

APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE DO JUIZ NA APRECIÇÃO DAS PROVAS SEGUNDO MICHELE TARUFFO

Julizar Barbosa Trindade Júnior¹

RESUMO

O presente trabalho dedica-se ao estudo da liberdade do juiz na apreciação das provas segundo a obra do professor italiano Michele Taruffo. Será aqui analisada a diferença de perspectiva do juiz e das próprias partes na busca da comprovação da veracidade dos fatos alegados. Ver-se-á que a verdade, em sua compreensão epistêmica, há de ser o ideal regulador da atividade do juiz, diferentemente do que sucede com as partes e com seus advogados, nem sempre comprometidos com a confirmação dos enunciados de fato da causa. Em face da função de garantir que o processo seja ambiente adequado à apuração da verdade, abordar-se-á a liberdade do juiz na admissão e na produção da prova para, então, adentrar-se no tema da liberdade do juiz na valoração da completude das provas admitidas e produzidas, especialmente na atribuição de credibilidade ou de confiabilidade aos vários elementos de prova constantes dos autos.

Palavras-chave: Liberdade. Juiz. Provas. Michele Taruffo.

ABSTRACT

The present work is dedicated to the judge freedom study in the appraisal of the evidence according to the Italian Professor Michele Taruffo. It will be analyzed here the difference between the perspective of the judge and the parties themselves in the seeking of the truth. It will be seen that the truth, in its epistemic understanding, must be the ideal regulative of the judge's activity, unlike the parties and their lawyers, who are not always committed to confirming factual statements of the case. In view of the function of ensuring that the process is an appropriated environment for truth-telling, the judge's freedom in admission and in the production of evidence to enter in the subject of the judge's freedom in evaluating completeness already accepted and produced, especially in the attribution of credibility or reliability to the various evidence contained in the judicial process.

Keywords: Freedom. Judge. Evidence. Michele Taruffo.

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe a debate o tema da liberdade do juiz no que se refere à avaliação das alegações de fato da causa.²

Nas disposições gerais do capítulo sobre *provas*, o artigo 371 do novo diploma processual enuncia que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

O ordenamento revogado, a propósito, assim expressava no seu artigo 131, então inserido na seção atinente a poderes, deveres e responsabilidade do magistrado: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

A exclusão do advérbio “livremente” no novo CPC conferiu destaque aos questionamentos atinentes à liberdade judicial na valoração da prova.

Lenio Luiz Streck, por exemplo, em prefácio à obra *O Fim do Livre Convencimento Motivado*³, sustenta que, desde o dever de fundamentação das decisões previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, já não existiria espaço à liberdade judicial na apreciação da prova, porque livre convencimento, discricionariedade e ausência de fundamento jurídico para a decisão judicial poderiam ser lidos todos como sinônimos, o que agora teria sido colocado fora de qualquer dúvida com a nova codificação processual.⁴

Para afirmar essa ausência de liberdade do juiz, defende-se que não se pode admitir que o magistrado primeiro decida segundo a sua livre convicção para, só depois, buscar fundamentar a escolha adotada. Entende-se que essa postura tornaria a decisão judicial refém da boa ou má vontade do julgador e que o próprio processo, ademais, prestar-se-ia a apenas maquilar prévias escolhas discricionárias e arbitrárias.

Com a mesma finalidade, argumentos focados no significado atual da relação entre direito e democracia são também utilizados para deslegitimar a ideia de liberdade judicial no exame da prova, ao fundamento de que toda manifestação do poder em ambiente democrático exigiria justificação pública sem exames particularistas ou solipsistas.⁵

Em contraponto ao que se expôs, Michele Taruffo ensina que a livre apreciação da prova está presente em quase todos os códigos processuais dos países de *civil law* e é a regra fundamental que dirige

2 No processo, são os fatos alegados pelas partes o objeto da prova. Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira assim anotam: “Enfim, rigorosamente, o objeto da prova é a *alegação de fato*”. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 2 v., p. 58). No mesmo sentido, Jordi Ferrer Beltrán expressa que, no processo, “dever-se-ão provar os enunciados formulados pelas partes sobre os fatos”. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 74.

3 NUNES, Dierle (org.); LEITE, George Salomão (org.); STRECK, Lenio (org.). *O fim do livre convencimento motivado*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 07.

4 Como ensina Jordi Ferrer Beltrán, “uma concepção da prova vinculada à convicção psicológica é incompatível com uma concepção forte da motivação (justificação) das decisões”. BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 71.

5 Argumenta-se, ainda, que defender a ideia de liberdade (livre convencimento) na apreciação da prova resgataria uma anacrônica separação entre fato (prova) e Direito (norma). Ainda, aduz-se que, a partir do movimento ontológico-linguístico, assumiria relevo o conceito de intersubjetividade, a exigir compartilhamento dos sentidos e reinserção do sujeito na temporalidade. NUNES, Dierle (org.); LEITE, George Salomão (org.); STRECK, Lenio (org.). *O fim do livre convencimento motivado*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 11-26, 49-71, 189-205 e 257-273.

a tomada de decisão sobre os fatos da causa.⁶ O núcleo comum dessa liberdade, ademais, significa que o valor probatório deve ser estabelecido caso a caso pelo julgador, conforme *standards* flexíveis e critérios racionais, isto é, sem pesos apriorísticos característicos do antigo sistema de prova legal ou tarifário.⁷

O professor italiano esclarece ainda sobre a existência de duas vertentes do livre convencimento motivado: de acordo com a primeira, o juiz não estaria limitado a regras de prova legal e a qualquer critério racional de valoração; já para a segunda vertente, o juiz seria dotado de um poder discricionário na valoração das provas, mas não desvinculado das regras de racionalidade. E conclui então Taruffo que não haveria antítese entre liberdade de convencimento e emprego de critérios racionais de valoração. Ao contrário, é a discricionariedade da valoração que impõe ao juiz a aplicação das regras da razão para se chegar numa decisão intersubjetivamente válida e justificável.⁸

A ser assim, tem-se que, se se partir das premissas de que o CPC/2015 não atribui determinados pesos aos meios de prova e de que ao juiz cabe dar valor, caso a caso, aos elementos informativos produzidos nos autos, conforme critérios racionais que devem ser expostos para permitir a compreensão do raciocínio adotado, chega-se à conclusão de que há, e sempre haverá, inegável espaço de liberdade ao magistrado para (re)construir os fatos da causa, obviamente que uma liberdade regrada e limitada não apenas por normas processuais, mas também por preceitos de lógica e epistemologia.⁹ Por certo, contudo, a existência de regras e limites não importa pôr termo à liberdade judicial!

Fernando Gajardoni¹⁰ inclusive alerta para a incoerência de quem propugna uma tal negativa de liberdade, redarguindo que, se assim fosse, não haveria razão para o CPC, por exemplo, preceituar no artigo 372 que ao juiz cabe dar o valor que considerar adequado à prova emprestada.

Mas, enfim, conquanto falem em inexistência de liberdade judicial na construção dos fatos da causa, mesmo os defensores do rompimento do livre convencimento motivado reconhecem que isso não implicaria no retorno do sistema da prova legal e permitem-se também dedicar ao estudo de modelos ou *standards* probatórios, que, em verdade, podem ser considerados instrumentos regulatórios da liberdade do juiz.

Por isso, verifica-se que, *mais importante do que discutir pura e simplesmente a existência ou não de liberdade judicial na valoração da prova*, parece crucial estudar propostas ou modelos tendentes a auxiliar o seu exercício e, ao mesmo tempo, permitir o *controle* dessa atividade conferida ao magistrado.

