão de nascimento é suficiente, não preciso relatar as relações estabelecidas entre meu pai e minha mãe, o tempo em que ela ocorreu e provar que meu nascimento se deu durante aquele período. Em outras palavras, ser filho de alguém é ter essa condição declarada em uma certidão de nascimento. No caso de uma ação não é, em princípio, diferente: ao apresentar um recibo de quitação ou a autenticação mecânica ou eletrônica do pagamento provo que paguei a dívida que contraíra. Assim é que para aquele que vai julgar fatos passados, como o juiz, a nota distintiva do ato de pagar não é a entrega do dinheiro ao credor, mas a posse de recibo de quitação ou de comprovante autenticado mecânica ou eletronicamente. Também aqui a subsunção não gera maiores problemas.

Um detalhe relativo à força semântica dos atos formais precisa ser ressaltado. Parcela muito grande desses atos é praticado, na origem, *em conformidade* com o que a lei determina. Pense-se na cédula de identidade, no estatuto social, nos contratos minuciosamente disciplinados pela Lei, para ficar apenas em alguns exemplos. Não se deve estranhar, portanto, que no momento em que o juiz seja chamado a efetuar a subsunção, possa fazê-lo sem maior dificuldade. Ao mesmo tempo, não é demais lembrar que a força semântica que se ganha pela formalização pode ser perdida. Na quase totalidade dos casos, a forma gera apenas presunção de ocorrência de ações e da condição dos agentes, podendo haver impugnação em relação à própria forma e quanto à matéria nele contida; é a chamada presunção *juris tantum*, ou relativa. Assim, uma cláusula contratual que contenha declaração conjunta de que o contrato é manifestação de livre vontade pode ser atacada, provando-se, por testemunhas, ter havido coação em relação a uma das partes. A realização de um casamento certificado pelo Cartório pode ser questionada, se houver, por exemplo, prova incontestável de que um dos cônjuges encontrava-se, naquela data, em outro local. Além disso, parte das formas que substituem os atos contém termos que servirão para novas subsunções, o que pode recolocar em pauta ações humanas não formalizadas. O caso mais evidente são os contratos, que certamente reduzem a complexidade daquilo que precisa ser apreendido para aplicação do Direito, deixando claro, no mínimo, de que relação jurídica se trata, e que podem ir até muito além, servindo para consolidar explicitamente um relato sobre ações passadas das partes nos “considerandos”. Os contratos têm o poder, porém, de ressuscitar a complexidade das ações, pois contêm normas que criam obrigações e direitos para as partes que muitas vezes

dependem, para nascer, de ações destas ao longo do período de execução do contrato (por exemplo, o comprador só pode exigir a entrega depois de pago o preço ao vendedor), reabrindo o problema da investigação das ações em caso de conflito que venha a ser submetido ao Poder Judiciário.

É certo, de qualquer modo, que a fixação em uma forma que possa servir como nota distintiva de um termo reduz parte importante dos problemas que podem ser relacionados à subsunção, seja quanto à qualificação de certos agentes, seja com relação a atos que são consolidados na forma prevista pelo ordenamento. Vejamos agora como as coisas se passam no tocante ao que podemos denominar ações puras, que são aquelas não representadas por nenhuma forma específica que lhes dê permanência e as torne inequívoca. As ações, enfim, que não podem ser apreendidas diretamente pelo juiz que decidirá o caso.

Parte relevante do que cai sob o âmbito do Direito Civil se refere a esse tipo de ações. É o caso da reparação de danos causados por atos ilícitos, da indagação sobre a culpa pelo fim de um casamento, sobre a conduta de herdeiro deserddado, sobre a inexecução justificada ou culposa de um contrato. Também é o caso da maior parte das condutas disciplinadas pelo Direito Penal: a qualidade de criminoso somente pode ser atribuída a partir da análise de uma ação passada que, na maior parte dos casos, não ganha forma que a fixe. Demos exemplos de outras situações em que a qualidade do agente é atribuída do mesmo modo: empregado, quando não há registro e contribuinte não inscrito, entre outros. Em todos esses casos e em muitos outros, como aqueles em que a forma que originalmente nos dava segurança é impugnada durante o processo, o objeto cuja correspondência com o pressuposto fático de uma norma deve ser apurada não mais existe. Não há dúvida de que existem meios para formar alguma convicção a respeito do passado: é para isso que servem evidências e presunções, que serão analisadas no capítulo seguinte. Aqui o que precisa ser esclarecido é: o que significa exatamente, em relação a tais ações, dizer que há correspondência entre elas e a hipótese fática?

Nos procedimentos que privilegiam o método subsuntivo, o primeiro termo da comparação, a hipótese fática, normalmente é conhecido no início do processo, pois a parte autora, por dever, e a parte ré, por ônus, defendem certa qualificação jurídica do caso ⁶⁴.

⁶⁴ No Brasil, o Código de Processo Civil exige que a petição inicial contenha os “fundamentos jurídicos do pedido” (art. 282, inciso III). No Código de Processo Penal, o art. 41 determina que a denúncia contenha a “classificação do crime”. Com relação ao réu, falamos haver ônus, e não dever, porque a falta de qualificação

Ainda que possa haver alguma incerteza com relação à qualificação jurídica precisa, sabe-se, no mínimo, qual o conjunto de regras de Direito mais evidentemente aplicável, em razão do assunto: reparação de danos, nulidade de ato administrativo, descumprimento de contrato. Além disso, as partes, especialmente a parte autora, já terão invocado regras específicas desse conjunto, o que permite ter pelo menos uma primeira hipótese fática a ser utilizada para comparação com o saber que virá a ser adquirido sobre as ações passadas. Isso dá ao juiz um poderoso instrumento para investigar a ação praticada, que é a formulação de questões que requerem respostas simples, positivas ou negativas. Não por acaso, em Direito Processual costuma-se afirmar que o juiz deve resolver *questões* para solucionar o caso, questões essas que emergem justamente dos relatos feitos em contraditório pelas partes e das regras que, passado o momento das manifestações iniciais, parecem aplicáveis. Vejamos como Larenz descreve esse processo:

O jurista, que deve julgar um caso jurídico, parte, na maioria das vezes, de uma “situação de facto em bruto” que lhe é apresentada na forma de um relato. Neste relato encontram-se, antes de mais, ocorrências singulares e circunstâncias que são irrelevantes para a apreciação jurídica e que, por isso, o julgador separará, no decurso das suas ponderações, da situação de facto delitiva (enquanto enunciado). [...] Deste modo, o relato originário, a “situação de facto em bruto”, será por ele em parte encurtado e em parte complementado, até que a situação de facto definitiva contenha apenas os elementos, mas todos eles, do evento real que sejam relevantes face às normas jurídicas eventualmente aplicáveis. A situação de facto (definitiva) é assim o resultado de uma elaboração mental, em que a apreciação jurídica foi já antecipada.⁶⁵

Larenz complementa o ponto afirmando que é a partir de um certo núcleo da situação de fato que o juiz se coloca uma *questão jurídica* e que, por isso, precisa tão só “de conhecer aquelas normas jurídicas que lhe podem dar uma resposta”⁶⁶, retornando em seguida à análise da situação de fato. Não é necessário acrescentar nada às observações de Larenz, as quais revelam que o ponto de partida para verificação da correspondência é a

jurídica dos fatos em sua defesa não a torna inepta, como ocorre com a petição inicial, apenas o pode colocar em situação desfavorável no desenrolar do processo.

⁶⁵ Larenz (2005: 392-393).

⁶⁶ Larenz (2005: 394).

regra de Direito: na instrução, que sempre ocorre depois dessa qualificação jurídica prévia, buscar-se-ão fatos, sob a forma de ações praticadas por agentes, que correspondam à regra. Quando isso não for possível, pode ocorrer um fenômeno de grande interesse para nossa análise. Trata-se do fato, bastante frequente, de o conceito contido na regra de Direito ser construído a partir dos fatos efetivamente julgados.

Recapitulemos o necessário para seguir. Vimos que somente com relação a alguns termos uma definição prévia consegue ser precisa. Não por acaso, trata-se justamente daqueles termos cuja definição decorre das ciências naturais (caso dos agentes que acima denominamos “naturais”) e dos que são identificados diretamente por uma forma juridicamente definida: pois nesse segundo caso, um contrato, um estatuto social, um recibo de quitação foram produzidos com o olhar na regra e com a preocupação de que se conformassem à definição. Por outro lado, nenhum legislador sabe quantas variações dos atos “matar”, “fraudar”, “contratar” (em sentido amplo, não no sentido de firmar contrato específico e típico), “roubar”, “cometer ato ilícito”, “fazer circular mercadoria” podem vir a existir depois de editada a regra. Mesmo com relação às coisas, não se sabe, para aproveitar o clássico exemplo de Hart ⁶⁷, quantos artefatos ainda serão inventados que poderão cair sob o termo “veículos”. É a isso que o mesmo Hart, inspirado no trabalho de Friedrich Waismann ⁶⁸, denominou a textura aberta do Direito⁶⁹.

O problema da textura aberta é, em termos lógicos, um problema relacionado à extensão dos conceitos, insolúvel para qualquer ciência e não apenas para o Direito. É sintomático da tendência da ciência jurídica a esquivar-se do desafio colocado pelos fatos o destino do conceito de textura aberta: nascido em um artigo intitulado “Verificabilidade” e que tinha por objeto indagar sobre a possibilidade de falar-se em *verificação* de conceitos empíricos – portanto, da relação desses conceitos com os fatos que pretendiam definir, um problema de extensão – tornou-se, em Direito, um problema de intensão que, em tese, pode ser resolvido esticando-se o sentido do termo por obra de mera *interpretação*. É como se para testar o grau de abertura da textura do conceito dependêssemos exclusivamente de exercícios de imaginação interpretativa ou da análise da relação entre conceitos, quando na

⁶⁷ Hart (1994: 128-129).

⁶⁸ Waismann (1965). O artigo foi originalmente publicado em 1945 in *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume XIX*.

⁶⁹ Hart (1994: 124-136). O problema da textura aberta tem evidente relação com o problema da vagueza dos termos, problema que já foi objeto de análise, mas é dele sutilmente distinto quanto ao foco: se digo de um termo que é vago, estou supondo que conheço tanto os casos claros quanto os duvidosos. Se digo que o termo tem textura aberta, presumo que ele pode ser preenchido, a qualquer momento, por casos que nem imagino existir, os quais podem, inclusive, fazer parte do rol de casos claros do termo a partir de sua identificação.

verdade o que força a textura e se aproveita de seu caráter de “aberta” são os fatos aos quais queremos aplicar o conceito presente na regra de Direito. Isso decorre do aspecto, ressaltado por Larenz, de que nenhuma definição pode incluir previamente todos os casos *futuros* que cairão sob o conceito. No artigo que inspirou Hart acerca da textura aberta, Waismann afirma, referindo-se a qualquer conceito empírico, que *“nunca podemos eliminar a possibilidade de algum fator imprevisto emergir, nunca podemos estar seguros de ter incluído em nossa definição tudo o que deveria ser incluído, e assim o processo de definir e refinar uma ideia continuará sem jamais atingir um estágio final”* ⁷⁰. No Direito esse problema é especialmente sério, pois o postulado da irretroatividade da lei, que comporta poucas exceções, faz com que os conceitos utilizados tenham por objeto quase exclusivamente eventos futuros. Se isso ajuda certos fatos a conformarem-se perfeitamente à regra de Direito (caso dos atos formais praticados *com base* em uma regra), no caso das ações não formalizáveis ou formalizadas a definição ficará sujeita a ser bombardeada pelo sentido das infinitas variações das ações que dela mais ou menos se aproximam. O alcance desse bombardeio é potencializado pelo fato de as ações, como visto no capítulo anterior, serem definidas a partir de todos os termos de sua rede conceitual, único modo de se apreender a ação completa. Isso sem falar na relação da ação atribuída ao agente com outras ações, de forma cooperativa ou competitiva, como também nota Paul Ricoeur.

A esse resultado se chegou tomando-se por base regras constituídas apenas pelos dois elementos essenciais, o agente e a ação. Mas os enunciados das regras de Direito se compõem de outros elementos, sendo os principais: um objeto da ação (veículo, em “dirigir veículo”, objeto, em “subtrair objeto”, licitação, em “dispensar indevidamente licitação”), qualificações da ação (diligentemente, de forma torpe, razoavelmente, por meio cruel), qualificações do agente (notória especialização, reputação ilibada), qualificações do resultado da ação (grave, em “lesão grave” ou “grave dano”). Alguns desses termos, como os relativos ao modo da ação, são a tal ponto vagos que são a cada julgamento preenchidos pelo fato do caso, constituindo casos extremos de textura aberta. É o caso do advérbio “razoavelmente”: só se sabe se uma ação é razoável considerando-se todas as circunstâncias em que ela foi praticada.

⁷⁰ Waismann (1965: 129).

Os fatos de cada caso estão, portanto, sempre à espreita para aproveitar a textura aberta do Direito e entrar nos conceitos ⁷¹, normalmente sem a permissão de quem elaborou a regra de Direito, e muitas vezes sob sua oposição. Nesse contexto, não se pode, sem forçar o sentido do termo, falar em subsunção, pois o ponto de partida para declarar a correspondência do fato à norma é, logicamente, e não apenas procedimentalmente, o fato, cujas características aumentam o saber do julgador e preenchem com novas notas o termo legal.

Com isso, terminamos a análise do primeiro limite do raciocínio subsuntivo e podemos passar ao segundo: como a premissa menor é construída?

3.2.2 Construção da premissa menor

É esse o momento de desenvolver ideia que foi apenas enunciada na primeira parte deste capítulo: raciocínio subsuntivo e analógico são essencialmente formas de justificar a decisão, mas adotar um ou outro caminho influi em todo o processo de conhecimento. Tomando-se a clássica distinção entre contexto de justificação e contexto de descoberta ⁷², pode-se afirmar, em princípio, que o que se denomina raciocínio jurídico, em sentido amplo, diz respeito ao contexto de justificação, consistindo em certa forma de apresentar a decisão, para legitimá-la como conhecimento racional. A distinção fica especialmente clara na observação, comumente atribuída ao grupo de realistas americanos no início do século XX, segundo os quais a justificação ocultaria o verdadeiro processo pelo qual o juiz chega a determinada decisão, o qual é essencialmente intuitivo e orientado por seu sentimento de justiça. Normalmente, esquece-se a sagacidade e o foco da observação para transformá-la na síntese da vulgata do realismo americano, transmitindo-se a ideia de que os realistas eram todos céticos sem comprometimento com o conhecimento racional ⁷³. Apenas para fim de raciocínio, tomemos a afirmação sobre o caráter intuitivo do julgamento pelo seu valor de face: ficaria toda racionalidade do

⁷¹ A metáfora “fatos entrando nos conceitos” nos parece apropriada, pois Waismann cunhou a expressão “textura aberta” originalmente em Alemão como *Porosität der Begriffe*, literalmente porosidade dos conceitos, conforme declara na nota 2 ao texto publicado em Inglês que inspirou Hart e que é utilizado neste trabalho. Cf. Waismann (1965: 125). É pelos poros dos conceitos ou por suas “brechas”, como às vezes se diz, que os fatos forçam sua entrada. Em sentido semelhante, Aarnio reconhece porosidade *ao sistema jurídico*: “Um sistema é aberto aos fatos sociais, valores (pontos de vista morais), ideologias e teorias jurídicas entrando nele a partir de fora”. Aarnio (1997:53).

⁷² Popper (1975).

⁷³ Algo que, como mostra Twining (2006: 115-119) não é o caso, pelo menos, de Jerome Frank, que sempre se preocupou, por exemplo, com a precisão dos juízos de fato do ponto de vista epistemológico.

processo de conhecimento comprometida? Não é o que entendemos, pois sempre restarão constrangimentos racionais que a mera obrigação de justificar publicamente a decisão impõem sobre o juiz. Esta tese é escrita sob a crença de que a obrigação de pelo menos parecer racional impede, por si só, a adoção de soluções absolutamente contrárias a regras ou ao espírito do ordenamento jurídico ⁷⁴ e, especialmente no caso do juízo sobre os fatos, que certos procedimentos racionais levam a resultados mais próximos da verdade. Parte de nossa crença se justificará por aquilo que procuraremos demonstrar a seguir: a racionalidade que aparecerá na justificação da decisão faz parte do próprio contexto de descoberta, pois é a partir dela que o juiz *formula as perguntas* sobre os fatos do caso, as quais, uma vez respondidas, lhe permitirão compor o conjunto fático com base no qual irá decidir. Começemos por ver como isso ocorre no caso da racionalidade subsuntiva.

Tomando como ponto de partida a regra de Direito, pergunta-se, quando a qualificação jurídica prévia é homicídio, se houve morte e se foi o acusado que a causou. Se a parte autora requer indenização por inadimplemento de contrato, perguntar-se-á: houve contrato? De que tipo? O réu o descumpriu? Se o que se pretende é saber se o réu causou dano ao veículo do autor o juiz perguntará se houve acidente e se foi o réu que lhe deu causa. De posse de respostas positivas, em todos os casos a subsunção poderá ser feita de maneira perfeita, pois a resposta servirá como premissa menor do silogismo encabeçado pela regra de Direito.

Chegamos ao núcleo do argumento construído neste tópico. O método de buscar a correspondência por meio de questões sobre ações passadas formuladas a partir dos termos da regra previamente identificada delimita de antemão aquilo que se conhecerá das ações efetivamente ocorridas, pois somente se olha para os aspectos temporais, espaciais e de modo implícitos na questão formulada. Aquilo que houver sido feito por uma das partes ou tiver ocorrido entre elas que extrapole os termos da questão pode não ser sequer notado pelo juiz, muito menos levado em conta para o julgamento. Isso não é surpreendente quando se considera, com Schauer, que toda regra é formada por

⁷⁴ Nada melhor para ilustrar, ao mesmo tempo, a crença de que as coisas se passam desse modo e a submissão ao que determina o ordenamento jurídico, do que a declaração invulgarmente honesta e conscienciosa do Ministro Marco Aurélio Mello, do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido no Recurso Extraordinário nº 111.787-7/GO: “Aprendi, Senhor Presidente, como Juiz, desde cedo, que toda vez que o magistrado se defronta com uma controvérsia, com um interesse resistido, deve idealizar a situação mais justa para o caso concreto. Ele deve partir para a fixação do desiderato, inicialmente, de acordo com a formação humanística que possui e, somente após, já fixado o desiderato desejável para o caso, partir para a dogmática e, aí, tentar buscar, na dogmática, o apoio para a conclusão a que chegou inicialmente, encontrando esse apoio, como quer o Direito, torna translúcido o Direito no provimento judicial, Não encontrando, aí sim, lamenta e conclui de forma diametralmente oposta à solução idealizada.”

generalizações que, no momento mesmo em que formuladas, selecionam os aspectos do fenômeno a ser disciplinado que entrarão na generalização e aqueles que ficarão de fora ⁷⁵. Vale seguir com maior vagar o raciocínio de Schauer, pois ele vai à origem do problema identificado.

Todas as regras gerais, diz Schauer, se formam a partir de casos singulares dos quais se abstraem os aspectos que passarão a compor a regra. Ocorre que à exceção das regras elaboradas de modo absolutamente arbitrário, a seleção dos aspectos é justificada por aquilo que se pretendia regular no caso concreto que levou à edição da regra. Aproveitando exemplo já utilizado no capítulo anterior, a regra que impõe a obrigação de reparar danos ocorridos por ato ilícito, hoje formulada em alto grau de generalidade, nasceu em Roma, pela *Lex Aquilia*, versada em termos das situações concretas em que algum dano era causado (morte de animal ou escravo de outrem, fraude contra credor, destruição de coisa de outrem) ⁷⁶. Para todos os casos havia, por certo, justificativas relacionadas àquilo que, na sociedade romana, era considerado valioso e correto. Ao ganhar maior generalidade e tornar-se aplicável, por isso, a um leque muito mais amplo de casos, as justificativas iniciais se perdem e, diz Schauer, a regra se torna entrenchada ⁷⁷, isto é, aplicável mesmo a casos que, embora subsumíveis aos termos da regra, não seriam subsumíveis aos termos da justificativa que lhe deu origem. Tomando-se a regra examinada, poder-se-ia dizer que a *Lex Aquilia* tinha em vista a proteção de bens materiais e que a justificativa para protegê-los é necessariamente diferente daquela que pode justificar reparação de danos morais. O entrenchamento permitiu, porém, que a regra mais genérica que tem a *Lex Aquilia* por inspiração servisse de fundamento (mesmo quando o dano moral não era explicitamente previsto, como é hoje) para a reparação também desse tipo de dano. O exemplo é instrutivo porque a aplicação da regra a situações em que se divisava a ocorrência de “dano moral” exigiu do intérprete que reconhecesse

⁷⁵ “Generalizações são, portanto, seletivas, mas do mesmo modo que se selecionam inclusões se selecionam exclusões. Concentrando-se em um número limitado de propriedades, uma generalização simultaneamente *suprime* outras, incluindo aquelas que representam diferenças reais entre os particulares tratados como similares pelas propriedades selecionadas.” Schauer (1991: 21-22). Posso, assim, emitir regra sobre o homicídio que leve em conta apenas o predicado central de “matar”, que pode possivelmente ser definido como “tirar a vida de alguém”, sem levar em conta, por exemplo, se esse ato foi praticado com ou sem intenção. Foi opção do legislador criar duas figuras gerais, o “homicídio culposo” (sem intenção) e o “homicídio doloso” (ou intencional). Mas ao criar essas duas figuras, o que já foi uma especificação, o legislador deixou de indicar se há ou não diferença entre os homicídios conforme o meio pelo qual é praticado. E é certo que há muitas variedades possíveis pelas quais pode ser cometido um homicídio, o que desaparece sob o caráter geral da regra que trata a todos apenas sob essa definição.

⁷⁶ Alves (1995b: 272).

⁷⁷ No original, *entrenched*.

pertencer à extensão do mesmo termo genérico contido na lei (dano) o qualificativo “moral”. A simples adoção de um novo qualificativo já é representativa da força dos fatos sobre a regra, sobre o que nos debruçaremos com mais vagar na sequência. Por ora, focados na questão relativa ao entrincheiramento da regra, limitemo-nos a destacar que o novo qualificativo teve que lutar para ser aceito na regra justamente porque o “sofrimento” (que é, em verdade, o que significa “dano moral”) não contava com regra específica para sua reparação, ao menos em parte porque a justificativa que deu origem à regra não tinha relação alguma com outros danos que não os materiais. Como se verá na sequência, a textura aberta do termo “dano” permitiu o ingresso do “sofrimento” em suas linhas, mas isso poderia não ter ocorrido, de que é testemunho a divergência jurisprudencial e doutrinária existente quando se começou a cogitar da reparação do “dano moral”.

Poder-se-ia argumentar que qualquer processo de conhecimento judicial, inclusive aqueles nos quais o juiz se vale de raciocínio subsuntivo, tem início com um relato dos fatos feitos pelas partes e que, portanto, seria a própria parte que limitaria aquilo que deve ser conhecido com relação aos fatos. Roermund ⁷⁸ mostra que não é isso o que ocorre e revela a força e as consequências da delimitação efetuada pela regra com a análise de caso de eutanásia em que o médico que ajudou na morte da paciente é julgado. Transcrevendo trechos da apelação do médico e da decisão apelada, Roermund afirma que as duas narrativas “*não são sobre o mesmo evento e, portanto, não são meramente variações de representação, mas elas geram diferentes eventos*” ⁷⁹. A narrativa do réu faz questão de relatar em detalhe os antecedentes, o fato que deixou doente sua paciente, a extrema infelicidade decorrente, a concordância de parentes com a solução por ela pedida e executada pelo médico, todos os detalhes, contextualizados, sobre o que ocorreu na data em que foi aplicada a substância que a matou, com presença de parentes, despedidas, novas e reiteradas perguntas à paciente sobre se era aquela mesma sua vontade. O relato do juiz sobre os mesmos fatos toma em consideração apenas aquilo que diz respeito à própria atuação do médico (iniciando o relato pela data em que a morta passou a ser sua paciente e desconsiderando os antecedentes), expõe ter havido o pedido da paciente e a concordância do médico, sendo detalhista apenas com relação às substâncias utilizadas para matar a paciente, nomeando-as e explicitando as doses. A regra de Direito sob a qual o julgamento estava sendo realizado explica a diferença entre os relatos. Tratava-se do art. 293 do

⁷⁸ Roermund (1997: 39-44)

⁷⁹ Roermund (1997: 42)

Código Penal Holandês, segundo o qual “*uma pessoa que tira a vida de outra por solicitação sincera e expressa da última fica sujeito a pena de prisão de não mais do que doze anos ou a multa da quinta categoria*”. Os fatos que entraram no relato feito na decisão, não por acaso, foram aqueles que respondiam às perguntas que se podiam extrair da regra: existência de pedido expresso e sincero da paciente e prática do ato que tirou a vida. Nada mais precisava ser dito ou perguntado, do ponto de vista do juiz, opinião obviamente não compartilhada pelo réu.

Pode-se pensar em um exemplo semelhante que tinha potencial para ocorrer, se é que não ocorreu, sob nosso ordenamento jurídico, até o final da década de 1970. Como se sabe, somente em 1977, com a edição da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro daquele ano, o divórcio passou a ser permitido. Um dos resultados práticos da vedação, para os interessados, era que mesmo depois de separados judicialmente por muitos anos não poderiam casar-se novamente. Nesse contexto, era impensável, no sistema, que alguém requeresse o divórcio, mas não seria propriamente absurdo imaginar que, mesmo sem a existência desse instituto legislado, chegasse a juiz ação requerendo *permissão* para casamento, em petição inicial de que constassem os seguintes fundamentos: “o autor está separado judicialmente há quase vinte anos; tanto eu quanto minha ex-esposa constituímos família e tivemos filhos com os novos consortes, mantendo os dois casais, inclusive, relacionamento amistoso e frequente, conforme se provará pela oitiva do casal formado pela ex-esposa e seu consorte como testemunhas; a impossibilidade de casar novamente prejudica não só a condição dos atuais cônjuges, que não podem declarar-se casados para atos da vida civil, quanto dos filhos, que não podem ser reconhecidos como legítimos (art. 337 do CC 1916); diante disso, requer-se seja permitido ao autor casar-se ou que seja proferida sentença que tenha o efeito de declará-lo casado para todos os fins da vida civil”. Não há dúvida de que a chance de sentença favorável seria muitíssimo pequena à falta de lei permitindo o divórcio, mas isso porque haveria, para o juiz, um único fato relevante a considerar e uma questão a responder: “o autor já contraiu casamento alguma vez?”. A resposta seria sim, e seria suficiente para resolver o caso. Todos os demais fatos relatados na inicial seriam tidos por irrelevantes. O mais provável, aliás, é que a ação fosse extinta sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido.

Nesse ponto, chegamos a um limite que pode trazer, da parte de quem defende incondicionalmente o raciocínio subsuntivo, que não cabe ao juiz legislar, ter-se-ia mesmo que esperar, como se esperou, a edição de lei que permitisse o divórcio. Mas embora seja

temerário afirmá-lo, pois o autor desta tese não conhece profundamente o Direito de Família, não é duvidoso que um juiz que tivesse esse conhecimento e alguma ousadia pudesse encontrar outras regras de Direito para subsumir algum ou todos os fundamentos e conceder o pedido inteiro, ou alguma parte dele, ao autor. Tal procedimento, porém, era à época ainda mais excepcional do que é em nossos dias, em que a subsunção a princípios tornou-se comum. Não se quer dizer que ele seria desejável, apenas compará-lo com o modo de proceder do raciocínio analógico, sob o qual o caso poderia ser entendido como único, altamente excepcional, e levar à concessão do pedido, sem que o juiz se comprometesse com concessões futuras em todos os casos possíveis em que não estivessem presentes as particularidades do caso de nosso autor fictício ⁸⁰.

Os exemplos mostram como as questões formuladas a partir da qualificação jurídica definem quais são os fatos relevantes para o caso, o que tem consequências tanto para determinação das provas que poderão ser produzidas (atuando, portanto, no contexto de descoberta) quanto, naturalmente, para a formação do juízo que terá por base as mesmas provas. É graças a esse procedimento que se pode postular a identidade entre os casos julgados sob a mesma norma e, por conseguinte, a realização do princípio segundo o qual devem-se tratar igualmente os iguais: a identidade é conseguida *na e pela* regra de Direito, a partir do momento em que os fatos apurados “entram” nela e nela se encaixam perfeitamente.

Essa busca de identidade sem dúvida facilita o ofício de julgar, mas é vista por muitos como um defeito. São conhecidos os questionamentos que se fazem a esse processo de uniformização do real, e isso a partir de um significado ampliado do próprio postulado de igualdade que justifica o julgamento por subsunção: pois dizer que é necessário tratar igualmente os iguais é dizer, ao mesmo tempo, que o que for distinto merece distinto tratamento. Daí concluir-se, nessa interpretação ampliada do princípio, que a particularidade de cada caso deve levar a julgamento igualmente particular, não sendo correto reduzi-lo à universalidade de uma regra ⁸¹. Voltaremos a discutir essa ideia na

⁸⁰ Foi essa a técnica utilizada no célebre caso da separação das gêmeas siamesas, no Reino Unido, analisado em minúcia por MacCormick (2008: 147).

⁸¹ Bankowski formula essa ideia de forma contundente: “As regras tentam se apropriar do mistério do mundo forçando cada particular para que fique sob sua proteção, negando-lhe sua particularidade. Regras são uma saída covarde para quem não quer de fato decidir. Elas significam que eu não devo mais formar meu juízo no encontro com o mistério inspirador do particular diante de mim. A resposta é dada por uma regra que, ao descrever aquele particular, necessariamente faz com que algo se perca e assim o doma e o domestica. Pense em um tigre no zoológico. Comparado com o magnífico animal da selva é uma pobre e castrada criatura que nunca poderia sobreviver em seu habitat natural. O zoológico, ao tentar nos mostrar um exemplo da espécie,

sequência deste capítulo. Antes é necessário aprofundar a questão da supressão de aspectos fáticos pela regra universal à luz do valor próprio e primeiro que orienta a investigação dos fatos, o valor de verdade.

Imaginemos que, a despeito da delimitação proporcionada pelas questões formuladas, as sobras das ações concretas em relação à hipótese fática emergem durante o processo, por meio de uma ou mais das provas produzidas. Trata-se de fenômeno bastante comum e quase inevitável, tanto em documentos (que, produzidos anteriormente à ação, possuem conteúdo que ultrapassa os aspectos abordados nas questões) quanto nos depoimentos de testemunhas (as quais tendem a querer falar tudo aquilo que sabem, independentemente dos limites impostos pelas questões formuladas), para não falar dos simples relatos das partes nas petições que dirigem ao juiz. Uma vez que tenham vindo ao processo, o juiz poderá dar atenção ou não a tais sobras e conforme o que fizer podem-se ter os seguintes cenários:

a) o juiz pode simplesmente descartar as sobras e tomar a decisão exclusivamente com base no juízo sobre a presença ou ausência dos elementos essenciais da hipótese fática;

b) as informações podem ser consideradas e atrair a incidência de regras que complementem o sentido da regra de Direito originalmente tida como aplicável;

c) as informações podem ser consideradas para atrair a incidência de regras diferentes daquela originalmente tida como aplicável, cuja aplicação será completamente afastada;

d) as novas informações podem constituir caso de excludente expressamente prevista em outra regra, que afasta a aplicação da regra original;

e) as novas informações podem ser consideradas apenas para afastar a aplicação de regra originalmente tida como aplicável, mesmo não se enquadrando em um dos casos de exceção expressa;

f) as novas informações podem ser consideradas para requalificar juridicamente todo o caso.

destrói aquele tigre particular: ele representa todos os tigres e se torna um universal. O zoológico faz isso na melhor das intenções, quer nos mostrar e explicar o que é um tigre, mas, ao fazê-lo, o destrói.” Bankowski (2006: 32).

Na hipótese “a” mantém-se o procedimento clássico: os fatos são vistos sob o prisma de categorias universais e por ela constituídos a sua imagem, com exclusão daquilo que não pode ser subsumido aos conceitos da regra. Foi a solução adotada pelo juiz do caso de eutanásia relatado por Roermund e é como que a primeira reação do julgador, por ser a mais adaptada ao raciocínio subsuntivo. Nada impede, porém, que o julgador adote uma das outras atitudes (hipóteses “b”, “c”, “d”, “e” e “f”), o que fará com que aquilo que começara, no processo, como busca de correspondência dos fatos às regras, transforme-se em busca de uma regra que corresponda aos fatos e permita julgá-los. Essa regra tanto pode ser encontrada e considerada perfeita do ponto de vista lógico, permitindo que se proceda por meio de subsunção depois da correção da premissa maior, quanto pode ser tão imperfeita quanto a primeira ou, ainda, pode simplesmente não ser encontrada. Pode-se ainda aplicar um princípio, o qual normalmente é formulado em tal nível de generalidade que subsumir um caso a seus termos não costuma ser difícil ⁸².

Se é verdade que o ordenamento jurídico é rico e flexível o suficiente para permitir o uso de outras normas e princípios quando as sobras se dão ao conhecimento do juiz, é fato que mesmo nos casos em que se utilizem normas ou princípios muito genéricos continuará havendo uma seleção sobre o que, em relação a tudo o que se sabe, deve ser considerado, sobre o que, enfim, é juridicamente relevante. Continuará a existir uma separação entre os fatos relevantes e os não relevantes. Se se aceita que o primeiro problema apontado (o da textura aberta) é sério, fica enfraquecido o critério de seleção dos fatos relevantes: algo importante pode se perder quando o juiz exclui certos fatos da análise, pois os mesmos fatos poderiam ser entendidos como manifestações marginais, mas ainda assim manifestações, da definição contida no enunciado normativo utilizado. Pode ser, enfim, que os fatos não entrem em consideração por um triz, por mero acaso, só, por exemplo, porque foi um juiz e não outro que julgou o caso.

O processo pelo qual o juiz, depois de conhecidos os fatos, retorna para a regra de Direito e a testa é referido por Engisch e Larenz. O primeiro parte da hipótese de não ter sido possível estabelecer a premissa menor, *“quer porque não é possível verificar factos relevantes, quer porque os fatos verificados não se deixam subsumir ao conceito da*

⁸² Não se deve estranhar a menção à utilização de princípios por meio do raciocínio subsuntivo. O método da subsunção, em si, não é de uso exclusivo de positivistas, e pode ser utilizada para julgar um caso com base em princípio muito genérico e não positivado, por exemplo o que determina seja considerada a força relativa das partes para fazer-se representar no processo como critério de julgamento. Esteja esse princípio justificado ou não, do ponto de vista lógico não há como negar que basta identificar a parte relativamente fraca para julgar por perfeita subsunção. Cf. a respeito Lopes (2003).

hipótese legal utilizado na premissa maior”⁸³. Nesse caso, o juiz precisa de premissas adicionais ou de uma regra de julgamento, e irá buscá-las. Interessa-nos aqui a busca das premissas adicionais⁸⁴, o que significa adotar as atitudes que, acima, colocamos sob as letras “b” a “f”. Larenz⁸⁵ trata o mesmo fenômeno como manifestação da ideia de círculo hermenêutico, pelo qual os fatos apurados esclarecem o sentido da premissa e essa serve para iluminar os elementos inferidos das evidências. Pelas razões expostas até aqui, e porque o grande benefício do raciocínio subsuntivo para o julgador é simplificar a apuração e seleção dos fatos, entendemos que essa busca de novas premissas e esclarecimento hermenêutico, embora ocorra, não tende a ser a regra.

A eventual falta de regra expressa, tenham ou não sido buscadas novas premissas, não impede que continue sendo defendida a viabilidade da subsunção, mas a leva a seu limite: o que se dirá é que a subsunção deverá ser feita de forma imperfeita, por analogia, isto é, utilizando-se uma regra que em cuja hipótese fática esteja presente conceito de classe semelhante àquela a que pertenceria o novo caso. O que o uso supletivo da analogia nos sistemas de Direito predominantemente legislado admite e revela é a potencialidade que tem a realidade de ser mais rica do que a regra prévia estatuiu. Mas isso coloca outra questão, irrespondível: quantos outros casos não poderiam ter sido julgados analogicamente caso tivessem sido levadas em conta todas as sobras que seus fatos apresentavam em relação aos termos em que a regra foi redigida?

Isso nos leva de volta à reflexão ricoeuriana sobre a rede conceitual da ação. Mesmo que o agente seja facilmente identificável, o fato é que seus motivos, suas intenções e as circunstâncias em que agiu exigem um esforço de investigação amplo, que pode ser dificultado quando se tomam como ponto de partida questões formuladas com base nos conceitos presentes nas regras de Direito. A ideia de razoabilidade, que tem relação direta com os motivos da ação fornece um bom exemplo: só posso saber se alguém agiu razoavelmente se conheço bem, em detalhe, as circunstâncias em que agiu, como demonstra MacCormick⁸⁶ de maneira convincente. O mesmo vale para tudo aquilo que se relaciona às excludentes, pois só se pode identificá-las pelo exame apurado das

⁸³ Engisch (2001: 99).

