

MICHELE TARUFFO

A
PROVA

Tradução
João Gabriel Couto

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

PROVA E VERDADE NO PROCESSO CIVIL.....	15
A. Fatos e meios de prova.....	15
1. Função dos meios de prova	15
2. Definição de «fato».....	16
3. Fatos institucionais e fatos brutos.....	17
4. Fatos determinados valorativamente	18
5. Fatos e enunciados fáticos	19
B. Meios de prova e teorias do processo.....	20
6. Processo e verdade judicial.....	20
7. Verdade e decisões corretas.....	21
C. Prova e teorias da verdade.....	23
8. A verdade judicial.....	23
9. As teorias irracionalistas.....	25
10. Verdade absoluta e verdade relativa.....	25
11. A verdade como coerência	26
12. Verdade como correspondência.....	28
13. Incerteza e decisão.....	29
D. Prova e probabilidade.....	29
14. Verdade e probabilidade	29
15. A probabilidade quantitativa	30

16. Probabilidade lógica	31
E. Prova e resultado probatório.....	33
17. Distinção entre meios de prova e prova como resultado	33
18. Conceitos de prova	34
CAPÍTULO II	
A SELEÇÃO DAS PROVAS.....	35
19. Relevância e admissibilidade.....	35
A. A relevância da prova	36
20. Definição de relevância	36
21. Relevância lógica	36
22. O princípio da relevância.....	38
B. Admissibilidade da prova.....	39
23. Admissibilidade jurídica	39
24. Exclusão de testemunhas	40
25. Exclusão do testemunho indireto, «de relato» ou «de ouvir dizer»	40
26. As provas de relato na Inglaterra.....	43
27. Prova oral e escrita no <i>common law</i>	43
28. A <i>parol evidence rule</i>	44
29. Prova oral e escrita no <i>civil law</i>	45
30. Prevenção de erros.....	47
31. Evitar perda de tempo e de dinheiro.....	48
32. Privilégios.....	48
33. Proteção de segredos	49
34. Privilégios no <i>common law</i>	50
35. Prova oral privilegiada	51
36. Admissão de provas «atípicas».....	52
C. O direito de apresentar provas relevantes	53
37. Prova e devido processo	53
38. Aspectos do direito à prova	54
39. Conflito de valores.....	55

CAPÍTULO III

TIPOS DE PROVAS	57
40. Variedades e tipologias.....	57
41. Provas diretas e indiretas	58
42. Provas positivas e provas negativas.....	58
43. Outros tipos de prova.....	59
A. A prova oral	59
44. O âmbito das provas orais	59
45. Testemunhas	60
46. Características das testemunhas.....	61
47. Interesse das testemunhas.....	61
48. Testemunhas incompetentes	62
49. Impugnação de testemunhas	62
50. Testemunhos escritos.....	63
51. As partes como fontes de prova.....	65
52. O interrogatório das partes no <i>civil law</i> : o modelo austro-alemão .	66
53. O interrogatório das partes no <i>civil law</i> : o modelo francês	68
54. A confissão	69
55. O juramento das partes	71
B. A prova documental	73
56. Provas escritas	73
57. Documentos públicos ou oficiais e privados	74
58. O valor probatório dos documentos públicos	75
59. Documentos privados	76
60. O valor probatório dos documentos privados.....	76
61. Outros tipos de provas escritas	77
62. Telegramas.....	77
63. Registros de uso doméstico	78
64. Livros e registros de empresas.....	78
65. Cópias	78

66. A autenticidade dos documentos no <i>common law</i>	79
67. A autenticidade dos documentos no <i>civil law</i>	81
C. A prova informática	83
68. Os computadores como fontes de prova	83
69. As provas informáticas no <i>common law</i>	84
70. Provas informáticas no <i>civil law</i>	85
71. O valor probatório das provas informáticas	86
D. A prova pericial.....	87
72. A função da prova pericial.....	87
73. A prova pericial no <i>common law</i>	88
74. A prova pericial no <i>civil law</i>	90
75. Apresentação das provas periciais	91
76. Características gerais das provas periciais.....	93
77. As provas científicas	94
78. As provas estatísticas.....	98
E. Provas reais e circunstanciais	99
79. Provas reais ou demonstrativas.....	99
80. As provas circunstanciais	101
81. O valor das provas circunstanciais	104