De fato, na medida em que se verticalizem e aperfeiçoem padrões de coerência lógica e de raciocínio inferencial como instrumentos para a análise dos enunciados de fato e da prova, estar-se-á, por

6 Étienne Vergès, Géraldine Vial e Olivier Leclerc anotam que: “*Tous les contentieux sont gouvernés par le principe de libre appréciation des preuves*”. VERGÈS, Étienne; VIAL, Géraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve*. Paris: Puf, 2015, p. 434.

7 TARUFFO, Michele. A prova. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 132-134.

8 TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 189.

9 Para Susan Haack, a epistemologia é a parte da filosofia encarregada de “articular o que é uma prova e o que a torna melhor ou pior”. HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Org. Adriano N. de Brito e Vicente Barreto. Tradução André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015, p. 152. Relevante também a anotação de Vitor de Paula Ramos, citando Alvin Goldman: “A epistemologia dedicou muito de seus escritos, nos últimos anos, a entender e criticar um fenômeno que assolou a cultura, em geral, e a cultura do direito, especificamente: a *veriphobia*, definida como um ‘profundo ceticismo ou um completo repúdio da verdade como um critério viável para o estudo de fenômenos epistêmicos’: *veritas odium parit*”. RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 23.

10 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em: 27 nov. 2019.

consequência, oferecendo contribuição ao controle da liberdade do julgador. A propósito, uma liberdade margeada ou emoldurada, como já se viu, mas que não deixa de ser liberdade.

Dentro desse contexto, assume relevância o estudo das lições de Michele Taruffo, que há tempos se dedica profundamente a questões acerca da tarefa de (re)construção dos fatos da causa e, portanto, da valoração da prova dos autos.

Como diz Taruffo, aliás, “a maior parte dos casos difíceis (*hard cases*) o são justamente porque as questões de fato são difíceis de resolver, sendo as provas disponíveis complexas e incertas”.¹¹ E, sem que se tenha uma adequada avaliação da situação fática discutida em juízo, compromete-se a própria *justiça* da decisão, que estaria sendo aplicada a uma realidade diversa da verificada no mundo fenomênico. Enfim, uma decisão baseada em fatos que não ocorreram nunca será uma decisão justa.

Daí a importância de se conhecer os instrumentais estruturados por Michele Taruffo para aperfeiçoar e moldar a liberdade judicial em matéria de prova, o que exigirá o perpasso antecedente por temas como os da verdade processual, da natureza da atividade probatória do juiz e da atividade probatória das partes, bem como da liberdade judicial desde a fase de admissão e de produção de provas, e não só somente no estágio final de sua valoração.

Admita-se, entretanto, que não se tem aqui a pretensão de exaurir o tema, o que exigiria espaço incompatível com o formato deste artigo.

1 A PROVA NA PERSPECTIVA DO JUIZ E NA PERSPECTIVA DAS PARTES

Segundo Michele Taruffo, a visão pós-modernista¹² não se prestou senão a desconstruir a ideia de verdade, como de resto as de razão, de história e de conhecimento, tudo ao argumento cético de que a *verdade*, em sentido absoluto, jamais poderia ser objetivamente alcançada e de que haveria uma infinidade de verdades, conforme os pontos de vista adotados e os grupos sociais e culturais envolvidos.

Esse fenômeno de relativização de conceitos acarretou que termos como conhecimento e realidade se tornassem produtos exclusivos da linguagem e que a noção de verdade fosse reduzida a um consenso ou a um acordo minimamente aceito.

Para além de repudiar uma tal forma de pensamento¹³, Taruffo¹⁴ adota claramente uma “concepção *correspondentista* de verdade”, a partir da qual a realidade externa existe e deve consistir na medida de referência que determina a veracidade ou a falsidade dos enunciados que dela se ocupam. Trata-se da admissão de um conceito epistêmico, bem representado, como diz o autor, pelo “clássico critério proposto por Tarski, segundo o qual o enunciado <a neve é branca> é verdadeiro se, e somente se, a neve é branca”.¹⁵

11 TARUFFO, Michele. A prova. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 129.

12 Chamada por muitos epistemólogos de embriaguez pós-moderna, *deconstructionist vortex*, *New Cynics*, entre outros termos a que se refere Taruffo. (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 95-104).

13 Difundida em vários setores, especialmente na Filosofia, como, por exemplo, em Jurgen Habermas, com a obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 20, para quem a verdade não se descobre, mas se constrói, por meio da argumentação.

14 TARUFFO, op. cit., p. 101 e 104.

15 Assim já dizia Balmes: “A verdade é a realidade das coisas. Conhecer as coisas tais como são em si é possuir a verdade; de modo diferente, é erro. (...) Enfim, se tomamos uma coisa por outra, como, por exemplo, um vestido amarelo por branco, alteramos (...) a verdade”. BALMES, James. *O Critério*. São Paulo: Anchieta, 1948, p. 07-09.

Sob esse prisma epistemológico, sustenta então Taruffo¹⁶ que a verdade em termos gerais em nada se diferencia, quanto à substância, da verdade judicial.¹⁷ Para ele, em todo processo científico ou investigativo – incluindo os judiciais –, há que se entendê-la e buscá-la como correspondência ao mundo real.¹⁸

Isso não significa que se deva considerar a verdade aqui em seu caráter absoluto. Para qualquer atividade de conhecimento, a verdade é – destaca Taruffo – de natureza relativa, já que resulta do contexto em que surge, do método utilizado para a pesquisa e da quantidade e da qualidade de informações de que se dispõe. Em outras palavras, é o *conhecimento da verdade* que se apresenta *relativo*: basta lembrar que, por certo tempo, acreditou-se que a Terra era plana, até que uma nova informação conhecida veio a demonstrar o contrário, sucedendo tantos outros acontecimentos similares ao largo da história.¹⁹ Enfim, “afirma-se possível *conhecer* melhor ou pior a verdade, mas sem que isso afete minimamente sua existência e sua objetividade”.²⁰

E tanto quanto deve orientar a atividade do historiador e do cientista, *a verdade*, em sua compreensão epistêmica, há que ser o ideal regulador da atividade do juiz.²¹

Diferentemente do que sucede com as partes e com seus advogados, que nem sempre estão comprometidos com a confirmação dos enunciados de fato que correspondam à efetiva realidade do mundo empírico²², a posição do juiz, em face das narrativas fáticas e das provas, é de inegável vetor cognitivo tendente a recuperar o passado tal qual ocorrido.²³

Disso resulta que ao juiz cumpre a função – eminentemente epistêmica – de garantir que o processo seja ambiente adequado à apuração da verdade, desde a postura tomada por ocasião da admissão e da produção das provas até sua respectiva valoração.

E não se cuida de tarefa simples, porque, ao contrário do que se dá com a obra do historiador e do cientista, no âmbito do processo há sujeitos com interesses diversos e, não raro, antagônicos à busca da verdade.²⁴

16 TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 24 e 26.

17 Carnelutti já expressava que, “em substância, é bem fácil observar que a verdade não pode ser mais que uma, de tal maneira que, ou a verdade formal ou a jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que a verdade, ou discrepa dela, e não é senão uma não verdade”. CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. ed. Tradução Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005, p. 48.

18 “Para pensar bem, busque-se conhecer a verdade, isto é, a realidade das coisas. De que serve discorrer com subtileza, ou aparentar profundidade, sem o pensamento conforme a realidade?” BALMES, James. *O Critério*. São Paulo: Anchieta, 1948, p. 08.