⁸⁴ As regras de julgamento são sempre presunções ou decorrem de uma presunção, conforme se demonstrará no capítulo seguinte em tópico especificamente dedicado ao assunto. De qualquer modo, apenas para citar as duas possíveis regras que Engisch menciona como aplicáveis: em Processo Penal, a regra *in dubio pro reo* (decorrente da presunção de inocência), e, em Processo Civil, as regras sobre o ônus da prova. Engisch (2001: 100-104).

⁸⁵ Larenz (2005: 392).

⁸⁶ MacCormick (2006), capítulo 9.

circunstâncias em que a ação foi praticada: e não há como formular questões sobre as circunstâncias que sejam respondidas por um “sim” ou “não”, a não ser que, antes, essas circunstâncias tenham sido conhecidas pela formulação de outra pergunta, do tipo: em que circunstâncias o agente agiu? Pergunta que, é fácil ver, abre espaço para tudo aquilo que, partindo-se da regra de Direito, poderia ficar de fora como sobra do processo de conhecimento.

Pode ser que os problemas apontados sejam mesmo os limites a admitir em qualquer procedimento adjudicatório baseado no Direito. Antes de aceitar essa conclusão, contudo, é útil entender o funcionamento do raciocínio analógico.

3.3 Raciocínio analógico

Nos países da tradição civilista considera-se a analogia procedimento supletivo, cuja utilização não pode ser cogitada quando exista regra específica aplicável ao caso. Mas sempre que se constate não existir regra específica, ou, o que é o mesmo, constatada a existência de uma lacuna, pode o juiz julgar com base em regra que regule caso semelhante, a qual pode estar expressa em outra norma (fala-se então de analogia *legis*) ou ser inferida de interpretação sistemática ou teleológica de normas e princípios da qual se extraia uma regra (analogia *juris*)⁸⁷.

Esse uso supletivo da analogia foi referido no tópico anterior, onde se demonstrou tratar-se de remédio para as situações em que falta a premissa maior e a subsunção não pode ser feita, situações essas cuja só existência é reveladora quanto aos limites do raciocínio subsuntivo. Mas o raciocínio analógico pode ser visto também como procedimento principal de solução de controvérsias, que rivaliza com o método da subsunção e lhe serve de alternativa, e não apenas como supletivo àquela. Estudá-lo nessa condição é o objetivo deste tópico.

A exemplo do que fizemos com o raciocínio subsuntivo, a análise do modo de operar do raciocínio analógico tomará por base a potencialidade lógica do procedimento típico, que pode ou não coincidir com práticas reais, para lidar com os fatos do processo. A pergunta a responder é: o que o raciocínio analógico, como tal, tem a oferecer para a abordagem dos fatos e sua relação com regras de julgamento em um processo? Não é

⁸⁷ Maximiliano (1995: 210).

demais lembrar, também, que toda a análise é feita supondo como sujeito cognoscente de todo o processo o juiz profissional, esclarecimento necessário por saber-se que nos países em que o raciocínio analógico é a regra (os da tradição de *common law*), parte do processo tem como sujeito o corpo de jurados, cuja atuação, conforme justificado no capítulo introdutório, não é objeto desta tese.

O raciocínio analógico tem por objetivo dar sentido a uma individualidade que, em um primeiro momento, não se consegue classificar. É utilizado profusamente nas ciências naturais para efetuar uma classificação primeira, provisória, de um ser ou fenômeno novo, ou que pelo menos assim parece ao observador. Observam-se algumas características essenciais do ser ou fenômeno e se busca, entre as classes de seres ou fenômenos já conhecidas, alguma que ostente pelo menos parte dessas características. Com isso, opera-se a classificação, que tem como consequência imediata a presunção, pelo pesquisador, de que o novo ser ou fenômeno partilha com os demais componentes da classe as características que a definem, independentemente de observação direta. Eventualmente o cientista se depara com um ser ou fenômeno inclassificável, mesmo por analogia, o que o obriga a criar, com base em algum critério, uma classe nova para abrigá-lo, classe esta que nada impede seja habitada apenas pelo exemplar então encontrado.

O raciocínio analógico em Direito segue os mesmos passos, mas difere quanto ao ponto de partida e aos objetivos. Os fatos entram primeiro em linha de conta e o conhecimento sobre eles deve ser amplo. Sigamos Weinreb:

A função judicial de um tribunal é determinar o resultado de uma controvérsia concreta e específica em todas as suas particularidades. [...]

O ponto de partida para uma decisão judicial são os fatos efetivos de uma controvérsia entre duas ou mais partes. [...] Naturalmente, as peças processuais e as argumentações orais dos advogados iniciam-se com uma enunciação dos fatos do litígio. O mesmo se passa com as sentenças judiciais. É por causa desses fatos e desse litígio que os advogados e o juiz estão em juízo; por ora, é só o que eles têm em comum.⁸⁸

⁸⁸ Weinreb (2008: 54-55).

Dizer que o ponto de partida são os fatos não significa, é importante ressaltar, que durante o processo de conhecimento o juiz não vá formando sua convicção acerca da qualificação jurídica e do precedente ou precedentes aplicáveis. A própria exposição inicial dos fatos, nota Twining, “*provê uma oportunidade para sugerir as categorias a serem utilizadas e os níveis apropriados de generalidade para formular com maior precisão o problema ou questão que emerge dos fatos*” ⁸⁹. No caso da exposição inicial pelo advogado, inclusive, isso será feito a partir da perspectiva que interessa ao cliente, o que significa, pelo menos, enfatizar aspectos de fato e omitir outros. Apesar disso, o termo de comparação que deve ser levado em conta pelo juiz não é uma hipótese fática, mas os fatos tal como narrados nos precedentes invocados pelos advogados e naqueles que ele mesmo eventualmente veja como passíveis, em princípio, de utilização para solução do caso. É esse aspecto do termo de comparação que obriga o juiz, logicamente, e não cronologicamente, a formar um juízo sobre os fatos que seja o mais amplo possível.

É depois de formado o juízo sobre os fatos (*p*), portanto, que o juiz do caso escolhe, entre os casos anteriores previamente selecionados, aquele que mais se assemelha ao caso atual nos aspectos relevantes (*p'*). Seu objetivo, ao contrário do que ocorre nas ciências naturais, não é meramente classificatório, embora a qualificação jurídica certamente seja um resultado do processo. O que realmente importa ao juiz é encontrar um caso anterior cujas semelhanças com o caso novo sejam suficientes para justificar a adoção, no último, da mesma solução que foi dada ao primeiro (*q*). A exemplo do que ocorre nas ciências naturais, eventualmente o juiz pode deparar-se com um caso singular quando comparado a qualquer dos anteriores, isto é, que apesar de semelhante tem também uma ou mais dessemelhanças relevantes que tornam injustificada a adoção da mesma solução, exigindo a criação de solução específica.

Tal como ocorre no caso da subsunção, também aqui o método de justificação influencia o contexto de descoberta. É que tomar os fatos como ponto de partida para somente depois (em termos lógicos, não necessariamente cronológicos) obter a qualificação jurídica do caso favorece uma apreensão dos fatos menos restritiva. Como não há uma regra genérica entrincheirada a guiar o processo de conhecimento, não se faz previamente a hierarquização entre fatos relevantes e irrelevantes, o que permite ao juiz formular questões genéricas sobre o que aconteceu e conhecer com maior plenitude todas as circunstâncias em que a ação ocorreu. É significativo que na Inglaterra, berço da

⁸⁹ Twining (2006: 297).

common law e onde o raciocínio analógico é a forma por excelência da aplicação do Direito ⁹⁰, a parte que ajuíza ação em matéria civil somente tenha a obrigação de relatar os fatos em que se baseia seu pleito, sem preocupar-se em qualificá-los juridicamente: cabe ao juiz fazer a qualificação, uma vez comprovados os fatos ⁹¹. Sabendo-se, porém, que o juiz não presencia os fatos como tais, cabe a pergunta: como saber o que são “todas as circunstâncias em que a ação ocorreu”?

Sem a arma da qualificação jurídica prévia para formular questões específicas sobre o passado, o juiz faz as perguntas ordinariamente feitas por qualquer pessoa que não tenha presenciado os fatos: o que aconteceu? Onde? Quando? Como? Por quê? Tais perguntas não podem ser respondidas, obviamente, de forma binária, com um sim ou um não, como as que são feitas quando a qualificação jurídica já está dada. A resposta a tais perguntas terá um caráter muito mais complexo, pois deverá ser capaz de organizar os diversos elementos da relação entre as partes no tempo e no espaço, bem como de qualificá-los pela menção a circunstâncias, modos de agir, intenções e motivos que levaram à ação. O conjunto tão completo quanto possível desses elementos é que configurará aquele caso como algo identificável, singular em relação a todos os demais casos, e, ao mesmo tempo, permitirá seu cotejo com precedentes que sejam vistos como possíveis paradigmas para seu julgamento. Ainda estamos longe de reunir tudo o que é necessário para explicitar a forma dessa resposta complexa, mas precisamos desde já nomeá-la: trata-se da forma narrativa, que será abordada no capítulo conclusivo desta tese. Por ora, é suficiente dizer que os elementos relativos à ação efetivamente ocorrida serão reunidos narrativamente, o que significa, em primeiro lugar, em uma linha temporal, mas também articulados sob o signo da plausibilidade que se espera de tudo o que ocorre no mundo real.

⁹⁰ Sobre o uso de precedentes no Reino Unido, dizem Bankowski, MacCormick e Marshall (in MacCormick & Summers (1997: 323): “Nosso sistema é de relativamente rígida aplicação de precedentes, e isso se aplica mesmo quando um precedente não é vinculante em sentido estrito. Um precedente é simplesmente qualquer decisão anterior de qualquer tribunal que dá suporte a uma analogia legalmente significativa para o caso atual sob apreciação do tribunal. Se a decisão anterior for de um tribunal hierarquicamente superior ao que está decidindo o caso novo, será um precedente vinculante que deverá ser seguido a menos que o novo caso possa ser distinguido sob algum aspecto significativo de fato ou de Direito. Nos demais casos, será um precedente persuasivo, possivelmente uma analogia relevante para a decisão do caso presente; ou pode ilustrar uma linha divisória jurídica importante entre uma classe de casos e o caso agora sob julgamento”.

⁹¹ Zuckerman (1986: 491). Em matéria penal, ao contrário, é necessário indicar, no indiciamento, a ofensa pela qual o acusado deve responder. O objetivo, porém, não é classificatório, mas sim garantir a possibilidade de exercício adequado da defesa.

São as partes que primeiro oferecem resposta a essas perguntas do juiz, cada qual apresentando, no início do processo, sua própria narrativa com pretensão de verdade, as quais terão maior ou menor grau de convergência. Tais narrativas contêm o primeiro “conjunto dos fatos” que será levado em conta pelo juiz, não importando que nesse momento façam parte do conjunto afirmativas incongruentes como “paguei” (dito pelo réu) e “não pagou” (afirmado pelo autor), pois esse conjunto inicial apenas chamará a atenção do juiz para aquilo que precisará ser objeto de prova (no caso, o fato do pagamento, para saber se ele ocorreu ou não). Somente depois da instrução do processo (momento da produção e análise das evidências) é que outro conjunto de fatos se estabilizará, composto por elementos tidos como verdadeiros, sendo esse conjunto que lhe servirá de base para julgar.

O problema da atribuição de valor de verdade aos fatos narrados, que está na base da formação da narrativa do juiz, é objeto dos capítulos seguintes. Por ora, vejamos como a narrativa é utilizada para efeito de raciocínio analógico. Uma primeira aproximação revela diferença importante com relação à subsunção: a narrativa, por definição, narra *ações*, eventos dependentes da atuação de agentes humanos. Vimos que é justamente no tocante às ações que o método subsuntivo enfrenta maiores dificuldades, pois ações passadas que não se transformaram em outro evento (como um documento) não podem ser apropriadas pelos termos da regra de Direito sem perda de conteúdo. A razão disso, porém, só fica clara quando se toma a narrativa como contraponto: ações reais são narráveis, para elas as definições dos termos que a representam no enunciado normativo não podem fazer mais do que ajudar a identificar certo aspecto (por exemplo, causar morte de outrem é matar), mas a ação como tal nunca se restringe ao aspecto definível (a morte específica que é julgada ocorreu de certo modo, em certo lugar e sob inúmeras outras circunstâncias que precisam ser sabidas). A definição pode ser suficiente no caso de alguns tipos de agentes (como pessoa), de certos objetos da ação (como bem móvel) e das ações que denominamos formalizadas, mas não o é no caso da ação que não é representada por uma forma que a sintetiza. Só consigo dizer uma ação real narrando-a, só assim se capta a particularidade de cada evento ocorrido por obra de ação humana. Mais do que isso: ação sem narração somente ocorre uma vez, no momento mesmo em que está sendo praticada. Depois disso, só há ação narrada.

Isso não significa que o narrador não faça suas seleções e muito menos que só exista uma narrativa fiel de qualquer ação. Ao contrário, a narrativa tem um objetivo

ordenador da realidade e para criar essa ordem é elaborada a partir de um ponto de vista específico, de acordo com o objetivo de quem olha para os fatos. Assim, uma psicóloga narrará um homicídio de maneira diferente da promotora de justiça e a jornalista o fará de uma terceira maneira. A razão para isso não é somente (embora também o seja) um viés de percepção, mas decorre do fato de que cada um desses narradores quer construir uma história com sentido, e esse sentido é dado pelas assunções mais fundamentais de cada narrador e pelos objetivos para os quais a narrativa é construída ⁹². A psicóloga dará aos motivos um peso maior ao narrar a ação do que a promotora, que dirigirá o foco para a crueldade do crime, ao passo que a jornalista poderá ocupar-se principalmente da complexidade dos atos preparatórios do crime que permitiram ao criminoso executá-lo sem que ninguém suspeitasse. Nenhuma das narrativas será mais verdadeira do que a outra porque não são comparáveis. Isso não significa, porém, que o relativismo impere, pois no interior de cada tipo de discurso há regras a serem respeitadas e há um objetivo a cumprir. Mesmo a narrativa aparentemente mais livre de amarras dentre as três utilizadas como exemplo, que é a do jornalista, precisa cumprir o objetivo de fornecer informações, não podendo perder-se completamente na análise da inteligência do criminoso.

Faz parte do ofício do advogado narrar a história, em juízo, a partir do ponto de vista de seu cliente, o qual não está necessariamente contaminado por deliberada intenção de falseamento, mas pode consistir simplesmente na organização da história segundo as expectativas e impressões desse mesmo cliente. Pense-se em um contrato de compra e venda em que o cliente fica descontente com o produto, não por ser ele defeituoso, mas porque não correspondeu à expectativa gerada pelo vendedor no momento da venda. O consumidor sabe que não houve nenhuma ilegalidade, estritamente falando, no comportamento do vendedor, e sabe que recebeu o produto comprado em perfeitas condições. Não está ele, porém, justificado em considerar-se enganado e, por isso, pretender receber de volta o dinheiro despendido pelo produto? Não nos deixemos levar pelo argumento de que seria difícil ao consumidor provar que foi enganado, pois isso é matéria referente a prova, e não à origem da narração. Para esse fim específico, é difícil negar que mesmo à luz da lei o cliente tem razão, pois não lhe foi garantida informação

⁹² MacCormick (2005: 216) observa, nesse sentido, que o final da narrativa é sempre conhecido pelo narrador antes que ele a inicie, servindo inclusive para que ele escolha o ponto em que ela tem início.

adequada ⁹³. Pense-se agora, no mesmo exemplo, na loja que vendeu o produto e é chamada a defender-se na ação ajuizada pelo consumidor. Que há de errado na narração do lojista que, informado pelo vendedor que nada ocorreu de anormal durante a venda (e não ocorreu mesmo, pois o vendedor sempre louva as qualidades do produto!), consiste na simples frase: “nada foi prometido ao consumidor que não esteja no manual de informações que acompanha o produto e que lhe foi entregue”. A discussão acabará sendo sobre o que seria razoável esperar em termos de informação ao consumidor, mas engana-se quem pensa que a solução será encontrada por meio de uma definição precisa de “informação adequada”; tal definição, na verdade, somente pode ser extraída diretamente desse e de qualquer outro caso concreto, são as particularidades de um caso que determinam o que é ou era adequado ⁹⁴.

É o juiz o destinatário dessas duas narrativas hipotéticas e de todas as narrativas feitas pelas partes em todos os processos sob sua responsabilidade. Para resolver o caso analogicamente, deverá primeiro construir sua própria narrativa, a qual deverá ser feita a partir do ponto de vista que lhe é próprio e visando ao objetivo de julgar um caso de acordo com o Direito. Um dos objetivos centrais desta tese é justamente analisar a formação dessa narrativa, o que será feito no quinto capítulo. Para os fins atuais basta fixar que o raciocínio analógico por ele desenvolvido deverá ter por base a narrativa que, depois da instrução do feito, terá sido capaz de construir. E para diferenciá-la das outras espécies de narrativa jurídica, chamemo-la a partir de agora de narrativa judicial.

Se isso é verdade, fica claro que a comparação com o caso anterior será feita por meio da comparação das respectivas narrativas judiciais. Se a justificativa para utilizar o raciocínio analógico para decidir casos é que por meio dele é possível garantir uniformidade de decisões para situações semelhantes e que casos distintos sejam julgados distintamente, é a comparação de narrativas que permite apurar a semelhança ou dessemelhança, pois é por meio delas que se pode saber que ações foram efetivamente praticadas, quem as praticou, em que circunstâncias, com que intenção, sob qual motivação e o que resultou dessas ações. Daí ser necessário que ambos os julgamentos – o do

⁹³ O Código de Defesa do Consumidor brasileiro estabelece ser direito do consumidor a “informação adequada sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, inciso III).

⁹⁴ Instrutivas as diferentes soluções dadas a casos de responsabilidade pela evicção em duas situações muito semelhantes, de venda de automóvel, mencionada por Jackson (1988). A única diferença entre os dois casos que foi decisiva para, em um deles, reconhecer-se a responsabilidade do vendedor e, no outro, afastá-la, foi a maior vulnerabilidade (não tratada sob esse termo) da segunda compradora.

precedente e o do caso novo – estejam estruturados, quanto à exposição dos fatos, em narrativas que contemplem, para cada caso, respostas a essas mesmas perguntas. Vejamos com que material trabalha o raciocínio analógico em relação a cada uma das perguntas:

a) em relação ao agente que praticou a ação – não se tratará, nos dois casos, do mesmo agente ⁹⁵, por isso é preciso ver se aquele do caso novo pode ser assimilado àquele do caso antigo. Isso pode ser feito por meio de categorias jurídicas (comprador, vendedor, locatário etc.), mas não se resume a isso. Podem-se levar em conta idade, classe social, experiência profissional, formação acadêmica, posição hierárquica e uma série de outros fatores para compreender o novo agente do mesmo modo que aquele que foi personagem do precedente;

b) em relação à ação propriamente dita – o núcleo semântico do verbo de ação (por exemplo, matar = tirar a vida de outrem), quando dotado de mínimo grau de precisão, será um bom começo para o raciocínio analógico, mas é-lhe inseparável o modo pelo qual a ação se deu, a resposta ao “como?”. Se o verbo é o núcleo, a resposta ao “como?” fornece detalhes que além de em si mesmos significativos e comparáveis (com uso de faca, em um homicídio; por interposta pessoa, no fechamento de um contrato questionado), podem permitir uma categorização por meio de um advérbio (cruelmente, cuidadosamente, imediatamente) que facilita a comparação e pode ser decisivo para o julgamento;

c) em relação às circunstâncias – entre as categorias mais comuns, contam-se os aspectos relativos ao lugar da ação (em casa, na rua com multidão, no trabalho, em local ermo, em área urbana, em fazenda, no campo de futebol), ao momento (à noite, de dia, logo depois do nascimento do filho, durante a crise econômica, depois de ser demitido e humilhado pelo patrão), ao contexto (em bando, sozinho, na companhia da esposa, sem conhecimento do sócio). A apresentação desse rol de categorias é, de qualquer modo, apenas uma tentativa de enquadrar as circunstâncias, pois sob esse título se conta todo o ambiente que rodeia o agente, que é sempre único para cada ação praticada e, portanto, somente passível de conhecimento a partir da análise de suas peculiaridades.

⁹⁵ Não há necessidade de adotar uma perspectiva radicalmente heraclitiana para pensar que mesmo se for a mesma pessoa que praticou nova ação análoga à primeira, o agente não será o mesmo. Pense-se na reincidência criminal: do ponto de vista jurídico, a mesma pessoa que era primária passou a ser reincidente, isto é, seu status jurídico para fim de julgamento não é o mesmo e isso tem consequências não só para o resultado do julgamento como para a própria apreciação de quem julga, o qual fica menos propenso a duvidar da culpabilidade do agente.

O que importa, para o julgamento com base no raciocínio analógico, é que as narrativas contenham detalhes suficientes para permitir tratar o caso como semelhante, quando for o caso, ou como distinto, quando não for. Não por acaso, nas decisões judiciais tomadas no Reino Unido, *“a asserções sobre os fatos são sempre bem detalhadas, de modo suficiente para possibilitar que se leiam quaisquer regras que elas contenham à luz do contexto factual com base no qual elas foram proclamadas”*⁹⁶. Isso nos remete à observação de Schauer referida no capítulo anterior sobre as justificativas que estão por trás da regra e que se perdem quando a regra se torna entrincheirada: no sistema de julgamento por analogia com precedentes, essas justificativas não se perdem e a semelhança ou distinção entre os casos as leva em conta.

É preciso haver critérios para identificar semelhança ou dessemelhança. O principal critério é o da relevância do aspecto em que a semelhança se manifesta, que Copi exemplifica do seguinte modo: um médico infere que determinado medicamento fará bem para o novo paciente (Sr. Black) com base no fato de que paciente anterior (Sr. White) *“melhorou com ele, quando um teste de sangue mostrou, exatamente, o mesmo tipo de germes em seu organismo, o qual se encontra, agora, no organismo do Sr. Black”*⁹⁷. Acrescenta que outras semelhanças entre os dois pacientes, como serem clientes do mesmo alfaiate, terem a mesma marca e modelo de carro, o mesmo número de filhos e terem nascido sob o mesmo signo zodiacal são irrelevantes. O que diferencia a primeira semelhança considerada das demais é que ela denota a propriedade (a doença específica) com a qual o medicamento se relaciona causalmente, no caso, para curá-la, que é o objetivo do médico que faz a inferência; a causa é, assim, o princípio explicativo que dá relevância a certo aspecto e que permite tratar dois casos como semelhantes.

Quando se trata de casos que alguém propõe sejam tratados como análogos, o princípio explicativo é uma combinação de dois elementos da rede conceitual da ação: motivos e circunstâncias. O que é relevante saber é se alguém teve motivos para agir como agiu nas circunstâncias em que se encontrava, e se esses motivos são equivalentes àqueles que, em circunstâncias comparáveis sob algum aspecto, foram considerados justos ou injustos para o agente do caso utilizado para comparação. Como discutido no capítulo anterior, uma ação imotivada é, de saída, considerada não razoável, não é compreendida e é reprovada. Ser motivada, porém, não garante que a ação seja aprovada: o motivo pode ser

⁹⁶ McCormick & Summers (1997: 322).

⁹⁷ Copi (1978: 321).

justo ou injusto, sendo papel do Direito definir o que cai sob cada classe, o que, no caso do raciocínio analógico, ou já está definido em um precedente ou terá de ser estabelecido pela primeira vez no caso novo. E é importante entender o que o precedente utilizado como paradigma enuncia: “esse conjunto de fatos justifica/não justifica a ação do agente”, isto é, os fatos apurados, em seu conjunto, são considerados motivos justos/injustos para a ação praticada.

Relacionar o julgamento das ações com os motivos que cada agente possa invocar para fazer o que fez fornece um novo critério para separar fatos relevantes de irrelevantes: será relevante qualquer fato ou circunstância que possa ser tido como motivo para o agente agir como agiu, não importa se justo ou injusto. O julgamento de um caso por meio do raciocínio analógico dirá, em síntese, se o agente teve motivos justos para agir como agiu. Chegará a essa conclusão com base em uma narrativa que contemple todos os elementos que, apurados no processo de conhecimento, possam ser considerados motivos para agir.

Se o raciocínio analógico fosse adotado no exemplo de Roermund abordado no tópico anterior, toda a complexidade do caso se refletiria no julgamento, o que não significa que o resultado seria diferente, mas essa possibilidade se abriria. Lembre-se que poderia não haver uma regra geral e inafastável proibindo a eutanásia e a consideração integral do relato apresentado pelo acusado poderia ser tida como justificativa suficiente para que agisse como agiu. Esse resultado poderia ser obtido por comparação com outro caso análogo em que justificativas semelhantes houvessem sido consideradas suficientes para afastar a pena, tendo se operado a absolvição. Mas também poderia ser obtido por outra via: pelo fato de tratar-se de caso com justificativas fortes, que nunca antes haviam sido apresentadas, levando o julgador a concluir com base nesta dessemelhança que a solução deveria ser diferente das anteriores, havendo, por exemplo, pela primeira vez uma absolvição de médico que expressamente admitiu ter agido, a pedido do paciente, de modo a causar a morte deste. Analisemos as duas hipóteses.

Quanto à primeira hipótese, o simples fato de poder imaginar a existência de uma decisão anterior em que o resultado houvesse sido a absolvição em razão da presença de justificativas relevantes é digno de nota. É que tal decisão anterior teria levado em conta distinções fáticas entre esse caso e os outros que haviam sido julgados. Não existindo uma regra geral acerca da eutanásia, o juiz pode olhar para as particularidades do caso e julgar se as justificativas apresentadas são razões suficientes para absolver o réu. Ao julgar o caso

novo, o juiz o considera análogo a esse, e não àqueles em que o réu foi condenado, por faltarem justificativas suficientes. Fatos diferentes, no passado, geraram dois parâmetros diferentes de comparação, dando opção ao juiz. A segunda hipótese, como a essa altura já ficou claro, é exatamente aquela em que é feita a distinção inaugural. É aquela para a qual até então não houvera similar. Aquela, enfim, em que as peculiaridades foram consideradas tão relevantes para o que estava em jogo que o juiz as levou em conta para proferir resultado até então único, apropriado ao caso. Raciocínio análogo – com perdão pelo trocadilho – valeria para a situação de nosso autor que, em plena vigência da vedação ao divórcio, pedia ao juiz para casar-se novamente.

O risco para o raciocínio analógico é considerar cada caso tão particular que a própria analogia se torne impossível, o que impediria a utilização do Direito para orientação na vida ordinária e abriria o flanco à velha acusação de que as decisões judiciais impõem obrigações e reconhecem direitos retroativamente. Para evitar que isso ocorra, utiliza-se o mesmo procedimento generalizador que está na origem das normas legisladas, isto é, os fatos que compõem o relato do caso que serve de precedente são tratados como típicos de uma classe de eventos à qual podem ser considerados pertencentes (como “causar dano a veículo de outrem com seu próprio veículo” pode ser classificado em “causar dano a outrem”), trabalho que cabe tanto aos próprios órgãos julgadores quanto à doutrina. O que não deixa de ser uma rendição à pretensão da premissa maior do método subsuntivo de impor-se a fatos futuros como parâmetro geral ou universal.

Uma última observação no que se refere ao raciocínio analógico faz-se necessária. Já dissemos que nossa intenção é traduzir o funcionamento desse raciocínio em termos típicos, independentemente de sua correspondência a uma prática real. É assim que deve ser interpretada, por exemplo, nossa afirmação sobre a precedência do olhar sobre os fatos, ao invés das regras: se alguém olhar primeiro para as regras, não raciocinará analogicamente. Do mesmo modo, é importante ressaltar que esse modo operativo do raciocínio independe de o ordenamento jurídico permitir a utilização vinculante de precedentes para decidir casos futuros. Qualquer advogado militante já se deparou, no Brasil, com inúmeras decisões de tribunais em que o fundamento se resume a uma lista de precedentes do mesmo ou de outro tribunal, o que significa que o órgão que decide está implicitamente afirmando a analogia entre o caso por ele julgado e os casos anteriores. É fácil ver que a importância da correta compreensão do funcionamento do raciocínio analógico como tal é ainda maior para esse tipo de prática do que nos sistemas que

preveem a vinculação, pois nem mesmo a autoridade dos precedentes citados pode ser invocada e a responsabilidade de invocá-los torna-se ainda maior.

Feitas essas considerações, é necessário e útil confrontar os dois métodos.

3.4 Síntese

Os dois métodos de avaliação da correspondência entre fatos do caso e regras de Direito têm como ponto em comum evidente o utilizar-se das manifestações das partes para obter o quadro fático inicial a partir do qual o processo se desenvolverá. Essa única coincidência pode significar muito para uma tentativa de combinação ou aproximação dos dois métodos, que é o que se tentará fazer a seguir.

Mencionado o ponto em comum, façamos agora o inventário das diferenças entre os dois métodos:

Métodos Aspectos comparados	Subsunção	Raciocínio analógico
Ponto de partida da comparação	Definições dos termos contidos na regra de Direito	Narrativa das partes sobre os fatos do caso a julgar
Objetivo da instrução	Verificar se os fatos confirmam ou negam os termos contidos na norma	Saber o que aconteceu entre as partes
Objeto da comparação	Parcelas dos fatos do caso que confirmam ou negam os termos contidos na norma	Narrativa dos fatos do precedente análogo
Elementos fáticos melhor captados e pouco problemáticos	Agentes naturais e formais, ações formalizadas	Ações não formalizadas e suas circunstâncias
Critério para seleção de fatos relevantes	Utilidade para confirmar ou negar os termos contidos na norma	Capacidade para servir de motivo para a ação
Forma de seleção dos fatos relevantes	Os fatos relevantes estão nas perguntas feitas, não há resposta que possa captar fatos irrelevantes	Classificação, seleção e descarte são feitos depois da instrução
Tipificação dos fatos	Feita previamente, como hipótese	Resulta do processo de formação do juízo

As diferenças são muitas e demonstram aquilo que se afirmou no começo do capítulo: o método subsuntivo tem a regra de Direito como referência central, ao passo que o raciocínio analógico dá prevalência às particularidades do caso, as quais se revelam pela consideração abrangente dos fatos. Para uma tese que parte do postulado de que a apreensão adequada dos fatos é decisiva para a justiça da decisão, a superioridade do raciocínio analógico como método de aferição da correspondência dos fatos à regra é evidente. Isso não significa que não haja qualidades no método subsuntivo, que este não possa adaptar-se para adquirir algumas das qualidades ostentadas pelo raciocínio analógico e que este último não tenha que valer-se, em algum grau, do raciocínio subsuntivo.

Sobre as qualidades do método subsuntivo, lembre-se primeiramente sua adequação para lidar com termos de definição mais estrita, entre os quais elencamos os agentes naturais e formais e as ações formalizadas, mas que também inclui uma infinidade de instrumentos e objetos da ação. Em todos esses casos a subsunção deve pelo menos ser testada e normalmente será suficiente para dar conta dos elementos que compõem o conjunto dos fatos. Note-se que o próprio raciocínio analógico utiliza definições para apreender fatos e em se tratando dessas espécies de termos a maneira de identificá-los é, sim, por subsunção.

O problema, para o método subsuntivo, são os termos que denotam ações, porque as ações reais sempre sobram com relação às definições contidas em uma única regra de Direito. Partir da regra significa abdicar de conhecer todos os fatos ocorridos e olhar apenas para os que são relevantes segundo o corte feito pelo enunciado da regra. A prática revela, porém, que essa deficiência pode ser corrigida por meio daquilo que faz a virtude do raciocínio analógico, que é dar atenção aos fatos independentemente da qualificação jurídica. Isso não significaria abandonar a premissa maior e, portanto, o próprio método subsuntivo, mas apenas deixá-la como que à espera da narrativa judicial como uma boa hipótese que, conforme o conteúdo dessa mesma narrativa, será mantida ou descartada. Significaria apenas retirar o peso que a premissa maior exerce sobre a instrução e deixar que os fatos emergjam. Mas essa proposta coloca uma dificuldade. No raciocínio analógico a comparação se faz entre duas narrativas, as quais, ao menos potencialmente, podem ser construídas segundo as mesmas regras e têm a mesma forma, ao passo que a proposta ora formulada resultaria na comparação de uma narrativa com a definição contida em uma norma; isso é possível?

Por tudo aquilo que se expôs acima, defendemos que isso é, sim, possível e é feito, na prática, com frequência. Essa nova premissa maior é mais humilde em um segundo sentido (o primeiro, lembremos, é deixar de impor-se sobre a instrução): ela admite que a definição de um termo denotativo de ação é sempre passível de complementação, porque sua textura é mais do que aberta, é escancarada, posto tratar-se do termo presente na norma cuja concretização está sempre sujeita à criatividade do agente. Dois ramos do Direito contêm inúmeras manifestações desse fenômeno e o exemplificam muito bem: o Direito Comercial é pródigo em práticas que, inicialmente estimuladas por norma consolidada (o contrato de mútuo, por exemplo), extrapolam em muito o previsto e depois tornam-se elas mesmas práticas tipificadas normativamente; e no Direito Tributário as autoridades fiscais estão sempre correndo atrás de criativas práticas atípicas dos contribuintes, fazendo de tudo para “equiparar” (olha aí a analogia sob capa de interpretação extensiva...) uma nova prática a outra que configura fato gerador.

Também o Poder Judiciário reconhece essa textura aberta diariamente em suas decisões e preenche o sentido da norma com os fatos do caso. O exemplo mais gritante é sem dúvida o do modificador “razoavelmente”: agir razoavelmente, seja qual for a ação praticada, é sempre agir com motivos suficientes para o contexto específico dado, o que só se revela pela narrativa. Os próprios núcleos dos conceitos de muitas ações são preenchidos todos os dias por juízes a partir da narrativa dos fatos, sobretudo quando o verbo comporta modalidades tácitas, tais como consentir, perdoar, novar, ceder. Mas é bom lembrar que a consideração das narrativas completas é ainda mais importante para afastar a aplicação de uma norma, o que ocorre quando os fatos são tais que não se consegue fazê-los entrar nos conceitos nem mesmo pela porta escancarada de sua textura. É nesse momento que se revela a qualidade dos fatos narrados para revelar diferenças entre situações, as quais podem justificar soluções diferentes.

Não há nada de novo, portanto, naquilo que se propõe, exceto, talvez, o caminho adotado para chegar-se à consciência do fenômeno. Mas a proposta requer detalhamento, o que passa pela exposição acerca de como se justifica o ingresso de um fato na narrativa judicial, objeto do próximo capítulo.

CAPÍTULO 4

VERDADE JUDICIAL

Este capítulo trata da matéria de que é feito o discurso judicial sobre os fatos, assuma ele a forma narrativa ou a forma abreviada de mera resposta a questões pontuais. O que o juiz enuncia sobre os fatos, sob uma ou outra forma, tem como conteúdo elementos de origem diversificada. Há aqueles, raros, que ele obtém por contato direto, imediato, como quando o caso diz respeito a um prédio histórico cuja demolição é requerida e que ele decide visitar em inspeção judicial acompanhado do perito por ele nomeado para entender o que está em jogo. Ao retornar a seu gabinete, o juiz terá que reduzir o percebido a discurso, o qual terá por base, em caráter excepcional, esse contato direto e imediato com o objeto da controvérsia. Diz-se que se trata de exceção porque a maior parte dos elementos que entram em conta para compor o conjunto fático que será considerado para decidir é obtida por meio de evidências levadas para dentro do processo por outrem (normalmente as partes) ou por presunções, sendo a combinação de ambas que resultará no discurso final do juiz sobre os fatos sobre o qual se baseará a decisão.

A ideia de que a decisão judicial deve ser feita com base na verdade dos fatos que deram origem ao processo é inseparável do postulado de que cabe ao juiz decidir com justiça. Decidir, afinal, é dizer se alguém teve razão de agir como agiu em determinado contexto, o que exige que se estabeleça a verdade do contexto e da ação praticada. A mais sagaz e precisa interpretação de uma regra de Direito não é suficiente, por si, para garantir que a justiça se faça, pois ela nada mais é do que o critério à luz do qual ações são julgadas conformes ou desconformes ao Direito. Não é casual, em nosso ordenamento jurídico, que se denomine processo de conhecimento ao processo judicial cuja decisão baseia-se na apuração daquilo que ocorreu, e isso mesmo que o mérito não venha a ser julgado ⁹⁸. Mesmo a atuação do juiz em processos de execução comporta certo grau de cognição: no processo de execução penal, de forma bastante ampla, para avaliar presença de requisitos

⁹⁸ As decisões que extinguem o processo sem examinar o mérito também podem ser entendidas, em sentido amplo, como decisões nas quais se dá razão a uma das partes depois da apuração de fatos. Se o motivo da extinção é ilegitimidade da parte autora, o que o juiz está dizendo é que à luz dos fatos ela não tem direito pessoal a defender. Se a ilegitimidade reconhecida é a da parte ré, diz-se que os fatos não autorizam concluir que ela responda ao pedido. Se o fundamento é falta de interesse de agir, o que se diz é que os fatos mostram não haver necessidade ou faltar adequação à ação instaurada. E assim por diante. Mesmo motivos meramente processuais de extinção, como a perempção, só podem ser declarados depois de apurado o fato da reiterada desídia da parte em dar andamento ao processo.

para progressão de regime, por exemplo; e na execução civil, no mínimo para aferir veracidade do título executivo, mas também a respeito da solvência do executado, da presença de requisitos para desconsiderar personalidade jurídica, do cometimento de fraude por parte do executado.