CAPÍTULO IV

CARACTERÍSTICAS PROCESSUAIS DA PRODUÇÃO DA PROVA	107
82. Sistemas centrados nas partes e sistemas centrados no juiz	107
83. O papel do juiz.....	109
84. O papel do juiz nos sistemas de <i>civil law</i>	112
85. O oferecimento e a admissão das provas no <i>civil law</i>	115
86. A “descoberta” das provas no <i>common law</i>	116
87. A produção das provas	118
88. A produção da prova oral	119
89. A participação das partes	120
90. Técnicas de interrogatório oral	120

91. A produção das provas reais e documentais	125
---	-----

CAPÍTULO V

A TOMADA DA DECISÃO FINAL	129
92. Decidir sobre os fatos	129
A. A valoração da prova	130
93. A determinação dos valores probatórios	130
94. Prova legal	131
95. A livre apreciação da prova	132
96. <i>Standards</i> de prova	135
97. A credibilidade das provas	137
98. A determinação do peso das provas	137
B. O conhecimento judicial dos fatos	140
99. O poder do juiz para conhecer os fatos.....	140
C. O ônus da prova.....	142
100. A decisão na ausência de provas	142
101. O ônus da prova	143
102. A distribuição do ônus da prova	144
103. Ônus da prova e fatos principais.....	146
104. Ônus da prova e produção probatória.....	146
105. Deslocamento do ônus da prova.....	148
106. Presunções legais.....	149
107. Presunções judiciais.....	150
BIBLIOGRAFIA	153

APÊNDICE I

PODERES PROBATÓRIOS DAS PARTES E DO JUIZ NA EUROPA. .	185
1. Introdução	185
2. Tipologia dos poderes instrutórios do juiz.....	190
3. Implicações ideológicas	198
4. Considerações finais.....	207

APÊNDICE II

NARRATIVAS PROCESSUAIS	210
1. Credulidade ou incredulidade	210
2. Narrativas.....	211
2.1 Um experimento mental	214
2.2 Narrativas e fatos.....	217
2.3 Narradores de histórias.....	221
3. Construindo narrativas.....	231
4. As partes e o todo.....	242
5. Narrativas boas e narrativas verdadeiras.....	245

APÊNDICE III

VERDADE NEGOCIADA?.....	251
1. Algumas hipóteses	251
2. A determinação dos fatos.....	259
3. Natureza das alegações	262
4. Contestação e não-contestação dos fatos alegados	264
5. Efeitos da não-contestação.....	268

APÊNDICE IV

A PROVA DO NEXO CAUSAL	273
1. O objeto da prova.....	273
1.1 Causa e probabilidade	275
1.2 Causalidade genérica e causalidade específica.....	278
1.3 Causalidade material e causalidade jurídica.....	280
2. O enunciado relativo ao nexo causal	282
3. A prova da lei de cobertura.....	284
3.1 As frequências estatísticas.....	287
3.2 Máximas de experiência e senso comum	289
4. Os <i>standards</i> de prova	293
4.1 A prova além de qualquer dúvida razoável.....	295
4.2 A probabilidade lógica preponderante	295

APÊNDICE V

A PROVA CIENTÍFICA NO PROCESSO CIVIL	299
1. Considerações introdutórias	299
1.1 Os <i>standards</i> de prova	302
1.2 Qual ciência?	304
2. Algumas hipóteses	307
2.1 O teste de DNA	308
2.2 A incapacidade de compreender e de exprimir vontade.....	309
2.3 O interesse do menor	310
2.4 Os danos de massa.....	311
2.5 A perda de uma chance	315
3. Probabilidade e estatísticas	318
4. Características processuais.....	320

CAPÍTULO I

PROVA E VERDADE NO PROCESSO CIVIL

A. FATOS E MEIOS DE PROVA

1. *Função dos meios de prova.* Em termos muito amplos, a função dos meios de prova no processo civil pode ser definida com bastante facilidade em todos os sistemas processuais.¹ De maneira mais ou menos clara, os meios de prova conectam-se aos fatos em litígio através de uma relação instrumental: «meio de prova» é qualquer elemento que possa ser utilizado para estabelecer a verdade dos fatos da causa. A ideia básica é que um litígio surge a partir de certos fatos e sobre esses se baseia; que esses fatos são disputados pelas partes; que tal disputa deve ser resolvida pelo tribunal; e que a solução da «controvérsia sobre os fatos» é alcançada quando o tribunal estabelece a verdade sobre os fatos que motivaram a disputa. Assim, o contexto do processo pode ser bem concebido como um tipo de espaço privilegiado para a «exigência da verdade», a «devoção à verdade» e o «desejo da verdade», que um proeminente filósofo indica como traços essenciais do pensamento e da cultura modernos.² Ademais, nos sistemas processuais modernos não se espera encontrar a «verdade» adivinhando, lançando a sorte, interpretando folhas de chá, duelando judicialmente ou por qualquer outro meio irracional e incontrolável (como os juízos de Deus ou outro tipo de ordálio medieval), mas com base em meios de prova, que devem ser apropriadamente oferecidos, admitidos e produzidos.³