19 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 105-106.

20 RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 23.

21 Tanto mais nos dias atuais, em que se assiste a uma inegável evolução tecnológica de aperfeiçoamento e de precisão dos meios de prova. Nesse sentido, pontua Augusto Jorge Cury: “Atualmente, porém, com a mencionada evolução tecnológica e o consequente aperfeiçoamento dos meios de prova, é inconcebível o entendimento de que a instrução probatória é sempre inapta a alcançar a verdade real”. CURY, Augusto Jorge. *Ônus da prova e sua inversão no novo direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 67.

22 “O trabalho do advogado é argumentar, da forma mais consistente possível, que tal resposta – a de nosso lado – é a verdadeira; logo, ele será mais eficiente se selecionar e enfatizar quaisquer provas favoráveis à proposição em apreço e ignorar ou subestimar o resto”. HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Org. Adriano N. de Brito e Vicente Barreto. Tradução André de Godoy Vieira e Nélcio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015, p. 154.

23 “*En todas estas cuestiones, el deber del juez es el obtener las pruebas de una y otra parte, en la mejor forma posible, compararlas, y decidir, segun su fuerza comprobante. Así, pues, el arte de enjuiciar no es en substancia sino el arte de producir las pruebas*”. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra extraída de los manuscritos de M. Jeremías Bentham. Escrita em Francês por Estevan Dumont. Traduzida ao castellano por C.M.V. Paris: Bossange Frères, 1825, Tomo I, p. 4.

24 Ibid., p. 196-197.

É que a atividade da parte tende a convencer o juiz sobre a veracidade de suas afirmações e sobre a falsidade das alegações do adversário.²⁵ Esses sujeitos processuais, embora também protagonistas, assumem funções diversas das do magistrado, pois perseguem mais a coerência do discurso ou da argumentação desenvolvida, ainda que em bases empíricas falsas, do que propriamente a verdade dos fatos, para fins de influência na decisão final da causa. Para as partes, enfim, importa mais o êxito do resultado do que um julgamento fundado em análise adequada da completude da prova disponível.

Pode-se dizer então que as partes usam os meios de prova como argumento persuasivo para produzir a ideia de credibilidade de seus relatos, ao passo que o magistrado deles se utiliza como recurso heurístico.

Dentro dessa (diferente) perspectiva, a verdade para o juiz é – e deve ser – epistêmica, enquanto que, para as partes e seus advogados, a verdade, se é que assim se poderia falar, tem vinculação àquela noção linguística e retórica de coerência da narrativa, característica das correntes pós-modernistas.²⁶

Para Taruffo, o grave perigo de confundir essas posições, de molde a tomar o processo como simples meio dialético e argumentativo para resolução de conflitos, está em que existem narrativas criativas, complexas e extremamente coerentes e persuasivas, que, contudo, não espelham a realidade dos fatos ocorridos. Assim, é necessário ao juiz envidar esforços para estabelecer a distinção entre narrativas boas e narrativas verdadeiras, conceitos que nem sempre são coincidentes.²⁷

Não é por outra razão que o professor italiano²⁸ salienta que o livre confronto dialético entre as partes não constitui um bom método para a descoberta da verdade, já que os litigantes podem manipular, distorcer ou ocultar a verdade dos acontecimentos, como podem ocultar, criar ou manipular provas a seu interesse. Ora, se conveniente for, a parte pode preferir, por exemplo, que determinada prova não seja carreada ao processo, o que é inadmissível sob o ponto de vista epistêmico, que, antes de tudo, assenta-se no pilar da completude das informações para a formação do conhecimento.²⁹

No processo, a exigência epistêmica corresponde ao *princípio da relevância* das provas. Comumente – leciona Taruffo –, o princípio da relevância é lembrado em seu conteúdo negativo ou de exclusão (de que não devem ser admitidas provas sem capacidade de influir na decisão da causa), mas não

25 “Parece razoável sustentar que o êxito da intervenção das partes na fase da prova, aportando meios de prova etc., ocorre se essas conseguem convencer o juiz de que sua ‘descrição’ dos fatos (sua história, se assim preferir) é verdadeira. Com isso, terão boas condições de ganhar o caso. Entretanto, não parece possível dizer, nesse caso, e sem mais, que tenha funcionado com êxito o instituto jurídico da prova”, BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 76.

26 TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 26-28.

27 Taruffo destaca que a melhor narrativa para o juiz é aquela que corresponde em descrição à realidade (porque emerge da análise das provas) e que também é coerente, plausível e completa. Nesses casos, pode-se falar em coincidência entre a verdade epistêmica e a chamada verdade como coerência; todavia, situações ocorrem em que o exame das provas não permite chegar à descrição completa de uma série de eventos concatenados, senão a uma descrição parcial, de dados fragmentados, hipótese em que os enunciados de fato acolhidos pelo magistrado representam uma narrativa ruim sob o aspecto da coerência, mas que, contudo, é verdadeira. (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 27-28 e TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 88-93).

28 Para tanto, Taruffo cita lições dos epistemólogos DAMASKA, HAACK, entre outros. (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 199).

29 Aludindo a GOLDMAN, LAUDAN e SUSAN HAACK, Taruffo ensina que se trata “de uma aplicação do *total evidence principle*, segundo o qual a racionalidade de um convencimento deve fundar-se – justamente – em todos os dados cognoscitivos existentes, ou do análogo critério de *comprehensiveness*, ou ainda de *completeness*, pelo qual as provas que fundam uma afirmação devem ser completas”. (Ibid., p. 166-167).

sob a sua função positiva ou inclusiva (de que todas as provas potencialmente úteis para fundamentar o julgamento devem ser admitidas).³⁰

Com efeito, porque o juiz é o único sujeito entre os protagonistas da trama processual que desenvolve atividade efetivamente epistêmica, pois deve atuar de forma neutra e imparcial na busca do conhecimento dos fatos, tem ele o dever de admitir todas as provas potencialmente úteis à descoberta da verdade, típicas ou atípicas, a menos que se esteja em face de uma regra de exclusão.

Ademais, em virtude também dessa atividade, tem o juiz a obrigação de, em casos de dúvida, vislumbrando um elemento de prova ainda não transportado ao processo, determinar a sua produção ou o seu aporte aos autos³¹, conferindo, obviamente, oportunidade às partes de exercer seu papel dialético por meio do contraditório e da ampla defesa.³²

A partir do que foi exposto, não resta dúvida de que a compreensão epistêmica da verdade é um conceito que se irradia para todo o espectro da atividade judicial no que tange às provas e que dirige a conduta do juiz nas diversas etapas processuais a serem cumpridas, constituindo ideal regulador da liberdade do magistrado desde a fase de admissão e de produção da prova, como será adiante analisado.

2 A LIBERDADE DO JUIZ NA ADMISSÃO E NA PRODUÇÃO DA PROVA

A epistemologia tem como princípio a completude das informações disponíveis, cujo significado obriga o cientista a reunir e avaliar todos os elementos de conhecimento acessíveis por ocasião de sua pesquisa.

Em termos jurídicos, esse fundamento epistêmico é representado processualmente pelo princípio inclusivo da relevância, que exige do juiz a admissão de todas as provas potencialmente úteis à descoberta da verdade.