É preciso, portanto, que se saiba o que é essa verdade que se busca no processo e, principalmente, que grau de verdade é possível alcançar. Há limites tanto em relação àquilo que se pode esperar descobrir quanto no tocante ao que efetivamente se descobre, limites estes que decorrem, em primeiro lugar, da distinção fundamental entre o trabalho do juiz e de qualquer cientista em busca da verdade. Enquanto o cientista orienta-se exclusivamente pela busca da verdade para realizar seu trabalho e pode simples e honestamente declarar que não a encontrou, o juiz tem que finalizar o processo de conhecimento e decidir com os elementos que obtiver, seja qual for a qualidade desses elementos para expressar a verdade e ainda que deles nada se possa concluir acerca de algum fato relevante. Deixar de condenar alguém, civil ou penalmente, por falta de prova, é considerar que o fato que poderia levar à condenação não ocorreu, o que, muitas vezes, pode não corresponder à verdade. Algumas regras chegam a vedar ao juiz conhecer a verdade em nome de outro valor, caso da proibição de admissão, no processo, de provas ilicitamente obtidas. A técnica das presunções, por sua vez, é central para suprir esse déficit epistêmico, servindo, entre outras coisas, para que o juiz possa compor um quadro completo dos fatos, sendo o papel relativo de evidências e presunções na narrativa judicial o aspecto mais interessante da construção da última sob o ponto de vista da verdade.

As limitações impostas ao conhecimento dos fatos têm origens diversas. Podem variar, por exemplo, conforme a concepção de processo que está por trás das normas que o regem ⁹⁹. No processo de tipo adversarial, dominante no modelo estadunidense, considera-se ofensiva a participação ativa do juiz na busca da verdade, que deve ficar a cargo das partes, segundo suas respectivas capacidades de obter evidências. No processo de tipo inquisitorial, que inspira nosso modelo e nele predomina, reconhece-se

⁹⁹ Taruffo expõe a questão em boa síntese: “Se se considera, por exemplo, que a função do processo se esgota na celebração de um ritual dirigido a legitimar a solução de uma controvérsia em um contexto social e cultural específico, isso implica um nítido desprezo ou uma completa anulação da dimensão epistêmica do processo, particularmente se no contexto em questão a determinação da verdade dos fatos não está dotada de nenhum valor. Analogamente, se se considera que a função do processo se esgota no desenvolvimento de uma competição procedimentalmente correta entre indivíduos privados, a busca da verdade torna-se estranha e não significativa com relação à dinâmica da livre contradição entre as partes. Do mesmo modo, se se considera que o fim do processo é exclusivamente o de colocar fim *a todo custo* à controvérsia, sem que seja relevante a qualidade da decisão que conclui o procedimento, a busca da verdade parece irrelevante ou, inclusive, contraproducente.” Taruffo (2010: 157-158).

ao juiz papel mais ativo na busca da verdade, sendo-lhe permitido, por exemplo, determinar a produção de provas de ofício. Também medidas de política judiciária podem limitar o cumprimento da função epistêmica do processo de conhecimento, sendo exemplo as que visam a garantir maior celeridade em seu trâmite sob o argumento de que justiça que tarda não é justiça¹⁰⁰. Esses exemplos servem para reforçar aquilo que já se afirmara, a saber, que a verdade não é o único valor a ser prestigiado no processo de conhecimento que leva a uma decisão. O que não se pode, porém, é cair no erro de negar-lhe valor algum: para o jurisdicionado, uma decisão baseada em evidente erro de fato é muito mais facilmente perceptível como errada e, consequentemente, como injusta, do que aquela em que o jurista vê erro de interpretação de normas jurídicas¹⁰¹. Se houvesse só essa justificativa para tentar, dentro das limitações impostas, chegar à verdade dos fatos no processo, ela seria suficiente. É essa verdade assim limitada, e que por isso mesmo deve ser sempre buscada em grau máximo, que denominamos, neste capítulo, verdade judicial.

Para abordar tais questões, o capítulo será dividido em quatro partes. Na primeira serão brevemente expostas e discutidas as teorias da verdade mais correntes. A seguir serão apresentados os dois grandes grupos de elementos que preenchem o discurso judicial sobre a verdade: evidências e presunções. Uma síntese conclusiva e preparatória do que se seguirá fechará o capítulo.

4.1 Teorias da verdade

Uma teoria da verdade judicial como a que se quer esboçar neste capítulo não pode ser construída sem que se tomem por referência teorias da verdade em geral. Em tese, uma teoria da verdade deve definir o que é verdade e estabelecer os critérios para aferi-la, mas na prática é comum que os critérios sejam eles mesmos o predicado que define verdade, fazendo com que o “nome” das teorias seja o do critério¹⁰². É exatamente o que ocorre com as quatro principais pretendentes: a teoria da *verdade como correspondência*, da *verdade como coerência*, a *teoria pragmática da verdade* e a teoria da *verdade como consenso*. Como costuma acontecer em Filosofia – e em Direito – há muitas versões para

¹⁰⁰ Nesse sentido, o direito à duração razoável do processo foi elevado a direito fundamental, no Brasil, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, pela inserção do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal.

¹⁰¹ Bentham, paladino da busca da verdade total no processo judicial, utilizou metáfora contundente para expressar essa ideia: “a injustiça e sua serva, a falsidade”. *Apud* Haack (2008: 1.053).

¹⁰² Cf. Haack (2002: 130-133).

cada uma dessas teorias. A exposição a seguir procura tomar a enunciação mais corrente de cada uma, salvo quando menciona especialmente a posição de um autor específico.

Talvez o mais célebre trecho sobre a verdade na História da Filosofia seja o seguinte, da autoria de Aristóteles: “*Dizer do que é que ele não é, ou do que não é que ele é, é falso, enquanto dizer do que é que ele é, ou do que não é que ele não é, é verdadeiro*”¹⁰³. Haack toma esse trecho como representativo de uma teoria semântica da verdade que, no século XX, será rediscutida e formalizada por Tarski. Teorias semânticas da verdade são aquelas que a definem em função da relação que uma proposição mantém com um referente. Diz-se, então, que a afirmação “a neve é branca” só será verdadeira se e somente se a neve é branca¹⁰⁴. Assim definida, uma teoria semântica estabelece a condição meramente formal que a proposição deve satisfazer para ser verdadeira, sem especificar um critério material que permita julgar a verdade daquilo que é enunciado. Tratar-se-ia então de um exemplo de definição de verdade independente do critério. Nesse sentido, nem Aristóteles nem Tarski teriam avançado ao ponto de postular que a relação entre a proposição e o referente deva ser de *correspondência*, pois fazer isso já é ir além da definição e estabelecer o critério para aferir a verdade. Apesar dessa precisão, que nos parece correta, o fato é que o trecho de Aristóteles citado é tido como representativo da teoria da verdade como correspondência¹⁰⁵.

Definir a verdade como correspondência é afirmar que a relação entre a proposição que enuncia algo sobre o ser e o ser que torna a proposição verdadeira é aquela pela qual a primeira expressa o segundo reproduzindo de modo fiel a sua ocorrência no mundo real e, nesse sentido, lhe corresponde. Não é nada simples determinar o que significa “corresponder”, sendo esse o grande problema a ser resolvido pela teoria. Uma das tentativas mais célebres de estabelecer critérios de correspondência no século XX, a de

¹⁰³ Utilizamos a tradução contida em Haack (2002: 144). No texto aristotélico, o trecho encontra-se no livro IV da Metafísica (1011b25, na notação para a obra completa de Aristóteles). Na edição utilizada neste trabalho: Aristóteles (1995: 1.597).

¹⁰⁴ O exemplo é de Tarski, in Haack (2002: 143-156).

¹⁰⁵ Haack afirma, em suma, que uma teoria semântica é gênero do qual uma teoria da verdade como correspondência é espécie, o que lhe permite classificar outras teorias nesse campo (como a teoria da redundância, de Ramsey). Uma comparação pode ilustrar essa ideia. No diálogo *Crátilo* Platão põe na boca de Sócrates a seguinte frase: “Sendo assim, a proposição que se refere às coisas como elas são, é verdadeira, vindo a ser falsa quando indica o que elas não são” (2001: 147). A proposição enunciada por Sócrates é a mesma de Aristóteles e a teoria da verdade subjacente pode ser classificada como semântica, mas o ser de Platão não é o do mundo real e não soa adequado reinterpretar a frase em termos de “correspondência”. Esse mesmo argumento, porém, poderia dar força à invocação da paternidade direta e deliberada de Aristóteles para a teoria da correspondência, pois poder-se-ia sustentar que a única interpretação possível da relação postulada no trecho transcrito, no contexto da obra de Aristóteles, seria a de correspondência. Contra essa ideia, porém, cf. Pereira (2010: 83-86).

Wittgenstein no *Tractatus Logicus Philosophicus* ¹⁰⁶, postulava que as proposições sobre o real deveriam ter a capacidade de funcionar como quadros que reproduzissem aquilo de que falavam (daí falar-se que a obra continha uma teoria pictórica do significado). Abraçadas pelo positivismo das décadas seguintes e mais tarde completamente rejeitadas por seu autor, as teses centrais do *Tractatus*, não obstante, expressam de maneira bastante eloquente qual é a ambição daqueles que adotam a perspectiva da verdade como correspondência: não se quer menos do que *reprodução*, no discurso, do objeto do enunciado.

No debate epistemológico contemporâneo, a teoria da verdade como correspondência não é defendida em termos tão fortes. Desde os questionamentos do empirismo à possibilidade de obter-se conhecimento verdadeiro a partir de métodos indutivos, em especial o desafio humiano à ideia de causa, passando pelas oscilações do próprio Wittgenstein e do positivismo lógico que ele, a princípio, influenciou, a ideia de correspondência assume tons moderados, em que se reconhece o papel de elementos empíricos para atender uma ideia de correspondência aproximada e probabilística, posição que será objeto de reflexões mais detidas no tópico seguinte, em que se abordará o papel das evidências para construção de um discurso sobre os fatos verdadeiros no processo.

Não é exagero afirmar que a quase totalidade dos teóricos e práticos do Direito, além dos jurisdicionados que se socorrem do Poder Judiciário, dá por certo que o postulado central da teoria da verdade como correspondência é aquele que deve informar tanto a busca dos fatos quanto sua exposição por parte do juiz que decide o caso. Seria surpreendente que assim não fosse, pois é essa a teoria dominante em todos os campos e ela é, como notam Abellán ¹⁰⁷ e Searle ¹⁰⁸, intuitiva. Seu questionamento radical ou apenas para apontar-lhe as limitações muito raramente se faz no ensino jurídico e nunca no curso mesmo da prática jurídica. Deve-se adiantar, porém, que um dos propósitos deste trabalho é justamente indagar da adequação dessa concepção para a totalidade da narrativa judicial sobre os fatos e refletir sobre os limites gerais dessa teoria mesmo nos casos em que,

¹⁰⁶ Wittgenstein (2001).

¹⁰⁷ Abellán (2010: 62): “O conceito de verdade como correspondência, à diferença do que ocorre com outros conceitos de verdade, é o que mais se adéqua às intuições dos falantes e, naturalmente, também às de quem participa de um modo ou de outro do procedimento judicial: quando no processo se pede a uma testemunha que diga a verdade, não se lhe está pedindo que diga o que estima útil ou seja coerente, mas sim que descreva os fatos tal como sucederam”.

¹⁰⁸ Searle (1995: 200).

durante o processo, ela aparentemente pode ser pressuposta sem maiores problemas. Esse teste, assim como o das demais teorias, terá início ainda ao longo deste capítulo.

As teorias coerentistas da verdade postulam que uma proposição é verdadeira se é coerente com as demais proposições de todo o sistema teórico ao qual pertencem. Considera-se que a apreensão e a organização de dados da realidade é sujeita a inúmeras perturbações e obstáculos que impedem a realização do programa da teoria da verdade como correspondência. Mais do que isso, qualquer conhecimento empírico só pode justificar-se como conhecimento verdadeiro se forem assumidas como verdadeiras algumas proposições não empíricas que lhe sirvam de fundamento, como “juízos feitos com base na experiência são verdadeiros”. Exemplo marcante desse tipo de discussão é a trajetória do positivismo lógico com relação às teorias da verdade: originalmente influenciados pela teoria pictórica de Wittgenstein, o que significava partir de uma teoria da verdade como correspondência, os sucessivos questionamentos sobre os critérios para aferir-se a verdade de proposições empíricas básicas os levaram à conclusão de que tais critérios são estritamente convencionais e, por conseguinte, a postular uma teoria da verdade coerentista¹⁰⁹.

Num sentido fraco, coerência é equiparada a consistência: basta, para uma proposição do sistema, que não haja proposição que lhe seja contraditória para que a primeira possa reivindicar-se verdadeira. Num sentido mais exigente, uma teoria da coerência exige que as proposições do sistema se dêem suporte mútuo, isto é, sirvam umas de fundamento às outras, numa espécie de fundamentação circular, para que possam todas ser tidas como verdadeiras. Uma nova proposição que seja incoerente no interior do sistema ou está errada (e a primeira providência é, então, revisar seus fundamentos) ou, se puder provar seu acerto, levará à modificação de tantas proposições quantas forem aquelas sobre as quais repercutir, o que pode, em situações extremas, exigir a revisão completa dos postulados básicos do sistema.

O Direito tem sido um campo propício para a aplicação da teoria coerentista. Embora tenham hoje menos apoio do que na primeira metade do século XX, postulados como o da completude e unidade do ordenamento jurídico têm como corolário a exigência

¹⁰⁹ Hempel (1935). O autor deixa claro, porém, que ao contrário do que muitas vezes se afirma de teóricos do coerentismo, os positivistas lógicos nunca afirmaram que as proposições empíricas básicas não eram importantes, apenas que sua verdade não pode ser provada em última instância. As proposições que formam os sistemas científicos e cuja verdade é avaliada segundo critérios de coerência têm fundamento nessas proposições empíricas, isto é, têm relação com a realidade, só o que se nega é que se possa dizer que a realidade corresponde ao que elas enunciam.

de coerência entre as proposições jurídicas ¹¹⁰ para que o ordenamento possa ser entendido como sistema ¹¹¹. Nesse sentido, uma norma infraconstitucional, legal ou regulamentar, assim como uma sentença, podem ser conhecidas e enunciadas na forma de proposições jurídicas, as quais podem ser testadas do ponto de vista de sua coerência com proposições do ordenamento dotadas de maior status no sistema. A simples ideia de que normas infraconstitucionais podem ser inconstitucionais do ponto de vista material expressa de maneira clara essa concepção. Na discussão acerca da interpretação jurídica, o problema da coerência é também onipresente. A “integridade” propugnada por Dworkin ¹¹², embora não se resuma a um chamado a que os juízes busquem coerência, tem nisso o seu principal ponto lógico. Para Peczenick ¹¹³, a coerência das razões que sustentam a interpretação é o índice por excelência da correção da argumentação que leva à decisão. Mas a faceta do coerentismo no Direito que nos interessa mais de perto não é aquela que se refere ao sentido das regras, mas aos fatos a serem objeto de julgamento, caso da abordagem de MacCormick, para quem, no processo de aplicação do Direito ¹¹⁴, o problema da coerência se manifesta como coerência normativa e coerência narrativa.

Do ponto de vista normativo, para MacCormick, a coerência serve de teste negativo, exatamente como nos sistemas teóricos da ciência em geral. Normas em geral e, especialmente, decisões judiciais, devem guardar relação de coerência com *“princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória”* ¹¹⁵. A busca da coerência se justifica (i) por estar em conformidade com uma certa concepção de racionalidade na vida prática; (ii) porque regras detalhadas serão arbitrárias se não forem desdobramentos de princípios mais gerais; (iii) porque a ligação aos princípios gerais garante maior inteligibilidade do Direito por parte

¹¹⁰ Proposições da Ciência Jurídica, no sentido dado ao termo por Kelsen (1994: 80): “Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados, sobre o um objeto dado ao conhecimentos. Elas são antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos.” Nesse sentido, as proposições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas e a elas se aplicam os critérios de verdade, como o de coerência. Já as normas não podem ser verdadeiras ou falsas, apenas válidas ou inválidas.

¹¹¹ Cf. Bobbio (1994), capítulo 3.

¹¹² Dworkin (1986), especialmente capítulos 6 e seguintes.

¹¹³ Peczenick (1994).

¹¹⁴ MacCormick (2005: 189-236).

¹¹⁵ MacCormick (2005: 193).

dos cidadãos. Decisões que sejam incoerentes no sentido mencionado devem, portanto, ser evitadas.

A coerência narrativa é específica da atividade de decidir casos, atividade própria do juiz. É o teste pelo qual se afere se a compreensão dos fatos pelo juiz, a partir das evidências existentes, é plausível. Teremos mais a dizer sobre coerência narrativa no capítulo seguinte, mas é útil desde logo firmar alguns pontos. É ao analisá-la que MacCormick consegue deixar realmente claro algo que já afirmara ao tratar da coerência normativa: coerência não se confunde com consistência, isto é, com mera falta de contradição entre as proposições. Uma narrativa é coerente quando as diversas proposições, em conjunto, sustentam-se umas às outras e à conclusão, observados dois princípios fundamentais que regem as ações objeto de julgamento: o da causalidade universal e o da motivação racional. É sob o princípio da causalidade que certa sequência de eventos pode ser explicada; e é sob o princípio da motivação racional que é possível compreender ações humanas. A necessidade do teste da coerência narrativa decorre do fato de os eventos não terem sido presenciados diretamente pelo juiz. Reconstituí-los em uma narrativa coerente, ou buscar fazê-lo, é o modo pelo qual se podem afastar alegações não provadas e implausíveis.

Para os fins deste capítulo, esses elementos sobre a teoria da verdade como coerência e sua aplicação ao Direito são suficientes, mas reitera-se o alerta de que se trata de ponto essencial da abordagem da narrativa judicial que se fará no capítulo seguinte.

Para a teoria pragmática, o teste de verdade para um conceito é o de suas consequências práticas, ou experimentais. Aquilo a que a realidade não resiste é verdadeiro, sendo quando agimos sobre essa realidade a partir de conceitos teóricos ou práticos que verificamos a correção desses conceitos ¹¹⁶. Somente se chega à verdade, portanto, no fim da investigação, quando a realidade confirma nossa hipótese, a qual, somente nesse momento, pode-se afirmar que corresponde à realidade. Trata-se, assim, de uma correspondência qualificada pela verificação ao final da investigação.

¹¹⁶ Nas palavras de Haack (2002: 140): “Peirce toma a crença como uma disposição para a ação, e a dúvida como a interrupção de tal disposição por uma resistência por parte da experiência. [...] A investigação é impelida pela dúvida, que é um estado desagradável que se procura substituir por uma crença estabelecida. Peirce argumenta que alguns métodos de aquisição de crença – o método da tenacidade, o método da autoridade, o método *a priori* – são inerentemente instáveis, mas o método científico capacita a adquirir crenças (eventualmente) estáveis, crenças que não serão postas em dúvida. Pois o método científico, argumenta Peirce, é o único entre os métodos de investigação a ser condicionado por uma realidade que é independente do que qualquer um acredita, e é por isso que pode levar ao consenso.”

No âmbito jurídico, o campo de aplicação da teoria pragmatista não é o da decisão judicial, pela razão óbvia, muitas vezes repetida, de que o discurso do juiz sobre os fatos tem por referência o passado e não se pode testar o enunciado em relação a ele. Não há como verificar o “sucesso” desse discurso depois de proferido. Pode-se talvez conceber que as ações do legislador, ou de um órgão judicial que, eventualmente, atue como tal (caso do nosso Supremo Tribunal Federal em algumas situações), possam ser julgadas sob esse ângulo, pois nesses casos a enunciação da norma volta-se para o futuro. Não, porém, a atividade do juiz que estabelece quais foram as verdadeiras ações das partes em um processo de conhecimento judicial ¹¹⁷. Não será por acaso, assim, que de todas as teorias mencionadas somente esta não voltará a aparecer na análise que segue.

A última teoria da verdade é aquela que a define a partir do consenso. Alguns autores a consideram espécie de outra teoria, como a da coerência ¹¹⁸ ou a pragmática. Preferimos abordá-la em separado por entendermos haver elementos distintivos suficientes para isso, mas também, e principalmente, por tratar-se de teoria especialmente importante no Direito. A versão contemporânea mais discutida dessa teoria é a de Thomas Kuhn ¹¹⁹, cuja análise foi dirigida originalmente aos paradigmas científicos. Segundo Kuhn, paradigmas são conjuntos de proposições fundamentais que orientam toda a prática científica de um campo de estudo durante certo período, sendo a partir dele que se estabelece o modo normal de praticar aquela ciência ¹²⁰. É a partir do paradigma que são colocados os problemas que a ciência normal resolverá, ficando de fora outros problemas que não possam ser formulados a partir dos paradigmas. A força do paradigma revela-se

¹¹⁷ Aristóteles há muito apontou a diferença, em termos retóricos, entre o gênero deliberativo, próprio das assembléias, e o gênero judicial, próprio do juiz: “As espécies de retórica são três em número; pois outras tantas são as classes de ouvintes dos discursos [...] De sorte que é necessário que existam três gêneros de discursos retóricos: o deliberativo, o judicial e o epidíctico. [...] Os tempos de cada um destes são: para o que delibera, o futuro, pois aconselha sobre eventos futuros, quer persuadindo, quer dissuadindo; para o que julga, o passado, pois é sempre sobre actos acontecidos que um acusa e outro defende...”. Aristóteles (2006: 104). A deliberação tem por objeto a felicidade e, por isso, delibera sobre o bom e o conveniente, sendo possível verificar, depois de editada a lei, se ela teve esse efeito sobre a realidade. O juízo judicial tem por objetivo reparar injustiças passadas, sendo por isso que “importa deixar à decisão soberana do juiz o mínimo de questões possível, mas não se lhe deve subtrair a tarefa de verificar se um facto ocorreu ou não, se virá ou não a ocorrer, se tem ou não existência real”. Aristóteles (2006: 91).

¹¹⁸ Exemplo célebre que combina as perspectivas da coerência e do consenso é a teoria da verdade do positivismo lógico de Carnap e Neurath: não há como afirmar a verdade última de nenhuma afirmação empírica, sendo as proposições fundamentais sustentadas sobre o que os cientistas consideram como tal. Por outro lado, a coerência é que testa a verdade das demais proposições que se seguem daquelas fundamentais assumidas por consenso. Sobre o assunto, ver Hempel (1934).

¹¹⁹ Kuhn (2000).

¹²⁰ “Homens cuja pesquisa está baseada em paradigmas compartilhados estão comprometidos com as mesmas regras e padrões para a prática científica. Esse comprometimento e o consenso aparente que produz são pré-requisitos para a ciência normal, isto é, para a gênese e a continuação de uma tradição de pesquisa determinada.” Kuhn (2000: 30-31).

nas obras destinadas ao ensino, como os manuais, que tomam como certas e indiscutíveis as proposições fundamentais que compõem o paradigma. Para Kuhn, o que dá sustentação a essas proposições fundamentais não é seu caráter de verdadeiras em relação à realidade do campo de estudo a que pertencem, mas a adesão dos especialistas do período. Por mais que surjam experiências e descobertas que coloquem em xeque o paradigma e até mesmo provem sua falsidade, este continuará se sustentando nas crenças dos praticantes daquela ciência enquanto tais crenças perdurarem. Somente depois de uma acumulação de resultados experimentais desfavoráveis e do surgimento das correspondentes aporias é que a manutenção do paradigma se tornará insustentável e será instaurado novo paradigma, a partir do qual se modificará a prática da ciência normal ¹²¹.

O Direito vive, desde o final do século XIX, sob o predomínio do paradigma do positivismo jurídico, cujas proposições fundamentais, bem ao estilo notado por Kuhn, repetem-se nos manuais de ensino. Já há quem sustente que estaríamos nos colocando, nos últimos vinte ou vinte e cinco anos, sob a égide de um novo paradigma, pós-positivista, cuja grande diferença em relação ao paradigma anterior seria a consideração de outras regras, além das positivadas, para pensar o Direito. Neste trabalho não há espaço para discutir o assunto ¹²², mas é relevante observar que, ao contrário do que ocorre nas ciências naturais, não serão experiências controladas que trarão resultados que coloquem em xeque o paradigma. Qualquer análise do gênero passa pelo estudo apurado das decisões tomadas por juízes em todos os seus aspectos, um dos quais, ainda que talvez não seja o mais importante, diz respeito ao modo como os fatos verdadeiros são por eles estabelecidos no processo de conhecimento.

No que diz respeito à apuração dos fatos que serão julgados também há espaço para que a verdade seja estabelecida por consenso. Como se verá na sequência, presunções

¹²¹ Em se tratando da verdade de proposições fundamentais, Kuhn não foi exatamente pioneiro em suas observações. Nos *Tópicos*, Aristóteles já observara que as premissas básicas para raciocínios dedutivos – as proposições dialéticas – são aquelas “conforme à opinião de todos, ou da maioria, ou dos conhecedores e, dentre estes, ou de todos, ou da maioria, ou dos mais conceituados, e que, neste caso, não seja paradoxal.” Aristóteles (2007: 246-247). Aqui se vê que Aristóteles pode ser visto não só como teórico da verdade como correspondência, mas também da verdade como consenso.

¹²² Apenas para não deixar de explicitar nossa posição a respeito, entendemos que ainda estamos longe de superar o paradigma positivista, se é que ele vai ser superado em breve. Olhe-se para a prática judicial de primeira e segunda instância e para o ensino jurídico e será difícil negar que a ciência normal do Direito ainda é informada por aquele paradigma. Mais profunda e ao mesmo tempo mais frutífera nos parece, a esse respeito, a mudança de foco da Teoria do Direito de uma teoria da norma para uma teoria da ação, conforme sistematizado em Lopes (2009).

têm esse caráter, bastando mencionar, por ora, a presunção de veracidade atribuída aos fatos não controvertidos entre as partes.

São essas, portanto, as teorias da verdade que servirão de parâmetro para a análise que segue. Nosso método será expor brevemente as características de cada elemento que, no processo, serve como indicador da verdade de algum fato, para, a seguir, avaliá-lo segundo uma ou mais das concepções de verdade estudadas.

4.2 Evidências

Em uma definição preliminar que precisará ser refinada, utilizaremos o termo evidência para designar o conjunto de elementos materiais colocados à disposição do juiz para que ele possa formar seu convencimento acerca dos fatos que deram origem ao processo. O termo corrente utilizado para esse fim, não só em Português, mas na generalidade dos países de tradição civilista, é prova, o que torna necessário, antes de mais nada, justificar a opção pelo termo evidência.

Apesar de corrente, o termo prova padece de uma ambiguidade que seria perigoso não desfazer em um trabalho que se preocupa especificamente com o discurso judicial sobre a verdade dos fatos. A ambiguidade fica clara quando se consideram as duas frases seguintes, ambas comuns em decisões judiciais:

A – Foram produzidas as seguintes provas: documental e oral.

B – Há prova de que o réu cometeu ato ilícito.

Na frase A, o termo prova é utilizado no sentido que aqui propomos ser o do termo evidência, isto é, serve para referir-se ao conjunto dos elementos materiais que servirão ao juiz para formar sua convicção sobre os fatos efetivamente ocorridos e coincide com o uso proposto aqui para o termo evidência. No segundo caso, o mesmo termo é utilizado para designar as conclusões do juiz acerca dos fatos, às quais chega por meio da seleção daqueles elementos e de raciocínio sobre eles. É comum que muitas das “provas” (no primeiro sentido) não sejam utilizadas para compor a “prova” (no segundo sentido) pelo juiz. Assim, dois automóveis amassados e o relato de testemunhas sobre um acidente são evidências (provas no primeiro sentido), ao passo que a relação que se faz, pelo discurso, entre o formato do dano ocorrido no primeiro veículo, o dano ocorrido no segundo veículo e o relato das testemunhas poderá fazer prova (no segundo sentido) da

culpa de um dos condutores. Dizer que há prova de que um ato ilícito foi cometido por alguém é dizer, em suma, que certa parcela dos elementos disponíveis, interpretados em conjunto, à luz de certas regras, permite concluir pela existência de culpa desse alguém. O mesmo vale para uma bala que serve de evidência em um processo em que se discute a autoria de um homicídio: enquanto elemento material colhido pela autoridade policial e levado aos autos, é evidência; constatada, por perícia, sua procedência de certa arma de fogo e, por qualquer meio idôneo, o porte dessa arma pelo acusado no dia, hora e local do crime, tem-se prova da autoria.

Evidência, então, é tudo aquilo que, sendo dotado de alguma materialidade atual, é capaz de revelar algo sobre os fatos ocorridos no passado que estão na base da controvérsia levada a juízo. Ou se trata de objeto material que é, ele próprio, parte da informação relevante, ou de algo que serve de suporte à informação. Nesse sentido, as evidências podem ser estritamente materiais (um carro danificado em um acidente; um cadáver; uma edificação; sangue), documentais (um instrumento de contrato; uma reprodução fotográfica; uma gravação em áudio ou vídeo) e orais (depoimentos das partes e de testemunhas). A utilização de qualquer evidência para justificar a asserção, pelo juiz, de que algum fato é verdadeiro, é feita por meio de um discurso sobre o sentido da evidência. Isso vale, em primeiro lugar, para as evidências estritamente materiais, que enquanto não forem decodificadas permanecem como mera matéria. Um carro amassado só ganha sentido para solução de um caso em que se discute a ilicitude do ato depois que alguém (juiz, perito, ou mesmo as partes) disser algo do tipo “a dimensão do estrago mostra que o veículo trafegava a velocidade maior do que a reconhecida pelo condutor”. O sangue somente ganha importância para um caso de investigação de paternidade depois que o técnico do laboratório afirma que “o padrão do sangue do suposto pai não corresponde àquele que se alega ser seu filho”. Mesmo aquelas evidências que consistem em texto fixado sobre algum meio material (instrumento de contrato, mensagem eletrônica, depoimento de testemunha em juízo) requerem decodificação por parte do juiz, a qual será tanto mais fácil, em qualquer caso, quanto menor o grau de controvérsia sobre aquilo que é objeto do texto. Assim, uma cláusula contratual pode dispor que “o vencimento da obrigação ocorrerá no dia tal, salvo disposição em contrário das partes”, o que é facilmente aplicável se ninguém levanta dúvidas sobre o sentido da ressalva, mas pode tornar-se um problema a resolver se o devedor disser que houve acordo verbal entre as partes para que o vencimento fosse prorrogado, e que o acordo verbal, nesse tipo de contrato, é parte da

praxe comercial. Uma mensagem eletrônica com o texto “é a última vez que lhe peço educadamente para pagar a dívida” pode ser considerado um aviso de que alguma medida judicial seria tomada em caso de não pagamento, mas também pode ser vista como indício de que os ferimentos que o devedor sofreu ao ser abordado à noite, no dia seguinte à mensagem, em circunstâncias não esclarecidas, foram causados a mando do credor. O depoimento de testemunhas traz ainda maior possibilidade de controvérsia, a começar pelo fato de que só muito raramente a testemunha é arrolada por ambas as partes, o que gera sempre a suspeita de que tenderá a favorecer, em seu depoimento, a parte que a arrolou, algo que a ameaça de punição por falso testemunho não é suficiente para inibir. A oralidade, por outro lado, tende a gerar textos menos precisos e sofisticados do que textos originalmente escritos, tornando a tarefa de decodificar depoimentos orais ainda mais trabalhosa.

A menção a materialidade nos obriga a ressaltar desde já que a evidência é aquilo de que o processo de conhecimento se vale para satisfazer o anseio por que nosso discurso sobre os fatos *corresponda* à realidade. É indiscutível que o critério da verdade como correspondência goza de maior reputação em nosso mundo ainda moderno, pelo menos entre aqueles que não estão envolvidos no debate filosófico e científico. E é igualmente certo que essa reputação não decorre do fato de estarmos agrilhoados na caverna platônica, mas de ser ele o critério que se relaciona diretamente com nossa condição de seres cognoscentes com existência *física*, qualidade que para os critérios de consenso e de coerência é secundária, sendo importante apenas no sentido de o cérebro que raciocina ser também matéria. A célebre glosa crítica de Wittgenstein a Moore ¹²³ é apenas uma entre as inúmeras formas de lembrar que a experiência é fonte inescapável e fundamental de conhecimento para os seres que somos e que normalmente não temos razões para duvidar dela. O que não é a mesma coisa que dizer, obviamente, que qualquer proposição que se faça invocando a legitimação da experiência seja verdadeira. Para dar

¹²³ Wittgenstein (1998). Em artigo denominado “Proof of an external world”, Moore pretendeu oferecer prova de que o mundo externo existia recorrendo ao conhecimento ordinário que permite reconhecer que minhas duas mãos estão à minha frente quando as estendo diante de mim. Wittgenstein vai mais longe e diz que a própria dúvida não faz sentido, do que decorre que não é preciso falar em “prova”, como quis Moore, cujo erro foi refutar “a afirmação que uma pessoa não pode saber uma coisa, dizendo ‘eu sei essa coisa’.” (1998: 147). Entre outros inúmeros parágrafos, a ideia está contida nos dois seguintes: “157. Suponha-se que um homem não conseguia lembrar-se se tinha sempre cinco dedos ou duas mãos. Compreendê-lo-famos? Teríamos a certeza de o compreender? [...] 204. Mas a fundamentação, a justificação da evidência tem um fim – mas o fim não é o facto de certas proposições se nos apresentarem como sendo verdadeiras, isto é, não se trata de uma espécie de *ver* da nossa parte; é o nosso *actuar* que está no fundo do jogo da linguagem.” (1998: 57 e 67).

esse passo é necessário estabelecer critérios, sendo a verificabilidade o mínimo exigível para esse fim, somada à justificação, em situações duvidosas. Dito de outro modo, o uso ordinário do vocábulo “verdade” tem o sentido de verdade como correspondência e isso, por si só, é fundamento para que o processo de conhecimento judicial, que resolve questões relacionadas ao mundo ordinário das ações praticadas por pessoas em relação a outras, seja orientado por esse critério. E daí o papel destacado, com justiça, que têm as evidências no processo de conhecimento.

A pergunta que surge, então, é: como o juiz decodifica todo o material evidenciário e tira conclusões a partir dele? A análise das três grandes concepções sobre o assunto que se sucederam no Ocidente europeu é um bom ponto de partida para entender o que está em jogo e refletir sobre o assunto ¹²⁴.

As ordálias foram amplamente utilizadas durante toda a Alta Idade Média e sobreviveram, em alguns campos, até mesmo depois disso, somente sendo abandonadas depois da consolidação dos Estados Modernos europeus. Tratava-se de técnicas pelas quais uma ou ambas as partes protagonizavam determinado papel em ritual que redundava em um resultado imediato e perceptível para o público que o acompanhava, o qual variava desde apenas os responsáveis pelo julgamento até todos aqueles que acorressem para presenciá-lo. A disputa sobre fatos do passado era, então, atualizada no ritual e os fatos eram como que substituídos pela disputa que então se dava: aquele que se saísse bem, ou melhor do que o outro, durante o ritual, era considerado o vencedor, pois fazia parte da cosmovisão de então supor que Deus não deixaria que a sorte prejudicasse aquele que tivesse razão. Não por acaso, as ordálias também eram chamadas de “juízos de Deus”. Entre as várias técnicas rituais utilizadas contam-se: o duelo judicial, realizado perante os juízes do caso e em que a sobrevivência indicava quem tinha razão; caminhar sobre brasas incandescentes, o que, se não gerasse lesões, dava razão ao caminhante; recolher uma pedra ou anel submerso em água fervendo; sobreviver a embate com uma fera em local fechado.

É lugar comum qualificar-se o sistema das ordálias ou juízos de Deus irracional, por entregar exclusivamente ao acaso ou à sorte o destino de uma controvérsia. Taruffo questiona essa avaliação por duas diferentes vias. A primeira situa culturalmente o sistema e o considera racional no contexto dado:

¹²⁴ A exposição sobre os três sistemas segue Abellán (2010) e Taruffo (2008), (2010) e (2011).

Na verdade, as ordálias podem parecer culturalmente *racionais*, no sentido de que eram coerentes com a cultura do meio social circundante. Naqueles tempos, a vida cotidiana se encontrava dominada pelo sangue e pela violência, e estava profundamente imersa em um mundo místico povoado de milagres, de santos, de demônios, bruxas e magos: em uma cultura deste tipo, dominada pelo *enchantment*, poderia parecer profundamente justificada a convicção de que a divindade deveria cumprir um papel importante na determinação do curso da vida dos seres humanos. Mais especificamente, não resultava extravagante pensar que Deus deveria intervir na determinação do resultado de acontecimento importantes como as controvérsias judiciais: a ordália era percebida como a *'liturgie d'un miracle judiciaire'* que se realiza através de uma *épreuve*, quer dizer, através da superação de uma prova, mais do que através da produção de provas no sentido moderno do termo.¹²⁵

As ordálias, segue Taruffo, também eram funcionalmente racionais, pois sua adequação à visão de mundo vigente facilitava a imposição do poder coercitivo e a solução rápida dos conflitos. Outro aspecto, menos enfatizado na descrição do sistema das ordálias, é lembrado por Taruffo: com grande frequência, a ordália era usada apenas como técnica residual de solução de controvérsias, somente aplicada quando, depois de ouvidas testemunhas e apresentados documentos, “*esses meios de prova não determinavam um resultado claro com relação aos fatos*”¹²⁶. Nesse sentido, “*as ordálias eram consideradas instrumentos para alcançar uma decisão definitiva nos casos de incerteza, mais do que como técnicas dirigidas a descobrir a verdade*”¹²⁷.