¹ Para um panorama geral e referências bibliográficas, cfr. TARUFFO, 1992a: 1ss. Ver também FERRER BELTRÁN, 2002: 41-68; COMOGGIO, 2002: 7; COMOGGIO, FERRI e TARUFFO, 1998: 603; WALTER, 1979: 149; FISS, 2003: 8; TWINING, 1986: 62-80.

² Cfr. WILLIAMS, 2002: 1.

³ Sobre a mudança do conhecimento «mágico» ao conhecimento «racional» em contextos judiciais, ver GASCÓN, 2002: 8.

Tal ideia provavelmente seja comum a todas as concepções modernas do processo civil, ainda que em diferentes graus de consciência e de racionalização. Por vezes, é expressa de maneira mais clara ou menos através de normas referentes à admissão das provas ou sua valoração.⁴ Frequentemente, essa ideia é assumida de maneira implícita como premissa básica das regras sobre a prova. Com maior frequência, essa mesma idéia é o ponto de referência e a premissa (explícita ou implícita) das teorias acerca da prova no contexto das decisões judiciais sobre os fatos objeto do litígio.

Todavia, a concepção da prova como um recurso cujo objetivo é alcançar a verdade dos fatos em litígio pode parecer pouco clara, duvidosa e discutível sob determinados pontos de vista. Por vezes, dúvidas podem surgir devido a inconsistências existentes dentro das teorias do processo. Por exemplo, a prova pode ser definida como um meio para estabelecer a verdade dos fatos no processo civil; ao mesmo tempo, todavia, é dito que a justiça civil não está nada interessada em estabelecer a verdade dos fatos em litígio.⁵

2. *Definição de «fato»*. Por vezes, outras dúvidas podem surgir devido a dificuldades relacionadas com a definição de «fato» (ver *infra* § 5). Alguma incerteza decorre do já tradicional problema de distinguir as «questões de fato» das «questões de direito», uma distinção que pode ser traçada de várias maneiras e com consequências diversas.⁶ Outras fontes de incerteza podem derivar, ainda, da inevitável, porém complexa, conexão entre fato e direito no contexto da tomada da decisão judicial, uma vez que o «fato em litígio» somente pode ser identificado de acordo com a norma jurídica usada como critério para decidir.⁷ Problemas outros surgem porque os fatos podem ser definidos de formas distintas por normas jurídicas que são tomadas como fundamento para a decisão, nas quais um determinado «fato» é tomado como premissa

⁴ Cfr., *e. g.*, a regra 102 das *Federal Rules of Evidence* dos Estados Unidos, que faz referência ao propósito de que «*truth may be ascertained*». Cfr. GRAHAM, 2003: 2. Ver também o Código Processual Civil alemão, §286, de onde se extrai que as provas serão avaliadas discricionariamente pelo tribunal com a finalidade de estabelecer «*ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr erachten sei*». Cfr. WALTER, 1979: 88, 148; JAUERNIG, 1991: 174; MÜNCHENER: §286, n. 1, 2; ZPO-KOMM, 1987: §286, n. 1-10. Ver também, para uma perspectiva geral sobre os diversos sistemas, os ensaios agrupados em TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, 1987: 529-775.

⁵ Sobre esta inconsistência na teoria da prova nos sistemas de *common law*, cfr. TWINING, 1986: 71; 1990: 39-91. Algo parecido também ocorre na cultura jurídica dos sistemas de *civil law*; ver TARUFFO, 1992a: 5.

⁶ Esta distinção é tradicional na teoria do direito. Ver, *e. g.*, CENTRE NATIONAL DE RECHERCHES DE LOGIQUE, 1961. Nos sistemas de *common law* esta distinção se conecta com os diferentes papéis do juiz e do jurado; ver WEINER, 1966: 1867; 1968: 1020.