Ocorre que o processo judicial, nada obstante sua função epistêmica de busca da verdade, acaba por revelar-se mais complexo do que uma mera atividade de pesquisa científica. Taruffo³³ ensina, a propósito, que:

“o processo, na verdade, é também um <lugar> comum em que normas são aplicadas, valores são postos em prática, garantias são asseguradas, direitos são reconhecidos, interesses são tutelados, escolhas econômicas são feitas, problemas sociais são enfrentados, recursos são alocados, o destino das pessoas é determinado, a liberdade dos indivíduos é tutelada, a autoridade do Estado é manifestada... e controvérsias são resolvidas por decisões pretensamente justas”.

30 Esclarece ainda Taruffo que, epistemicamente falando, apenas quando sua finalidade for cumulativa, de repetição de conteúdo já suficientemente provado, deveria a prova ser limitada pelo juiz, ao passo que, se sua função for em tese de contrastar com algo já produzido, deve a prova ser permitida. (p. 168-169). Daí se infere a importância da atitude de colaboração das partes, relativamente ao devido e prévio esclarecimento quando da postulação de determinada prova, por meio da indicação do enunciado de fato tendente a ser provado, tanto mais quando se trata de prova cuja produção é demorada. (Ibid., p. 167)

31 Conforme anota Picó i Junoy, “a maioria das legislações processuais europeias posteriores à mencionada etapa de ideologia liberal adotam estes postulados socializadores do processo e, limitando o alcance do princípio de aportação da parte, atribuem aos juízes e tribunais, com distintos matizes, importantes iniciativas probatórias (...)”. PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: Estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

32 TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 201-202.

33 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 160.

Não sem razão, essa pluralidade de fenômenos leva a que, em todos os sistemas processuais, preexistam normas reguladoras da atividade probatória, que visam de alguma forma a restringir a liberdade judicial inerente ao campo de avaliação dos fatos da causa.

Taruffo³⁴ leciona que tais normas são condicionadas muitas vezes não só por abordagem da ciência processual, mas também por escolhas ideológicas de determinada época. No mais das vezes, essas normas são tratadas sob o título da admissibilidade da prova, porém se traduzem em autênticas regras de exclusão, haja vista que previamente vedam o ingresso no mosaico probatório de alguma informação relevante que, à primeira vista e sob a perspectiva epistêmica, deveria ser admitida, não fosse a respectiva proibição do ordenamento jurídico.

De modo geral, as regras de vedação de prova se dividem, para Taruffo, em duas categorias, sob o critério da função a que visam desempenhar: uma categoria destinada a exercer função epistêmica e outra desprovida de qualquer finalidade nesse sentido.³⁵

O primeiro conjunto visa a prevenir erro ou evitar incompreensões por ocasião da valoração futura de certas provas pelo julgador. Dentro dele se encontram regras como a exclusão do testemunho de quem ainda não haja alcançado certa idade ou de quem mantenha relações de parentesco com uma das partes, assim como as que, originárias da tradição francesa, vedam igualmente prova testemunhal para demonstrar contratos acima de determinada importância, por exemplo.

Regras como essas são construídas sob a base epistêmica de que se devem preferir provas seguras e confiáveis a elementos dúbios e pouco confiáveis. Logo, quanto menor for a confiança do legislador na ideia de que o juiz tem plenas condições de analisar de maneira adequada a credibilidade dos diversos elementos probatórios, tanto maior é a quantidade de tais regras proibitivas de provas, a reduzir de antemão a liberdade judicial na avaliação dos enunciados de fato da causa.³⁶

Para Taruffo, o problema dessas normas é que, ao limitar o fundamento cognitivo sobre os fatos da causa, elas inviabilizam que informações relevantes sejam inseridas no processo e, por conseguinte, adequadamente avaliadas dentro do contexto probatório. Com isso, regras que seriam, *a priori*, de finalidade epistêmica passam a ser epistemologicamente contraproducente, porque podem dificultar ou impedir a descoberta da verdade no caso concreto.

Na visão do processualista italiano, a solução para evitar esse paradoxo está em abolir tais regras de vedação de prova dos sistemas processuais, ao menos nos modelos que se baseiam em julgamento por juiz profissionalmente preparado³⁷, já que, entende Taruffo, o magistrado profissional deve ser hábil a valorar a confiabilidade dos diversos meios de prova produzidos, inclusive daqueles que, à primeira vista, podem parecer de menor credibilidade ou de confirmação mais frágil.³⁸

34 Taruffo segue aqui lição de Susan Haack. (Ibid., p. 160-161 e 170).

35 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 171.

36 Ibid., p. 171 a 174

37 Não nos países da *common law*, em que os julgamentos são realizados por júri ou pessoas leigas, que, além disso, não precisam fundamentar suas decisões.

38 Ademais, ressalta Taruffo, muitos ordenamentos abrem exceções mesmo em casos tais, à vista da extrema necessidade de colheita de declarações de parente da parte ou de demonstração de determinado fato contratual sem documento, cabendo ao magistrado, no caso concreto, atribuir valor a tais elementos de prova. (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 47 e TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 177-178).

Já o outro grupo de regras de exclusão de provas não desempenha tarefa endoprocessual e epistêmica, mas se volta a proteger interesses relevantes que se localizam fora dos autos. Essas regras correspondem à categoria dos chamados sigilos em razão de cargo, função ou profissão ou em virtude de parentesco com a parte, os quais asseguram desde a privacidade individual até segredos profissionais e de Estado.

Um tal conjunto de normas é igualmente limitativo da liberdade do juiz por ocasião da busca da verdade sobre os enunciados de fato discutidos na causa, já que implica uma restrição sobre a base de dados a ser avaliada. Assim o é, por exemplo, toda vez que uma testemunha se vale da faculdade de abstenção fundada em sigilo, a relativizar o princípio epistêmico de completude das informações de conhecimento disponíveis.³⁹

Sucedem que problemas sensíveis de tensão entre valores podem decorrer da existência dessas regras de exclusão de provas sem finalidade epistêmica: de um lado, a busca da verdade, base para a aplicação da justiça; e, de outro, a proteção do bem conferida pelo sigilo, o que, para Taruffo, exige ponderação nas circunstâncias do caso concreto, especialmente quando possível que o julgador tome conhecimento da prova sem violar sensivelmente o sigilo, tal qual ocorre no modelo processual alemão, que prevê, por exemplo, a possibilidade de interrogatório de testemunhas em audiência privada, sem acesso do público.⁴⁰

De resto, não apenas normas de vedação de provas atuam no âmbito de liberdade e conformação da atividade judicial inerente aos enunciados de fato da causa. Há, ainda, toda uma disciplina legal que tangencia a fase de produção probatória, a exigir, portanto, devida atenção por parte do magistrado.

Em linhas gerais, pode-se falar em duas espécies de sistemas probatórios: os centrados nas partes e os focados no juiz. Nos primeiros, a produção das provas origina-se da iniciativa principal ou exclusiva das partes. Nos sistemas focados no juiz, as provas dependem, em sua maior parte, ou por completo, do papel ativo do julgador. Pela tradição, diz-se que os sistemas centrados na atividade das partes são chamados adversariais ou dispositivos e os centrados no juiz, inquisitoriais.⁴¹

A tal respeito, Taruffo⁴² tece crítica com o seguinte teor:

Nenhum dos dois modelos fundamentais de produção de provas que se formam no processo parece, por conseguinte, constituir um método epistemicamente válido e capaz de consentir uma produção objetiva, completa, controlada e confiável dos fatos cognoscitivos necessários para uma apuração verídica dos fatos. No modelo baseado no juiz faltam ou são reduzidos os efeitos positivos de uma participação ativa das partes, não obstante o fato de que a produção das provas sob o controle do juiz responde melhor às exigências de uma perquirição racional e desinteressada. No modelo baseado na inquirição cruzada⁴³, pelo contrário, falta a função de controle e perquirição objetiva que deveria ser desenvolvida pelo juiz.