A proibição de sacerdotes de participar das ordálias judiciais, em 1215, por imposição do Papa Inocêncio III, significou, na prática, tornar a celebração dos rituais correspondentes quase impossível. Taruffo nota que essa proibição foi, na verdade, a culminância de um processo lento de relativização e abandono das ordálias, havendo desde o século VIII práticas judiciárias muito próximas àquilo que viria a ser o moderno sistema

¹²⁵ Taruffo (2010: 16-17).

¹²⁶ Taruffo (2010:18).

¹²⁷ Taruffo (2010:18).

de apresentação e análise de evidências, sobretudo nas áreas da Europa que lentamente foram se urbanizando e desenvolvendo o comércio.

Ao sistema das ordálias se segue o da prova legal ou tarifada, que se desenvolverá e predominará na Europa continental ¹²⁸ entre os séculos XIII e XVIII. Esse sistema se assenta sobre “*a produção de regras que predeterminam, de forma geral e abstrata, o valor que se deve atribuir a cada tipo de prova*” ¹²⁹. Foi muito menos um fenômeno legislativo do que doutrinal, em época em que a *opinio doctorum* era tida como fonte de Direito. Ao juiz cabia apenas somar os valores respectivos das provas negativas ou positivas, sendo que um valor final positivo para determinado fato obrigava o juiz a considerá-lo verdadeiro e um valor final negativo gerava um juízo sobre sua falsidade. A classificação era feita segundo critérios próprios de uma “*cultura jurídica formalista, analítica e categorizante, amante das sutilezas e das complicações classificatórias*” ¹³⁰ influenciada, em um primeiro momento, pelo aristotelismo tomista, e, depois, pela racionalidade humanista ¹³¹.

Pode-se afirmar que as classificações que informavam o sistema da prova legal geravam uma presunção absoluta sobre a força probatória de cada meio de prova, a qual não podia ser afastada pelo juiz. Esse caráter absoluto da presunção não deve, porém, levar ao engano de imaginar que se tratava de um procedimento que gerava resultados absolutos: a gradação entre o valor dos meios de prova, por um lado, e o fato de que o resultado final poderia ser “apertado” em favor da verdade ou da falsidade, revela, ao contrário, que a técnica da prova legal partia do pressuposto de que o conhecimento dos fatos passados pode ser incerto, relativo. Daí a necessidade de estabelecer critérios para decidir a respeito do que efetivamente ocorreu.

O sistema que passa a predominar a partir do século XIX é o da *livre* apreciação da prova pelo juiz. A qualificação “livre” serviu para marcar a diferença dessa concepção com o sistema da prova legal, mas não pode ser identificada, sem mais, a arbitrária e nem mesmo com subjetiva. Abellán diz tratar-se de “*uma atividade racional consistente na eleição da hipótese mais provável entre as diversas reconstruções possíveis*”

¹²⁸ Taruffo observa que o fenômeno da prova legal foi sempre estranho ao sistema de *common law* e afirma que isso se deve “a fatores típicos da história e da estrutura daqueles ordenamentos, como por exemplo a presença do jurado” (2011: 399), e o sistema da prova legal é incompatível com a ideia de descoberta da verdade por meio do jurado (2008: 134).

¹²⁹ Taruffo (2011: 387).

¹³⁰ Taruffo (2011: 389).

¹³¹ Taruffo (2011: 390).

dos fatos”¹³². Até aqui, porém, não parece haver novidade com relação aos sistemas anteriores, pois uma certa racionalidade pode ser vista no sistema das ordálias e também o sistema da prova legal é construído sob critérios que se reivindicam racionais, inclusive com maior possibilidade de serem assim considerados à luz de nossos critérios atuais. O que distingue o novo sistema é que a racionalidade em questão é “*a racionalidade moderna, livre de vínculos formais, baseada na lógica da probabilidade, inspirada em critérios científicos e de senso comum, flexível e adaptável às exigências da verdade empírica*”¹³³. A menção a racionalidade, probabilidade, critérios científicos, senso comum, verdade empírica, fornece indícios de que “*essa ‘liberdade’ não significa arbitrariedade e é aceita em conjunto com o princípio da verdade objetiva (substancial), e, além disso, é uma ferramenta para a implementação do valor da verdade substancial*”¹³⁴. Trata-se, porém, de um rol muito extenso e heterogêneo de critérios, que merece ser melhor esmiuçado.

Vale começar pelo termo que melhor representa a ideia de racionalidade que está por trás da ideia de livre valoração: trata-se do adjetivo *empírica*, que, no trecho citado, qualifica nada menos do que o substantivo “verdade”. Falar em evidências ou meios de prova, a materialidade, é remeter à experiência, entendida esta, primariamente, como experiência sensorial. A relação das evidências, que se definem por sua materialidade, com uma ideia genérica de verdade empírica parece, portanto, óbvia. Deixa de sê-lo, porém, quando se lembra que “*o banco de provas do conhecimento empírico é a questão de como conhecer os fatos que não se podem observar, seja porque se trate de fatos passados, seja porque se trate de fatos futuros*”¹³⁵. Ao juiz compete justamente conhecer fatos passados para decidir, o que faz incidir sobre seu processo de conhecimento todos os questionamentos que são feitos ao empirismo sob esse ângulo, os quais levam, no século XX, a admitir-se que qualquer conhecimento empírico alcança, na melhor das hipóteses, um juízo sobre a probabilidade do que ocorre ou ocorreu, nunca um juízo de certeza¹³⁶. Se é assim com relação à ciência em geral, cujo objeto é essencialmente empírico, com maior razão é assim para o Direito.

¹³² Abellán (2010: 144).

¹³³ Taruffo (2011: 395).

¹³⁴ Wroblewski (1992: 173).

¹³⁵ Abellán (2010: 16).

¹³⁶ Abellán (2008: 24) faz breve história dos dilemas do empirismo e de seu procedimento operativo, a indução, e conclui: “O que razoavelmente se pode exigir é que as proposições inferidas da experiência sejam adotadas como *provavelmente* certas reconhecendo que podem ter diferentes graus de segurança”.

Taruffo, por sua vez, demonstra de forma convincente que ao contrário do que muitas vezes se pretende, a probabilidade que rege o processo de conhecimento judicial não é de tipo pascaliano, ou quantitativo, mas de tipo baconiano, que trabalha com graus de confirmação que são atribuídos à hipótese pelos elementos de prova. Sigamos Taruffo:

Em geral, são possíveis distintos tipos de inferência segundo a natureza dos elementos de prova (e obviamente, segundo a natureza da hipótese que se discute), mas é importante vincular a confirmação da hipótese à natureza da inferência de que aquela é a conclusão. Por outro lado, a natureza da inferência situa de novo o problema nos elementos de confirmação, de forma que a probabilidade da hipótese produto da inferência também pode ser expressa em termos de *evidential weight*, quer dizer, precisamente, do grau de apoio que os elementos de prova oferecem à hipótese sobre o fato.¹³⁷

O que se busca é a conexão lógica entre a hipótese e o elemento de confirmação. Como o cálculo matemático de probabilidade é desde logo descartado, é necessário outro critério de verificação dessa conexão:

Cohen ressalta que normalmente se utiliza um grande número de *common sense presumptions* e de generalizações extraídas da experiência comum. Estas oferecem informações sobre o que normalmente acontece ou se espera que aconteça e, portanto, não têm validade geral e nada garante que valham no caso particular. Trata-se evidentemente de conhecimentos não quantificados e, portanto, não sujeitos a cálculos, os quais, entretanto, funcionam como critérios de inferência capazes de vincular os elementos de prova com a hipótese fática submetida a confirmação, atribuindo a esta última um certo grau de apoio indutivo.¹³⁸

O juiz normalmente só é especialista em Direito e não se pode supor que possua nenhum outro tipo de formação especial. Certo tipo de evidências consiste em documentos normativos, como contratos e declarações unilaterais de vontade. Nesse caso,

¹³⁷ Taruffo (2011: 226).

¹³⁸ Taruffo (2011: 227).

é provável que o juiz seja o melhor intérprete possível do sentido das regras contidas em tais instrumentos e que o faça com toda a técnica em que se supõe que os juristas são treinados. Afora essas hipóteses, porém, é de se supor que o juiz faça inferências a partir das evidências tão boas quanto qualquer pessoa com, por exemplo, o mesmo nível educacional, independentemente da área de formação. As presunções de senso comum servem-lhe de base para essa finalidade e incluem, naturalmente, noções científicas mais consolidadas. A exceção a isso será, quando o objeto assim permitir, a utilização do auxílio de peritos, o que merece comentário à parte.

A perícia pode servir para extração de informações de todos os tipos de evidências, sendo mais importante com relação às materiais, que antes de qualquer interpretação precisam ser classificadas, avaliadas e, quando possível, ser objeto de exames técnicos. A chamada “prova técnica” é o resultado desse processo de classificação, avaliação e exame, não se confundindo com as evidências propriamente ditas¹³⁹. A presunção de verdade de suas conclusões varia conforme a reputação do campo de conhecimento e dos testes disponíveis. Assim, um exame de sangue é tido como conclusivo para determinar a paternidade, deixando quase nenhum espaço de decisão para o juiz, ao passo que uma perícia psicológica comporta maior grau de controvérsia se o que se pretende provar é, por exemplo, a adequação de conferir a guarda de uma criança ao pai ou à mãe.

O que vale notar, para encerrar a exposição sobre a livre valoração, é que a realização da prova técnica reputada mais próxima do que se pode considerar infalível caso talvez do exame de DNA que indica paternidade, em nossos dias, pode não resolver o caso. Se a única questão a resolver é saber se alguém é pai de outrem e ver isso reconhecido, o exame pode ser decisivo e resolver a questão. Mas esse pode ser apenas um ponto que o juiz deverá levar em conta se, por exemplo, houver pedido de alimentos (caso em que ter-se-á que avaliar a capacidade do pai de prestá-los), se houver pedido indenizatório pelo abandono moral, se tiver sido o pai a propor a ação e houver cumulado pedido de guarda do filho menor. Esse exemplo serve para que lembremos algo que já foi abordado nos capítulos anteriores e que merece ser novamente ressaltado: não é raro que aquilo sobre o

¹³⁹ E aqui se tem, portanto, mais um sentido do termo “prova”, o que parece dar sustentação à opção pelo uso do termo evidência: em “prova técnica”, o termo significa a classificação e avaliação das evidências com base em regras técnicas de determinada especialidade adequada para descobrir aquilo que se quer saber. A prova técnica, assim, é um discurso sobre as evidências equivalente àquele que o juiz fará sobre as demais e, se quiser, em nosso ordenamento, inclusive sobre a própria prova técnica.

que o juiz precise formar um juízo fático seja constituído por um complexo de fatos interligados, obrigando-o a relacionar um conjunto de fatos isolados de forma a solucionar o pedido. Não raro, também, a junção de todos os elementos nesse conjunto demandará uma narrativa que capte as ações no tempo, como se verá no capítulo seguinte.

A primeira observação que se pode fazer a partir da análise dos três sistemas de obtenção de juízos verdadeiros a partir de evidências diz respeito ao que elas têm em comum: em todos os casos se reconhece haver certo grau de incerteza inevitável no tocante aos fatos passados. As ordálias resolvem o problema recorrendo a ninguém menos do que Deus, o sistema da prova legal a presunções sobre o peso relativo de cada meio de prova e a livre valoração ao conhecimento ordinário de um membro da elite intelectual e social, o juiz. Cada sistema oferece o que a época em que predominaram e predominam oferece de melhor em termos de conhecimento. No caso do nosso juiz, a livre valoração que dele se espera é acompanhada por sua obrigação de motivar o juízo a que chegou sobre os fatos, o que oferece a possibilidade de controle das inferências feitas. Mas o processo oferece-lhe outro instrumento que vem se combinar às inferências, que são as presunções, objeto de nosso próximo tópico.

4.3 Presunções

A técnica das presunções é utilizada em Direito para duas finalidades principais. Um primeiro grande grupo destina-se a criar certezas a respeito da qualificação jurídica ostentada por determinado agente ou ato. Pertencem a esse tipo, por exemplo, a presunção de legalidade de ato administrativo praticado por agente público competente, a presunção da qualidade de proprietário de que goza aquele cujo nome consta, como tal, do registro do imóvel, a presunção de capacidade de exercício de pessoas que atingem certa idade, a presunção de inocência de que goza o acusado não condenado em definitivo em processo penal.

O segundo tipo é aquele que nos interessa diretamente. Ao invés de referirem-se à qualificação jurídica de algo, há presunções que se referem diretamente à verdade de certos fatos e auxiliam na formação da convicção do juiz sobre os fatos discutidos em um processo judicial. Muitas delas são estabelecidas nas regras processuais e por isso muitas vezes se esquece que todas as presunções sobre fatos, mesmo aquelas constantes de conjuntos de regras de direito material, deverão ser levadas em conta pelo juiz quando o

caso assim exigir, de que são exemplos as regras sobre a comoriência e sobre a paternidade presumida em razão de coabitação. É fato, porém, que as presunções estabelecidas nas regras processuais são potencialmente aplicáveis a todos os casos, enquanto as que constam das regras de direito material incidem apenas sobre o âmbito a que pertencem. Por meio dessas presunções, estejam localizadas onde estiverem no ordenamento, o legislador pode tanto estipular diretamente o que deve ser considerado como verdadeiro como pode estabelecer critérios para decidir a respeito.

Em alguns casos, mais raros, a incerteza sobre os fatos é eliminada definitivamente, uma vez que a presunção não pode ser impugnada nem mesmo por prova em contrário extraída diretamente do mundo do ser: são as presunções absolutas (*juris et de jure*), entre as quais está o efeito que se atribui ao provimento judicial que transita em julgado, cuja solução para o caso, ao menos em matéria cível, presume-se correta e não poderá ser modificada nem mesmo se surgida nova evidência que infirme a convicção sobre os fatos que esteve na base desse provimento. O juiz que eventualmente receba uma segunda ação idêntica à primeira, na qual seja produzida a evidência que mudaria o resultado se houvesse sido apresentada na primeira ação, não poderá levar em conta o fato só agora provado para decidir diferentemente ¹⁴⁰. Também absoluta, e igualmente importante para o juízo sobre os fatos que se faz no processo, é a presunção de conhecimento da lei, cujo caráter contrafático é ainda mais marcante, posto ser sabidamente *impossível* haver coincidência absoluta entre o que tal presunção enuncia (“todos conhecem todas as leis”) e o que efetivamente ocorre na realidade. Seu efeito para a apreciação dos fatos é excluir a possibilidade de o juiz levar em consideração um real desconhecimento da lei, ainda que provado cabalmente, como razão de decidir.

Outras presunções, muito mais numerosas, são chamadas relativas (*juris tantum*) por valerem como solução para incertezas sobre fatos apenas quando não se as afasta mediante apresentação de argumentos e evidências em contrário. Cabe a quem tenha interesse em afastá-la apresentar os elementos aptos a esse fim, o que se enuncia dizendo que ele tem o *ônus* de fazê-lo. Os exemplos que serão abordados a seguir são de presunções relativas aplicáveis à apuração da verdade no processo e será sugerido haver muitas outras que nele funcionam mesmo sem expressa previsão legal.

¹⁴⁰ Poderá decidir diferentemente, porém, se o pedido for diferente, porque a ação não será então idêntica e porque os fatos, como tais, não fazem coisa julgada.

As diferenças entre presunções absolutas e relativas vão além do caráter incontestável da primeira e impugnável da segunda, decorrendo, na verdade, de diferenças mais importantes, de fundo. As presunções absolutas excluem a possibilidade de dúvida sobre certos fatos quando isso é necessário para viabilizar o próprio funcionamento do sistema jurídico. Os dois exemplos mencionados o demonstram: sem a coisa julgada um caso potencialmente não teria fim, sem a presunção de conhecimento da lei qualquer um poderia alegar desconhecimento para deixar de cumpri-la. A maior parte das presunções relativas têm finalidade mais modesta: antevendo a possibilidade de que não seja possível ao juiz, por alguma razão, ter acesso pela via das evidências a elementos suficientes para estabelecer os fatos, o legislador fornece a solução ou o critério para fazê-lo, tomando por base aquilo que é mais provável que tenha acontecido à luz do conhecimento comum, por ser aquilo que, segundo esse conhecimento, normalmente acontece. Ainda teremos ocasião de falar nas máximas de experiência como critério de julgamento sobre os fatos, mas vale adiantar que as presunções relativas não são outra coisa senão uma aplicação antecipada dessas máximas a situações de possível dúvida antevistas pelo legislador.

Sem pretender exaurir os fundamentos das presunções relativas, podem-se divisar pelo menos três grandes elementos do conhecimento comum que lhes servem de base:

- a) Considerações concernentes a causalidade;
- b) Considerações relativas a espaço e tempo;
- c) Considerações acerca do que uma pessoa normalmente faria em situação semelhante, e sobre os motivos que a levariam a tal.

Os dois primeiros tipos servem à determinação probabilística daquilo que não depende da ação humana e estão informados tanto por noções de senso comum relativas a causa, espaço e tempo, quanto por noções que reproduzem o estado da arte consolidado (o paradigma, diria Kuhn) das ciências empíricas. O último tipo se refere ao que depende da ação humana. Os três tipos podem, eventualmente, ser combinados em uma única presunção, como parece ser o caso da presunção de paternidade em razão da coabitação. Sem mais demora, passemos aos demais exemplos para que essa tentativa de classificação possa ser testada.

Por sua aplicabilidade generalizada, limitaremos a análise às presunções relativas previstas em regras de processo do ordenamento brasileiro, mas as reflexões a

seguir, valem também para as demais presunções nele previstas. As presunções processuais podem ser divididas em dois grandes grupos: aquelas que estabelecem diretamente a verdade de certos enunciados sobre fatos ou critérios gerais para permitir que o juiz decida a respeito, haja ou não evidências; e aquelas que dizem respeito a evidências existentes e são delas dependentes.

No primeiro grupo as seguintes presunções são as mais relevantes:

a) A parte ré na ação tem o ônus de apresentar defesa no prazo assinalado pelo ordenamento jurídico. Caso não o faça, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela parte autora, isto é, opera-se a revelia;

b) A parte ré na ação, ao apresentar defesa, tem o ônus de impugnar especificamente os fatos alegados pela parte autora. Os fatos não impugnados especificamente presumem-se verdadeiros;

c) Os fatos mencionados pela parte autora e admitidos pela parte ré, tácita ou expressamente, são considerados incontroversos;

d) Cada parte tem o ônus de provar os fatos que alega, o que, nos termos aqui utilizados, significa que deve apresentar evidências para esse fim. Não desincumbir-se desse ônus faz com se presuma o fato alegado, mas não provado, como não tendo ocorrido;

e) Presumem-se verdadeiros os fatos notórios.

Combinações da aplicação de todas essas presunções podem levar a que uma ação seja julgada sem que seja necessário sequer apresentar evidências. É o caso da revelia quando não estejam presentes as situações excepcionais que impedem que seu efeito se opere plenamente ¹⁴¹, e também quando os fatos sejam incontroversos. Com relação a esta segunda hipótese, é relevante enfatizar que a adoção da perspectiva exposta no capítulo 2, segundo a qual o que se julgam são ações e que a apreensão destas exige a indagação acerca de todos os elementos referentes a todos os conceitos de sua rede conceitual, somente se não houver impugnação relativa a nenhum desses elementos é que se podem considerar os fatos incontroversos. O efeito da revelia ou da falta de controvérsia não será, sempre, a procedência da ação, pois caberá ainda ao juiz verificar se os fatos assim presumidos como verdadeiros geram a consequência desejada pelo autor da ação. Do ponto de vista da narrativa que, segundo entendemos, o juiz está obrigado a fazer, em ambos os

¹⁴¹ Art. 320 do Código de Processo Civil.

casos o juiz estará obrigado a adotar como verdadeira a narrativa do autor, o que voltará a ser explorado no capítulo seguinte.

Se o ordenamento permite que as presunções sirvam de base exclusiva para a narrativa judicial sobre os fatos, com maior razão sua aplicação individualizada ou em conjunto substitui evidências *faltantes* como razão de decidir. A narrativa judicial, nessa hipótese, será uma combinação de evidências e presunções e é essa a situação mais comum. Assim, é perfeitamente cabível, e comum em decisões judiciais, uma decisão sobre os fatos do seguinte tipo: “o autor não provou que o réu o coagiu a aceitar a cláusula impugnada; além disso, o contrato foi levado a registro pelo próprio autor, o que ratifica sua aceitação da referida cláusula”. Ou: “o réu não contestou, por isso foi revel e presumem-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor, especialmente o relativo à negligência do réu na guarda do animal deixado aos seus cuidados pelo autor, animal este que veio a morrer. No entanto, documento juntado pelo próprio autor prova que o mesmo animal já se encontrava doente quando foi deixado aos cuidados do réu, o que diminui o grau de culpa do réu e, portanto, não justifica que o valor indenizatório seja deferido integralmente”. Os exemplos poderiam ser multiplicados. Com ou sem reflexão a respeito, os juízes fazem uso do poderoso e utilíssimo instrumento das presunções legais para formar seu convencimento sobre os fatos e expô-lo nas sentenças.

Dois aspectos desse papel das presunções são relevantes para o que se discute nesta tese. O primeiro, já mencionado e ao qual se voltará no capítulo seguinte, é exercerem a mesma função das inferências sobre as evidências efetivamente apresentadas, isto é, são premissas para conclusões acerca dos fatos. O segundo, mais ligado ao tema deste capítulo, é o significado das presunções para a discussão sobre a verdade dos fatos no processo, em especial com relação às teorias da verdade apresentadas: o que justifica que se estabeleçam essas presunções e, mais ainda, que elas cumpram papel tão relevante quanto servir de base a um discurso sobre a verdade dos fatos?

No tópico anterior vimos que a verificação por meio de evidências gera a confirmação, em certo grau, de uma dentre as hipóteses sobre os fatos. Mesmo nessa formulação fraca, trata-se ainda de versão da teoria da verdade como correspondência, sendo as evidências o elo das proposições com os fatos a que se pretende que corresponda a hipótese escolhida como melhor. O uso de presunções, ao contrário, bate de frente com a concepção da verdade como correspondência. No processo, presumir é oposto de verificar, se posso presumir é porque posso dispensar a verificação (casos da revelia e da

incontrovérsia sobre fatos) ou porque tentei efetuar-lá, mas não tive sucesso (nos casos em que não foram reunidas evidências suficientes, seja qual for a razão). Que critério de verdade é, então, o adotado pelas presunções?

Nas três primeiras hipóteses de presunção mencionadas, a verdade pode ser estabelecida diretamente por consenso: os fatos presumidos como verdadeiros são aqueles sobre os quais há acordo entre as partes (os fatos incontroversos) ou sobre os quais quem tinha o ônus de refutar não o fez (por falta completa de defesa ou por falta de impugnação específica). É verdade que se trata de um consenso diferente daquele que se supõe haver, por exemplo, no caso das verdades que formam os paradigmas científicos estudados por Kuhn, porque nesse caso o consenso não decorre de mera falta de resistência de quem não concorda inteiramente com as proposições, mas de falta de argumentos que possam ser aceitos na comunidade científica. Mas a situação não é tão diferente quanto parece. É que o consenso que se forma com base nas presunções está baseado no critério que orienta o conhecimento ordinário é pressuposto pelas seguintes premissas do conhecimento comum: se alguém alegar um fato desfavorável a mim no processo, e se eu souber que esse fato é falso, alegar-lhe-ei a falsidade; se não o faço, é porque deve ser verdade.

Quanto à presunção decorrente do ônus da prova, ela somente se aplica quando frustrada a possibilidade de produzirem-se evidências sobre o fato, o que é o mesmo que dizer que a verdade como correspondência tem precedência: só posso presumir, nesse caso, *porque* não pude verificar. É interessante notar que nada impede que uma das demais presunções mencionadas seja então utilizada: se o autor alegou e não provou, mas o fato foi admitido pelo réu, o fato é incontroverso e a verdade pode ser estabelecida por consenso. Digamos, porém, que não tenha sido esse o caso, isto é, que o autor tenha alegado, não tenha conseguido prova do que alegou e o réu impugnou o fato, dizendo que ele não ocorreu. A conclusão é que o fato não ocorreu, ou seja, sob qualquer critério de verdade utilizável não há como concluir que o fato é verdadeiro.

A presunção de veracidade dos fatos notórios gera uma reflexão mais interessante. Em tempos nos quais a maior parte das pessoas se informa sobre o mundo através dos meios de comunicação de massa, pode-se considerar que uma informação recebida por milhões pela TV pode ser tido como “verificado” e, portanto, relacionado à verdade como correspondência? Pense-se em um dos fatos mais notórios dos últimos dez anos, a destruição das torres gêmeas do WTC em Nova York, no dia 11 de setembro de 2001. A TV transmitiu ao vivo pelo menos a destruição da segunda torre por um avião,

pouco depois de a primeira ter tido o mesmo fim. Pode-se ter o fato como verificado por muitos, consistindo nisso sua notoriedade? Dizê-lo significaria reconhecer na TV (ao menos em transmissões ao vivo) uma extensão instrumental do poder de conhecer de cada um, mas isso está longe de ser pacífico, mas que, no caso concreto, torna-se incontestável pela existência de outras evidências: a assunção de responsabilidade pelo ataque por certa organização, a informação de que as pessoas que estavam nas duas aeronaves embarcaram nos aeroportos de origem e nunca chegaram a seu destino, o testemunho de inúmeras pessoas que efetivamente presenciaram o fato etc. Difícil negar, nesse caso, sob as noções de senso comum, que o ataque é considerado verdadeiro sob o ângulo da correspondência. Pense-se agora em outro exemplo de fato notório, a qualidade de certo empresário de ser proprietário de certa rede de supermercados. Todos, ou pelo menos muitos, sabem disso, mas não porque tiveram acesso ao registro das ações da companhia, fisicamente ou mesmo pela TV ou outro meio de reprodução, mas porque ninguém contesta essa informação, reiteradamente veiculada por todos os meios de comunicação existentes há muito tempo. Pareceria forçado dizer que, nesse caso, temos verdade como correspondência, parecendo que a hipótese se aproxima mais do consenso que se atinge no processo quando o réu não impugna os fatos alegados pelo autor.

À luz dessa análise pode-se dizer que as presunções estão longe de representar descaso com a verdade e, ao contrário do que pretende Taruffo ¹⁴², não são contraepistêmicas. As regras de raciocínio que a informam, a exemplo daquelas que servem para realizar inferências a partir de evidências, utilizam as noções mais consolidadas quanto ao modo como se obtém conhecimento sobre o mundo e, também tal como o que ocorre no caso das evidências, permitem chegar a uma verdade provável, em conformidade com os requisitos ordinariamente reconhecidos para que se façam inferências válidas.

Passemos à análise de algumas presunções que têm por referentes as evidências, utilizando os seguintes exemplos:

a) Presume-se a verdade dos fatos alegados pela outra parte quando, requerido o depoimento pessoal, a parte não comparecer ou, comparecendo, se recuse a depor. Note-se que a situação é ligeiramente distinta da falta de defesa ou de impugnação específica de

¹⁴² Taruffo (2010: 260).

fatos, pois o depoimento da parte é uma evidência, não mera alegação. Tanto que o significado desta presunção é o mesmo da confissão;

b) Presume-se verdadeira a alegação baseada em documento que esteja em posse de terceiro se este, intimado a apresentar dito documento, deixar de fazê-lo ou recusar-se a tal injustificadamente;

c) Presumem-se verdadeiros traslados de documentos lançados em notas de tabelião;

d) Presume-se verdadeira, em relação à parte que o escreveu, a declaração constante de documento que enuncie o conhecimento de fatos para os quais não se exija determinada prova;

e) Presume-se autor do documento particular o que o fez e o assinou.

Essas hipóteses diferem das anteriores por serem dependentes da existência de evidências. A verdade que se presume emana de alguma evidência disponível e tem relação com sua origem, normalmente sua autoria. Em todos os casos a presunção segue critérios ordinários de julgamento acerca da verdade, baseados naquilo que normalmente ocorre: não é normal que alguém elabore um documento que contenha informação falsa contra si mesmo, nem que o tabelião certifique a ocorrência de fatos não ocorridos, assim como é normal que quem não tenha nada a esconder diga o que sabe. Tal como em outras hipóteses já estudadas, há um consenso acerca de como as pessoas normalmente agem nas situações figuradas, e sob que tipo de motivação. Ao mesmo tempo, vale lembrar, trata-se de presunções relativas, as quais podem, tal como ocorre ordinariamente, ser afastadas por meio da demonstração de que, na situação concreta, aquilo que se presumia não ocorreu.

Apesar de diferentes das primeiras por interagirem com o caráter empírico de evidências, também essas presunções não são outra coisa senão uma aplicação antecipada das *“regras da experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica”* (Código de Processo Civil, art. 335). Esta regra bem poderia ter sido mencionada no tópico anterior, sobre as evidências, pois também as inferências que se faz a partir delas depende, como visto, de noções extraídas da experiência comum. Optamos por mencioná-la neste tópico, porém, porque seu alcance é muito maior: além de servir de lembrança para o fato de que é nessas mesmas regras da experiência comum que se baseiam as presunções legais existentes, esse dispositivo faculta ao juiz a utilização, em cada caso concreto e segundo as particulares

circunstâncias deste, de novas presunções, mesmo que não previstas legalmente. O que mais nos interessa é assinalar o significado lógico dessa permissão: permitir que o juiz funde sua decisão sobre os fatos na “*observação do que ordinariamente acontece*” é legitimar a indução baseada no senso comum como procedimento apto a revelar a verdade no processo de conhecimento judicial ¹⁴³. Wroblewski identifica cinco níveis de justificação da decisão judicial, não sendo casual que somente o passo da justificação interna possa dispensar por completo as noções do conhecimento comum. Confira-se:

Há cinco níveis de justificação. J1 lida com a coerência entre as premissas aceitas pelo julgador e a decisão (justificação interna). J2 lida com a aceitabilidade das premissas da decisão, i.e., com a correção das premissas epistêmicas e axiológicas do ponto de vista do órgão de controle da decisão. J3 lida com a aceitabilidade das regras de raciocínio justificatório utilizadas pelo julgador, de acordo com as regras aceitas pelo órgão de controle da decisão. J2 e J3 são os elementos de justificação externa da decisão, e são usados institucionalmente quando a decisão judicial é controlada por apelação, revisão, cassação etc. J4 lida com as pressuposições das justificações interna e externa, e os grupos básicos de ambas foram mencionados acima. J5 lida com as escolhas básicas que não podem ser justificadas por argumentos adicionais no interior de um discurso dado, mas são dadas e poderiam ser, em última análise, ser explicadas, por exemplo, por ‘formas de vida’ compartilhadas. J4 e J5 são objeto de reflexão científica ou filosófica, mas não funcionam no nível institucional em que o Direito opera. ¹⁴⁴

Os termos “premissas epistêmicas e axiológicas”, “aceitabilidade das regras de raciocínio justificatório”, “escolhas básicas”, “formas de vida compartilhadas” não expressam outra coisa do que o senso comum predominante sobre tais questões, devendo ficar claro que esse senso comum incorpora as principais premissas do conhecimento

¹⁴³ Na dogmática processual brasileira, Barbosa Moreira (1988: 62) define as regras de experiência como “noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam-se apresentar as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro”. Na sequência elenca a diversidade de fontes desse saber: ciência, técnica, artes, o cotidiano, entre outras. Trata-se de conhecimento ordinário, que é aplicável até prova em contrário. Como ocorre com qualquer presunção.

¹⁴⁴ Wroblewski (1986: 194).

científico e filosófico dominantes. Somente uma concepção da verdade judicial que se coloque como parâmetro uma verdade absoluta que não é atingível pode considerar o peso das pressuposições de que fala Wroblewski um defeito do processo de conhecimento. Mas esse parâmetro não é, e não pode ser, adotado no processo de conhecimento judicial. O assunto exige algumas reflexões adicionais, porque não se pode, de qualquer modo, ficar com a impressão de que a verdade judicial é uma verdade precária. É o que se fará a seguir.

4.4 A verdade judicial como reunião de inferências sobre evidências e presunções

De acordo com o que se expôs até aqui, aquilo que denominamos verdade judicial conta com elementos de diferentes origens para sua formação, parte provinda das evidências e parte das presunções, sendo que parcela destas últimas serve para que o juiz lide com as evidências, sinalizando, nesse caso, uma mistura na própria origem. Concluiu-se que o estoque de conhecimento utilizado pelo juiz para valorar livremente as evidências, o que equivale a fazer inferências sobre elas, não é aquele no qual o juiz é especializado, o conhecimento jurídico, mas o conhecimento científico (especializado ou consolidado em noções compartilhadas por membros da elite cultural, como os juízes) e o conhecimento ordinário. Viu-se, por fim, que as presunções legais são regras relativas àquilo que ordinariamente acontece e que o juiz está autorizado também a utilizar outras regras do mesmo gênero.

No capítulo introdutório, declaramos partir do princípio de que a apuração correta dos fatos é pressuposto para que as decisões judiciais sejam justas. O resultado epistêmico alcançado, resumido no parágrafo anterior, pode parecer decepcionante, porque a melhor das apurações dos fatos possível é meramente probabilística, fortemente baseada em regras da experiência comum e estaria, portanto, muito longe daquilo que se poderia considerar verdade, sob qualquer dos critérios mencionados no início deste capítulo. A correspondência é fraca, o máximo a que se chega é a graus de confirmação. O consenso que pode ser utilizado é o de uma ciência que está sempre em revisão e cujos resultados mais importantes demoram muito a tornar-se utilizáveis pelo juiz ou é o consenso do senso comum, difuso e que não pode ser dado jamais como absoluto, dada a heterogeneidade cultural e interna a uma só cultura. Da coerência ainda não falamos e, de fato, ainda não houve espaço para isso, dado que a coerência é algo a ser aferido entre proposições e

nossas inferências e aplicações de presunções ainda não foram a isso reduzidas, o que só ocorrerá no capítulo seguinte.

Para discutir a aparente precariedade epistêmica da atividade de conhecimento do juiz, vamos continuar seguindo os passos de Taruffo. O autor defende a primazia, na apuração dos fatos no processo judicial, da verdade como correspondência, mas descarta a possibilidade de que isso possa gerar uma verdade absoluta. Sigamos seu raciocínio:

Poder-se-ia observar, a respeito, que sejam quais forem as respostas que se deem em outros campos a uma questão desse tipo, a partir da lógica das ciências empíricas, tal questão resulta ociosa e não merece sequer ser posta com referência ao conhecimento processual dos fatos. Na verdade, poderia dizer-se que o processo, por não ser um empreendimento científico ou filosófico, não necessita de verdades absolutas, podendo contentar-se com muito menos, isto é, com verdades relativas de diferentes tipos, mas suficientes para oferecer uma base razoavelmente fundamentada para a decisão. Em suma: ainda que verdades absolutas fossem possíveis em abstrato, não seriam necessárias no processo, e se elas fossem impossíveis, isso não importaria para efeito daquilo que é necessário conhecer no processo.¹⁴⁵

Já tivemos ocasião de mencionar que o resultado de momento do debate epistemológico mais amplo, que discute justamente o status de certeza que se pretende atribuir aos enunciados produzidos pelas ciências empíricas, não é favorável a reconhecer-lhes tal status, muito pelo contrário. Na pior das hipóteses, portanto, no quesito “não poder produzir verdades absolutas” o processo de conhecimento judicial está bem acompanhado. É verdade, porém, que as ciências têm a seu favor a possibilidade de testar seus enunciados e que isso lhe dá a possibilidade de recorrer ao critério pragmático de verdade: o sucesso do teste garante, provisoriamente ao menos, a verdade aceitável do enunciado. Essa vantagem o processo de conhecimento judicial não tem, mas há outro tipo de teste que pode ser nele feito, e via de regra o é: teste de resistência de um enunciado fático não é a realidade mesma, mas a possibilidade de ser contraditado pela parte contrária. Para Taruffo, o contraditório é importante meio de controle racional de que o processo de

¹⁴⁵ Taruffo (2011: 176-177).

conhecimento judicial dispõe e que opera em pelo menos três níveis ¹⁴⁶: (a) como controle na identificação do material probatório que constituirá a base para a decisão, controle este incidente especialmente sobre a admissibilidade e a relevância das provas requeridas pelas partes ou determinadas pelo juiz; (b) como controle na formação das provas, exigindo a garantia de ritos procedimentais, de respeito ao direito de defesa, direitos das testemunhas, intervenção em perícias etc.; (c) como controle no momento de valoração das provas, que é o momento decisivo. Supondo-se um juiz racional e imparcial, a só existência do contraditório é fator que inibe a possibilidade de adoção, pelo juiz, de perspectiva unilateral do caso, sem contar que afasta o uso indiscriminado e prevalecente de presunções que, sem o contraditório, poderiam ser sempre decisivas (como a da revelia ou a relativa à incontrovérsia dos fatos).