⁷ Esse é também um problema muito tradicional, bem conhecido em toda cultura jurídica; cfr. ENGISCH, 1960: 29, 37, 83; LARENZ, 1979: 266, HRUSCHKA, 1965. Dentre os mais recentes, ver TARUFFO, 1992a: 71, 82; JACKSON, J., 1983: 85; WHITE, 1983: 108; WILSON, 1990: 11; TROPER, 1983: 22; VARGA, 1991a: 61, bem como 1991b: 59.

para uma consequência jurídica: de acordo com uma conhecida teoria, *e.g.*, podemos distinguir entre formas positivas/negativas, descritivas/valorativas e simples/relativas de definir os fatos por meio de normas jurídicas.⁸

Por um lado, em consequência, há uma concepção por muitos compartilhada segundo a qual os elementos de prova constituem um meio para estabelecer a verdade dos fatos em litígio; por outro, todavia, essa concepção é contestada e criticada por vários pontos de vista. Não se pode discutir aqui todas essas questões por razões de espaço, e também porque muitos dos argumentos envolvidos são demasiadamente amplos para serem analisados apropriadamente em um texto dedicado somente ao tema da prova judicial. Não obstante, tal tema não pode ser examinado adequadamente sem que se analisem, ao menos em termos muito amplos, algumas premissas teóricas essenciais.

3. *Fatos institucionais e fatos brutos.* Algumas questões relativas ao problema da verdade judicial e da função dos meios de prova surgem porque os «fatos em litígio» ou os «fatos da causa» são necessariamente determinados com base em normas jurídicas que são aplicadas com o objetivo de solucionar o caso. Essa observação vincula-se à teoria que sustenta que os «fatos brutos» devem distinguir-se dos «fatos institucionais», e que os primeiros não existem nos domínios jurídicos, sendo somente os últimos relevantes no contexto da tomada de decisões judiciais.⁹ De certa forma, esse enfoque é bastante trivial, uma vez que ninguém nega seriamente a natureza «carregada de contexto» de qualquer enunciado de fato em geral, assim como todos sabem que em contextos jurídicos os fatos são «carregados de direito». Por conseguinte, o direito define e seleciona os fatos que podem ser considerados «em litígio» em toda causa. De certa forma, então, os «fatos em litígio» são sempre «institucionais», uma vez que são definidos e determinados por meio da aplicação de uma norma jurídica. Entretanto, isso não implica dizer que «fatos brutos» nunca possam ser considerados no contexto judicial, ou que a verdade dos fatos em litígio não possa ser determinada. Por vezes, fatos brutos são importantes para a tomada da decisão, *e. g.* quando um fato é utilizado como elemento de prova circunstancial relativo a um fato em litígio. Dessa maneira, apenas os «fatos principais» (*material facts*) da causa podem ser propriamente definidos como institucionais, uma vez que são definidos como tais por uma norma jurídica; pelo contrário, meros «fatos probatórios» (*evidentiary facts*) não são necessariamente carregados de direito.¹⁰

⁸ Ver WRÓBLEWSKI, 1983a: 104; TARUFFO, 1992a: 105, 115, 121.

⁹ Cfr., *e. g.*, TARUFFO, 1992a: 85, 89; PECZENIK, 1989: 233; JACKSON, B., 1985: 176; e, principalmente, MACCORMICK e WEINBERGER, 1986: 21, 49, 78, 97; MACCORMICK, 1992: 3.

¹⁰ Acerca da distinção entre fatos «principais» ou «materiais» e fatos «secundários» ou «circunstanciais», ver uma discussão mais extensa em TARUFFO, 1992a: 97.

Por outro lado, podemos falar com propriedade da veracidade ou da falsidade dos fatos em litígio, ainda que sejam institucionais e carregados de direito. O direito determina e seleciona os fatos que, desde um ponto de vista jurídico, são relevantes para o caso; porém, tais fatos também possuem outras dimensões além daquela jurídica. Os fatos possuem uma dimensão empírica: existem como base de um caso jurídico somente quando pode ser dito que existem no mundo empírico.¹¹ Um acidente de trânsito é um fato empírico antes e além de ser um caso de «dano». Um homem morre no mundo real além de ter sido «assassinado». Em consequência, se observarmos também a dimensão empírica e não somente, e apressadamente, a qualificação jurídica dos fatos principais do caso, facilmente perceberemos que a questão da veracidade ou da falsidade desses tem sentido. Qualquer tentativa de se livrar disso tudo para levar em conta somente os aspectos jurídicos dos fatos do caso é indevidamente unilateral e basicamente incorreta. Pelo contrário, do ponto de vista da prova e da decisão sobre os fatos, a dimensão empírica desses em litígio é, de longe, mais importante.¹²