Fato é que os sistemas probatórios modernos têm oportunizado iniciativa ilimitada às partes

39 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 179.

40 Ibid., p. 179-180.

41 TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 107.

42 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 187.

43 Também chamado “cross-examination”, o depoimento cruzado é técnica característica dos sistemas adversariais de tradição da *common law*, por meio da qual os advogados das partes inquiram diretamente as testemunhas com vistas a obter declarações que lhe sejam favoráveis ou a gerar descrédito da testemunha, caso tenha essa sido arrolada pelo adversário. O juiz assume comportamento passivo no momento da inquirição e apenas intervém quando necessário a garantir o respeito a regras que disciplinam a inquirição (Ibid., p. 183).

para apresentar todos os meios de provas admissíveis e relevantes à demonstração dos fatos da causa. Já no formato dos poderes do juiz, e muito embora ainda possam ser apontadas diferenças entre determinados países, o que se observa atualmente é também uma forte tendência – inclusive nos modelos de origem adversarial típicos da *commom law* – de se prestigiar o papel diretivo do magistrado na produção das provas, a fim de permitir valoração que se funde, antes de tudo, no pilar epistêmico da completude dos elementos cognitivos disponíveis.⁴⁴

Para Taruffo, a epistemologia influencia não apenas a produção probatória no aspecto da exigência de máxima amplitude do leque de provas disponíveis, mas também é por influxo da epistemologia que o juiz sofre um outro limitador de sua liberdade ainda durante a colheita da prova no processo, que o obriga a, desde então, assumir comportamento adequado a permitir a posterior validação das informações produzidas.

Como ensina Taruffo, em toda atividade de busca do conhecimento ou de busca da verdade, as conclusões somente serão confiáveis se forem fundadas em informações ou elementos “conhecidos e verificáveis, além de – quando possível – repetíveis”. Tanto é assim que um cientista ou um historiador que não revela as informações utilizadas nem tampouco o método que seguiu para encontrá-las e avaliá-las não alcança respeito ou consideração quanto ao que produziu. E isso vale igualmente para o magistrado, que deve se respaldar em pilares epistêmicos *desde* o momento da produção dos elementos de prova, a fim de que seja ao final possível validá-la.⁴⁵

Então, o que merece atenção especial aqui não são as provas simplesmente trazidas ao processo, as chamadas provas pré-constituídas, formadas antes e fora dos autos, como sucede com os documentos. Isso porque o procedimento de produção dessas provas dá-se, como ressalta Taruffo, de forma bastante simples, por mera inserção no processo. Ademais, eventual impugnação de autenticidade sujeita-as a procedimento técnico de verificação da falsidade ou não do documento.⁴⁶

Bem mais complexa, porém, é a produção das provas ditas *constituende*, que se formam dentro do processo, tal qual sucede com a prova testemunhal. Para que um método epistêmico de busca do conhecimento funcione com eficiência, Taruffo⁴⁷ destaca cinco pilares que devem nortear a conduta do juiz por ocasião da colheita da prova:

- a) é necessário que o juiz seja ativo na busca da verdade,
- b) que ele disponha de hipóteses adequadas sobre os fatos a serem apurados,
- c) que ele verifique efetivamente a credibilidade da testemunha e a confiabilidade de suas declarações,
- d) que ele aprofunde o exame da testemunha para além das indicações fornecidas pelas partes, e
- e) que ele obtenha, no curso da inquirição, todos os elementos que posteriormente ser-lhe-ão necessários para valorar a eficácia probatória da testemunha.

44 TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 109-111.

45 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 180.

46 *Ibid.*, p. 180-181.

47 *Ibid.*, p. 182.

Daí se infere que o juiz, como todo investigador ou cientista comprometido com a verdade, não deve ser passivo⁴⁸ por ocasião da colheita de provas, mas há que se preocupar desde então em obter dados importantes para posteriormente avaliar a credibilidade da prova produzida.

De fato, eventual descuido do juiz nesse *iter* procedimental pode comprometer epistemicamente a colheita da prova, já que acarretará déficit ou insuficiência de informações necessárias que permitam posterior atribuição de valor à credibilidade das declarações prestadas pela testemunha.

Assim sucederá, por exemplo, se o juiz não lograr obter detalhes quando da inquirição de testemunha de ação de reparação de danos fundada em acidente de trânsito, deixando de questionar acerca do motivo de se encontrar no local do acidente, da posição geográfica em que estaria no momento da colisão, do que fazia na ocasião, do porquê de o nome da testemunha não estar arrolado no boletim de ocorrência policial do acidente, se estava ou não acompanhada no momento, se os envolvidos no acidente estavam ou não acompanhados, se ela já conhecia antes alguma das partes etc.

Sem esses questionamentos relevantes para efetivamente verificar a confiabilidade da testemunha, a prova então produzida pode não gerar validade epistêmica, de modo que poderá não ser viável valorá-la adequadamente na etapa subsequente.

Por conseguinte, é inegável que as lições de Taruffo servem a regular o comportamento do magistrado desde as fases iniciais de admissão e de produção da prova, bem como reforçam que a epistemologia é o vetor que deve conformar a liberdade judicial no tratamento dos enunciados de fato da causa, não só na etapa última de valoração da prova, mas em todo o curso processual.

3 A LIBERDADE DO JUIZ NA VALORAÇÃO DA PROVA

O juiz não adquire contato com os fatos da causa em sua realidade empírica, mas, sim, por meio da narrativa, das alegações e dos enunciados apresentados pelas partes.

O fato, assim, ingressa no processo por meio da linguagem construída pelas partes e por seus advogados. E todos os demais sujeitos do processo mantêm essa mesma relação com os fatos: são, pois, narradores. A testemunha também o é, por meio de suas declarações em juízo. Com o juiz, não é diferente. Na sentença, o que o julgador faz é construir a sua narrativa dos fatos da causa, mas valorando os elementos de prova admitidos e produzidos.⁴⁹

No tema da valoração da prova, Taruffo esmiúça um modelo analítico a ser observado pelo juiz no momento de (re)construção dos fatos da causa.

Antes de tudo, o julgador deve estruturar um conjunto ordenado de enunciados em quatro níveis distintos.⁵⁰

48 Imparcialidade não é sinônimo de passividade, destaca Taruffo; ao contrário, a imparcialidade exige postura ativa acerca da iniciativa e da produção de provas pelo juiz, a fim de que seja assegurada a correção do procedimento por sujeito comprometido com a descoberta da verdade. (TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 129).

49 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 59-73.

50 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 237-238.

No primeiro nível, deve-se identificar os enunciados descritivos dos fatos principais da causa, isto é, as hipóteses a serem analisadas, que consistem no conjunto das narrativas dos fatos constitutivos do direito alegado pelo autor e o conjunto dos enunciados dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos afirmados pelo requerido. Ambos os conjuntos têm de abranger fatos relevantes à tomada de decisão.⁵¹

Assim, se é postulado em juízo o cumprimento de obrigação contratual, como o pagamento de aluguel vencido, os enunciados de fato relevantes articulados pelo autor serão os relativos à existência dessa obrigação e ao respectivo inadimplemento; já para o réu, se alegar pagamento, os enunciados relevantes estarão relacionados aos fatos atinentes ao adimplemento sustentado, que podem corresponder, apenas como exemplo, a um depósito em conta, à entrega de dinheiro, a uma dação em pagamento ou ao desconto de caução prestada.