Além dos efeitos do exercício do contraditório, Taruffo aponta outros critérios de controle racional que podem atuar de modo a aproveitar ao máximo o potencial epistêmico do processo de conhecimento judicial, mesmo com todos os limites que se lhe reconhece. São eles: a) a valoração da prova não pode ser realizada por meio de métodos qualificados como irracionais pela cultura comum do contexto social em que a decisão é formulada. A invocação de revelação divina, por exemplo, é inadmissível em nossa cultura; b) devem ser utilizados todos os dados empíricos disponíveis; c) as inferências precisam ser racionais; d) a utilização de máximas de experiência, que normalmente orienta as inferências, justifica-se quando essas máximas fazem parte do conhecimento prevalecente e compartilhado; e) o uso de probabilidades é válido, mas deve ser explicitado o modelo utilizado, vedando-se a utilização de noções vagas e inaceitáveis de probabilidades; f) caso haja evidências que gerem inferências distintas ou contraditórias, é preciso dizer porque se aceita uma delas e não a outra; g) o raciocínio precisa ser internamente coerente; h) o resultado geral da valoração das provas tem que ser consistente e unívoco.

Para fim de comparação, traga-se lista semelhante preparada por Twining como representativa do tratamento que deve ser dado às questões de fato em um modelo racionalista de raciocínio no julgamento:

¹⁴⁶ Taruffo (2011: 428-434).

12 A determinação racional da verdade dos fatos alegados (F) na sentença é tipicamente uma questão de probabilidades, não se chegando à certeza absoluta.

13 Juízos sobre probabilidades das alegações sobre eventos passados particulares podem e devem ser justificadas pelo raciocínio a partir de evidências admissíveis e relevantes tomadas em consideração pelo julgador.

14 Juízos sobre probabilidades têm, em geral, que ser baseadas no estoque disponível de conhecimento sobre o curso comum dos eventos. Se o modelo teórico adequado para raciocínio nesse contexto é matemático (Pascaliano) ou indutivo (Baconiano) é algo ainda em disputa.

15 A determinação racional de F é uma questão de raciocínio ordinário de senso comum, modificado por regras de evidência e procedimento de um sistema dado.¹⁴⁷

Os critérios de controle propostos por Taruffo e Twining, representantes respectivamente da tradição civilista e da *common law*, constituem boa síntese do que é a racionalidade prevalecente em nosso tempo. Merece destaque, por ser algo de que ainda não nos ocupamos, a coerência que se exige do raciocínio, o que indica haver lugar para a coerência mesmo quando o critério eleito como dominante é o da correspondência. Será isso o que se defenderá no capítulo seguinte quando tratarmos da coerência narrativa: não se trata de qualquer raciocínio, mas de um raciocínio dirigido por um certo tipo de juízo – o juízo reflexivo – que inserirá a coerência como teste e critério suplementar para o discurso do juiz sobre os fatos.

Voltando à lista de Taruffo: todos os itens trazem formas de raciocínio e apreensão da realidade valorizados em nossa cultura. É interessante trazer à baila a observação de Haack¹⁴⁸, para quem aquilo que conta como *evidência* apta a ser utilizada como justificação de uma asserção, seja para “*os povos pré-científicos quanto para os científicos, seja para os convertidos ao novo paradigma quanto para os defensores do antigo*”, inclui tanto o que se extrai da experiência (evidências no sentido adotado neste

¹⁴⁷ Twining (2006: 273).

¹⁴⁸ Haack (1993: 207).

capítulo) quanto as crenças consolidadas. A profundidade da observação nos lembra, novamente, que essas crenças consolidadas, que em Direito são representadas pelas presunções, têm elas mesmas alguma relação importante com a experiência e, por isso, devem ser levadas em conta. E também somos lembrados do fato, aplicável a qualquer ciência, de que aquilo em que todos cremos, ou, o que pode ser o mesmo, aquilo que todos sabemos sobre um assunto, e que em geral constitui o paradigma da dita ciência, não precisa, na discussão entre pares, ser reiteradamente enfatizado, salvo se alguém vier a colocar em dúvida a crença eventualmente não explicitada, mas que está na base de alguma afirmação. Em outras palavras, o paradigma serve, em ciência, como evidência, no sentido haackiano, porque tudo aquilo que ele contém se *presume* verdadeiro no estado da arte daquela ciência.

Será isso um problema? Diminui a legitimidade do processo judicial perante as partes o fato de o conhecimento dos fatos que nele se produz não poder aspirar a basear-se por completo no critério da verdade como correspondência, que é aquele socialmente mais valorizado? Não parece que assim seja. É verdade, e já o dissemos, que as partes têm a expectativa de ver suas controvérsias julgadas a partir daquilo que efetivamente ocorreu e que um erro grave acerca de uma questão de fato é mais provavelmente e mais fortemente vista como fonte da injustiça da decisão pela parte do que eventual erro da mesma gravidade acerca de questão de direito. É igualmente verdadeiro, porém, que essa sensação de injustiça será ao menos mitigada se as regras do jogo “estabelecimento da verdade dos fatos no processo” forem claras, e mais ainda se for claramente explicitado o uso que delas se faz em cada caso concreto (é a esse fim prático, aliás, que esta tese pretende oferecer alguma contribuição). Aceitar regras justificadas, ainda que eu não goste delas, é jogo de linguagem que todos estão acostumados a jogar, e quando isso ocorre posso até reclamar, mas não posso dizer que fui enganado ¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Observação aguda é feita por Ferraz Jr. acerca do papel da dogmática jurídica na organização do caótico conjunto formado pelas chamadas fontes do Direito, mas poderia ser parafraseada para expressar o esforço teórico a ser desenvolvido para justificar o processo de conhecimento dos fatos em juízo. A observação de Ferraz Jr. é a seguinte: “Nesse sentido, não podemos olvidar que o que chamamos, ao nível vulgar, de Direito, numa sociedade, é mais um conjunto de símbolos e ideais não coerentes, que revelam sua incoerência ao homem comum quando este se envolve, por exemplo, em um processo judicial. Nestes casos, como faz notar a Sociologia jurídica, o homem comum sente o peso da insegurança ao ser confrontado com os direitos dos outros que, embora não lhe pareçam legítimos, não deixam de lhe trazer uma certa angústia. É claro que seria impensável que o Direito admitisse, oficialmente, que ele se move em múltiplas e incoerentes direções para satisfazer os valores emocionais em conflito da população a que serve. O êxito do Direito como força unificadora depende, pois, de se dar um significado efetivo à ideia de um governo do Direito como algo unificado e racional. Este êxito depende, em parte, da Dogmática Jurídica.” Ferraz Jr. (1998: 175).

Por outro lado, essa verdade híbrida que se forma no processo judicial não é dele exclusivo. Pelo menos desde Aristóteles se sabe que certas proposições sobre as quais se assenta o conhecimento não são verificáveis e se sustentam sobre a opinião comum, ou seja, sua verdade decorre do consenso ¹⁵⁰. Na atual discussão sobre a formação da verdade por consenso nas ciências, mencionada no início deste capítulo ¹⁵¹, não é diferente, pois o que se afirma é que as proposições que sustentam o paradigma têm sua verdade garantida precisamente graças ao consenso entre os mais sábios ou, entre estes, os mais reputados, como já apontava Aristóteles. No sentido propriamente epistemológico, portanto, a verdade judicial não é menos verdade somente porque híbrida.

Cabe agora perguntar sob que critério esses elementos de origens distintas é reunido para dar conta da totalidade dos fatos. Já demos exemplos de períodos desse gênero e nada neles soa estranho. Consciente ou não, o hibridismo da verdade que se produz no processo de conhecimento judicial é tranquilamente trabalhado pelos juízes. Dois aspectos, porém, merecem reflexão. No capítulo anterior firmamos posição acerca da insuficiência do raciocínio subsuntivo para dar conta da totalidade dos fatos, pois somente as questões fáticas que possam ser colocadas a partir das premissas maiores são respondidas. Viu-se também que uma narrativa das ações é a maneira pela qual se podem apreender as ações de forma completa. A isso acrescentaremos agora um novo aspecto: a melhor forma de reunir os elementos de verdade provindos das diversas origens possíveis ao longo do processo é feita por sua composição em uma narrativa completa, sendo intrínseca a essa ideia de completude a qualidade da coerência. O aprofundamento dessa afirmativa será feito no próximo capítulo, mas a chegada da coerência a nossa análise faz emergir outras questões ainda relacionadas ao tema deste capítulo.

No início do capítulo mencionamos os quatro critérios de verdade comumente aceitos, dos quais três poderiam se aplicar ao processo judicial, ficando de fora a verdade sob o critério pragmático por sua inadequação para servir como tal para apuração de fatos exclusivamente passados. O que o processo de conhecimento judicial explicita é que os

¹⁵⁰ “Quando o raciocínio resulta de proposições primordiais e verdadeiras ou de princípios cognitivos derivados de proposições primordiais e verdadeiras ou de princípios cognitivos derivados de proposições primordiais e verdadeiras, diz-se que temos uma demonstração; ao raciocínio obtido a partir de proposições geralmente aceites chama-se silogismo dialético. São verdadeiras e primordiais aquelas proposições que merecem crédito, não por recurso a outras proposições, mas sim por si mesmas (pois no que respeito aos princípios científicos não é pertinente perguntar porque são credíveis, uma vez que cada um desses princípios em si e por si deve ser credível); são fundadas na opinião comum aquelas proposições que parecem credíveis a todos, ou à maioria, ou aos sábios; ou ainda, de entre estes, à maioria ou aos mais conhecedores e reputados.” Aristóteles (2007: 234-5).

¹⁵¹ Cf. notas 36 e 37.

critérios da verdade como correspondência e do consenso podem ser, e efetivamente são, utilizados conjuntamente, cada qual aplicado aos problemas que pode resolver: a verdade como correspondência quando há evidências, a verdade como consenso quando as partes não discordam sobre o que ocorreu, ficam inertes ou quando há presunções. O critério da verdade como coerência, por sua vez, é aquele pelo qual os elementos de toda ordem encontrados durante a instrução serão testados. Uma forma para testar a verdade do juízo formado é ajuizar os fatos mediante a forma narrativa, a qual deve ser, em sentido bem específico, coerente.

É isso que se espera que fique demonstrado no próximo capítulo.

CAPÍTULO 5

A FORMAÇÃO DO JUÍZO SOBRE OS FATOS NA DECISÃO JUDICIAL

*Abordar o Direito como narrativa e retórica significa olhar mais para os fatos do que para as regras.*¹⁵²

Antes de iniciarmos esse capítulo conclusivo, retomemos o percurso feito até aqui, descartando, na síntese, o que se expôs no primeiro capítulo, de caráter apenas introdutório.

No segundo capítulo defendemos que em qualquer caso que é levado a julgamento o núcleo dos fatos consiste em uma ação humana, a qual se define pelo conjunto dos conceitos que fazem parte de uma rede (ação, agente, motivo, intenção, circunstâncias). Para apreender e, depois, formar um juízo sobre os fatos do caso, é preciso conhecer aspectos do caso que sejam suficientes para dar conta da manifestação, no caso concreto, de todos os conceitos da rede. Isso exige especial atenção às circunstâncias em que a ação se deu, pois motivos e intenções não são, em regra, acessíveis ao juiz por meio de evidências e só podem ser inferidos das circunstâncias.

No terceiro capítulo foram comparadas duas formas típicas de conduzir o raciocínio sobre os fatos. No raciocínio subsuntivo, a regra de Direito é o ponto de partida para comparação e buscam-se fatos que a confirmem ou infirmem. No raciocínio analógico, o ponto de partida são os fatos do caso e busca-se assimilá-lo a um precedente cujos fatos sejam análogos ao que é agora objeto de julgamento. O raciocínio subsuntivo tem a vantagem de permitir fácil apreensão de fatos definidos por termos inequívocos ou pouco equívocos, em especial aqueles que podem ser representados por atos formalizados (contratos, recibos, formulários, documentos de identidade, certidões etc.), mas enfrenta dificuldades com as ações não registradas em atos desse tipo, as quais precisam ser reconstituídas por completo. A razão para essa deficiência é a textura aberta (para nós, escancarada) dos termos de ação, de extensão sempre indefinida e sujeita à criatividade e variabilidade da ação humana. O raciocínio analógico, ao contrário, tem na análise da ação

¹⁵² Paul Gewirtz, in Brooks and Gewirtz (1996: 3).

efetivamente ocorrida seu forte, sendo seu problema não tratá-la sempre de modo tão particular que não seja possível utilizar regra anterior para solucionar o caso.

No quarto capítulo estudamos o que o juiz tem à disposição para formar o juízo sobre os fatos passados. Evidências e presunções formam o conjunto completo. As primeiras consistem em tudo aquilo que, dotado de alguma materialidade, pode revelar algo sobre algum aspecto dos fatos discutidos. A conclusão sobre o que elas efetivamente revelam passa pela realização de inferências que têm por base o conhecimento científico ou noções de senso comum. As presunções legais oferecem soluções definitivas e contrafáticas, quando absolutas, mas na quase totalidade dos casos são relativas, servindo para conferir efeitos à falta de controvérsia sobre os fatos ou para fixar o que deve ser considerado verdadeiro quando não é possível decidi-lo mediante inferências a partir de evidências. Há também uma presunção geral que permite a utilização de noções de regras da experiência comum para realizar quaisquer inferências sobre fatos, inclusive a partir das próprias evidências.

Este capítulo abordará os dois possíveis modos típicos pelos quais o juiz pode, com base nos raciocínios estudados no capítulo 3, e levando em conta as evidências e presunções do capítulo 4, produzir juízos com pretensão de verdade sobre as ações reguladas pelo Direito, de que fala o capítulo 2. A primeira forma tem relação mais próxima com o raciocínio subsuntivo. Trata-se da resposta a questões formuladas a partir das regras de Direito, as quais podem ser suficientes para solucionar o caso independentemente da consideração de outros fatos do caso. A segunda forma é a narrativa judicial, que reúne os elementos decorrentes de inferências sobre evidências e de aplicação de presunções em uma sequência temporal e inseridos no contexto circunstancial em que as ações ocorreram. Vale notar que tal como a separação entre raciocínio subsuntivo e analógico, a separação entre as duas formas de ajuizar os fatos serve a fins analíticos e não pretende indicar que, na prática, as duas formas apareçam separadamente, pois nem a resposta a questões impede que se forme, a partir delas, uma narrativa, nem a construção de narrativa se faz sem resposta a questões pontuais.

5.1 Ajuizamento pela resposta a questões

O juízo sobre os fatos baseado exclusivamente na resposta a questões confunde-se com as próprias respostas. As questões são formuladas com base na regra de

Direito e as respostas respectivas são comparadas com essa mesma regra, o que soluciona o caso. O funcionamento do sistema de questões foi exposto e avaliado no capítulo 3, mas vale retomar o assunto para incluir aspecto que até então ainda não havia sido aprofundado: o uso de evidências e presunções.

Esse modo de ajuizamento predomina na prática judicial brasileira e um exemplo pode deixar mais claro seu funcionamento. Pense-se em ação ajuizada por consumidor contra fabricante de TV, alegando defeito no aparelho e requerendo a entrega de novo aparelho ou a devolução do valor integral que pagou à vista quando da aquisição. O consumidor alega que adquiriu a TV, instalou-a, que o aparelho funcionou bem por cerca de trinta dias e que depois disso apresentou defeito. Procurada por ele para solucionar o problema, a assistência técnica indicada pela loja o visitou duas vezes. Na primeira, pareceu ter resolvido o problema, mas este voltou a ocorrer e na segunda visita a assistência técnica recusou-se a corrigi-lo novamente dentro da garantia, sob o argumento de que tudo indicava que teria havido má utilização do produto pelo consumidor e o conserto teria de ser pago. Em sua defesa, a fabricante confirma aquilo que fora dito pelo autor, especificando, quanto ao motivo para não correção do problema na segunda visita, que provavelmente ocorrera derramamento de líquido sobre partes sensíveis do aparelho. As evidências disponíveis são a nota fiscal da compra e os relatórios das duas visitas técnicas realizadas pela assistência técnica, cujo teor é essencialmente o que constou das narrativas das partes. Nenhuma das partes requereu produção de prova nas peças até aqui protocoladas.

Um ajuizamento sobre os fatos com base em respostas a questões poderia ser feito da seguinte forma;

Passo 1: O caso é posto de saída pelo juiz sob a égide do Código de Defesa do Consumidor (CDC), conforme requerido pelo autor, pois o caso é claro a esse respeito e nem mesmo o fabricante negou tratar-se de relação de consumo.

Passo 2: Com base nas regras do CDC, formulam-se as questões:

- a) Houve fornecimento de produto?
- b) O produto apresentou defeito?

Passo 3: As respostas às duas questões formuladas é SIM, a partir dos termos da petição inicial, da defesa e dos documentos juntados. A partir dessas respostas, o juiz pode formular uma nova questão:

- c) A ré provou a ocorrência de fato que possa excluir sua responsabilidade objetiva?

Passo 4: O juiz responderia NÃO, pois embora isso tenha sido alegado (na forma de culpa exclusiva da vítima), a ré não produziu nem requereu produção de prova a esse respeito, sendo insuficiente a mera afirmação do técnico constante do documento juntado aos autos. A ação é julgada procedente, condenando-se a ré à entrega de aparelho novo.

O caso é bastante semelhante a muitos outros e não há, a princípio, nada a reparar na decisão, por meio da qual, inclusive, a ação pôde ter fim célere, já que julgado antecipadamente. As questões foram formuladas tanto a partir das regras relativas a responsabilidade (questões “a” e “b”) quanto com base na regra que prevê expressamente excludentes para a responsabilização. O ajuizamento dos fatos por meio de respostas a questões é feito, portanto, por meio de respostas simples, do tipo SIM ou NÃO, e é justamente o haver uma resposta ou outra que leva o juiz a formular alguma outra questão. Se o juiz tivesse, no nosso exemplo, elementos para responder à pergunta “b” com um NÃO, isso significaria que o defeito não teria existido e não seria necessário continuar a perguntar, a ação poderia ser julgada improcedente e estaria, do mesmo modo, finalizada.

Nos termos do que foi visto nos capítulos anteriores, merecem ser destacados os seguintes aspectos:

- as ações das partes puderam ser inferidas dos documentos do seguinte modo: a compra e venda do aparelho, pela nota fiscal; a reclamação do autor, pelos documentos comprobatórios das visitas técnicas, pois embora não houvesse documento relativo à reclamação, é sabido que ninguém faz visita técnica espontaneamente; as visitas técnicas, pelos documentos que as registraram.

- ainda que não houvesse como realizar essas inferências, não houve controvérsia a respeito de nenhum desses pontos e o juiz poderia dar os fatos por verdadeiros exclusivamente a partir da presunção correspondente;

- o único ponto que poderia ser considerado controvertido era a alegada culpa do autor pelo defeito. O juiz resolveu a questão pela aplicação da regra do ônus da prova e encerrou o caso.

A regra do ônus da prova não foi discutida no capítulo anterior, mas poderia ter sido, pois se trata de presunção: presume-se que todos são, ou devem ser, cuidadosos com relação a seus próprios interesses e a apresentação de evidências em juízo é uma forma de demonstrar esse cuidado. Essa presunção até pode ser afastada sob a incidência de outra presunção, como a de que certos negócios são feitos sem documentação (o que não é o caso) ou de que a parte é vulnerável em relação à outra (o que o CDC prevê e, no nosso exemplo, era o caso). No caso da ré, há presunção contrária, que piora sua situação: tratando-se de fornecedor e, mais do que isso, empresa fabricante de aparelhos sofisticados e de alta tecnologia, não poderia alegar falta de meios suficientes para defender adequadamente seus interesses. Se não o fez, já que sequer requereu produção de prova nos autos, presume-se que é porque não poderia provar o que afirmara. Poder-se-ia ir ainda mais longe e dizer-se que a experiência comum revela que é assim mesmo que os fornecedores tratam os adquirentes de seus produtos, inventando as desculpas mais esfarrapadas – como essa do líquido – para deixar de cumprir suas obrigações, e que quando há realmente motivo justo para o conserto, a empresa se documenta adequadamente, o que, não tendo acontecido no caso, leva à conclusão de que o autor tem razão.

Redigido na forma adequada, o parágrafo anterior poderia constituir parte da motivação da sentença de procedência da ação, o que serve para que se perceba a força das presunções, que se manifesta mesmo em caso tão simples e corriqueiro e que fica muitas vezes oculta sob a capa de mera aplicação de regras que, como a do ônus da prova, não são identificadas como presuntivas. A presunção funciona como um simplificador da complexidade dos fatos, dá ao juiz a possibilidade de tirar conclusões sem ter que enfrentar aquilo que normalmente é o mais difícil de saber em relação ao caso concreto. Note-se que a pergunta feita com base na excludente continha um termo relativo a um tipo de ação do autor, pois só a análise de suas ações poderia levar a concluir pela existência de culpa de sua parte. Em outras palavras, foi justamente a indagação sobre um termo de ação que foi obstada pela aplicação das complexas presunções que estão por trás da regra do ônus da prova.

Utilizemos o mesmo exemplo com uma pequena diferença, relativa justamente à aplicação de uma das presunções mencionadas, o que pode fazer com que as respostas às questões sejam forçosamente dadas por meio de narrativa. Imagine-se que antes de julgar o caso o juiz, em despacho que muito frequentemente é feito, no Brasil, por “decisão” do

cartório, determinasse às partes: “Especifiquem as partes as provas que pretendem produzir”¹⁵³. A ré diz que pretende ouvir testemunhas e arrola, então, um dos técnicos da segunda visita, aquele que foi responsável por anotar, no formulário, haver indícios de que havia sido derrubado líquido nas partes sensíveis do aparelho. A ré requer, ainda, seja ouvido o autor em depoimento pessoal.

Na audiência, o advogado da ré pergunta ao autor se ele tem filhos e se os filhos assistem com frequência programas de TV. O autor responde que sim e acrescenta que comprou a TV nova justamente pensando no filho, o qual ficava durante o dia aos cuidados de babá. A ré ouve, então, o técnico responsável pela visita, que afirma que o líquido a que se referiu era sorvete, que jamais diria algo que não aconteceu, que tem mais de vinte anos de profissão e que embora não tenha escrito isso no formulário, fizera foto do líquido em questão com seu celular, foto esta que, depois de protestos do advogado do autor, recusados pelo juiz, é mostrada a esse mesmo advogado, ao próprio autor e ao juiz na audiência. Indagado pelo juiz se se tratava de sua sala e de seu aparelho, o autor o confirma. Que consequência isso pode ter para o ajuizamento dos fatos com base em questões e aplicação de presunções?

Antes de tentar responder à questão, devemos-nos adiantar à possível objeção de que essa complicação do exemplo inicial pode ter algo de cerebral e lembra muito mais situações que ocorrem em filmes de julgamento feitos sob o sistema de *common law*: é a testemunha chave que chega com uma carta na manga e o advogado tarimbado que, atento aos detalhes, consegue impressionar os jurados. Contra essa objeção, pode-se dizer, por um lado, que o exemplo está perfeitamente de acordo com as regras processuais vigentes, com alguma dúvida podendo ser levantada com relação à apresentação, na própria audiência, de documento novo (a foto), mas isso no máximo poderia gerar a obrigação de impressão ou alguma impugnação quanto a sua autenticidade. Dificilmente a foto deixaria de vir para os autos e, ainda que não fosse, o advogado poderia exigir que o que ocorreu constasse na ata da audiência. A aparência de cerebral talvez se deva muito mais ao fato de que a prática de boa parte dos advogados está marcada pela dificuldade que todos nós juristas temos, no Brasil, em valorizar e argumentar sobre questões fáticas em detalhe, exceção feita, talvez, àqueles que militam em Direito Penal e de Família, os quais, não por coincidência, são os ramos em que os conflitos se baseiam predominantemente em ações

¹⁵³ Não existe regra a respeito, mas a praxe consagrou tal despacho como necessário independentemente da fixação dos pontos controvertidos pelo juiz, essa sim obrigatória (art. 331, CPC), mas muito raramente feita.

não formalizadas, que evanesceram no tempo e precisam ser reconstruídas integralmente por advogados e juízes para dar base a julgamentos.

Dê-se por certo, então, que algo como o que supusemos possa ter ocorrido na audiência, e voltemos à pergunta: o que acontece com a técnica de ajuizar fatos por meio da resposta a questões formuladas com base em normas e na aplicação de presunções? Evidentemente que é possível, mas as coisas ficam mais difíceis, pois a questão que ganha relevância é: o autor é culpado pelo defeito? Tal pergunta só pode ser respondida pela análise das evidências e pergunta-se então: dos dois depoimentos (do autor e da testemunha) e da foto pode-se inferir alguma ação ou omissão culposa do autor? Pensamos que as duas respostas (SIM ou NÃO) são possíveis, mas será difícil ao juiz tirar qualquer das conclusões sem construir, explícita ou implicitamente, alguma narrativa hipotética, a não ser que considere todas as evidências irrelevantes. Para dar razão à ré, a única maneira é aceitar a narrativa do advogado, que teria mais ou menos o seguinte teor: “o filho do autor danificou o aparelho sujando-o com sorvete quando assistia à TV”, articulando esse ponto principal com o fato de o filho ficar aos cuidados da babá, que a babá em vários momentos deve se ausentar e deixar a criança sozinha à frente da TV dizendo “fique quietinho que eu já volto!”, o que nem sempre dá o resultado esperado. Para negar-lhe razão, o juiz teria de dizer, no mínimo, que tal narrativa é fantasiosa e que se deve presumir o contrário do afirmado pelo advogado, isto é, que justamente por ter uma babá que cuidava dele, o filho não faria algo do gênero – isto é, também o juiz trataria do caso narrativamente.

O exemplo confirma algo que já fora demonstrado, por outras vias, no capítulo 3, isto é, que o ajuizamento dos fatos com base em respostas a questões funciona muito bem: (a) quando os termos não são equívocos; (b) quando as ações ganharam forma nas evidências e não precisam ser reconstituídas; e, (c) no caso das ações não formalizadas, quando não há controvérsia ou quando não há evidência em contrário ao afirmado.

O ajuizamento por narrativa é mais complexo e é também distante da prática jurídica a que estamos acostumados. Além disso, ainda não o abordamos nesta tese. Por todas essas razões, sua análise exigirá um esforço teórico maior, como se verá no tópico seguinte.

5.2 Ajuizamento pela narrativa judicial

Em *Rhetoric and the rule of Law*, MacCormick dedica um capítulo ao que denomina narrativas jurídicas, termo que designa a forma pela qual os práticos do Direito expõem os fatos de um caso concreto. Fazem narrativas jurídicas os advogados de ambas as partes, ouvem-nas e eventualmente as reelaboram a seu modo os jurados (nos casos em que são os responsáveis por julgar como os fatos se passaram), constroem-nas e as testam os juízes no momento de proferir suas decisões, analisam e julgam a qualidade de todas elas comentadores das decisões em trabalhos teóricos nos quais se pode propor como correta outra narrativa, diferente daquela adotada por um ou outro dos atores que participaram efetivamente do processo judicial ¹⁵⁴.

Neste tópico trataremos daquilo que, na perspectiva deste trabalho, é um subgênero das narrativas jurídicas: a narrativa judicial, que é a elaborada e explicitada pelo juiz do caso e lhe serve de base para a aplicação da regra de Direito. Distingue-se ela da narrativa dos advogados por duas razões: por ter de ser concebida sob uma perspectiva imparcial e ter, por conseguinte, pretensão de objetividade, e também por não ter por objetivo precípuo persuadir. Distingue-se da dos jurados por ter de ser explicitada e por ser necessariamente informada pela perspectiva do jurista; e da do doutrinador por ter o juiz o dever de dar solução concreta, em tempo razoável, ao caso que lhe é submetido, submetendo-se ele, juiz, por tal ato, ao julgamento das partes, de instâncias superiores e da própria doutrina.

A ideia de que os fatos do caso devam ser reunidos em uma narrativa completa não é óbvia e nem é a única forma de tratar o conjunto de elementos que se prestam à formação de proposições verdadeiras no processo de conhecimento, elementos esses que, como visto, decorrem ou de inferências sobre as evidências ou de aplicação de presunções. Acima vimos ser possível, a partir desses elementos, simplesmente responder a questões acerca dos pontos de fato relevantes, questões estas, por sua vez, formuladas a partir dos termos que compõem aquela que se supõe seja a norma aplicável. Sabemos que essa outra maneira de lidar com os fatos do caso é eficiente, isto é, por meio dela se chega a respostas

¹⁵⁴ MacCormick (2005), capítulo 11. Weisberg (1996) apresenta outras possibilidades: “O que o tópico ‘narrativa jurídica’ inclui? Há a motivação da decisão, com apresentação no julgamento de uma narrativa dos fatos sobre as partes; há a compilação acadêmica, em Direito, da história ou do pano de fundo das decisões judiciais, tratando-se essa história como narrativa; há, com incrível frequência nos dias de hoje, o estudioso do Direito apresentando suas ideias na forma de narrativa ao invés das convencionais análise e abstração; há o aspecto mais sutil de descobrir narrativas ocultas sob os pronunciamentos jurídicos que não pretendiam ter história alguma, ou uma história diferente”.

que permitem a solução do caso. O que aqui procurar-se-á demonstrar é que a forma narrativa pode ser superior, em certos casos, do ponto de vista do valor próprio que rege o processo de conhecimento, que é a verdade.

Antes de passar à análise vale fazer algumas precisões com relação ao sentido em que o termo narrativa é aqui tomado. Reconhece-se há muito a existência de correntes narrativistas em muitos campos de conhecimento, ao ponto de falar-se em “narrativismo” ou em “movimento narrativista” de forma que nem sempre identifica aquilo a que o termo se refere. É prudente, portanto, mencionar brevemente aquilo que o estudo que se seguirá sobre a narrativa não é e aquilo com que, até certo ponto, se comunica.

Uma primeira manifestação da discussão sobre narrativas se refere à possibilidade de utilização dessa forma em qualquer campo de estudo, para fins os mais diversos. É a isso que se refere o relato de Twining sobre sua participação, em meados dos anos 1980, de workshop denominado “Narrativa como um instrumento de cultura”¹⁵⁵, o qual reuniu especialistas de áreas tão díspares quanto Economia, Filosofia da Ciência, Física, Geografia (campos em que a narrativa era considerada um tema “não óbvio”), Literatura, História, Teologia (campos em que a narrativa seria tema “óbvio”), Direito, Antropologia e Sociologia (campos em que a narrativa tinha status intermediário). A narrativa surge aqui como uma forma de abordar temas relacionados aos diversos campos de estudo e, às vezes, a própria prática de determinado campo, como no caso das narrativas que dão conta de como determinado experimento científico foi realizado.

No Direito, em especial nos Estados Unidos da América, o uso de narrativas é visto por alguns como a forma mais adequada para a construção de discursos contramajoritários e discussão de questões relacionadas a gênero, raça e classe, entre outros. O objeto dessas narrativas é dar expressão a certa identidade de grupo, a qual é automaticamente transferida a seus membros, o que leva a que se sustente que essa narrativa genérica deve ser levada em conta, inclusive, para fim de julgamento de ações individuais de membros do grupo. Nas palavras de Brooks, *“o conceito de narrativa ingressou nos estudos jurídicos com uma ênfase no seu uso como veículo de dissenso em relação às formas tradicionais de raciocínio jurídico e de argumentação. Nessa visão,*

¹⁵⁵ Twining (2006: 280). Do mesmo gênero é o simpósio do qual resultou o livro editado por Mitchell (1981).

*contar histórias serve para transmitir sentidos excluídos ou marginalizados pela retórica jurídica e pelo pensamento jurídico dominantes”*¹⁵⁶.

Também no Direito, há outra faceta do narrativismo, essa mais evidentemente próxima àquilo que é nosso objeto de estudo. Trata-se da análise do papel da narrativa nos julgamentos, com foco na atividade dos advogados. Pelo fato de tratar-se, em sua maioria, de estudos que têm por base os sistemas de *common law*, a análise tem por foco o caráter retórico das narrativas e a análise de seu poder de persuadir os jurados, uma vez que o júri ainda é majoritariamente, naqueles sistemas, o *trier of fact*, ou juiz dos fatos. Essa particularidade faz com que tais estudos sejam apenas parcialmente aproveitáveis para nossos fins. Primeiro, porque o júri não tem obrigação, naqueles sistemas, assim como no nosso, de motivar sua decisão sobre os fatos e, muito menos, de apresentar uma narrativa. O juiz que estamos tomando em consideração nesta tese é o típico de nosso ordenamento, que, ao contrário do júri, está obrigado a motivar sua decisão sobre os fatos. E seu juízo sobre os fatos não tem como primeira função persuadir (embora isso seja desejável, em sentido amplo), mas sim expressar a verdade dos fatos de um ponto de vista imparcial, diferentemente dos advogados cujos discursos e estratégias são considerados como paradigma para narrativas nos países de *common law*.

Estudos das duas últimas vertentes, mas principalmente da última, estão na base deste trabalho e alguns deles serão objeto de comentário a seguir. Mas a menção genérica a sua existência nos coloca no caminho que a partir de agora pretendemos tomar para abordar a narrativa judicial, o qual não coincide plenamente com nenhuma das vertentes mencionadas. O elo de ligação é a Retórica, geralmente referida como base dos discursos persuasivos dos advogados.

A Retórica é, no sistema aristotélico, uma das ciências produtivas. Essas ciências (abordam a ação humana de um ponto de vista externo, isto é, as ações que têm por objeto não pertencem ao praticante da ciência. A Retórica é a técnica pela qual se produzem discursos persuasivos, sendo a persuasão destinada a influenciar a ação de outrem. A persuasão a que a Retórica visa não é pensada para ser feita a qualquer custo,

¹⁵⁶ Brooks e Gewirtz (1996: 5). Na mesma linha, a observação de Gewirtz, coorganizador do volume: “Esses estudiosos tipicamente sustentam que contar histórias tem um poder especial para ‘oposicionistas’ e outros grupos marginalizados, particularmente minorias raciais e religiosas e mulheres. Contar histórias (mais do que simplesmente argumentar), diz-se, tem um poder especial para desafiar e desalojar o status quo jurídico, porque história são uma forma única de representar vividamente vozes particulares, perspectivas e experiências de vitimização tradicionalmente deixadas de lado no estudo acadêmico do Direito e ignoradas quando da elaboração de regras de Direito.” Brooks e Gewirtz (1996: 5).

pois sua base são evidências e aquilo que, em Direito e nesta tese, são as presunções justificadas.

O papel da Retórica no discurso sobre os fatos, seja os feitos por advogados, seja os feitos por juízes, é evidente e é certo que as justificativas sobre os fatos levada a cabo pelo juiz se utiliza de instrumentos retóricos para justificar, por exemplo, certa inferência que foge àquilo que normalmente se poderia esperar. É certo, também, que a justificação externa da escolha da regra de Direito aplicável, bem como o raciocínio que a relaciona com o juízo sobre os fatos, tem caráter marcadamente retórico. Tais discursos são, assim, eminentemente argumentativos e têm a pretensão de persuadir. Para a construção de narrativas, porém, é outro o instrumento que o sistema aristotélico nos fornece: a Poética, que, não por acaso, é a segunda das ciências produtivas daquele sistema.

A narrativa de que falaremos é aquela regida pelas regras da Poética, regras essas que espelham uma racionalidade particular, aquela que possibilita que uma história seja considerada plausível. O que sustentamos é que a elaboração de uma narrativa nesses termos é instrumento importante e que deve ser sempre considerado como disponível pelo juiz para o controle das próprias inferências e decisões acerca de presunções de que se utiliza para formar seu juízo sobre os fatos. E isso mesmo quando o método de questões parece suficiente para resolver o caso, pois a narrativa, como já se notou, não é incompatível com a utilização desse método.

O produto da Poética não são argumentos, mas narrativas cujo objeto são ações passadas. O mesmo Paul Ricoeur que nos guiou na análise do conceito de ação, volta, em *Tempo e Narrativa*¹⁵⁷, a colocar a ação no centro da análise, identificando-a, na esteira da *Poética* de Aristóteles, como o objeto por excelência da narrativa histórica e de ficção. Seu ponto de partida é a afirmação de Aristóteles de que na tragédia “*o elemento mais importante é a trama dos factos, pois a tragédia não é imitação de homens, mas de acções e de vida, de felicidade [ou infelicidade; mas, felicidade] ou infelicidade reside na acção, e a própria finalidade da vida é uma acção, não uma qualidade*”¹⁵⁸. Para Ricoeur,

¹⁵⁷ Para a tese utilizamos concomitantemente o texto original (Seuil, 1983, 1984, 1985, respectivamente Vols. 1, 2 e 3) e a boa tradução de Claudia Berliner (vols. 1 e 3) e Márcia Valéria Martinez de Aguiar (vol. 2; todos WMF Martins Fontes, 2010), em relação à qual, porém, faremos logo a seguir dois reparos terminológicos. Salvo nota em contrário, as citações de *Tempo e Narrativa* são todas da edição brasileira.