4. *Fatos determinados valorativamente.* Um argumento similar pode se aplicar aos fatos que são determinados valorativamente por normas jurídicas.¹³ Fatos são frequentemente definidos por normas que incluem termos valorativos, tais como «bom», «normal», «razoável», «justo», entre outros. Esses termos são frequentemente vagos, gerais e imprecisos. Do mesmo modo ocorre quando, por exemplo, «cláusulas gerais» ou «conceitos jurídicos indeterminados» são utilizados. Em tais condições pode ser muito difícil estabelecer qual fato é o «fato da causa»: por regra tal definição exige alguns juízos de valor.¹⁴ Esses tipos de fatos são claramente «carregados de valor». Todavia, isso não implica afirmar que a verdade desses fatos seja um contrassenso ou que essa não possa ser estabelecida através de provas. Desde logo, não podemos falar propriamente de veracidade e de falsidade de um juízo de valor em si mesmo considerado (ao menos se a «Grande Divisão entre o ser e o dever ser» for considerada). Entretanto, os fatos determinados valorativamente não possuem apenas uma dimensão axiológica: na medida em que são «fatos», possuem igualmente uma dimensão empírica. O valor monetário de um ativo pode ser «grande» e um comportamento pode ser «normal» apenas se o ativo e o comportamento «existem» em um mundo de fatos empíricos. Em consequência, primeiro devem ser determinados como fatos «reais», e

¹¹ Ver TARUFFO, 1992a: 74.

¹² Um dos pais fundadores do institucionalismo, John R. Searle, enfatiza que a verdade é uma questão de correspondência com os fatos. Ver, SEARLE, 1998: 5, 12, 32.

¹³ Cfr. GASCÓN, 2002: 78; WRÓBLEWSKI, 1983a: 104; KLAMI, GRÄNS e SORVETTULA, 2000: 28; TARUFFO, 1992a: 105; 1985: 45.

¹⁴ Para uma análise ampla e interessante destes conceitos e os problemas que se estabelecem para a tomada de decisões judiciais, ver LUZZATI, 1990.

sua verdade empírica deve ser estabelecida por meio de provas; logo podem ser valorados segundo o *standard* axiológico apropriado. Um fato definido valorativamente pelo direito pode e deve ser provado como verdadeiro ou falso em sua dimensão empírica, antes que se possa dizer que existe como um fato carregado de valor.¹⁵

A conclusão que pode ser tirada das observações anteriores é que o conceito de «fato» é muito complexo e que os fatos geralmente são carregados de direito e de valor. Todavia, isso não exclui a possibilidade de considerar tais tipos de fatos peculiares como verdadeiros ou falsos na sua dimensão empírica. «Direito» e «fato», e «valor» e «fato» são termos de relações e de distinções analíticas, e não questões de confusão inextrincável. As proposições acerca da dimensão empírica de um fato podem e devem ser distinguidas das valorações e qualificações jurídicas sobre esse fato. As proposições fáticas podem ser verdadeiras ou falsas: portanto, são o objeto apropriado da prova judicial, esta concebida como o meio para estabelecer a verdade dos fatos em litígio.

5. *Fatos e enunciados fáticos*. Uma importante observação merece ser feita aqui sobre os «fatos» e sobre a maneira como esses se determinam. Em verdade, os fatos não se incorporam nos procedimentos judiciais na sua realidade empírica ou material: em geral esses já ocorreram e, assim, pertencem ao passado. Em consequência, salvo alguns elementos de prova circunstancial, os fatos não podem ser percebidos pelo juiz: esses devem ser reconstruídos pelo julgador com base na prova disponível. Fatos, então, são tomados em consideração de uma forma muito peculiar, isto é, na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente. Quando se fala da verdade de um fato, na realidade fala-se da verdade de um enunciado acerca desse fato. Por conseguinte, o que se prova ou se demonstra no processo judicial é a veracidade ou falsidade dos enunciados acerca dos fatos em litígio.¹⁶

Por outro lado, tais enunciados não são dados *a priori*, tampouco são determinados objetivamente por alguém: enunciados fáticos são construções linguísticas definidas pelas partes e pelo juiz. Seus autores os estabelecem com base em diversos critérios, tais como regras de linguagem, fatores institucionais, categorias de pensamento, valores éticos e sociais, disposições jurídicas pertinentes, entre outros.¹⁷ Desse ponto de vista, a construção dos enunciados fáticos é uma questão de escolha: formular um enunciado acerca de um fato

¹⁵ Cfr. MACCORMICK, 1984a: 141; TARUFFO, 1992a: 114.