Em segundo nível, o juiz deve atentar-se aos enunciados que descrevem os fatos secundários da causa, assim entendidos aqueles que, embora não principais, se confirmados, poderão, por meio de raciocínio inferencial, levar à conclusão de veracidade ou falsidade dos enunciados de fato principais. São os fatos característicos de indícios ou fontes de presunções. Como exemplo, pode-se citar o fato de o autor estar em outra localidade na data da assinatura do contrato, indício que pode servir para demonstrar a alegação principal da falsidade do documento.

No terceiro nível, ao magistrado cumpre considerar os enunciados que resultam das provas produzidas. Não se trata aqui, ainda, de apreciar o valor das provas, mas apenas de descrever narrativamente o conteúdo de cada uma delas. Assim, se o título de crédito descreve a existência da obrigação, a testemunha que afirma ter presenciado a quitação descreve o adimplemento.

No quarto nível, por fim, o juiz deve apurar as circunstâncias a partir das quais podem ser feitas inferências sobre a credibilidade ou a confiabilidade dos enunciados do terceiro nível, que são os que resultam da mera descrição das provas.⁵²

O relacionamento entre os quatro níveis de narrativas do juiz dissecado por Taruffo⁵³ dá-se por meio de inferências probatórias que podem ser assim esquematizadas:

- a) os enunciados do segundo nível representam premissas para inferências probatórias idôneas à produção de conclusões concernentes a enunciados do primeiro nível. Os fatos secundários, com efeito, são levados em consideração se se apresentam logicamente relevantes como fontes de prova indireta de um fato principal; no caso contrário, esses não entram na narrativa dos fatos;
- b) os enunciados do terceiro nível representam informações úteis para a apuração dos fatos descritos no primeiro nível (é o caso de prova direta de um fato principal), ou ainda informações úteis para a apuração de fatos descritos no segundo nível (é o caso da prova de um fato secundário, ou seja, da prova indireta de um fato principal);

51 Não passa despercebido a Taruffo a complexa conexão entre fato e direito no contexto da tomada da decisão judicial, haja vista que reconhece que o fato em litígio somente pode ser identificado de acordo com a norma jurídica usada como critério para decidir, problema que, relembra ele, ser algo tradicional e bem conhecido em toda cultura jurídica, acenando para Engisch, Larenz e outros que já abordaram o tema. (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16).

52 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 237-238.

53 *Ibid.*, p. 238.

- c) por fim, os enunciados do quarto nível representam informações úteis para o controle da confiabilidade dos enunciados probatórios que se colocam no terceiro nível, eventualmente dando fundamento a que se façam inferências com o intuito de verificar o valor de tais informações”.

Para explicar a característica fundamental das inferências que devem ligar ou “colar” os diversos níveis das narrativas do juiz, Taruffo parte de um modelo geral de argumentação proposto há tempos por Stephen Toulmin, mais tarde revisitado por Susan Haack e recentemente explorado, entre outros, por Gonzáles Lagier.⁵⁴

Trata-se do conceito de *warrant*, termo adaptado ao português à palavra confirmação, que consiste em um modelo geral e útil a qualquer atividade científica destinada a estabelecer a veracidade de uma assertiva, inclusive ao processo, portanto.

A fórmula é assim representada: $W = E \rightarrow H$ ($W =$ *warrant* ou confirmação, $E =$ provas ou *evidence* e $H =$ hipótese em questão).⁵⁵

Segundo tal método, o juiz deve observar que uma hipótese (uma alegação de fato) é sujeita a graus de confirmação (forte, fraco ou mesmo inexistente) em função da quantidade, qualidade e coerência das provas que a sustentam.⁵⁶

A dizer de outro modo, a confirmação da veracidade de um enunciado de fato depende da credibilidade ou da confiabilidade que se pode atribuir à prova ou às provas demonstrativas da narrativa processual em questão. Aqui se encontra, pois, um importante regramento à liberdade do juiz por ocasião da valoração das provas.

É importante destacar que, para Taruffo, o grau de confirmação probatória não é mensurado em termos probabilísticos, como muitos pretendem, especialmente nos Estados Unidos, por meio da aplicação do teorema de Bayes. Ao reverso, a atribuição de confirmação deve ser realizada por critérios de racionalidade lógica, e não por cálculos ou frequência estatística.⁵⁷

Dentro desse arquétipo, ao juiz não é conferida a liberdade de mencionar na sentença apenas as hipóteses a cujo respeito ele infere existir forte confirmação probatória – e simplesmente deixar de expor as razões por que entende que as outras narrativas fáticas, não acolhidas como verdadeiras, seriam desprovidas do mesmo *status* epistêmico.⁵⁸

Se assim o faz, o magistrado deixa de observar o quarto nível de narrativa, que exige a exposição fundamentada, na sentença, das inferências tomadas quanto à completude dos elementos de prova dos autos, inclusive quanto à parcela de informações que o julgador entende de fraca ou mesmo de nenhuma confirmação probatória, tanto mais se destinavam, em tese, a contrastar a narrativa fática que restou aco-

54 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 238-240.

55 Ibid., p. 239.

56 Ibid., p. 252.

57 Ibid., p. 251.

58 TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 155-156.

lhida (avaliação negativa).

Mas, para além de um imperativo ao juiz, que deve expor sua convicção sobre cada enunciado fático discutido e sobre todos os elementos de prova na sentença, assunto de grande relevância está também na qualidade das inferências probatórias a serem tomadas pelo julgador⁵⁹, matéria em cujo âmago ainda mais se aflora o tema da liberdade judicial na apreciação da provas.

Como visto, o que faz gerar o raciocínio de confirmação das hipóteses, em regra, são as inferências entre as *afirmações de fato* e as *provas* admitidas e produzidas. Em outras palavras, o raciocínio inferencial constitui o elo que indica o grau de credibilidade da prova, ou seja, a sua aptidão para confirmar ou não a alegação fática em exame. Cuida-se do que Stephen Tolmin tratou de chamar de *backing* do *warrant*.⁶⁰

Tem-se aqui assunto bastante complexo, que por vezes exige o uso de construções culturais dotadas de indeterminação, a que muitos ordenamentos jurídicos chamam de *regras do senso comum*, *resultado do que ordinariamente acontece* ou de *máximas de experiências*.⁶¹

Não é sem motivo que Twining alerta que as generalizações baseadas no senso comum ou nas máximas de experiência, embora necessárias, podem ser perigosas.⁶²

Mas, então, como se deve delimitar a liberdade judicial dentro de tão sensível tema?

Para Taruffo, a problemática está em verificar quais critérios devem ser aceitos e quais não devem ser acolhidos quando da inferência e da avaliação de sua credibilidade. E, dentro desse contexto, três critérios de inferência hão de ser discernidos.

Sabe-se que, em alguns raros casos, as generalizações do senso comum ou as noções de experiência estarão representadas por “leis científicas ou generalizações válidas produzidas pela ciência”, como “a experiência de que corpos pesados caem de cima para baixo, ainda que a lei de Newton seja mais precisa e formulada em termos universais”, situação em que não haverá dúvida de que a inferência a partir daí realizada se envolve de elevado grau de confiabilidade.⁶³

De outro lado, certas vezes, as noções de experiência comum estarão a refletir generalizações *não universais*, embora estatisticamente possam apresentar grande probabilidade de ocorrer, como “X produz Y em 98% dos casos”, de maneira que a conclusão resultante do raciocínio inferencial será aqui também altamente confiável.⁶⁴

59 É importante lembrar que a palavra prova é dotada de mais de um sentido: ora é utilizada como meio de prova (testemunha, documento, perícia etc.) e ora, como resultado probatório, isto é, como o raciocínio que se faz por inferência acerca da credibilidade ou do grau de confirmação da prova. Na *common law*, essa distinção não existe, já que prova como meio é chamada *evidence* e prova como resultado, *proof*. (TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 33).