¹⁵⁸ Aristóteles (1986: 111). Os colchetes e a grafia do Português de Portugal são do original.

a regra vale para qualquer gênero literário, excetuada a poesia lírica, e também para a História.

A Poética, nesse sentido, é a arte de falar sobre ações passadas, o que a torna mais adequada como instrumento para pensar a narrativa judicial do que a Retórica, pois o que o juiz precisa fazer é justamente configurar as ações passadas a partir dos elementos que reuniu (o que, como já foi dito, não o impede de utilizar a Retórica como discurso argumentativo para justificar uma escolha relativa ao sentido das evidências colhidas). A configuração poética é o ato do narrador pelo qual, em todos os casos, as ações são encadeadas entre si de modo a constituir uma trama¹⁵⁹. Trata-se de ato que realiza várias operações, das quais duas devem ser destacadas para nossos fins. Primeiro, a configuração poética “faz mediação entre acontecimentos ou incidentes individuais e uma história tomada como um todo”, ou seja, “tira uma história sensata de uma diversidade de acontecimentos ou incidentes (os pragmata de Aristóteles); ou que ela transforma os acontecimentos ou acidentes em uma história”¹⁶⁰. Segundo, por meio dela o narrador “compõe juntos fatores tão heterogêneos como agentes, objetivos, meios, interações, circunstâncias, resultados inesperados etc.”¹⁶¹. Esse tomar juntamente, diz Ricoeur, tem parentesco com a operação do juízo segundo Kant, segundo o qual “o sentido transcendental do juízo consiste menos em juntar um sujeito e um predicado do que em colocar uma diversidade intuitiva sob a regra de um conceito”, sendo que o parentesco é ainda maior “com o juízo reflexionante”¹⁶² que Kant opõe ao juízo determinante, no sentido em que ele reflete sobre o trabalho do pensamento em ação no juízo estético de gosto e no juízo teleológico aplicado a totalidades orgânicas”¹⁶³.

¹⁵⁹ Nesse trecho estão nossas duas principais divergências com a tradução brasileira. Aquilo que chamamos de encadeamento das ações aparece, na tradução, como *agenciamento* dos fatos, devido ao original em Francês ser *agencer*. Em Português, porém, não parece que a palavra *agenciamento* seja utilizada nesse sentido. Encadear espelha melhor o sentido de arranjar ordenadamente, que é o significado de *agencer*. O segundo termo cuja tradução questionamos também ocupa lugar chave na análise ricoeuriana. Trata-se daquilo que, fieis ao texto Aristotélico recém-citado, denominaremos *trama*, ao invés de *intriga*, preferência das tradutoras para o termo original *intrigue*. Nesse caso, a escolha da edição brasileira é, de fato, próxima da ideia expressa pelo texto francês. Mas além de conter uma ambiguidade, a nosso ver, indesejável, remetendo à ideia de conflito, é inferior, semanticamente, a trama, que remete a uma ordenação que considera a complexidade intrínseca às ações humanas de uns em relação aos outros, análoga à trama dos fios de um tecido, que é o étimo do vocábulo. O par encadeamento dos fatos – trama nos parece mais harmônico, enfim, para denotar a ideia de ordenação de um material complexo.

¹⁶⁰ Ricoeur (2010a: 114).

¹⁶¹ Ricoeur (2010a: 114).

¹⁶² Mantivemos “reflexionante” na citação por ser a tradução utilizada no livro citado, mas no restante da tese utilizamos *reflexivo*, por fidelidade à tradução brasileira da *Crítica da Faculdade do Juízo* que consta da bibliografia.

¹⁶³ Ricoeur (2010a: 116).

A menção de Ricoeur ao juízo reflexivo exige que dele nos ocupemos brevemente. O juízo reflexivo é, no sistema kantiano, a alternativa a que o sujeito transcendental recorre para apreender objetos que não podem ser simplesmente subsumidos a conceitos preexistentes, isto é, sobre os quais não se pode falar por meio de um juízo determinante. Quando pode ser utilizado, o conceito é a expressão de domínio sobre o sentido do objeto: quando pode dizer que determinado animal é um mamífero, ou que determinada ação é um roubo, o sujeito cognoscente descansa e dá por encerrado seu trabalho de saber o que, afinal, era aquela coisa que se oferecera a seu conhecimento. É esse o fortíssimo fundamento da técnica de apurar o que ocorreu entre as partes de um processo por meio da formulação de questões sobre os fatos relevantes, os quais são definidos como tais a partir das notas do conceito contido na regra de Direito. Há, porém, objetos que o sujeito cognoscente intui serem únicos e que, por isso, não se deixam apreender por meio de conceitos preexistentes, de que são exemplos as obras de arte e, para Ricoeur e para nós nesta tese, as ações humanas ¹⁶⁴. O sujeito cognoscente trabalha necessariamente com a ideia de que existe um sentido sob o qual tudo aquilo que se oferece a seu conhecimento pode ser compreendido, inclusive esses objetos únicos, particulares, o que, nesses casos, só pode ser feito se à primeira suposição se acrescentar uma segunda, a de que existiria uma finalidade à qual tudo obedece, pela qual tudo existe e que tudo se unifica em uma totalidade orgânica. A ideia de causalidade final é então utilizada como *“um fio condutor da reflexão que então permanece sempre aberto para todos os princípios de explicação mecanicista e não se perde fora do mundo sensível”* ¹⁶⁵. À finalidade como princípio regulador unem-se, para que se possa organizar o material particular que precisa ser ajuizado, o espaço e o tempo, que são as intuições puras da imaginação produtiva, faculdade que realiza a síntese que se expressa por meio do juízo.

Entre os inúmeros resultados que podem decorrer desse tipo de ajuizamento está a trama de uma narrativa, a qual, segundo Ricoeur, é produto da imaginação produtiva, com o uso da qual o narrador toma juntamente e *“integra numa história inteira e completa os acontecimentos múltiplos e dispersos e, assim, esquematiza a significação inteligível vinculada à narrativa tomada como um todo”* ¹⁶⁶. Por meio da trama, o narrador extrai uma

¹⁶⁴ “A faculdade de juízo *reflexiva* deve subsumir sob uma lei que ainda não está dada e por isso é na verdade somente um princípio da reflexão sobre objetos, para os quais e de um modo objetivo nos falta totalmente uma lei ou um conceito de objeto que fosse suficiente, como princípio, para os casos que ocorrem”. Kant (2008: 227).

¹⁶⁵ Kant (2008: 230-231).

¹⁶⁶ Ricoeur (2010a: 2).

configuração ordenada daquilo que apareceria como mera sucessão de acontecimentos, não houvesse os limites espaciais e temporais que o narrador impõe, e não houvesse, especialmente, o estabelecimento de uma conclusão para a trama, que cumpre o papel de finalidade para a qual tudo o que vem antes tende e pela qual pode ser compreendido. É a conclusão que “dá à história um ‘ponto final’, que, por sua vez, fornece o ponto de vista de onde a história pode ser percebida como formando um todo”¹⁶⁷. Daí que “entender a história é entender como e por que os sucessivos episódios conduziram a essa conclusão”¹⁶⁸.

A ideia de “sucessivos episódios” introduz um aspecto fundamental da narrativa que, não casualmente, é também um aspecto fundamental de toda ação humana: seu caráter *temporal*. No capítulo 2 adiantáramos que esse aspecto da ação havia sido deliberadamente deixado de lado e a razão para que assim procedêssemos pode ser mais facilmente entendida agora: embora o tempo da ação seja perceptível para o agente no momento de sua prática, o tempo é aí vivenciado imediatamente, sendo somente no momento em que a ação é narrada (pelo próprio agente ou por qualquer outro narrador) que se procede à *limitação temporal* e que a ação aparece em uma *sequência temporal*. Os três volumes de *Tempo e narrativa* têm por objetivo demonstrar que a narrativa é a única forma de discurso que consegue captar o tempo humano, e o faz melhor do que o discurso filosófico: “Uma das teses permanentes deste livro será a de que a especulação sobre o tempo é uma ruminação inconclusiva cuja única réplica é a atividade narrativa”¹⁶⁹. Ter em vista que a ação se desenvolve no tempo e que a narrativa expressa essa qualidade é um dos aspectos fundamentais da coerência narrativa, que será abordada ainda neste capítulo.

São duas as espécies de narrativa analisadas por Ricoeur: a narrativa de ficção e a narrativa histórica. Ambas têm em comum serem o resultado de um ato configurante que toma juntamente uma multiplicidade de acontecimentos em sequência temporal, e se caracterizam por ter na conclusão a chave da compreensão, sendo isso o que define o gênero narrativa. Mas a espécie narrativa histórica possui aspectos que a tornam mais próxima da narrativa judicial e que completam o quadro a partir do qual passaremos a abordá-la especificamente. O primeiro desses aspectos é o fato de a História ter um *projeto de objetividade* que exige que o narrador *autentique* sua narrativa por meio da remissão a

¹⁶⁷ Ricoeur (2010a: 116).

¹⁶⁸ Ricoeur (2010a: 116-117).

¹⁶⁹ Ricoeur (2010a: 16).

suas fontes, tal como o juiz precisa construir sua narrativa remetendo às evidências produzidas no processo de conhecimento. A análise dessa autenticação da narrativa judicial será feita na parte final deste capítulo, quando retomarmos, a partir da estrutura que está sendo pouco a pouco montada, os elementos que servirão de recheio à narrativa judicial que foram objeto do capítulo 3.

O segundo aspecto que distingue a narrativa histórica da narrativa de ficção aquele é aquele que nos interessa mais imediatamente, o qual se refere à relação entre episódios da trama e sua conclusão. Na narrativa de ficção é suficiente, para que a sucessão de acontecimentos se relacione significativamente com a conclusão, que a narrativa seja plausível, isto é, que apresente uma configuração pela qual a conclusão pareça poder decorrer da sucessão dos episódios da trama. É isso a *causalidade narrativa*, pela qual o leitor é capaz de compreender a ação configurada pelo narrador. Na narrativa histórica, a exigência de plausibilidade existe, mas não é suficiente quando considerado seu projeto de objetividade: o historiador tem o ônus de identificar o que Ricoeur denomina *imputação causal singular*, de modo a satisfazer, além da exigência de viabilizar a compreensão, a de explicar. Para entender a imputação causal singular e sua importância para a narrativa histórica, precisamos fazer breve visita à dicotomia entre explicar e compreender.

A distinção entre compreender e explicar é uma das manifestações do debate que se inicia no século XIX, e persiste até hoje, acerca da especificidade das ciências do espírito em relação às ciências naturais ¹⁷⁰. O saber histórico é palco privilegiado do debate. Afirma-se, de um lado, que a compreensão é seu modo de operar, uma vez que a História entende as ações a partir de intenções e projetos, o que exige uma “intropatia” semelhante à que, na vida cotidiana, utilizamos para entender as intenções e motivos dos outros. Isso leva à autoimplicação do historiador, de sua subjetividade, no trabalho de compreender fatos históricos e narrá-los, trazendo o risco de comprometer o projeto de objetividade da História. O método da História conta, porém, com um contraponto a esse risco de subjetivização, que é a possibilidade de utilizar também o modelo explicativo, que é aquele utilizado pelas ciências naturais e que trabalha, essencialmente, com a relação entre causa e efeito. Ricoeur sustenta que as duas formas de apreensão de sentido são complementares quando se trata do objeto da História, o que decorre de uma complementaridade ontológica correspondente. A compreensão rege o processo, mas a

¹⁷⁰ Seguimos, nesse ponto, além de Ricoeur (2010a), as análises feitas em Ricoeur (1986), especialmente o artigo que tem por título justamente “Explicar e compreender”.

verificação da aceitabilidade da história narrada passa pela explicação, com a ideia de imputação causal singular, que Ricoeur define como “*o procedimento explicativo que faz transição entre a causalidade narrativa – a estrutura do ‘um pelo outro’ que Aristóteles distinguia do ‘um depois do outro’ – e a causalidade explicativa que, no modelo nomológico, não se distingue da explicação por leis*” ¹⁷¹. O historiador, afinal, não se limita, como o narrador de ficção, a apontar uma causa, mas também fornece razões pelas quais considera um fator, e não outro, a causa suficiente de determinado curso de acontecimentos. Havendo vários candidatos a causa de um acontecimento histórico, o historiador pode fazer, como propõe Max Weber, um exercício de imaginação, perguntando-se o que teria acontecido se tal ou qual fator não estivesse presente ou tivesse ocorrido de modo diferente. Tal exercício somente pode ser feito se forem inseridas no raciocínio “*aquilo que Max Weber chama de ‘regras da experiência’, isto é, em última instância, um saber que somos obrigados a chamar nomológico*”, consistindo, essas regras, “*naquelas concernentes à maneira como os homens costumam reagir a situações dadas*” ¹⁷². O juízo relativo à relação causa e efeito, de qualquer modo, ficará sempre no campo da possibilidade quando se trata da narrativa histórica.

O modelo de narrativa que emerge dos aspectos até aqui considerados parece adequado para dar conta da atividade de construção de um saber sobre as ações que deram origem a uma lide judicial. Primeiro, a ideia de ato configurante responde bem à necessidade de reunir elementos muito diversificados e potencialmente ilimitados material, espacial e temporalmente, como é o caso daqueles que o juiz deve considerar para decidir. O mesmo vale para a afirmação segundo a qual o juízo que efetua essa operação tem natureza reflexiva, e não determinante, pois o trabalho do juiz, no que se refere ao conhecimento dos fatos, é justamente reunir singularidades em uma totalidade, é construí-la, não lhe sendo possível partir de uma totalidade que já esteja dada e seja representada em um conceito. Também a ideia de imputação causal singular é aplicável ao trabalho de construção da narrativa judicial e é fundamental, pois é por meio dela que é possível dar conta tanto do agente como causa de algo quanto da existência ou não de excludentes para sua conduta. O aspecto que exige maior reflexão é a conclusão da trama da narrativa.

A conclusão da narrativa judicial não é não pode ser livremente concebida pelo juiz como ocorre na narrativa de ficção. O juiz também não conta com uma facilidade

¹⁷¹ Ricoeur (2010a: 301).

¹⁷² Ricoeur (2010a: 305).

importante da narrativa histórica, que é poder tomar como conclusão a ser compreendida e explicada algum acontecimento notório e, como tal, *dado*, como a Primeira Grande Guerra, a Revolução Francesa ou o ataque terrorista às torres gêmeas em 2001. Ainda que haja um ou outro aspecto da conclusão em que os historiadores diverjam, a notoriedade dos fatos com que trabalha faz com que, ao menos a qualidade de algo que efetivamente ocorreu seja indisputável. No caso do processo de conhecimento dos fatos em juízo pode haver, é verdade, fatos notórios que são considerados pelo juiz, o que é fundamento para dispensar a produção de provas a seu respeito. Mas a conclusão do caso, que orienta a construção da narrativa, não consiste em um fato isolado, nem mesmo quando esse fato é o resultado de uma ação e, nessa qualidade, é o último da cadeia (como um cadáver em um homicídio). A conclusão que orienta a construção da narrativa, em um processo contencioso, assume necessariamente uma de duas formas: ou houve violação de alguma regra de Direito por alguém, ou não houve, isto é, trata-se de conclusão que necessariamente une – e é nela que essa união ocorrer – fato e norma. Analisemos essa ideia com vagar, porque há aqui uma especificidade da narrativa judicial em relação à narrativa histórica e de ficção que precisa ser enfatizada.

A narrativa de ficção termina, como já ficou indicado acima, pelo fato que lhe dá sentido, o que pode ser melhor visualizado por meio de um exemplo. Para quem pudesse ter dúvida (porque o livro continua depois disso), Guimarães Rosa deixa claro que a narrativa que importa em *Grande Sertão: Veredas* termina com o enterro de Diadorim, escrevendo logo após o depósito do corpo na sepultura:

Aqui a estória se acabou.

Aqui, a estória acabada.

Aqui a estória acaba.¹⁷³

O escritor não precisa dizer nada mais para que o leitor entenda que tudo aquilo que até então lera precisava ser entendido como uma história de amor. Tanto é assim que se o mesmo leitor voltar a ler o livro, já com essa informação, certamente extrairá outro sentido das referências de Riobaldo a Diadorim, para não falar das muitas reflexões de Riobaldo sobre o lugar e o papel do mal no mundo.

¹⁷³ Rosa (1983: 424).

Com a narrativa histórica ocorre algo semelhante. O historiador que se propõe produzir uma “história da Revolução Russa” seleciona e conta fatos que se relacionam com aquilo que vier a definir como “revolução russa” (por exemplo, a tomada do poder pelos bolcheviques, deixando o que se seguiu para uma “história da Rússia revolucionária”). É para ela que a narrativa tende e é sua ocorrência que confere sentido a cada fato particular narrado. O historiador não precisa sequer terminar seu texto com uma descrição da tomada do poder pelos bolcheviques, basta o título do livro para que o leitor o adote como doador de sentido do texto todo.

O mesmo se dá, no processo judicial, com as duas possibilidades mencionadas, uma das quais será descartada pelo juiz mediante o cotejo de ambas com a narrativa sobre os fatos que vier a elaborar. É para uma delas que o processo tende, é esse o sentido do processo: permitir que o juiz acolha ou não acolha o pedido do autor, o que exige que profira um juízo sobre a conformidade ou desconformidade da conduta do réu com uma regra de Direito. As duas possibilidades funcionam para o juiz, assim, como o *horizonte de espera* sob o qual opera o juízo reflexivo ¹⁷⁴, isto é, são *ambas*, enquanto não houver a elaboração da narrativa definitiva, que informam, e que *devem* informar, a operação do juízo que a construirá. A nós parece não haver melhor modo de definir a imparcialidade que é exigida do juiz do que a partir dessa ideia: o juiz imparcial é aquele que mantém, até que construa uma narrativa compatível com uma das duas conclusões, as duas possibilidades abertas.

Poder-se-ia argumentar, nesse ponto, que depois de todo o percurso feito até aqui estaríamos condenados a retornar ao modelo subsuntivo, pois não seria possível formular as duas conclusões alternativas sem levar em conta um sentido da regra de Direito que seria anterior à construção da narrativa, isto é, seria necessário ter em mente o conceito da conduta discutida para, a partir dele, formular a conclusão. Por exemplo, seria necessário que o juiz soubesse precisamente o que é roubo, em todas as suas notas, para formular as conclusões alternativas “o acusado roubou” e “o acusado não roubou”. Não é isso o que ocorre, porém. A formulação das duas conclusões alternativas não precisa mesmo passar disso, isto é, basta colocar como horizonte de possibilidades as duas

¹⁷⁴ “Embora o geral não seja dado como conceito ou como leis *determinadas* no início da operação reflexiva, existe um horizonte de espera *indeterminado* que serve de fio condutor ou, segundo Kant, de *princípio* à reflexão: no exemplo escolhido, esse *princípio* nos é fornecido pela lógica das classes. Ele consiste na *esperança* ou na exigência de que o real se deixará classificar e conformar segundo os requisitos da lógica. O universal existe, portanto, não como *conceito*, mas a título de *Ideia*, ou seja, de princípio regulador para a reflexão.” Ferry (2009: 153). Os itálicos são do original.

afirmativas “o acusado roubou” e “o acusado não roubou”, pois o “roubar” não funciona, no caso, como conceito, como alerta Ferry ¹⁷⁵, mas como um universal possível que somente pode ser entendido *a partir* de seus casos, não antes deles. O que faz com que assim seja é algo que já ficou dito no capítulo 2 e que precisa agora ser retomado e enfatizado: como o Direito regula condutas que poderão ocorrer no futuro e como as ações se realizam sempre singularmente, é impossível relacionar previamente todas as manifestações do núcleo significativo “subtrair coisa móvel a alguém mediante violência”. O termo “roubar”, em “o acusado roubou/não roubou”, não funciona então como conceito, mas como o repositório de todas as narrativas que, tomando ações singulares por objeto, venham a preenchê-lo de significado, exatamente como Waismann descreveu quando cunhou a ideia de porosidade dos conceitos, consagrada entre os juristas como textura aberta.

Não há, portanto, o alegado retorno à lógica do raciocínio subsuntivo. O termo que está na regra de Direito contém, potencialmente, infinitos casos, todos análogos entre si (nunca idênticos), e é isso o que ela expressa. São esses infinitos análogos que constituem o que Jackson denomina a “*narrativa implícita da premissa maior*” ¹⁷⁶, cabendo ao juiz avaliar, em cada caso, se a narrativa a que chega é ou não compatível com tudo o que, até então, já se entendeu por “roubo”, por exemplo. E é certo que o novo caso será incorporado ao rol de análogos que poderão ser objeto de comparação no futuro. Por outro lado, caso a narrativa não seja incorporada a esse rol, pode tanto servir para gerar um novo rol de narrativas que formem um novo conjunto de análogos que levem a conclusão semelhante ou que formem nas fileiras das exceções claras à aplicação daquela regra de Direito.

Firmado esse ponto, a forma pela qual as duas conclusões possíveis orientam a narrativa que precisa ser construída fica mais clara. Recapitulemos o que ocorreu até aqui com o juiz que, no processo de conhecimento, é o sujeito cognoscente. No momento em que se vê na contingência de formular a narrativa e decidir com base nela, o juiz já teve contato com as narrativas completas de ambas as partes, sabe o que cada qual afirmou terem ocorrido, sabe qual é a pretensão da parte autora. Também já hauriu informações das evidências apresentadas, tendo por parâmetro aquelas mesmas narrativas e orientado pelas noções de verdade aplicáveis a cada tipo de evidência. A essa altura, também já avaliou as

¹⁷⁵ Cf. nota anterior.

¹⁷⁶ Jackson (1988: 24).

presunções que incidem sobre o caso. Dispõe, assim, tanto dos elementos de fato, múltiplos e ainda separados, quanto de uma noção bastante clara do que, em termos jurídicos, está em jogo. Isso possibilita que saiba, a partir da pretensão da parte autora, mas valendo-se também de seu conhecimento do Direito, quais regras podem ser aplicadas e, por conseguinte, pode formular as possíveis conclusões, concorrentes entre si, que orientarão a construção da narrativa. Até aqui estivemos falando em duas conclusões possíveis, mas nada impede que o juiz se veja diante da possibilidade de aplicar mais de uma regra e, por isso, formule mais de um par de conclusões. Pense-se, por exemplo, na hipótese de pretensão de indenização com base em nosso Código do Consumidor. Sob esse regime jurídico a própria classificação de certo agente como fornecedor e, portanto, participante de relação de consumo, pode ser controvertida e somente ser resolvida com base em narrativa que dê conta da real posição de cada parte no negócio jurídico, das atividades desenvolvidas pelo suposto consumidor (adquiriu ele o produto ou serviço para sua atividade fim?) e, enquanto isso não estiver estabelecido, o juiz pode trabalhar tanto com possíveis conclusões sob o regime da responsabilidade objetiva, que é a regra no Código do Consumidor, quanto sob o da responsabilidade subjetiva. Nesse caso, haveria dois pares de conclusões possíveis. De um lado, aquelas, próprias da responsabilização subjetiva, que indicariam “houve ato ilícito” e “não houve ato ilícito”, das quais um dos elementos da narrativa a ser considerado seria a existência ou não de culpa. No segundo caso, as conclusões poderiam ser, por exemplo, “o produto causou dano” e “o produto não causou dano”, excluída a necessidade de indagar da culpa do fornecedor. Sem contar que essa hipótese também nos ajuda a lembrar que por trás das conclusões possíveis estão, necessariamente, “contra-conclusões” relativas às excludentes, do tipo: “ocorreu caso fortuito” e “não ocorreu caso fortuito”, também elas somente passíveis de confirmação depois de formulada a narrativa do caso.

Um maior número de pares de conclusões pode dar mais trabalho para o juiz, mas não modifica o processo de construção da narrativa. Em qualquer caso, a conclusão funcionará como aquilo que permitirá unificar os elementos inferidos das evidências e aqueles a que se chega pela via da presunção. É tendo em vista as possíveis conclusões que alguns elementos serão considerados relevantes e outros não, o que, feito depois da instrução e não antes como ocorre com o raciocínio subsuntivo, pelo menos diminui, ainda que possa não eliminar por completo, o risco de desprezar elementos de fato decisivos para a solução do caso. É também com o olhar nas possíveis conclusões que o juiz encadeará os

fatos em sequência temporal e com base em noções de causalidade. E aqui chegamos ao ponto em que havíamos abandonado as evidências e as presunções no capítulo anterior, pois é também graças às conclusões possíveis que se viabiliza o ingresso do critério de verdade como coerência no processo de conhecimento judicial. A coerência narrativa é, então, o assunto de nosso próximo tópico.

5.2.1 Coerência narrativa

No capítulo anterior vimos que a coerência é tomada por alguns como critério para separar crenças verdadeiras de crenças falsas. A teoria da verdade como coerência postula que em um sistema de crenças dado no qual certas crenças são tidas como indiscutíveis, o teste mais importante para outras proposições do sistema é verificar se são coerentes com aquelas primeiras crenças indiscutíveis. Quanto à aplicação dos critérios de coerência às narrativas, ali também se adiantou que, para MacCormick, uma narrativa é coerente quando as diversas proposições, em conjunto, sustentam-se umas às outras e à conclusão, observados os princípios da causalidade universal e da motivação racional. É o momento de relacionarmos tais afirmativas com os acréscimos teóricos trazidos neste capítulo.

Antes, porém, são necessárias algumas precisões. Podem-se distinguir alguns usos do termo coerência. Em um primeiro sentido, coerência designa uma relação entre as proposições pertencentes a determinado sistema teórico, as quais são ditas coerentes quando podem ser todas verdadeiras ao mesmo tempo. Nesse sentido, coerência é uma qualidade do sistema teórico e é o mesmo que consistência. Em Direito, a referência a interpretação sistemática expressa bem esse sentido: diz-se que se deve buscar o sentido da regra que seja compatível com o espírito e com as demais regras do sistema considerado, que pode ser um ramo do Direito (por exemplo, o Direito Administrativo) ou o ordenamento como um todo.

Em um sentido um pouco mais alargado, diz-se haver coerência quando proposições do sistema, além de compatíveis, dão suporte umas às outras. O suporte pode decorrer do fato de a proposição suportada poder ser deduzida da que lhe serve de suporte ou de que esta possa servir de justificativa para aquela, ainda que não seja dela deduzida. Há dedução quando se diz, por exemplo, que do simples fato de a Constituição brasileira assegurar a igualdade salarial entre os gêneros (art. 7º, XXX) se segue que não pode haver

diferença salarial alguma entre homens e mulheres que exercem a mesma função, em nenhum local de trabalho. A dedução é direta porque leva em conta exclusivamente a intensão dos termos que constam do dispositivo constitucional e os explicita pela interpretação. É comum, nessas situações, que alguém que avalie a qualidade da interpretação afirme que “ela é coerente com a norma constitucional”. Outra coisa é o juiz utilizar o mesmo dispositivo constitucional como justificativa, ou razão de decidir, em um caso concreto no qual um grupo de trabalhadoras de determinada empresa requer equiparação salarial com os trabalhadores do sexo masculino que, na mesma empresa, exercem a mesma função. Nesse segundo caso não há dedução de mero sentido, mas sim um juízo determinante que leva em conta uma situação de fato. Em ambas as hipóteses, de qualquer modo, pode-se falar que a primeira proposição dá suporte à primeira.

O sentido em que o termo coerência é tomado quando serve para qualificar a narrativa tem relação com o segundo uso acima exposto, mas dele difere em um ponto o importante. Também aqui a ideia de suporte é aplicável, mas não se trata de suporte lógico, mas sim daquele que permite reconstituir o curso de uma ação. Ao invés de padrões de relação lógica, o critério para que se possa afirmar que a reunião dos diversos elementos apurados são coerentes entre si e com a conclusão é sua compatibilidade com os princípios que regem as ações, a saber, causalidade e motivação racional. É preciso que, consideradas todas as circunstâncias, a ação daquele a quem se imputa conduta ilícita e a do outro, que alega ter se conduzido lícitamente, possam ser compreendidas e explicadas a partir daquelas mesmas circunstâncias e vinculadas com a afirmação, a partir de uma regra de Direito existente, sobre a licitude ou ilicitude da conduta. É preciso que aquilo que é contado apareça como uma história plausível. É nesse sentido que cada episódio da narrativa serve de suporte aos demais episódios e à conclusão e forma um conjunto coerente. É nesse sentido, também, que se pode afirmar que a coerência narrativa é “*um teste sobre a verdade ou a provável verdade de proposições sobre coisas e eventos não percebidos*”¹⁷⁷. É necessário que o juiz construa uma história plausível com os elementos de que dispõe.

¹⁷⁷ MacCormick (2008: 294). A formulação é um pouco diferente daquela feita pelo mesmo autor em artigo escrito vinte e cinco anos antes do lançamento de *Rhetoric and the rule of Law*. Nesse artigo (1980: 46), MacCormick afirmara que a coerência era “uma teoria sobre procedimentos para prova de todas as afirmações que não podem ser diretamente checadas segundo sua presente correspondência com fatos presentes”. A diferença significativa, para nós, é a ideia de *teste* que é introduzida no texto mais recente, que é precisamente aquela defendida nesta tese, conforme ficará claro na sequência.

Antes de compreender com mais precisão o que significa tratar a narrativa como um “teste”, vale enfrentar a principal objeção que se faz à defesa da coerência narrativa como essencial ao processo decisório, objeção esta que pode ser assim enunciada: da qualidade de plausível de uma história não decorre que seja verdadeira.

Para que se compreenda o alcance da objeção, vale reescrevê-la na forma clássica de proposição particular negativa, que está dissimulada pela enunciação apresentada: “alguma história plausível não é história verdadeira”. Como sabemos, para que tal objeção seja verdadeira basta que encontremos um caso de história plausível que seja falsa. Não há, portanto, como não concordar com a objeção. Seria muito diferente se se tratasse de uma universal negativa: “Nenhuma história plausível é história verdadeira”, cuja verdade implicaria (nesse caso, não no anterior) a verdade da proposição convertida: “Nenhuma história verdadeira é história plausível”. Apesar da obviedade, esse esclarecimento é importante para que se veja o que realmente está em jogo na objeção formulada: é muito menos o destino da coerência narrativa e muito mais um aviso para que se tomem certos cuidados ao tomá-la como sinal de verdade de certa história narrada.

Feita essa observação, vejamos em que contexto a objeção aparece. O debate, como se pode imaginar, é forte no âmbito dos sistemas jurídicos da tradição da *common law* e um dos aspectos centrais da controvérsia diz respeito a uma alegada vulnerabilidade do júri, que atua como juiz dos fatos em parcela importante (mas cada vez menos representativa) dos processos judiciais, à astúcia de advogados capazes de criar histórias plausíveis, embora falsas, ou de destruir histórias implausíveis, embora verdadeiras. Parte dos trabalhos sobre o assunto (alguns dos quais serão discutidos brevemente a seguir) toma por base pesquisa empírica realizada em julgamentos criminais no final dos anos 1970 nos Estados Unidos por Bennett e Feldman¹⁷⁸, cuja principal conclusão, segundo Jackson, é que “*a construção da verdade no tribunal seria primariamente uma questão de plausibilidade narrativa como um todo da história contada, e que essa plausibilidade era julgada em termos do estoque de conhecimento socialmente adquirido pelo júri,*

¹⁷⁸ BENNETT, W. L. and FELDMAN, M. (1981). *Reconstructing reality in the courtroom*. New Brunswick: Rutgers University Press. Citamos a referência por completo aqui, e não na bibliografia, porque infelizmente não tivemos acesso direto ao livro, cujo exemplar da *University of Edinburgh* estava perdido quando de nosso período de pesquisa naquela instituição, além de não se encontrar para aquisição em nenhuma livraria virtual nem para consulta em nenhuma biblioteca brasileira consultada. De qualquer modo, alguns dos autores comentados neste trabalho (como Twining e Jackson) fazem longas citações do livro e expõem e criticam suas principais teses.

conhecimento esse organizado ele mesmo em termos narrativos”¹⁷⁹. Por Twining ¹⁸⁰ ficamos sabendo ainda que, para os mesmo autores, as histórias têm várias funções: “*servem de auxílio para fazer a seleção de informações em meio a muito de supérfluo e a preencher as lacunas de informações; são um veículo para introduzir julgamentos de valor; e acima de tudo, elas fornecem quadros de referência essenciais para organizar, avaliar e interpretar as evidências*”, o que faz com que “*as evidências empíricas e a análise lógica tenham um papel secundário para checar a completude e a consistência*”. Assim caracterizado, o trabalho de Bennett e Feldman permite levar um pouco mais longe a objeção sob exame: as histórias não só podem ser falsas, como *têm certa probabilidade de sê-lo*, já que ao privilegiá-las o júri deixaria de lado, ou pelo menos trataria como secundárias, as evidências.

Iniciemos nossa análise pela observação, a nosso ver correta, de Jackson ¹⁸¹: ao opor os conceitos de “histórias” e “evidências”, os autores do estudo assumem que “*o júri é capaz de formular juízos a respeito da ‘verdade’ da ‘evidência’ independentemente de seu acesso à coerência da história construída a partir daquela evidência*”. Em outras palavras, é como se a evidência pudesse ser tomada isoladamente como portadora de uma verdade que não precisa, para mostrá-la, ser inserida em uma história. Se aquilo que estamos dizendo sobre a adequação da forma narrativa para dar conta de ações passadas estiver correto, a oposição não faz sentido algum, pois as inferências sobre as evidências são sempre incorporadas à narrativa. A alegada oposição entre coerência e evidência pode ser vista, porém, de forma mais fraca, significando apenas que na construção de uma história plausível o narrador pode “forçar a mão” para garantir a plausibilidade e, com isso, excluir da vista alguma evidência. Esse risco certamente existe, embora não seja maior do que aquele, comentado no capítulo 3, representado pela formulação de questões a partir dos termos estritos das regras de Direito aparentemente aplicáveis para guiar a instrução. Há, porém, uma diferença relevante no que diz respeito ao narrador. Nos processos analisados por Bennett e Feldman, todos de natureza criminal, são narradores exclusivamente os advogados e as testemunhas e o júri é chamado a decidir a respeito do status do acusado perante a acusação que lhe é feita, concluindo pela culpa ou pela inocência. Em outras palavras, o júri não constrói explicitamente a própria narrativa e pode, efetivamente, decidir influenciado pela qualidade daquela produzida pela acusação

¹⁷⁹ Jackson (1988: 61).

¹⁸⁰ Twining (2006: 308).

¹⁸¹ Jackson (1988: 73).

ou pela defesa e pelas respectivas testemunhas, as quais podem (a da defesa, na verdade, *deve*) construir suas narrativas de modo a desviar os olhos de uma ou outra evidência em prol da plausibilidade da história. A exemplo da objeção genérica que estamos examinando, também essa possibilidade existe e, formulada como “alguma vez algum júri deixou-se levar por uma história plausível que omitiu evidência decisiva”, certamente ocorreu. O ponto que importa, para nós, é notar que esse risco diminui consideravelmente na situação que nos ocupa, que é o trabalho do juiz em um ordenamento jurídico, como o nosso, em que ele próprio atua, na quase totalidade dos casos, como juiz do fato, e em que dele se exige que apresente motivação também a respeito desse ponto, e não só a respeito das chamadas questões de direito. E o risco diminui muito mais, segundo estamos defendendo, se esse trabalho for feito com a apresentação, pelo juiz, de uma narrativa informada pela exigência de coerência e baseada nas evidências. Isso porque no tocante ao conhecimento das questões de fato, o juiz do modelo suposto por este trabalho não é, por definição, mais capaz do que qualquer cidadão na posse normal de suas faculdades cognitivas. O que o diferencia é, em primeiro lugar, o dever de motivar seu juízo sobre os fatos e, em segundo lugar, o fato de que o faz a partir do ponto de vista do jurista, o que lhe dá um instrumental mais sofisticado para lidar com as inferências feitas e com as presunções e construir a narrativa.

Twining entende que as histórias são “necessárias, mas perigosas” ¹⁸² pelas razões apontadas por Bennett e Feldman e por outras mais, e faz uma relação dos perigos mais evidentes do ato de narrar, a qual vale conhecer para que possamos realizar o cotejo com aquilo que aqui propomos. Para Twining, as narrativas:

- a) Introduzem ardilosamente fatos irrelevantes;
- b) Introduzem ardilosamente fatos inventados ou sem fundamento;
- c) Sugerem a existência de fatos por meras alusões;
- d) Colocam o foco no ator, mais do que na ação;
- e) Apela a preconceitos ou estereótipos ocultos;
- f) Contam a história em linguagem de tom emocional;
- g) Contam uma história que possa obter simpatia para o orador ou para a vítima, mas é irrelevante para o argumento;
- h) Fazem uso de analogias de qualidade duvidosa;

¹⁸² Twining (2006: 336).

- i) Subvertem as distinções que os juristas fazem entre fato, direito e intenções e, mais genericamente, fato e valor; e
- j) Boas histórias expulsam histórias verdadeiras.