¹⁶ Para uma análise mais ampla deste ponto, ver TARUFFO, 1992a: 91. Ver, também, DE LA OLIVA SANTOS e DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 288.

¹⁷ Ver TARUFFO, 2002: 277.

significa eleger uma descrição desse fato entre um número infinito de suas possíveis descrições.¹⁸

B. MEIOS DE PROVA E TEORIAS DO PROCESSO

6. *Processo e verdade judicial*. O problema de definir a função da prova vincula-se diretamente às diversas concepções de processo e aos objetivos desse em sua vertente judicial.¹⁹ A adoção de teorias que têm no estabelecimento da verdade dos fatos em litígio um dos principais propósitos do processo judicial, todavia, pode resolver tal problema. O conceito de «verdade judicial» pode ser discutido (ver *infra* § 7); todavia, as coisas são bastante claras quando a verdade dos fatos em disputa é assumida como uma meta do processo judicial e como um aspecto necessário à decisão judicial. Nesse caso, com efeito, pode-se dizer que os tribunais *deveriam* estabelecer a verdade dos fatos em litígio e que essa deveria ser determinada com base nos meios de prova relevantes e admissíveis. Em consequência, os elementos de prova deveriam ser concebidos como o meio que pode e deve ser usado para estabelecer a verdade dos fatos relevantes, ou seja, para alcançar uma das metas fundamentais da administração da justiça.

Essa forma de pensar vincula-se estritamente às teorias processuais civis segundo as quais a função fundamental do processo judicial é *aplicar a lei* aos casos concretos com base em critérios objetivos e no interesse geral da justiça.²⁰ Sob tal perspectiva, uma decisão jurídica e justa somente pode fundar-se em uma valoração apropriada, exata e veraz dos fatos relevantes do caso.²¹ Uma decisão de acordo com a verdade é o resultado de um ato de conhecimento do tribunal, o qual deve fundar-se em premissas fáticas confiáveis: tais premissas são fornecidas pelos elementos de prova adequadamente apresentados perante o tribunal.

Tal teoria do processo não é, todavia, a única existente e tampouco goza da aceitação geral. Pelo contrário, uma teoria do processo bastante diferente tem sido, e segue sendo, muito difundida, tanto nos países de *common law*, quanto naqueles de *civil law*. Essa teoria sustenta que o objetivo principal do processo e, de modo geral, da administração da justiça, é resolver o conflito individual entre as partes.²² A teoria do processo civil como «resolução de conflitos» tem suas origens na ideologia liberal tradicional da justiça civil e nas suas ideias

¹⁸ Ver TARUFFO, 1992a: 71.

¹⁹ Cfr., principalmente, DAMAŠKA, 1986: 119, 160; 1997: 120.

²⁰ Para análises de tais teorias, ver, *e. g.*, TARUFFO, 2000: 177, 277; 1992a: 35; DAMAŠKA, 1986: 160; 1997: 121.

²¹ Para um desenvolvimento mais extenso deste ponto, cfr. TARUFFO, 2002: 219. Consultar, também, LAGARDE, 1994: 16; LÉVI e BRUHL, 1964: 21; KIELMANOVICH, 1996: 16, 43; HINOSTROZA MÍNGUEZ, 2000: 20.

²² Para uma apresentação desta teoria, ver, em particular, DAMAŠKA, 1986: 97; 1997: 76, 120.

básicas de liberdade individual e de empresa. Sua principal premissa é a de que uma demanda civil não é mais que uma disputa entre particulares, e que tudo aquilo que necessitam é um juízo que resolva a controvérsia, eliminando o conflito e restaurando a paz entre os indivíduos envolvidos.²³ Se esse for o principal propósito do processo e da tomada de decisão no âmbito da justiça civil, não será realmente necessário estabelecer a verdade dos fatos em litígio, uma vez que em muitos casos os conflitos podem ser resolvidos (talvez mais facilmente) sem que se busque e descubra a verdade dos fatos subjacentes. A verdade dos fatos pode ser útil, mas não é uma meta do processo: trata-se mais de um subproduto ou efeito colateral de um processo cujo objetivo é resolver o conflito entre as partes e somente no interesse particular delas.²⁴ Assim, a forma pela qual o juiz resolve a controvérsia realmente não importa: poderia inclusive resolvê-la jogando uma moeda para o alto.²⁵ Por conseguinte, não há necessidade de definir a estrutura do procedimento judicial com a finalidade da busca da verdade, uma vez que não se espera que a verdade seja estabelecida em tais procedimentos.²⁶