60 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 241.

61 No Código de Processo Civil de 2015, há, por seu turno, o artigo 375, segundo o qual “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

62 TWINING, W., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2. ed. Cambridge, 2006 *apud* TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 78-84 e 241.

63 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 80-81 e 241-242.

64 *Ibid.*, p. 81 e 242.

Contudo, a par desses dois critérios, em inúmeros outros casos as noções de senso comum ou de máximas de experiência serão baseadas no mero conceito de normalidade, isto é, naquilo que ordinariamente acontece. Nessas situações, não haverá generalizações de cunho universal nem quase-universal a serem seguidas de modo confiável. Não dispondo então de outros critérios para avaliar a credibilidade da prova, cumprirá ao magistrado servir-se de generalizações que façam parte do que Humberto Eco denomina Enciclopédia Média ou do que, na *common law*, pode ser referido como *stock of knowledge* ou *background knowledges*. É dizer, tais generalizações deverão efetivamente pertencer ao senso comum ou à cultura média, constituindo parcela de um conjunto de conhecimentos que possam ser compartilhados pelo julgador com o homem médio na época e no local em que vive.⁶⁵

Mas, definir o que estaria dentro desse estoque de conhecimento não se trata de tarefa fácil. Como defende Taruffo, não há algo claro, ordenado e coerente dentro desse conjunto de saber do homem médio. Há, sim, contradições, mitos, provérbios e, especialmente, conhecimentos em rápida e constante mutação, tanto mais se consideradas as sociedades plurais de cultura globalizada.⁶⁶

Assim, sob a premissa de que *normalidade e cultura* são conceitos imbuídos de larga margem de incerteza, com referência mais prescritiva do que descritiva, é de rigor ao juiz observar que as conclusões produzidas por inferências fundadas nessa espécie de máxima de experiência deverão, *quando muito*, receber um grau apenas modesto de confirmação ou de credibilidade.⁶⁷

A propósito, Taruffo⁶⁸ alerta enfaticamente para o perigo em que pode incorrer o magistrado quando se vale de inferências provenientes de critérios de senso comum ou de máximas de experiências. Haverá, pois, sempre sério risco de se incidir em generalizações espúrias, preconceituosas e sem fundamento empírico, especialmente quando em jogo elementos como raça, gênero, sexo ou religião. Tal é o que se dá com raciocínios como “policia corrupto”, “motorista negro”, “marido infiel” etc. Ao menos nesses exemplos, é evidente que não haverá espaço de liberdade ao juiz para produzir critérios de inferências probatórias, pois não aceitáveis as fontes respectivas.

Portanto, e como o juízo sobre a credibilidade da prova depende da qualidade dos critérios de inferência adotados, o magistrado deve estar ciente dos riscos de erro quando aplica critérios de máximas de experiência não fundados em ciência nem tampouco em probabilidade matemática de quase certeza, mas intrínsecos ao conceito cultural do homem médio no tempo e espaço.

Em casos tais, sempre que possível, deve verificar o juiz se a confirmação obtida – sempre em grau fraco – a partir da prova analisada com fundamento em máxima de experiência respalda-se em outros meios probatórios de maior confiabilidade, para então firmar convicção mais segura sobre os enunciados de fatos da causa e, assim, evitar o recurso a regras legais de ônus de prova.

Já se disse aqui que, para valorar a prova, o juiz deve, antes de mais, procurar desenvolver um

65 TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darcí Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 159-160.

66 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 83-84.

67 Ibid., p. 79 e 242.

68 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 78-81 e 242-243.

grupo de enunciados em quatro níveis. Falou-se também que cada enunciado de fato, seja principal, seja secundário, deve ser analisado diante de todos os elementos de prova produzidos, segundo critérios de inferência, a fim de receber determinado ou nenhum grau de confirmação, confiabilidade ou credibilidade.

Importa esclarecer então que esses graus de confirmação, para Taruffo, podem ser esquematizados, *a priori*, de seis maneiras (devendo aqui ser considerada a letra H como uma hipótese ou, em termos jurídicos, como uma determinada alegação de fato):⁶⁹

1. H não teve nenhuma confirmação;
2. H teve confirmação fraca;
3. H teve confirmação forte;
4. a falsidade de H não teve nenhuma confirmação;
5. a falsidade de H teve confirmação fraca; e
6. a falsidade de H teve confirmação forte.

A partir desse esquema analítico, tem-se que, ocorridos 1 e 6, cabe ao juiz considerar a hipótese ou o fato principal não provado.

Se verificados 2, 4 e 5, o magistrado deve reputar que a veracidade do enunciado não foi demonstrada nem tampouco a sua falsidade, caso em que poderá necessitar recorrer a regras de ônus de prova.

Por fim, resta a situação 3, em que H obteve confirmação forte, quando, à primeira vista, deverá ser considerada provada a alegação de fato, a não ser que esse grau forte ainda não seja suficiente a cumprir o respectivo *standard* probatório aplicável.⁷⁰

Com efeito, ultrapassado o esquema acima exposto, torna-se imperioso ao magistrado analisar qual é o grau de confirmação que o respectivo enunciado de fato deve possuir para fins de ser considerado provado.

Em processo penal, sabe-se que o ordenamento da maioria dos países, ao menos os democráticos, exige um grau de confirmação probatória particularmente elevado, a fim de sustentar um juízo de condenação. É o que, nos Estados Unidos, chama-se *beyond any reasonable doubt*, que pode ser entendido como algo “para além de qualquer dúvida razoável”. Com semelhante sentido, pode-se indicar a expressão latina do *in dubio pro reu*. Mas, quando não existem normas que determinem o *standard* de confirmação adequado – o que constitui a regra no processo civil –, cabe ao juiz utilizar-se de critérios racionais para verificar se o enunciado de fato deve ou não ser considerado provado.⁷¹

É bem verdade que o juiz aqui pode, em tese, valer-se de alguns pilares advindos também do direito estadunidense, como o da *preponderance of evidence* (segundo o qual o juiz deve optar pelo enunciado com suporte relativamente maior em relação a todas as outras hipóteses) ou o do critério da proba-

⁶⁹ Ibid., p. 250.

⁷⁰ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 250-251.

⁷¹ TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 197.

bilidade preponderante (pelo qual deve o julgador analisar se seria mais provável a veracidade da hipótese ou a sua falsidade).⁷²

A análise por meio dessa última ferramenta racional, também chamada de juízo “mais provável do que não”, pode ser necessária quando, por exemplo, algumas testemunhas confiáveis confirmam um determinado enunciado e outras, também confiáveis, confirmam um enunciado contrário àquele. Cabe então ao juiz analisar quais são os graus de confiabilidade e, verificando a existência de um grau mais elevado que o outro, optar pelo de maior confirmação. Mas, se tal não for possível, a situação de incerteza, muito provavelmente, obrigará o juiz a aplicar regras de ônus de prova.⁷³

Após atribuir o grau de confirmação probatória a cada enunciado e analisar o *standard* eventualmente aplicável ou recomendável, cumpre então ao juiz a tomada da decisão final sobre os fatos da causa, quando deve tecer um conjunto de narrativas que abranja a completude dos enunciados de fato discutidos, a amplitude das provas e a sua aptidão para comprovar ou não aqueles enunciados. Em outras palavras, deverá ser considerada e exposta globalmente a situação de fato objeto de apuração.