O perigo da letra “j” já foi acima abordado. Quanto aos demais perigos, percebe-se facilmente que o narrador suposto por Twining é sempre aquele que se dirige ao julgador e que, ao agir pelos modos indicados, exerce poder sobre sua convicção e pode enganá-lo. É o que faz discurso exclusivamente retórico. Nosso narrador, ao contrário, é o próprio juiz, que se supõe não ter, em regra, a intenção de enganar seus ouvintes, mas sim de julgar com imparcialidade e da maneira mais correta que esteja ao seu alcance, e cuja narrativa é antes poética do que retórica. Isso não exclui, naturalmente, que ele possa cometer um ou mais dos equívocos identificados por Twining (no nosso sistema, o recurso a preconceitos e estereótipos nos parecem ser o mais freqüente), mas não se pode supor que essa seja a regra, sem contar que ao contrário do que se supõe do ouvinte a que se dirige o ardiloso narrador figurado por Twining, o ouvinte do discurso do juiz que se sente prejudicado terá todos os motivos para reagir ao erro por meio de impugnações diversas à decisão, desde aquelas que exigem resposta do próprio juiz (como nossos embargos de declaração) até aqueles pelos quais se requer a reanálise do caso e reforma da decisão (função de vários recursos, mais notadamente da apelação). É o próprio Twining quem, após apontar todos os perigos mencionados, defende a importância das histórias, com a seguinte observação, que fazemos (já o fizemos, acima) nossa; “*Uma história bem construída precisa ser coerente, mas, para ser verdadeira, precisa ser ao mesmo tempo plausível e ser garantida por (estar ancorada em) evidências*”¹⁸³.

Não podemos dar por encerrado o exame da objeção sobre a possibilidade de que a história coerente não seja história verdadeira sem enfrentar o desafio colocado por Dershowitz¹⁸⁴ a respeito das diferenças entre uma história de ficção e as histórias reais. Em artigo intitulado significativamente “*A vida não é uma narrativa dramática*”, o autor conta a história de um advogado que estava pensando em um meio de convencer os jurados de que o fato de determinada apólice de seguro ter sido contratada dez dias antes da morte do segurado, pelo sócio deste, não poderia ser mera coincidência. O advogado foi aconselhado por sua filha a procurar a resposta em Tchekov. Segundo a filha, o dramaturgo

¹⁸³ Twining (2006: 337).

¹⁸⁴ Dershowitz (2006).

e contista russo aconselhara outro dramaturgo, certa vez, dizendo que “*se você pendurar uma pistola na parede no primeiro ato, você terá que usá-la no terceiro ato*”¹⁸⁵. Segundo Dershowitz, o conselho é perfeito para o fim que Tchekov tinha em mente, mas não para a vida real, pois “*a vida não é uma narrativa com um propósito*” e os “*eventos são frequentemente simplesmente sem sentido, irrelevantes em relação ao que vem depois*”. Pela radicalidade do desafio que o autor coloca às principais ideias defendidas neste trabalho, vale transcrever os trechos que contêm as principais objeções:

“Se nosso universo e seus habitantes são governados por regras de caos, aleatoriedade e falta de propósito, então muitas das histórias – se ainda puderem ser chamadas de histórias – perderão muitas vezes seu significado. Os seres humanos sempre tentam impor ordem e sentido no caos desordenado, tanto para compreender como para controlar as forças que determinam seus destinos. A tentativa desesperada de derivar propósitos da falta deles frequentemente distorcerá a realidade, como, na verdade, o faz o cânone de Tchekov.”¹⁸⁶

“A Física Quântica corrobora no nível micro o que a paleontologia ensina no nível macro. A regra mais importante no jogo da vida é que geralmente não há nenhuma regra passível de ser conhecida. Talvez seja o reconhecimento frequentemente não explicitado dessa realidade niilista que nos leva tão poderosamente na direção de regras humanas prescritivas, pelas quais possamos exercer algum controle sobre nosso destino no mais das vezes aleatório e na direção de narrativas com um propósito, pelas quais buscamos impor ordem nos eventos da vida em grande parte desordenados.”¹⁸⁷

¹⁸⁵ Dershowitz (2006: 99).

¹⁸⁶ Dershowitz (2006: 100).

¹⁸⁷ Dershowitz (2006: 101).

Apesar da contundência, o autor mantém certo cuidado ao falar “se o universo for assim”, “*geralmente* não há regra”, “eventos *em grande parte* desordenados”. Isso, porém, não é uma fraqueza, pois como tivemos ocasião de notar a respeito da objeção mais genérica, já que dizê-lo desse modo torna mais fácil que a afirmação seja verdadeira. Esqueçamos isso e enfrentemos o argumento, que pode ser resumido no seguinte: ontologicamente, a vida não é coerente, do que decorre que pretender enquadrá-la em uma história com essa qualidade é necessariamente distorcê-la.

Posto desse modo, o argumento é irrespondível nos limites desta tese e, possivelmente, em qualquer debate. Que as coisas ocorram em grande medida de forma incompreensível, ou que nos pareçam sem sentido, é algo que incomoda os seres humanos desde sempre, incômodo este aprofundado com o desencantamento do mundo¹⁸⁸ ocorrido na modernidade. Felizmente, porém, nosso trabalho se insere no âmbito de um campo de estudo que, como qualquer outro, coloca certos pressupostos como indiscutíveis, os quais, por si, respondem à objeção de Dershowitz *para os fins desta tese*.

O ponto fundamental contra a objeção de Dershowitz é que o Direito é justamente uma das ordens normativas às quais ele se refere, pelas quais os homens tentam exercer o controle sobre o caos. Ocorre que se estou falando de dentro do Direito, se adoto o chamado ponto de vista interno, o que não faz sentido é a ideia de “mundo desordenado” trazida por Dershowitz. As ideias de ordem e de coerência são constitutivas do próprio ser do Direito e são por ele supostas como *devidas* pelo mundo que ele disciplina. Esse aspecto se manifesta de forma especialmente incisiva no julgamento de um caso: seja o que for que tenha ocorrido, vou olhar para aquilo com os olhos ordenadores do Direito e, mais, posso decidir que aquilo *não deveria* ter ocorrido. Isso para não falar das presunções absolutas, que, embora poucas, estabelecem definitivamente como algo ocorreu, sem preocupação com alguma espécie de correspondência com a realidade.

Isso não resolve, porém, a questão colocada por Dershowitz. Pois punir aquilo que não deveria ter ocorrido exige, de qualquer modo, que se apure o que ocorreu, e coerentemente com o que inspira esta tese, se o que ocorreu foi “desordenado” ou “incoerente” é desejável que o resultado da apuração dos fatos no processo espelhe essas qualidades. A resposta a esse desafio mais profundo é dupla. Primeiro, é preciso lembrar que o anseio por ordem não é privativo do Direito, mas é qualidade do próprio impulso de

¹⁸⁸ A expressão, como se sabe, é de Max Weber.

conhecer algo, como se espera que nossa breve discussão acerca do juízo reflexivo kantiano tenha demonstrado. Na situação em que o juiz se encontra com relação aos fatos passados, terá de conhecê-los necessariamente pela mediação das evidências e presunções, e terá de fazê-lo por meio de algum critério ordenador. Não lhe é possível mais do que isso. Segundo entendemos, a ordem pode ser obtida de duas maneiras: pela obtenção de respostas a questões sobre os fatos tidos como relevantes de acordo com os termos da regra que se considera aplicável ou pela elaboração de uma narrativa. Por qualquer dos métodos, o juiz terá que encontrar um sentido para o que aconteceu e terá que decidir se alguém agiu lícita ou ilicitamente, e poderá até mesmo remeter o ocorrido a forças ocultas e incompreensíveis, cujos nomes mais conhecidos, no Direito, são caso fortuito ou força maior, mas inclui também, por exemplo, eventual moléstia que impeça o agente de compreender seus próprios atos e o torne inimputável.

Respondidas essas objeções de fundo, resta-nos colocar em termos mais precisos o que é, afinal, o trabalho da narrativa, objeto do próximo tópico.

5.2.2 O ato configurante: evidências, presunções e coerência

Iniciemos com uma síntese daquilo que afirmamos até aqui sobre a narrativa judicial.

a) Trata-se de uma *forma* de reunir e de apresentar os elementos de fato do caso. É superior à apresentação esparsa de pontos de fato porque capta a ação completa, desde suas origens, passando por seu desenvolvimento e chegando ao momento que em que se alega ter ocorrido a violação de uma regra de Direito;

b) Os elementos de fato são constituídos de inferências a respeito de evidências e de presunções. As presunções absolutas prevalecem sobre qualquer inferência sobre as evidências. Das demais presunções decorre que, à falta de impugnação e de prova em contrário, deve-se considerar que ocorreu aquilo que normalmente acontece em circunstâncias semelhantes. Há ainda elementos que decorrem de presunções genéricas, não previstas na lei;

c) O conteúdo dos elementos de fato inclui agentes, ações, motivos, intenções, circunstâncias. A ação é o núcleo em torno do qual todo o resto existe e pode ser compreendido e se desenvolve no tempo;

d) A narrativa deve ter começo, meio e fim e deve ser plausível.

A reunião dos elementos de fato, com base em evidências e presunções, é o momento decisivo da construção da narrativa. É aquilo que Ricoeur denomina o ato configurante. Acabamos de defender a necessidade de que essa reunião obedeça ao imperativo de coerência e gere uma história plausível. Seguiremos com a análise das possíveis combinações que o juiz pode ter que fazer, as regras que poderá seguir para fazê-las e propor critérios para solução dos problemas surgidos.

Uma primeira regra para combinar os elementos de fato que o juiz vem a conhecer, enunciada já no capítulo anterior e reforçada neste, diz respeito à prioridade das inferências extraídas de evidências. São as evidências que autenticam a narrativa judicial e conferem-lhe objetividade, em sentido muito próximo ao que ocorre, na narrativa histórica, com o que Ricoeur denomina vestígios. Evidências e vestígios são, do passado que é o assunto da narrativa, aquilo que ficou e que por sua relação com a experiência vivida é capaz de revelá-la. Aqui, como em boa parte daquilo que diz respeito ao conhecimento dos fatos, o Direito trabalha com o uso consolidado socialmente e não precisa definir objetividade com precisão. A remissão à experiência é legitimação suficiente para isso, em primeiro lugar, porque a experiência é algo acessível a todos: do mesmo modo que não há sentido em duvidar de que minha mão esteja à minha frente quando a levanto, não pode o juiz colocar em dúvida o status de um recibo como evidência, pois “recibos” fazem parte da experiência. Pode, sim, haver impugnação quanto ao conteúdo do recibo relacionado a um contrato, mas desde que isso não ocorra, ele é evidência de uma relação entre certas partes no âmbito da experiência e permite, ainda que de modo limitado, que o que ocorreu nessa relação seja reconstituído e narrado.

A ninguém ocorreria negar a prioridade das evidências na formação da narrativa judicial. Aproveitemos a menção a contrato para ver que conferir prioridade não é o mesmo que dar por certo e inequívoco o sentido daquilo que se infere, em uma primeira impressão, das evidências. O Código de Defesa do Consumidor traz conceitos como abusividade (por exemplo, de certas cláusulas de um contrato) e vulnerabilidade (do consumidor em relação ao fornecedor) que são fruto da atenção do legislador à experiência de que a parte que tem menos a perder no contrato é capaz de impor à que tem mais a perder cláusulas que tornam o contrato mais oneroso ou arriscado para a segunda. É como se o legislador tivesse ouvido certo número de narrativas de partes vulneráveis lesadas e

tivesse querido dar um basta, para isso criando a presunção de vulnerabilidade ¹⁸⁹. A ninguém escapa, porém, que em outras relações contratuais que não constituem relação de consumo a mesma situação de vulnerabilidade pode ocorrer. Pense-se nas relações entre o paciente, em uma emergência, e o médico que o atende, ou no cliente que é preso e precisa de advogado. Embora possa não ser a regra, em ambos os casos há a possibilidade de que o prestador do serviço se valha da posição vulnerável do paciente ou cliente para estabelecer condições de prestação pouco razoáveis. Em situações como essa, a utilidade da narrativa como forma para a qual tende o ato de reunião dos elementos de fato – o ato configurante – fica especialmente clara. Digamos que o paciente ou cliente tenha assinado duas notas promissórias em favor do profissional, pague uma delas, deixe de pagar a outra e ingresse com ação para discutir o valor cobrado. O juiz pode tanto decidir com base na regra geral *pacta sunt servanda*, sem atentar para os detalhes, e julgar a ação improcedente, como pode ouvir as partes, eventuais testemunhas, recorrer a seu conhecimento ordinário (autorizado pelo art. 335 do Código de Processo Civil) e concluir pela abusividade da conduta do profissional, arbitrando valor menor do que aquele que o último entendia devido. O ponto não é se a primeira ou a segunda decisão é a correta, mas que a possibilidade de haver uma decisão do tipo da segunda não surgirá sem que uma narrativa seja elaborada, implícita ou explicitamente. O que aqui se sugere é que, em casos como esse, a narrativa sempre existe, ainda que implícita, e por isso deve ser sempre explícita. Vejamos qual a razão aprofundando o exemplo aqui figurado.

O exemplo acima, embora simples, traz uma combinação interessante de elementos que podem ser levados para a narrativa, sendo os mais óbvios: (a) a existência do contrato verbal entre as partes, o que normalmente não se provaria por evidência, mas surgiria, depois da defesa, como fato incontroverso: o autor que pedia a revisão o mencionaria, o réu confirmaria ou simplesmente não impugnaria; (b) o valor total do contrato combinado na negociação, que está representado pela soma do valor das duas promissórias, sobre o que as partes não discordam; (c) a intenção do profissional de tirar vantagem indevida da situação, a qual normalmente não se provaria por evidência, a não ser que o profissional o confessasse, o que é improvável, ou por testemunha, o que é também, embora um pouco menos. Normalmente, isso somente pode ser inferido da

¹⁸⁹ Essa ideia é muito próxima à vertente do narrativismo que utiliza a história de grupos sociais para inserir nas narrativas particulares dos casos. Em um sistema civilista como o nosso, essas narrativas entram pela via da legislação. É o caso do Código de Defesa do Consumidor, das regras sobre cotas raciais, sobre punição de violência doméstica, entre inúmeras outras.

consideração das circunstâncias pelo juiz. O papel das regras de experiência aqui, novamente, não é desprezível, principalmente porque o conhecimento das circunstâncias por meio de evidências também seria limitado; (d) as mencionadas circunstâncias: “réu preso conversa com advogado e combina honorários” ou “jovem que ingeriu drogas e sentiu-se mal conversa com médico e combina honorários”. Isso pode ser tudo o que o juiz sabe, e normalmente tratar-se-á de pontos incontroversos. E disso, como dito, pode ele inferir intenções e motivos só por meio de seu conhecimento ordinário; (e) eventualmente, o resultado: fará diferença, ou não, o acusado ter sido solto dois dias depois, ou permanecer preso por mais um mês até que novo advogado contratado o soltasse? O trabalho do advogado é de meio, mas em uma ação que discute o valor de honorários esse tipo de detalhe poderia fazer alguma diferença? E por aí poderíamos seguir, mas não cremos que seja necessário. Dada a multiplicidade dos elementos realmente existentes em uma relação entre duas ou mais pessoas com significado jurídico, parece-nos sempre altamente provável que a maior parte dos casos exija do juiz que combine evidências e presunções em doses variáveis. A pergunta que move boa parte da tese é: posso combiná-las satisfatoriamente sem narrar? A resposta a que chegamos, a partir desse exemplo simplório, é: não, não é possível. Não é possível olhar para o réu preso e entender o que ocorreu sem considerar que *depois* que ele foi preso informou-se sobre como conseguir um advogado, que esse advogado foi-lhe indicado por outro preso (ou por um policial), que *depois* foi visitado pelo advogado ainda na cela, que deu um jeito de que alguém fora pagasse, que... enfim, julgar olhando para cada ponto, sem relação com todos os demais, relação essa ocorrida no tempo, nos parece impossível. E fazer a ligação, ainda que implicitamente, exige o narrar. Aqui também fica clara a diferença de que tratamos no capítulo 2: o juiz pode resolver, e resolveria, o caso, aplicando o princípio *pacta sunt servanda*. Enxergando o caso por esse ângulo, teria feito uma única pergunta, no máximo duas: “houve contrato?” e “o réu concordou com os honorários pedidos?”. Com a narrativa, ele teria a possibilidade de saber e dizer mais e, mesmo assim, decidir em favor do réu, com base no mesmo *pacta sunt servanda*, mas abrir-se-ia a possibilidade de decidir em favor do autor. Uma observação de Harlon Dalton sobre as narrativas e que poderia perfeitamente ter sido citada no capítulo 3, quando analisamos o raciocínio subsuntivo, expressa de forma melhor do que somos capazes a abertura do olhar que a narrativa gera:

Quando nos dedicamos ao raciocínio jurídico tradicional, operamos do interior de categorias existentes, ambas com respeito às regras

existentes e em termos dos comportamentos ordinariamente adotados ¹⁹⁰. [...] Nós tomamos os tijolos doutriniais e procedimentais como mais ou menos dados (mesmo se nosso objetivo é manipulá-los, inverter seu sentido ou fazê-los desaparecer); operamos a partir de um ponto de vista particular que tomamos por geral; e dificilmente notamos os modos pelos quais nosso pensamento está estruturado e confinado em um pequeno espaço. Em contraste, quando ouvimos histórias bem contadas, damos um passo para fora das categorias existentes e dos comportamentos consolidados. Seguimos o fluxo. Sabemos que depois que a história acabar, haverá tempo suficiente para extrair sentido daquilo tudo.

Por conseguinte, histórias (como Martha Minow nos informa) fazem as pessoas “pensar com frescor”. Elas “prendem [nossa] atenção” e nos leva a “frear a reação pronta”. Elas podem “chacoalhar algumas assunções” e “acabar com a paz de espírito [do momento]”. Devido a essa qualidade perturbadora, o ato de contar histórias tem muito a oferecer àqueles que estão comprometidos com o raciocínio a partir de princípios. Longe de substituí-los, o ato de contar histórias provê um meio de interrogar o processo de raciocínio. Mais do que isso, ele provê oportunidade para considerar quais princípios deveriam nos guiar e um modo de descobrir como os princípios dominantes vieram a ter essa condição. ¹⁹¹

A narrativa, em suma, exige que aquele que a elabora ou ouve pense um pouco mais sobre o assunto, veja se há algo importante que, numa primeira consideração, deixou de ser levado em conta. É exatamente esse o nosso ponto: longe de substituir o raciocínio por regras, propomos que a elaboração de uma narrativa é instrumento útil para que o juiz possa apurar a formação de seu juízo final sobre os fatos do caso.

¹⁹⁰ Pela dificuldade da tradução, vale conferir o original: “... both with respect to the rules laid down and in terms of our mental preset, or ‘mindset’, to use the tem favored by Farber and Sherry in their chapter”. A última parte foi omitida na tradução por não se essencial ao argumento, o mesmo valendo, segundo entendemos, para a distinção entre *mental preset* e *mindset*.

¹⁹¹ Harlon L. Dalton, “Storytelling on its own terms”, in Brooks and Gewirtz (1996: 58).

Voltemos ao exemplo da relação entre advogado e cliente. Nele também se revela o papel da imaginação produtiva de que nos fala Ricoeur em ação. Ao contrário do que o termo pode sugerir em Português, essa imaginação nada cria, seu papel é apenas ligar entendimento e intuição, que é justamente o que está envolvido no ato configurante¹⁹². Nesse ato de ligação, o juiz coloca os elementos sob a cláusula do *como se*: é como se as coisas tivessem se passado desse modo, porque esse modo é possível e inteligível à luz dos princípios da causalidade e da motivação racional. Posso inferir a intenção do advogado ganancioso de explorar o cliente vulnerável mesmo sem um aparelho conectado a seu cérebro no momento, que lhe meça as ondas neurológicas: eu a infiro por ser ela a única coisa que dá sentido à conduta do advogado. Não se pode descartar que ele tenha pedido aquele valor por tê-lo, antes de sair para a visita ao cliente, sorteado entre dez papezinhos dobrados que estavam sobre sua mesa, um dos quais inclusive continha a palavra “grátis” ou “*pro bono*”, o que faria que a questão fosse explicada pelo acaso. Mas a não ser que haja alguma evidência desse sorteio, a única maneira de compreender o sentido da conduta é supor intenção do agente. E o juiz assim faz, como qualquer um poderia fazer, se reunisse os mesmos elementos.

Que as inferências sobre elementos de fato sejam feitas desse modo em qualquer processo não é algo que se desconheça, mas é seguramente algo sobre o que não há reflexão suficiente no âmbito da teoria jurídica. Essa falta de reflexão é um dos fatores que abre espaço para que se afirme a imponderabilidade de qualquer decisão judicial, pois parte dessa suposta imponderabilidade está, a nosso ver, relacionada à consideração dos fatos do caso pelo juiz. A explicitação da narrativa pelo juiz é certamente um fator que pode contribuir para que essa percepção diminua, pois fazê-la exige que sejam explicitadas as premissas que normalmente ficam ocultas na sentença, tanto aquelas formadas pela operação das presunções quanto as inferências feitas a partir de evidências.

Isso é tanto mais importante em razão da complementaridade das evidências e presunções para a formação da narrativa. Qualquer operação de ligação entre dois elementos de fato se faz pela operação de algum tipo de presunção que, normalmente, nem aparece como tal. Pense-se no caso, ainda mais ordinário do que aquele recém-analisado, de um divórcio litigioso. O simples ingresso de uma ação que tem por tema um “*casamento que se desfaz*” gera no juiz a presunção, com a qual trabalhará durante a instrução e no momento de decidir, de que aquela união um dia foi desejada por ambos os

¹⁹² Ricoeur (2010a: 119).

cônjuges. Só a partir de determinado momento é que um deles, ou ambos, não mais desejaram continuá-la. A presunção, por um lado, e o ajuizamento do divórcio, por outro, geram, por si sós, sem necessidade de outro elemento qualquer, a narrativa “duas pessoas quiseram um dia se casar, mas isso mudou, e agora elas não querem mais continuar casadas”. Ao ouvir as razões de uma e outra parte e, eventualmente, testemunhas do relacionamento, o juiz alongará a narrativa para incluir, por exemplo, *o que* mudou na relação, e *por quê*. Para entender a mudança terá de trabalhar, por exemplo, com a presunção de que “todo aquele cujo cônjuge tem um relacionamento extraconjugal perde um pouco do gosto pela relação”, ou algo do gênero, diante da informação, confirmada pelo cônjuge que cometeu a falta, de que esse relacionamento extraconjugal de fato ocorreu.

A combinação dos elementos de fato advindos de presunções e evidências não pode, por fim, ser arbitrária. O imperativo da plausibilidade, cujo índice é a coerência, guia a reunião desses elementos e faz com que presunções guiem a efetivação das inferências a partir de evidências. Pense-se no divórcio que acabamos de figurar. Digamos que o cônjuge acusado de manter relacionamento extraconjugal nega o fato e que o outro havia indicado, como situação concreta desse relacionamento, uma viagem que o primeiro fizera com a amante. Imagine-se que ambos os amantes sejam acadêmicos e que na viagem citada pelo cônjuge traído tenham ido participar de congresso de Filosofia do Direito em Edinburgh, que durou cinco dias, e que ambos tenham feito escala, na volta, em Paris, ali ficando por três dias. Por mais que a viagem fosse justificada profissionalmente e que isso fosse corroborado pelas evidências, o juiz poderia perfeitamente, na fórmula consagrada, dizer: “não é crível que a escala em Paris por três dias tenha sido coincidência”, mesmo em se sabendo que não há voo direto de Edinburgh para o Brasil e que um dos caminhos possíveis é passar por Paris. A fórmula “não é crível” equivale a “não é plausível” e é muito utilizada, o que deixa alguns advogados bravos, muitas vezes com razão. A nosso ver, o que falta para amansar essa braveza é o juiz não se limitar a utilizá-la, mas demonstrar, mediante uma narrativa completa, porque é mais crível, ou plausível, que os dois amantes tenham combinado ficar em Paris juntos por três dias do que isso ter ocorrido por coincidência.

Que as coisas se passem desse modo explica o maior rigor, a esse respeito, nos processos criminais. A exigência de prova, no sentido de evidência aqui utilizado, é mais forte para condenar o réu do que ocorre no juízo cível, em que as presunções são tidas

como suficientes para o mesmo fim. De qualquer modo, também no juízo criminal as evidências são secundadas e informadas por presunções. Para não multiplicar exemplos, pensemos apenas no elemento da intenção, do dolo, que em regra é exigido para condenar alguém criminalmente. Tal como no caso do advogado explorador acima figurado, o dolo só pode ser inferido a partir do conjunto das circunstâncias do crime, sendo que muitas das circunstâncias só podem ser compreendidas a partir de presunções.

Haverá sempre, é verdade, casos em que a narrativa subentendida é simples, ou curta, ou até mesmo praticamente equivalente àquilo a que se chegaria com a utilização do método de responder a questões, acima abordado. O caso de um devedor que não pagou uma dívida comum, que ele mesmo não impugna como de valor abusivo, apenas porque faltaram-lhe meios para o pagamento, dívida esta não representada por documento que titule o credor a ajuizar execução, não oferecerá maiores dificuldades para ser resolvido. Três perguntas, que provavelmente estarão respondidas depois da apresentação da defesa, são suficientes para solucionar o caso: a dívida existia? Foi paga? Havia motivo justo para não pagá-la? Com respectivamente um “sim” e dois “nãos”, o caso está resolvido e o juiz pode condenar o réu a pagar. Ainda aqui, de qualquer modo, há sempre uma narrativa subentendida, de que poderia se exemplo a seguinte: “o autor prestou serviço de pintura ao réu, consistente em pintar o muro da casa do segundo. Ajustaram preço certo e vencimento da obrigação para o dia seguinte à aprovação do serviço pelo réu. O serviço foi aprovado na data tal, mas o réu não pagou, mesmo depois de notificado pelo autor e também não apresentou motivo algum para a inadimplência em sua defesa. Condene o réu, então, a pagar.” A pergunta que se impõe é: faria diferença se o juiz não narrasse o caso desse modo? Pense-se, por exemplo, na seguinte exposição alternativa dos fatos: “O autor ingressou com ação pedindo que o réu fosse condenado a lhe pagar valor referente a serviço prestado pelo primeiro ao segundo. Vinda a defesa, não foi apresentada prova de quitação nem justificativa para a falta de pagamento. Condene, então, o réu a pagar.” As diferenças entre as duas fórmulas são: (a) os fatos narrados pela primeira fórmula são aqueles que antecederam o processo, a segunda se refere àquilo que ocorreu dentro dele; (b) a segunda fórmula relata os fatos já depois da aplicação (correta) das presunções do ônus da prova e da falta de impugnação específica; (c) por essa razão, na primeira fórmula são mencionados detalhes da relação jurídica que desaparecem na segunda.

A segunda fórmula resolve o caso, não há dúvida, mas não tem nenhum compromisso com a verdade dos fatos ocorridos entre as partes, o que, por tudo o que se

expôs até aqui, é por si só um defeito na prestação jurisdicional. Do ponto de vista do resultado da decisão, de qualquer modo, o defeito parece ser irrelevante. Vejamos, então, o que acontece se houvesse um único fato controvertido. Por exemplo, se, no mesmo exemplo, o devedor houvesse alegado que não pagou porque a pintura descascou já no dia seguinte ao término do serviço. Nesse caso, haveria grande prejuízo em adotar-se a segunda fórmula com um acréscimo do tipo: “o devedor alegou defeito na prestação, mas não o provou”. A falta de menção ao objeto real do contrato (pintura de muro) e aos defeitos alegados (descascamento) impediria que se soubesse até mesmo que tipo de prova o autor deveria ter produzido e não produziu (pericial? Documental, por fotografias?). Ou pior: ele produziu alguma prova (fotografias), mas o juiz não se convenceu dos defeitos: como dizê-lo sem mencionar o tipo de serviço e o que o juiz entende que deveria ter sido mostrado pela fotografia e não foi? Como julgar se o juiz, nessa situação, deveria ter determinado a realização de perícia? Supondo que essa redação seja do tribunal de segunda instância, como pode a parte prejudicada, em nosso ordenamento, articular argumentos para alegar violação de dispositivo de lei para interpor recurso especial sem a mínima configuração dos fatos? Como saber se a prestação do serviço que gerou a lide se enquadra naqueles em que a defesa apresentada pelo réu (defeito) é tida como suficiente para dar-lhe o direito de simplesmente não pagar? Afinal, o contrato de pintura é de resultado, mas a redação da segunda fórmula não o deixa claro. Se fosse um contrato de meio, o réu não poderia alegar defeito pelo resultado, só pelo modo da prestação. Para que isso fique claro, leiamos novamente a segunda fórmula: “O autor ingressou com ação pedindo que o réu fosse condenado a lhe pagar valor referente a serviço prestado pelo primeiro ao segundo. Vinda a defesa, não foi apresentada prova de quitação nem justificativa para a falta de pagamento. Condeno, então, o réu a pagar.” Ela serve tanto para o exemplo da prestação do serviço de pintura quanto para o de advocacia, acima referido, ou seja, tanto para contratos de resultado quanto de meio. Por fim: como admitir que esse caso possa ser utilizado como precedente, ainda que não vinculante, para solução de casos futuros, quando se sabe que a prática dessa utilização limita-se à transcrição da ementa do caso?

A inserção de uma única controvérsia sobre os fatos torna o caso complexo e obriga o juiz a analisar as circunstâncias do caso. Hart já o intuía em sua *Ascription*, quando reconheceu o papel central das defesas que podem ser apresentadas pelo réu para que se possa avaliar se a conduta ilícita efetivamente ocorreu e em que ela consistiu. O fenômeno vale, em rigor, para qualquer processo argumentativo: só quando alguém

impugna uma asserção é que sou obrigado a apresentar garantias (para usar a terminologia de Toulmin ¹⁹³) para aquilo que estou afirmando. No caso do processo, as garantias, nesse específico sentido, são os fatos integralmente considerados, a cujo conhecimento é preciso chegar para resolver a controvérsia.

A narrativa judicial, portanto, nasce do ato configurante que reúne as inferências feitas a partir de evidências e de presunções sob o signo da coerência. Seu potencial para trazer os fatos passados para dentro do processo é maior, segundo entendemos, do que a menção a aspectos parciais desses mesmos fatos que simplesmente respondem a questões colocadas a partir dos termos das normas em tese aplicáveis. Se é assim, resta saber que tipo de verdade se alcança por meio da narrativa judicial, objeto do tópico que encerra o trabalho.

5.3 Verdade judicial e narrativa

No capítulo 3 discutimos as teorias da verdade e ali já ficou indicado que o processo de conhecimento judicial se vale dos diversos recursos a que cada uma dessas teorias (excetuada a verdade pragmática) remete como critério para conhecer os fatos passados. As evidências servem à pretensão de que o que se relata *corresponda* com aquilo que ocorreu, as presunções nascem de um *consenso* sobre o que normalmente ocorre, tornando possível saber o que provavelmente ocorreu no caso concreto. Naquele capítulo também refletimos acerca da aceitabilidade da união dos dois modos de acesso à verdade. A terceira teoria da verdade aplicável ao processo de conhecimento judicial é a que tem na *coerência* seu critério de avaliação. A coerência narrativa só foi estudada neste capítulo, sendo necessário então avaliar esse ingresso e sua união com os outros dois critérios já mencionados, com o que se terá, segundo pensamos, um quadro completo do que pode ser a verdade narrativa no processo de conhecimento, verdade esta que, deve-se repetir, entendemos ser a melhor verdade possível.

O trabalho de Susan Haack, filósofa e epistemóloga muito interessada na questão da verdade em Direito, nos dá uma pista para justificar e entender a união dos três critérios na narrativa judicial. Em *Evidence and Inquiry*, lançado em 1993, Haack propôs-se a conciliar os dois grandes pólos em que a Epistemologia se encontrava dividida, o fundacionalismo e o coerentismo, em uma teoria que os juristas qualificariam de

¹⁹³ Toulmin (2006).

“ecclética”: o funderentismo ¹⁹⁴. O problema que cada pólo procura resolver é o da justificação das asserções com pretensão de verdade ¹⁹⁵. Para os fundacionalistas, existem crenças básicas incondicionalmente justificadas das quais todas as demais crenças são derivadas. Há diversas correntes fundacionalistas, mas há uma versão padrão segundo a qual, diz Bonjour, “*é extremamente plausível de um ponto de vista intuitivo ou de senso comum: é como se tivéssemos muitas crenças empíricas ou contingentes justificadas que são justificadas não com o apelo a outras crenças, mas com o apelo à experiência sensorial e introspectiva*” ¹⁹⁶, ou seja, as crenças básicas tem fundamento empírico ou lógico. As crenças básicas não precisam de suporte em nenhuma outra crença, ao passo que as crenças derivadas só podem ser tidas por verdadeiras se puderem ser justificadas, direta ou indiretamente, por uma dessas crenças básicas ¹⁹⁷.

Para os coerentistas, o juízo de percepção não nos pode fornecer as certezas que os fundacionalistas postulam. Isso porque a verdade daquilo que os fundacionalistas chamam de crenças básicas também reclama justificação: não há nenhuma crença com status privilegiado, não há crenças básicas, o que há é uma correlação circular de coerência entre diversas proposições.

Na proposta conciliatória de Haack, que ela apresenta como uma teoria intermediária que pode vencer as dificuldades enfrentadas pelos dois pólos, a justificativa das crenças sobre o mundo passa, por um lado, pelo reconhecimento da importância da experiência, sem que seja necessário estabelecer, como fazem os fundacionalistas, uma rígida separação entre crenças básicas e derivadas e sem que se considere justificado apenas aquilo que puder ser remetido a ela. Por outro lado, diz Haack, é essencial, do ponto de vista epistemológico, haver mútuo suporte entre as proposições, como propõe o coerentismo, mas a justificação não pode depender apenas dessas relações lógicas, é preciso também recorrer à experiência.

Essa breve caracterização do funderentismo é suficiente para que se compreenda a razão de a termos feito. Nosso problema é muito mais modesto do que o que Haack se coloca, não nos cabe aqui adotar posição em favor de um ou dos dois pólos ou subscrever integralmente o que Haack propõe. A razão de termos resgatado esse debate e,

¹⁹⁴ Haack (1993), *passim*. O termo original em Inglês é *foundherentism*.

¹⁹⁵ Tanto Haack (1993) quanto Bonjour (2008) alertam para a variedade de versões dentro de cada pólo. Extraímos de ambos os autores apenas os elementos essenciais considerados comuns entre as diversas versões.

¹⁹⁶ Bonjour (2008: 196), ênfase do autor.

¹⁹⁷ Haack (1993: 14).

especialmente, a proposta de Haack, é que essa proposta vai ao encontro de reflexões que estão na base desta tese, como as Ricoeur e de MacCormick, sobre a utilização, no conhecimento dos fatos passados, de métodos que são vistos como antagônicos. Em Ricoeur, isso aparece na afirmação de que a narrativa histórica tem caráter ao mesmo tempo explicativo e compreensivo. Em MacCormick, é a concepção de coerência narrativa baseada nos princípios da causalidade universal e da motivação racional que realiza essa união.

O compromisso entre três critérios de verdade – correspondência, consenso e coerência – representado pela narrativa jurídica pode ser visto como algo que se aproxima do funderentismo proposto por Haack. A utilização de evidências remete ao fundacionalismo, mas não há no Direito uma reivindicação forte de justificação última na experiência. É fundamental ter um pé nela, mas se isso diz toda a verdade sobre o mundo não é algo com que o Direito se preocupe. A coerência narrativa, por outro lado, estrutura-se de forma distinta daquela que os coerentistas postulam existir em um sistema de crenças, pois não há circularidade, mas sucessão de atos no tempo sob o impulso de motivos e com determinadas intenções. É a ação humana que interessa, nunca é demais lembrar, e ela se desenvolve no tempo, nela estando implicados necessariamente os demais elementos de sua rede conceitual. Quanto ao consenso, que no âmbito da epistemologia é visto muitas vezes com desconfiança por ser confundido com mero convencionalismo, seu status no Direito é menos controvertido, pois as presunções dizem respeito a um saber prático que não precisa remeter a verdades últimas para ser tido por verdadeiro para os fins do processo de conhecimento judicial. É extraindo o melhor que cada um dos critérios pode lhe dar que o juiz lida com a difícilíssima, hercúlea até, tarefa de conhecer os fatos passados sobre as partes que lhe pedem um provimento. Mas narrar com coerência é algo que qualquer juiz consegue, não é preciso ser Hércules. E a forma narrativa lhe dá maior segurança de chegar perto da verdade, dentro das humaníssimas limitações, que, no fim, são a matéria de que o Direito se ocupa.

CAPÍTULO 6

CONCLUSÕES

Nosso objetivo neste trabalho foi investigar a formação do juízo sobre os fatos na decisão judicial. A investigação foi estruturada em torno de quatro questões, que correspondem à sequência dos capítulos 2 a 5: o que são os fatos objeto de julgamento? Como cada forma clássica de raciocínio decisório (subsuntivo e analógico) repercute sobre a busca da verdade dos fatos? Que elementos de conhecimento entram no juízo sobre os fatos e qual sua relação com critérios de verdade geralmente admitidos? Como os elementos obtidos pelo juiz no processo de conhecimento podem ser reunidos no juízo definitivo sobre os fatos do caso concreto? Por trás de todas as perguntas estava implícita a pressuposição, exposta e justificada no capítulo introdutório, de que nenhuma decisão judicial pode ser considerada correta, ou justa, se não estiver assentada sobre um juízo sobre os fatos que se possa sustentar ser verdadeiro sob algum critério reconhecido. Este capítulo conclusivo tem por fim reunir os resultados da investigação.