Esse enfoque parece prevalecer nos sistemas de *common law* e, particularmente, nas concepções estadunidenses dominantes da justiça civil, dado que é o princípio básico do sistema processual acusatório (*adversarial*).²⁷ Todavia, teorias similares são também populares em sistemas de *civil law*, uma vez que na cultura jurídica europeia privilegiam-se os interesses dos particulares e seu papel no processo civil, em detrimento do interesse geral da sociedade de ter uma administração da justiça baseada em critérios objetivos e verdadeiros no âmbito da tomada de decisão.²⁸ Em uma teoria como tal, a principal função das provas não é a de fornecer a base para o conhecimento verdadeiro dos fatos em litígio. Pelo contrário, a produção probatória é concebida como um meio que as partes podem usar na defesa de sua própria causa individual, ou simplesmente como uma maneira de cumprir um dever procedimental.

7. *Verdade e decisões corretas.* Essas duas teorias do processo são, por óbvio, idealizações simplificadas de concepções muito complexas, geralmente vagas e imprecisamente definidas em relação aos propósitos da justiça civil. Por conseguinte, não podem ser tomadas como descrições fiéis e realistas de sistemas processuais específicos. Devem ser referidas, de fato, como polos teóricos de um contínuo, no qual se podem classificar os sistemas processuais

²³ Ver, principalmente, DAMAŠKA, 1986: 97, 104, 111, 119; TARUFFO, 1992a: 16; GILALES, 1985: 243, 274.

²⁴ Criticando agudamente tais aspectos da teoria, ver FISS, 2003: 24, 30, 51, 55.

²⁵ Ver FISS, 2003: 52.

²⁶ Cfr. TARUFFO, 1992a: 17; DAMAŠKA, 1986: 119, 1975: 1104; SALTZBURG, 1978: 11.

²⁷ Ver, sobretudo, KAGAN, 2001: 99. Consulte-se, também, DAMAŠKA, 1997: 76; TARUFFO, 1992a: 20; 1973: 3, 44; LANDSMAN, 1984; SALTZBURG, 1978: 9; JOLOWICZ, 1987: 547.

²⁸ Cfr., em geral, TARUFFO, 1992a: 20.

que realmente existem segundo sua proximidade a um ou a outro extremo.²⁹ Não obstante, tal simplificação pode ser útil para identificar tendências divergentes e enfoques diferentes mesmo dentro do próprio sistema processual, no qual pode haver teorias contrastantes acerca dos objetivos fundamentais da justiça civil.³⁰

Apesar do importante papel que tais teorias desempenham na conformação das estruturas dos sistemas processuais e na determinação de sua interpretação e funcionamento, deve ser ressaltado que a sua contraposição não é inevitável, tampouco impossível de se resolver. Tais teorias baseiam-se em valores diferentes e por vezes conflitantes, em distintas ideologias acerca do Estado, do poder e da sociedade como um todo.³¹ Todavia, ao menos em um nível teórico geral, o conflito entre essas teorias pode ser superado sem perder seu significado positivo. Uma boa maneira de harmonizar as perspectivas divergentes gira em torno da suposição de que a melhor solução possível para uma controvérsia entre as partes é uma decisão adequada e correta; essa decisão não pode ser adequada e correta a menos que se baseie em um juízo verdadeiro acerca dos fatos do caso.³² Não é por colocar fim ao conflito que qualquer solução dada a esse seja necessariamente uma boa solução. Dentro de qualquer sistema jurídico baseado no princípio fundamental do «Estado de direito», uma boa solução é obtida por uma decisão legítima (*i. e.*, apropriada e justa). Uma decisão, todavia, não é legítima se as normas que regulam o caso não são aplicadas adequadamente a esse caso específico; ou seja, se a norma não é aplicada adequadamente aos fatos aos quais deveria. Para que isso seja feito, deve-se determinar verdadeiramente os fatos do caso. Dito de maneira sucinta: nenhuma decisão correta e justa pode basear-se em fatos determinados erroneamente.³³ Em consequência, «*um procedimento no qual os tribunais nem sequer tentam chegar à verdade é, manifestamente, um procedimento injusto*», uma vez que «*na base do procedimento jaz o objetivo de obter a verdade*».³⁴

Desse ponto de vista, a verdade dos fatos em litígio não é um objetivo em si mesmo, nem o propósito final de um processo civil. É mais uma condição necessária (ou um objetivo instrumental) de toda decisão justa e legítima e, em consequência, de qualquer resolução apropriada e correta da controvérsia entre as partes. Por conseguinte, a verdade não é um objetivo final autossuficiente,

²⁹ Ver DAMAŠKA, 1986: 88.