A primeira conclusão decorrente do estudo diz respeito à pretensão fundamental da tese, que era investigar a possibilidade e as condições de verdade do juízo sobre os fatos emitido pelo juiz para decidir, a qual pode ser assim enunciada: é ilusório pretender que o juízo sobre os fatos em um caso concreto seja verdadeiro em grau absoluto. Pode-se ler tal conclusão em dois níveis de complexidade. Em um primeiro nível, quase trivial, ela é conclusão para as seguintes premissas: (i) o conhecimento de base empírica controlado é o melhor que já se conseguiu produzir em nossa cultura quando o assunto é a realidade; (ii) como os fatos que o juiz precisa conhecer ocorreram no passado e são irrepetíveis, o conhecimento empírico desses fatos nunca pode ser imediato, mas é mediatizado por evidências; (iii) as evidências contêm graus distintos de informação sobre os fatos do passado e as inferências pelas quais se extraem essas informações possuem probabilidade variável de ser verdadeiras, mas nunca poderão ser tidas como absolutamente verdadeiras. Diz-se que esse sentido da proposição é quase trivial porque a primeira premissa expressa o paradigma epistemológico vigente para as ciências em geral. Quanto às duas premissas seguintes, também não são controvertidas nos âmbitos

científicos em que podem ser aplicadas, que vão da Biologia (pense-se na teoria da evolução) à História.

É o segundo nível de leitura da conclusão enunciada que nos interessa. Nele, deixa-se o conforto dos paradigmas epistemológicos mais gerais para reconhecer a existência de outras premissas, específicas ao conhecimento judicial dos fatos, que servem para sustentar a mesma conclusão. São elas:

a) Os fatos que precisam ser conhecidos pelo juiz têm como seu principal elemento algo que é, potencialmente, o mais fugidio dentre todos os objetos de conhecimento que podem ser visados por um olhar voltado para o passado: as ações humanas, as quais, em regra, não permanecem registradas como tais e são irrepetíveis. Cada ação é sempre única quanto a pelo menos um de seus elementos: agente, circunstâncias, modo de sua prática, motivos, intenções. E ao contrário do que ocorre no caso da História, em que vários profissionais podem debruçar-se sobre a mesma ação ou sequência de ações, o juiz do caso e as instâncias a ele superiores são os únicos que conhecerão as ações do caso sob a perspectiva própria de alguém incumbido de julgá-las com autoridade;

b) Há um juízo de relevância que antecede o início do processo de conhecimento, o qual predetermina o que deve ser conhecido. Quem o faz, em primeiro lugar, são as partes em suas manifestações iniciais no processo, ao narrar aquilo que ocorreu entre elas segundo seus respectivos pontos de vista. O juiz toma tais narrativas como ponto de partida, mas aplica sobre elas um filtro jurídico, mais estreito no caso do raciocínio subsuntivo, mais largo no caso do raciocínio analógico: o juiz subsuntivo busca elementos para saber se deve ou não aplicar a regra, o juiz analógico vem a saber o que aconteceu para, a partir desse conhecimento, determinar que regra aplicará;

c) A busca da verdade é apenas um dos valores que informam o processo de conhecimento judicial e pode ser deliberadamente deixada de lado para atender a outros valores. É o caso da proibição de uso de provas obtidas ilicitamente e da ideia de que a celeridade do processo é um objetivo a ser perseguido;

d) Além das evidências, o juiz se utiliza de diversos tipos de presunção para resolver o caso, desde aquelas que funcionam diretamente como regra de julgamento (presunção de incontrovérsia de fatos não impugnados; regra do ônus da prova) até as que decorrem do estoque comum de conhecimento da sociedade.

Não há limite para a combinação desses condicionamentos à busca da verdade absoluta e a incidência de apenas um deles é suficiente para tornar verdadeira a proposição que enunciamos como nossa primeira conclusão. Vale notar que a ação humana (letra “a”) sempre é o objeto de julgamento, que o filtro de relevância (letra “b”) e os demais valores que informam o processo judicial (letra “c”) sempre incidem, e a situação mais corriqueira é que o juiz se utilize pelo menos de algum tipo de presunção para julgar. Se cada um deles, por si, coloca em xeque a possibilidade de atingir-se a verdade absoluta (seja ela ou não possível em tese, como ressalta Taruffo em trecho transcrito no capítulo 4), é certo que a pretensão de atingi-la é, nesse segundo sentido, específico ao processo judicial, ilusória.

Essa segunda leitura da primeira conclusão nos permite avançar uma segunda conclusão, ainda de caráter genérico: o conhecimento judicial dos fatos tem especificidades que permitem situá-lo como objeto de estudo interno ao Direito, tanto com relação à sua regulação processual, o que não é disputado, como pela Teoria Geral do Direito, o que, como aponta Twining no texto que serviu de epígrafe ao primeiro capítulo desta tese, é menos frequentemente reconhecido. Sinal de que esse segundo tipo de abordagem é pelo menos tão relevante quanto o primeiro é que o objeto específico da regulação processual sobre o assunto – a produção e apreciação de evidências – pode ser analisado sob o ângulo do raciocínio jurídico para, por exemplo, esclarecerem-se as complexas relações entre inferências sobre evidências e aplicação de presunções.

No capítulo anterior procurou-se demonstrar que apesar de o olhar e o método para trabalhar com evidências ser próximo aos do historiador, a espécie de conclusão que orienta o juiz, sendo sempre jurídica, o leva a avaliar as evidências com base em categorias jurídicas. Um fato ocorrido há apenas alguns dias, já quando essas linhas eram objeto de revisão, veio em auxílio dessa reflexão e deu ensejo para ilustrar aquilo que vimos de afirmar sobre a especificidade epistemológica do conhecimento judicial dos fatos.

Na madrugada do dia 1º de janeiro de 2012 um automóvel foi abalroado por outro ao fazer conversão da Av. Abraão de Moraes para a Av. Bosque da Saúde, em São Paulo. Faleceu no acidente a passageira do veículo abalroado, o qual era conduzido por seu marido. Também não pôde ser salvo o nascituro que a passageira carregava no ventre. No veículo que atingiu o primeiro automóvel foram encontradas, pelos policiais que atenderam a ocorrência, latas de cerveja abertas e o condutor parecia embriagado, sendo que os mesmos policiais afirmaram ter ele admitido o consumo de álcool e drogas naquela noite.

Já no dia seguinte à ocorrência, testemunhas afirmavam que o veículo atingido cruzara o sinal vermelho. Poucos dias depois do acidente, a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET liberou imagens feitas por suas câmeras que mostraram o veículo atingido cruzando a via com o sinal vermelho e que o outro veículo vinha pela via atravessada com sinal verde para si, na segunda faixa da direita para a esquerda, em velocidade bastante superior à desenvolvida pelos veículos que trafegavam nas duas faixas da esquerda.

A narrativa do parágrafo anterior foi feita com base apenas nas notícias veiculadas pela imprensa e nas imagens obtidas pela CET, que estão disponíveis na internet ¹⁹⁸. Os fatos narrados podem gerar pelo menos dois processos judiciais. Um, criminal, que deverá ser necessariamente iniciado, pois tudo indica ser possível enquadrar o ocorrido como homicídio culposo e a ação penal para apuração é pública incondicionada. O outro, civil, pode eventualmente ser proposto pelo proprietário do veículo que trafegava com sinal verde para si e atingiu o primeiro veículo, para obtenção de reparação de danos materiais e ressarcimento de eventuais despesas médicas. Haveria ainda a hipótese de um terceiro processo, pois o mesmo condutor (do segundo veículo) poderia eventualmente pensar em ação reparatória contra o Estado, cujos agentes teriam se apressado em imputar-lhe culpa pelo ocorrido, o que chegou a repercutir fortemente na imprensa, mas depois se mostrou ser falso. Coloquemo-nos no lugar do juiz que virá a ser responsável pelo segundo processo tomado como hipótese e testemos aquilo que vimos de afirmar: a incidência, no processo de conhecimento judicial, de pressupostos internos à regulação jurídica.

Um dos aspectos mais interessantes do caso, para nossos fins, é a existência de uma evidência muito contundente, feita por órgão público sem interesse a defender no caso (portanto, presumivelmente imparcial), evidência esta que permite praticamente ver como tudo ocorreu sem que restem muitas dúvidas. Trata-se de situação incomum, em que ao invés de reconstituir os fatos por uma narrativa, o juiz pode produzi-la do mesmo modo que procuramos fazer acima, isto é, depois de ver as imagens várias vezes, o que oferece condições de apreensão melhores até do que a que teríamos se fôssemos testemunhas presenciais. A pergunta é: em um caso como esse ainda é sustentável que o conhecimento judicial dos fatos tem caráter jurídico? A resposta é: sim. O que estará em jogo na ação de reparação de danos será quem teve culpa pelo acidente. Se o juiz decidir que o fato de o

¹⁹⁸ <http://www1.folha.uol.com.br/multimedia/videocasts/1031011-policia-divulga-imagens-de-acidente-que-matou-gravida-em-sp.shtml>, com link para toda a sequência de notícias anteriores ao vídeo. Acesso feito em 08.01.2012.

veículo atingido ter cruzado o sinal vermelho é o único fato relevante, já tem a resposta e seu condutor será considerado o único culpado pelo acidente. Se decidir, porém, que também é relevante o fato de o outro condutor (aqui autor da ação) ter ingerido drogas e álcool, terá que buscar evidências a esse respeito (são satisfatórias as anotações dos policiais? Em que quantidade ele teria ingerido, qual o grau de embriaguez que ostentava no momento?). Pode considerar relevante, também, saber se a velocidade em que o segundo veículo transitava estava dentro do limite da via, o mesmo valendo para o fato de esse segundo veículo transitar velozmente por faixa à direita da via, pois ambas as condutas poderiam ser tidas como infratoras de regras de trânsito tanto quanto furar o sinal vermelho. Caso qualquer dessas circunstâncias seja considerada relevante, o juiz pode concluir pela existência de culpa concorrente. Pode o juiz, ainda, aceitar a justificativa do condutor do veículo atingido, apresentada dias depois do acidente, de que furou o sinal com medo de assalto, sobretudo se este apresentar estatísticas oficiais que mostrem ser alta a incidência de crimes na região. Teremos aqui uma presunção que aponta para a razoabilidade da conduta ilegal do condutor. Mas para entrar no juízo definitivo sobre os fatos, essa alegação terá que ser considerada relevante pelo juiz. Se não for considerada relevante, pode ser até que o juiz indefira a juntada de evidências sobre eles, atribuindo caráter protelatório à pretensão das partes, especialmente da parte ré, de produzir outras provas.

O intuito de utilizar um exemplo não é, obviamente, sustentar que ele *demonstra* a segunda conclusão por nós avançada, pois nenhum exemplo tem essa potencialidade lógica. O que queremos com o exemplo, até por ser extremo e raro quanto à qualidade da evidência, é utilizá-lo para *ilustrar* aquilo que, espera-se, possa-se considerar demonstrado por tudo o que se expôs ao longo do trabalho: seleção de fatos conforme sua relevância para solução do caso, utilização de presunções, incidência de outros valores no processo de conhecimento, necessidade de levar em conta motivos e intenções para conhecer como as *ações* se deram (sendo que motivos e intenções não são, normalmente, inferidas diretamente de evidências), são características onipresentes no processo de conhecimento judicial. E por isso ele é, para nós, um processo de conhecimento específico.

Nesse sentido, a ideia de que o conhecimento dos fatos do caso é algo a ser estudado e executado “interdisciplinarmente”, como sugere Alexy no trecho transcrito logo no início do capítulo introdutório, mais encobre do que revela algo sobre o processo de

conhecimento judicial. Por trás dessa afirmação está a ideia de que o caráter empírico do processo de conhecimento judicial, que existe e é, obviamente, importante, seria o único aspecto relevante desse processo, sendo a ideia de “interdisciplinaridade” utilizada para ressaltar essa importância e chamar a atenção para a necessidade de contar com outros especialistas para apurar os fatos do caso. O que afirmamos é o contrário: é *somente o aspecto empírico do processo que não pertence exclusivamente ao Direito*. E mesmo para produzir conhecimento dessa natureza, extraindo informações de evidências, o juiz só precisa da ajuda de especialistas de outras áreas quando a evidência é passível de análise técnica ou científica que possa gerar conhecimento mais seguro do que aquele que o próprio juiz possui. Mesmo assim, a análise técnica pode não resolver o caso como um todo, fornecendo apenas um dos elementos de fato relevantes. Afora essa hipótese, o juiz se utiliza do estoque de conhecimento que adquiriu socialmente e a adequação de seu raciocínio ao padrão médio será avaliada, a cada vez que explicitar o caminho pelo qual formou seu juízo, por esse mesmo padrão, por advogados, instâncias superiores, doutrina, partes e, mais raramente, pelos cidadãos em geral. E apesar de o conhecimento comum utilizado pelo juiz não ser “conhecimento jurídico”, dizer que o processo de conhecimento judicial é “interdisciplinar” apenas porque se vale também do conhecimento comum seria evidente exagero.

Essas foram, portanto, as duas conclusões mais gerais do trabalho. Passemos agora à reexposição das conclusões específicas dos capítulos, discutindo suas relações recíprocas e com as conclusões mais genéricas expostas acima.

O capítulo 2 conclui que o objeto da regulação jurídica, a ação humana, é conceitualmente complexo e só pode ser apreendido se a atenção for dirigida para todos os elementos de sua rede conceitual: agentes, ação, motivos, intenções, circunstâncias. Além disso, é sempre a análise completa das circunstâncias em que a ação foi praticada que permite inferir quais foram as intenções e os motivos do agente, se a ação pode mesmo ser-lhe atribuída e, mais importante, se se trata da ação figurada na hipótese fática da regra. Isso porque, como há muito apontara Hart, somente se pode declarar que uma ação concreta corresponde à prevista na regra se não estiver presente nenhuma circunstância que excepcione a aplicação dessa regra. E o rol de circunstâncias excepcionantes (ou excludentes) é infinito, sempre sujeito a ser aumentado pela criatividade e variabilidade intrínsecas ao agir humano.

No capítulo 3 foram comparadas as repercussões da adoção do modelo subsuntivo de raciocínio decisório ou do modelo analógico sobre apuração dos fatos. Verificou-se que o raciocínio subsuntivo tende a restringir os fatos a serem considerados a partir de seus termos: só são fatos relevantes para o julgamento aqueles que, à primeira vista, correspondem ao sentido desses termos. O raciocínio analógico, por sua vez, permite que a definição dos fatos relevantes seja adiada para depois de conhecidos todos os elementos de fato, pois a relevância será dada pela comparação com os fatos de casos anteriores, e não diretamente com a regra aplicada nesses casos.

O cotejo entre essas duas conclusões aponta a superioridade do olhar analógico para satisfazer a necessidade de considerar todas as circunstâncias para dar conta das ações concretas. Ao partir dos termos da regra, o raciocínio subsuntivo tende a excluir tudo aquilo que não pode ser compreendido a partir desses termos. É verdade que ao juiz está sempre aberta a possibilidade de modificar a premissa maior com base naquilo que vier a conhecer sobre os fatos e também é verdade que as premissas relativas às excludentes sempre serão levadas em conta por um juiz bem preparado. Mas no raciocínio analógico o conhecimento amplo é favorecido desde o início, estando limitado apenas pelas narrativas das partes, que fornecem o critério de relevância inicial para o juiz: tudo o que estiver nas respectivas narrativas é, em princípio, relevante, e deverá ser objeto do processo de conhecimento que terá por base evidências e presunções.

No capítulo 4 abordaram-se evidências e presunções como elementos disponíveis para formar a verdade judicial. Nele se conclui que inferências sobre evidências e presunções fornecem ao juiz todo o material que comporá seu juízo sobre os fatos. O papel das presunções é, muitas vezes, o de preencher lacunas sobre os fatos que ainda restam depois de feitas as inferências a partir de evidências, mas muitas delas servem justamente como base para essas inferências, de que são exemplo as “regras da experiência comum” que o juiz está autorizado a utilizar. A conclusão vale tanto para o juiz que utiliza o raciocínio subsuntivo quanto o que se guia pelo raciocínio analógico, mas pelas razões já expostas o último avaliará as evidências com um olhar mais amplo e poderá extrair delas mais informações do que o primeiro.

No capítulo 5 afirmamos que o ajuizamento final sobre os fatos do caso pode ser feito de duas formas: ou o juiz responde a questões ou ele elabora uma narrativa. Deixamos claro, porém, que os dois métodos não são incompatíveis: é perfeitamente

possível responder questões e, a partir das respostas, construir uma narrativa sobre os fatos do caso. A narrativa tem a vantagem de ser a forma apropriada para expressar como ações humanas aconteceram. Pela resposta a questões, o máximo que se vem a saber é se um aspecto da ação ocorreu (houve um acidente?) ou se ocorreu de determinada maneira (o veículo abalroado atravessou o sinal vermelho?). Mas a reunião desses aspectos é fundamental para que se possa apreender a ação como um todo, e para essa reunião a forma adequada é a narrativa, organizada segundo a racionalidade que lhe é específica – a racionalidade poética. A narrativa judicial é espécie inconfundível com quaisquer outras narrativas. Difere da do advogado por não ser eminentemente retórica. A Retórica é *também* utilizada pelo juiz no ajuizamento dos fatos, mas não é, aí, principal (pode ser utilizada como instrumento principal no raciocínio jurídico *completo* de aplicação da regra ao caso). Outra diferença fundamental é que a narrativa judicial tem pretensão de verdade, o que obriga a que esteja amparada nas evidências e utilize as presunções legitimadas pelo ordenamento.

Se é assim, e se a narrativa é possível mesmo quando se adota o método de questões, concluímos que a narrativa é desejável sempre. Não custa ao juiz, mesmo aquele que esteja obrigado, por lei ou por tradição, a utilizar o raciocínio subsuntivo, elaborar explicitamente, na decisão, uma narrativa que dê conta de como os fatos ocorreram no tempo. Na pior das hipóteses, não fará diferença alguma para a decisão. Mas ao menos em alguns casos, pode fazer diferença. Pode servir para abrir os próprios olhos do juiz para a necessidade de considerar outras premissas (positivas ou relativas a excludentes). Pode revelar-lhe algo mais sobre intenções e motivos do agente. Pode colocar em dúvida alguma inferência feita a partir das evidências ou a aplicabilidade de determinada presunção. Pode, enfim, servir para que o juiz venha a duvidar daquele juízo que, até elaborar a narrativa, tinha provisoriamente formado, especialmente se algum elemento que pretender incorporar à narrativa a tornar implausível. A narrativa servirá, nesse sentido, como teste para a adequação do juízo sobre os fatos a que o juiz chegou. Não é a panacéia para todos os erros de julgamento a respeito dos fatos ocorridos, mas é um teste importante. É fácil de fazer, não requer habilidades maiores do que aquelas que o grau de instrução exigido para o cargo de juiz não lhe tenha dado de sobra.

A utilização generalizada da narrativa ainda teria efeitos colaterais nada desprezíveis. Possibilitaria às partes argumentarem com maior precisão quando invocarem

a aplicação, a seu caso, da mesma regra (mesmo legislada, esclareça-se!) aplicada a casos semelhantes. E possibilitaria aos juízes interessados em utilizar precedentes como fundamentos de suas decisões que o fizessem com maior rigor, tratando apenas os casos efetivamente semelhantes do mesmo modo e excluindo a aplicação da mesma regra a casos dessemelhantes.

E se não for pedir demais, a só intenção de produzir uma narrativa pode levar o juiz, mesmo o fiel ao raciocínio subsuntivo, a disciplinar-se para, antes da instrução, olhar para o caso do mesmo modo (*rectius*: de modo análogo) que o juiz treinado para raciocinar analogicamente, isto é, com um olhar amplo, generoso, que leve em conta como limite não a regra de Direito supostamente aplicável, mas as narrativas das partes. Que deixe essa regra supostamente aplicável em suspenso até ter contato com todo o material evidenciário e até aplicar todas as presunções cabíveis. E, principalmente, até ter elaborado sua narrativa sobre o caso. Se o juiz assim consentir, entendemos que terá maior probabilidade de, ao final do processo de conhecimento, fazer justiça às ações efetivamente ocorridas.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. (1991) **Lo racional como razonable**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Trad. Ernesto Garzón Valdés.

_____. (1997) **Reason and authority**. Aldershot (UK): Dartmouth.

ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en derecho**. Madrid: Marcial Pons, 3ª ed., 2010.

ALEXY, Robert. (1989) **A theory of legal argumentation**. Oxford (UK): Oxford University Press.

_____. (1993) Justification and application of norms. In: **Ratio Juris**, Vol. 6 nº 2, p. 157-170.

_____. (2003) “On balancing and subsumption”. In: **Ratio Juris**, Vol. 16 nº 4, p. 433-449.

ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. (2001) **La pretensión de corrección del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Trad. Paula Gaido.

ALEXY, Robert; PECZENICK, Alexander. (1990) “The concept of coherence and its significance for discursive rationality”. In: **Ratio Juris**, Vol. 3, nº 1, p. 130-147.

ALVES, José Carlos Moreira. (1995). **Direito Romano – Vol. 2**. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed.

ANDERSON, Bruce. (1996) **“Discovery” in legal decision-making**. Dordrecht: Kluwer.

ARISTÓTELES. (1986) **Poética**. Lisboa: INCM. Trad. Eudoro de Sousa.

_____. (1992) **Ética a Nicômacos**. Brasília: UnB. Trad. Mário da Gama Kury.

_____. (1995) **The Complete Works**. Ed. by Jonathan Barnes. Oxford (UK): Oxford University Press.

_____. (2006) **Retórica**. Lisboa: INCM. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena.

_____. (2007) **Tópicos**. Lisboa: INCM. Trad. J. A. Segurado e Campos.

ATIENZA, Manuel. (2000) **As razões do Direito**. São Paulo: Landy. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino.

BANKOWSKI, Zenon. (2006) In the judgment space: the judge and the anxiety of the encounter. In: BANKOWSKI, Zenon e MACLEAN, James. (2006), p. 25-40.

BANKOWSKI, Zenon e MACLEAN, James (org.). (2006). **The Universal and the Particular in Legal Reasoning**. Aldershot (UK): Ashgate/Edinburgh Centre for Law and Society.

BERTEA, Stefano. (2005) The arguments from coherence: analysis and evaluation. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 25, nº 3, p. 369-391.

BERTI, Enrico. (1998) **As razões de Aristóteles**. São Paulo: Loyola. Trad. Dion Davi Macedo.

BETTI, Emilio. (2007) **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes. Trad. Karina Jannini.

BIX, Brian. (1991) Hart and the 'open-texture' of language. In: **Law and Philosophy**, Vol. 10, nº 1, p. 51-72.

BLOCK, Michael and PARKER, Jeffrey. (2004) Decision making in the absence of successful fact-finding: theory and experimental evidence on adversarial versus inquisitorial systems of adjudication. In: **International Journal for Law and Economics**, Vol. 24, nº 1, p. 89-105.

BOBBIO, Norberto. (1994). **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB. Trad. Claudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos.

BONJOUR, Laurence. (2008) A dialética do fundacionalismo e coerentismo. In: GRECO, John e SOSA, Ernest. (2008), p. 191-229.

BROOKS, Peter e GEWIRTZ, Paul (ed.). (1996) **Law's stories**. New Haven (USA): Yale University Press.

CANALE, Damiano e TUZET, Giovanni. (2007) On legal inferentialism: towards a pragmatics of semantic content in legal interpretation? In: **Ratio Juris**, vol. 20, nº 1, p. 32-44.

_____. (2009) The A Simili Argument: an inferentialist setting. In: **Ratio Juris**, vol. 22, nº 4, p. 499-509.

COLEMAN, Jules (ed.). (2001) **Hart's postscript**. Oxford (UK): Oxford University Press.

DAMASKA, Mirjan. (1986) **The faces of justice and state authority**. New Haven (USA): Yale University.

_____. (1997) **Evidence law adrift**. New Haven (USA): Yale University.

DERSHOWITZ, Alan. (1996) Life is not a dramatic narrative. In: BROOKS, Peter e GEWIRTZ, Paul (ed.) (1996), p. 99-105.

DEWEY, John. (1924) Logical method and Law. In: **The Philosophical Review**, vol. 33, nº 6, p. 560-572.

DINAMARCO, Cândido R. (2004) **Instituições de Direito Processual Civil – vol. III**. São Paulo: Malheiros, 4ª ed.

DWORKIN, Ronald. (1986) **Law's Empire**. Cambridge (USA): Harvard University Press.

ENGISCH, Karl. (2001) **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 8ª ed. Trad. João Baptista Machado.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. (1998) **A função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad.

FERRY, Luc. (2009) **Kant – Uma leitura das três “Críticas”**. São Paulo: Difel. Trad. Karina Jannini.

FETERIS, Eveline. **Fundamentals of legal argumentation – A study of theories on the justification of judicial decisions**. Dordrecht: Kluwer.

FISS, Owen. (2004) **Um novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós.

FLEW, Anthony (ed.). (1965). **Logic and Language – First and Second Series**. New York (USA): Doubleday Anchor.

FRANK, Jerome. (1950) Modern and ancient legal pragmatism: Dewey & Co. vs. Aristotle – I. In: **Notre Dame Lawyer**, vol. 25, nº 2, p. 208-257.

_____. (1950) Modern and ancient legal pragmatism: Dewey & Co. vs. Aristotle – II. In: **Notre Dame Lawyer**, vol. 25, nº 3, p. 460-504.

GADAMER, Hans-Georg. (1997) **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes. Trad. Flávio Paulo Meurer.

GODDEN, David; WALTON, Douglas. (2006) Argument from expert opinion as legal evidence: critical questions and admissibility criteria of expert testimony in the American legal system. In: *Ratio Juris*, vol. 19, n° 3, p. 261-286.

GRECO, John e SOSA, Ernest. (2008) **Compêndio de Epistemologia**. São Paulo: Loyola. Trad. Alessandra Siedschlag Fernandes e Roberto Bettoni.

GRECO, Marco Aurélio. (2004) **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, pp. 113-114.

HAACK, Susan. (1993) **Evidence and inquiry – Towards reconstruction in epistemology**. Oxford (UK): Blackwell.

_____. (2002) **Filosofia das Lógicas**. São Paulo: UNESP. Trad. César Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra.

_____. (2003) Inquiry and advocacy, fallibilism and finality: culture and inference in Science and in Law. In: **Law, probability and risk**, vol. 2, p. 205-214.

_____. (2004a) Truth and justice, inquiry and advocacy, science and law. In: **Ratio Juris – Vol. 17, n° 1**, p. 15-26.

_____. (2004b) Epistemology legalized: or, truth, justice and the American way. In: **American Journal of Jurisprudence**, vol. 49, p. 43-62.

_____. (2007a) Of Truth, in Science and Law. In: **Brooklin Law Review**, vol. 73, p. 985-1.008.

_____. (2007b) On Logic in the Law: ‘Something, but not all’. In: **Ratio Juris**, vol. 20, n° 1, p. 1-31.

_____. (2008a) The pluralistic universe of Law: towards a neo-classical pragmatism. In: **Ratio Juris**, vol. 21, n° 4, p. 453-480.

_____. (2008b) What’s wrong with litigation-driven Science? An essay on legal epistemology. In: **Setton Hall Law Review**, vol. 38, p. 1.053-1.084.

_____. (2009a) Irreconcilable differences? The troubled marriage of Science and Law. In: **Law and contemporary problems**, vol. 2, p. 1-23.

_____. (2009b) **Evidence and Inquiry – A pragmatist reconstruction in epistemology**. Amherst (NY-USA): Prometheus.

- _____. (2010) Federal Philosophy of Science: a deconstruction - and a reconstruction. In: **Journal of Law and Liberty**, nº 5, p. 394-435.
- HALTTUNEN, Rauno. (2000) Justification as a process of discovery. In: **Ratio Juris**, vol. 13, nº 4, pp. 379-391.
- HART, Herbert L. A. (1949) The ascription of responsibility and rights. In: **Proceedings of the Aristotelian Society**, New Series, Vol. 49 (1948 - 1949), pp. 171-194.
- _____. (1983) **Essays in jurisprudence and philosophy**. New York: Clarendon Press.
- _____. (1994) **The concept of law**. Oxford (UK): OUP, 2nd edition.
- _____. (2008) **Punishment and responsibility**. Oxford (UK): OUP, 2nd edition.
- HEMPEL, Carl. (1935) On the logical positivists' theory of truth. In: *Analysis*, Vol. 2, nº 4 (Jan., 1935), p. 49-59.
- IBAÑEZ, P. Andrés. (1992) Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. In: **Doxa**, nº 12.
- JACKSON, B. S. (1988) **Law, fact and narrative coherence**. Liverpool: Deborah Charles.
- _____. (1995) **Making sense in Law – Linguistics, psychological and semiotic perspectives**. Liverpool (UK): Deborah Charles.
- KUHN, Thomas. (2000) **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira.
- LARENZ, Karl. (2005) **Metodología da ciência do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 4^a ed. Trad. José Lamego.
- LISBOA, Wladimir Barreto e STORCK, Alfredo Carlos (orgs.). (2009) **Norma, moralidade e interpretação. Temas de Filosofia Política e do Direito**. Porto Alegre: Linus.
- LISBOA, Wladimir Barreto. (2009) As novas sofísticas jurídicas: Chaïm Perelman e Stanley Fish. In: LISBOA, W. e STORCK, A. (2009), pp. 165-190.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. (2003) Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e regras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 40, n. 160, p. 49-64.

_____. (2004) **As palavras e a lei**. São Paulo: 34/Edesp-FGV.

_____. (2009) Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: LISBOA, W. e STORCK, A. (2009), pp. 43-78.

LORENZETTI, Ricardo Luis. (2009) **Teoria da decisão judicial**. São Paulo: RT. Trad. Bruno Miragem.

LYONS, David. (1999). Open texture and the possibility of legal interpretation. In: **Law and Philosophy**, vol. 18, n° 3, p. 297-309.

MACCORMICK, Neil. (1978) **Legal reasoning and legal theory**. Oxford (UK): Oxford University Press.

_____. (1980). The coherence of a case and the reasonableness of doubt. In: **Liverpool Law Review**, n° 2, p. 45-50.

_____. (1983) Contemporary Legal Philosophy: the rediscovery of practical reason. In: **Journal of Law and Society**, vol. 10, n° 1. Cardiff (UK): Cardiff University.

_____. (1993) Argumentation and interpretation in Law. In: **Ratio Juris**, Vol. 6, n° 1, p. 16-29.

_____. (1998) Norms, Institutions and Institutional Facts. In: **Law and Philosophy**, n° 17, p. 1-45. Netherlands: Springer.

_____. (2005) **Rethoric and the rule of law**. Oxford (UK): Oxford University Press.

_____. (2007) **Institutions of law**. Oxford (UK): Oxford University Press.

_____. (2008) **Practical Reason in law and morality**. Oxford (UK): Oxford University Press.

_____. (2008) **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier. Trad. Conrado Hübner Mendes.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (orgs.). (1991) **Interpreting Statutes**. Aldershot (UK): Dartmouth.

_____. (1997) **Interpreting Precedents**. Aldershot (UK): Dartmouth.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Otto. (1986). **An institutional theory of law**. Dordrecht: D. Reidel.

MAXIMILIANO, Carlos. (1995) **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 15ª ed.

MICHELON, Cláudio Fortunato. (2004) **Aceitação e objetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. (2006) Practical reason and character traits: remarks on MacCormick's sentimental theory of moral perception. In: BANKOWSKI, Zenon e MACLEAN, James. (2006), p. 115-128.

MITCHELL, W.J.T. (ed.). (1981) **On Narrative**. Chicago (USA): University of Chicago.

NERHOT, P. (ed.). (1990) **Law, Interpretation and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence**. Dordrecht: Kluwer Academic Pub.

_____. (1991) **Legal knowledge and analogy – Fragments of legal epistemology, hermeneutics and linguistics**. Dordrecht: Kluwer.

_____. (1992) **Law, Writing, Meaning**. Edinburgh: Edinburgh University Press. Trad. Ian Fraser.

NETTEL, Ana Laura. (1996) La distinción entre contexto de descubierta y contexto de justificación y la racionalidad de la decisión judicial. In **Isonomía** nº 5.

PATTERSON, Dennis. (1990) Law's pragmatism: Law as practice and Narrative. In: **Virginia Law Review**, Vol. 76, nº 5, p. 937-996.

PECZENICK, Alexander. (1994) "Law, Morality, Coherence and Truth". In: **Ratio Juris**, vol. 7, nº 2, p. 146-176.

PEREIRA, Oswaldo Porchat. (2001) **Ciência e Dialética em Aristóteles**. São Paulo: UNESP.

PERELMAN, Chaïm; FORIERS, P. (ed.). (1978) **La motivation des décisions de justice**. Bruxelles : Bruylant.

_____. (1981). **La preuve en droit**. Bruxelles : Bruylant.

PERELMAN, Chaïm (ed.). (1971) **La règle du droit**. Bruxelles: Bruylant.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. (2005) **Tratado da argumentação – A nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão.

- PITKIN, Hanna Fenichel. (1984) **Wittgenstein: El lenguaje, La política y la justicia**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Trad. Ricardo Montoro Romero.
- POPPER, Karl. (1975) A Lógica da Investigação Científica. In: **Schlick; Carnap; Popper. Col. Os Pensadores – Vol. XLIV**. São Paulo: Abril Cultural. Trad. Pablo Rubén Mariconda.
- RICOEUR, Paul. (1983-1984-1985) **Temps et Récit – 3 vols.** Paris : Seuil.
- _____. (1986) **Du texte à l'action. Essays d'herméneutique II**. Paris: Seuil.
- _____. (1988) **O Discurso da Acção**. Lisboa: Edições 70. Trad. Artur Morão.
- _____. (1990) **Le soi-même comme un autre**. Paris: Seuil.
- _____. (2010) **Tempo e Narrativa – 3 vols.** [citados, respectivamente, como 2010a, 2010b e 2010c]. São Paulo: Martins Fontes. Trad. Claudia Berliner (vols. 1 e 3) e Márcia Valéria Martinez de Aguiar (vol. 2).
- ROSA, João Guimarães. (1983) **Grande Sertão: Veredas**. São Paulo: Abril Cultural.
- SCHAUER, Frederick. (1991) **Playing by the rules**. Oxford (UK): Clarendon Press OUP.
- SCHUM, David. (1986) Probability and the processes of discovery, proof and choice. In: **Boston University Law Review**, vol. 66, p. 825-876.
- SEARLE, John. (1996) **The construction of social reality**. London (UK): Penguin.
- TARUFFO, Michele. (2008) **La prueba**. Madri: Marcial Pons. Trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán.
- _____. (2010) **Simplemente la verdad – El juez y la construcción de los hechos**. Madrid: Marcial Pons. Trad. Daniela Accatino Scagliotti.
- _____. (2011) **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta. Trad. Jordi Ferrer Beltrán.
- TWINING, William. (1990) **Rethinking Evidence. Exploratory Essays**. Oxford: Blackwell.
- _____. (2005) “Have concepts, will travel: analytical jurisprudence in a global context”. In: **International Journal of Law in context**, vol. I, nº 1, p. 5-40.
- TWINING, William; MIERS, David. (2010) **How to do things with rules**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 5th edition.

- VARGA, Csaba. (1991) Judicial ascertainment of facts. In: *Ratio Juris*, vol. 4, n° 1, p. 61-71.
- VV.AA. (2010) **Vade Mecum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 9ª ed.
- WAISMANN, Friedrich. (1965) Verifiability. In: FLEW, Anthony (ed.). (1965), p. 122-150.
- WALDRON, Jeremy. (1994) Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. In: **California Law Review**, Vol. 82, No. 3, Symposium: Void for Vagueness (May, 1994), pp. 509-540.
- WASSERSTROM, Richard. (1961) **The judicial decision**. Stanford (USA): Stanford University Press.
- WEINREB, Lloyd. (2008). **A razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes. Trad. Bruno Costa Simões.
- WEISBERG, Robert. (1996) Proclaiming trials as narratives: premises and pretenses. In: BROOKS, Peter, and GEWIRTZ, Paul.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. (1996) **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural. Col. Os Pensadores. Trad. José Carlos Bruni.
- _____. (1998) **Da certeza**. Lisboa: Edições 70. Ed. bilíngue. Trad. Maria Elisa Costa.
- _____. (2001) **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: Edusp. Ed. bilíngue. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos.
- _____. (2003) **Gramática Filosófica**. São Paulo: Loyola. Trad. Luís Carlos Borges.
- WROBLEWSKI, Jerzy. (1986) Problems of Judicial Reasoning in Civil Law and Common law Systems - Some Reflections on Julius Stone's Approach. In: **10 Bull. Austl. Soc. Leg. Phil.**, p. 187-202.
- _____. (1992) **The judicial application of Law**. Dordrecht: Kluwer.
- YOLTON, John. (1957) Ascription, descriptions, and action sentences. In **Ethics**, vol. 67, n° 4, pp. 307-310.

ZUCKERMAN, Adrian. (1986) Law, fact or justice? In: **Boston University Law Review**, vol. 66, p. 487-508.