³⁰ Esta análise é feita principalmente por DAMAŠKA, 1986: 205, 214, 226.

³¹ Cfr., em geral, DAMAŠKA, 1986: 16, 18, 23, 29, 73, 80, *passim*.

³² Ver, sobretudo, TARUFFO, 2002: 219; 1992a: 42; ZUCKERMAN, 1999: 3; ATIYAH e SUMMERS, 1987: 157.

³³ Ver, *e. g.*, TARUFFO, 2002: 225; SAKS e KIDD, 1980-1981: 125. Cfr., também, FRANK, 1950: 95.

³⁴ Cfr. ZUCKERMAN, 1999: 4-5.

tampouco uma mera consequência colateral ou efeito secundário do processo civil: é apenas uma condição necessária para uma decisão precisa, legítima e justa.³⁵ Uma vez que o processo judicial tem por objeto render justiça, e não simplesmente resolver conflitos, ou – *rectius* – está orientado a resolver conflitos por meio de uma solução justa, não se pode deixar de lado a verdade, como condição de justiça, na decisão dos casos.³⁶

C. PROVA E TEORIAS DA VERDADE

8. *A verdade judicial.* Mesmo depois de se ter situado o problema da verdade na base da decisão acerca dos fatos em litígio e caracterizado a verdade como condição necessária à justiça das decisões judiciais, ainda há alguns outros problemas que merecem atenção.

De fato, a própria ideia de «verdade judicial» pode parecer vaga, confusa e duvidosa. Um argumento de vagueza e de dúvida é inerente ao próprio conceito de «verdade judicial». Uma corrente bastante difundida sustenta que a «verdade judicial» deve se distinguir das verdades «ordinárias» ou «normais» que podem ser buscadas e alcançadas fora do contexto judicial. A verdade que pode ser alcançada nesse contexto é definida como «formal» ou «convencional» e é concebida, por várias razões, como uma verdade bastante diferente da verdade não judicial ou extrajudicial: porque os processos judiciais constituem um contexto muito especial; porque as partes e o juiz não podem se valer de qualquer meio possível para buscar a verdade (uma vez que devem se submeter a diversas regras relativas à admissibilidade e à produção da prova); e, também, porque hão de abandonar a busca pela verdade quando a necessidade de alcançar uma solução final para o litígio se sobrepuser à necessidade de coletar provas adicionais.³⁷

³⁵ Para um panorama geral das teorias relacionadas com a verdade judicial como um propósito intermediário ou instrumental do processo judicial, ver SCHÖPFLIN, 1991: 36, 41, 43. A respeito da verdade judicial como um objetivo do processo judicial, consulte-se, também JOLOWICZ, 1983: 164; FRANKEL, 1975: 1041; STEFFEN, 1988: 801, 839. A ideia de que «a verdade é a base da justiça» já está presente em Bentham; a respeito, ver POSTEMA, 1986: 348.

³⁶ Estes enunciados baseiam-se em uma «ideologia jurídica racionalista» das decisões judiciais que foi apresentada e desenvolvida por WRÓBLEWSKI, 1983b: 51; 1983c: 153. Para uma análise da tradição racionalista na teoria anglo-americana da prova, ver TWINING, 1986.

³⁷ Sobre o conceito de verdade judicial como verdade formal, ver TARUFFO, 1992a: 4. Para uma discussão recente acerca deste tópico, ver FERRER BELTRÁN, 2002: 68. Para a tese de que não se pode alcançar a verdade no contexto do processo civil devido à especificidade de tal contexto, ver, e. g., MONTERO AROCA, 2002: 35, 2000: 24. Esse último autor propõe o conceito de «certeza» em substituição ao de «verdade». Todavia, parece que «certeza» é substancialmente equivalente à «verdade judicial relativa». Por conseguinte, a verdade que segundo MONTERO AROCA não se pode alcançar é a «verdade absoluta», mas isso é uma obviedade (ver *infra* § 10).