Apesar de defender um comportamento analítico do julgador em relação à tarefa de (re)construção do fatos, haja vista que cada enunciado de fato deve receber inicialmente sua confirmação própria e específica, Taruffo não ignora que, por ocasião da tomada de decisão final, o julgador possa ter de adotar também uma percepção holística, e não apenas atomista.

É que, como ressalta o professor italiano, constitui princípio hermenêutico fundamental o de que “cada parte singular de um discurso adquire significado próprio em função de sua colocação no todo a que pertence, com a consequência de que o todo é mais do que a simples somatória das partes que o compõe.”⁷⁴

Para tanto, vale-se Taruffo da metáfora do mosaico (tal qual Susan Haack⁷⁵ se vale da analogia do jogo de palavras cruzadas) para destacar que, caso todos os enunciados de fato tenham recebido confirmação adequada, o juiz poderá ao final encaixar de modo devido e seguro todas as peças necessárias e, assim, montar a figura que decorre dessa agregação de elementos, isto é, o mosaico, de forma a verificar o significado que cada enunciado representa no contexto da narrativa dos fatos.⁷⁶

Entretanto, se, ao final, nem todos os enunciados tiverem alcançado confirmação suficiente, a reconstrução da completude dos fatos da causa – ou da figura representada no mosaico – poderá restar prejudicada. Nessas situações, defende Taruffo que o magistrado deverá optar pela versão dos fatos que, sob o viés holístico, afigure narrativamente mais coerente, dentro do contexto global examinado.⁷⁷

72 Ibid., p. 198.

73 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 254-255.

74 Ibid., p. 257.

75 Para Haack, “o quão razoável é uma palavra num jogo de palavras depende de quanto essa palavra é apoiada pela dica e por quaisquer palavras entrecruzadas completas; de quão razoáveis são essas outras palavras, independentemente da palavra em questão; e de quantas palavras já foram completadas”. HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Org. Adriano N. de Brito e Vicente Barreto. Tradução André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015, p. 154 e 291. Com isso, a filósofa inglesa radicada nos EUA defende ser possível, em alguns casos, que uma compilação de peças de prova possa atingir conjuntamente o grau exigido de prova, apesar de, individualmente, essas mesmas peças serem incapazes de fazê-lo, o que sucede por vezes em processos com alegações de fatos complexos.

76 Ibid., p. 257-258.

77 TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 258.

Ao que parece, apenas nas situações acima descritas é que admite Taruffo que a coerência da narrativa, defendida por correntes pós-modernista como um ideal de verdade, deva ser vetor a ser considerado pelo juiz na avaliação dos fatos da causa, mesmo porque esgotados talvez se encontrem, em casos tais, os aspectos heurísticos e epistemológicos da prova.

De fato, para finalizar, cabe tecer o quão crítico é Taruffo das correntes puramente narrativistas, haja vista que, prezando apenas pela coerência do discurso, como muitas vezes prezam as partes, pode-se correr sério risco de colmatar ou preencher lacunas probatórias por fatos sem confirmação adequada e, portanto, falsos, embora narrativamente coerentes, porque, no conjunto, refletem uma boa estória. É por essa razão que a teoria holística, apesar de meritória em algumas situações, não deve regular a aceitação dos fatos no campo da decisão judicial.⁷⁸

Enfim, pelo quanto exposto, verifica-se que a liberdade do juiz, na temática da avaliação dos fatos da causa, deve ser moldada pelo dever epistemológico de analisar cada narrativa fática ante a cada meio de prova produzido nos autos. Um dever de completude, portanto.

Não se trata também de apenas analisar descritivamente a prova. Cuida-se, sim, de examiná-la por meio de critérios de inferência adequados que indiquem o respectivo grau de confirmação probatória e, por conseguinte, de verificar se ela é idônea ou não a gerar credibilidade ou confiabilidade, sempre comparada aos demais elementos, dados ou informações que compõem todo o *mosaico* processual.

Não é demais mencionar que, por consequência, o juiz tem o dever de expor e explicitar a amplitude desse raciocínio, de modo a permitir o controle externo sobre a justificação da decisão, valor político irrenunciável nas sociedades democráticas.⁷⁹

CONCLUSÃO

O presente trabalho propôs-se a estudar as contribuições de Michele Taruffo na análise da liberdade do juiz na apreciação das provas, tema reinserido a debate com o atual Código de Processo Civil.

Inicialmente, foi destacado o que seria a *verdade processual* para Taruffo, a qual não difere da verdade da ciência ou de qualquer outra atividade que vise à investigação de fatos. Trata-se, pois, da adoção de um conceito epistêmico, para o qual a verdade é – e deve ser – a correspondência com o mundo real. Nada mais, nada menos!

Cuidou-se, após, de apontar desdobramentos que, para o professor italiano, provêm da assertiva acima. Assim é que, se a verdade está na representação exata dos fatos, ela deve ser o ideal regulador do juiz. Diferentemente das partes, que não raro compreendem as provas como um recurso hábil a persuadir sobre aquilo que lhes é favorável, o juiz utiliza-se das provas a fim de tentar reconstruir o passado tal qual ocorrido. A atividade do juiz é, assim, epistêmica por excelência, o que o obriga a observar padrões epistemicamente adequados em todas as etapas de contato com as provas.

⁷⁸ Ibid., p. 87-88.

⁷⁹ TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 157-158.

Salientou-se, ainda, que a produção do conhecimento, a partir da necessária análise da completude das informações disponíveis, constitui uma premissa epistemológica. No processo, essa exigência dá-se pelo princípio inclusivo da relevância, segundo o qual o magistrado deve admitir e determinar a produção de todas as provas potencialmente úteis à descoberta da verdade.

Foi observado que a epistemologia é o vetor da liberdade judicial não só na admissão de provas, mas também na fase de sua produção, a fim de permitir que a prova colhida seja suscetível de correta valoração. Anotaram-se aqui quais as condutas que, segundo preconiza Taruffo, o juiz deve então adotar, especialmente quando se tratar de prova testemunhal.

No item seguinte, adentrou-se, enfim, no tema da valoração da prova.

Em um primeiro plano, foi abordado como Taruffo entende deva o juiz iniciar o desenvolvimento de sua própria narrativa com o objetivo de alcançar a reconstrução dos fatos. Para isso, foi explicado que o julgador há de elaborar seu raciocínio por meio de enunciados em quatro níveis, que compreendam (1) os fatos principais da causa, (2) os fatos secundários, (3) o conteúdo das provas produzidas e (4) a valoração dessas provas.

Ressaltou-se que o elo que interliga essas narrativas é o raciocínio inferencial do julgador, em decorrência do qual podem ser atribuídos graus de confirmação para cada enunciado de fato a partir da análise das provas.

Frisou-se aqui a problemática da qualidade do raciocínio inferencial, especialmente quando não se adota, como critério, generalizações universais respaldadas pela ciência, mas, sim, máximas de experiência que não se fundam em dados objetivos, como juízos baseados no senso comum ou em mera normalidade.

Foi destacado ainda que, atribuído o respectivo grau de confirmação para cada alegação de fato (forte, fraco ou nenhum), o juiz deve analisar se a confirmação obtida atende ou não ao *standard* de prova necessário para reputar a narrativa verdadeira. Não havendo *standard*, pontuou-se existir maior espaço ao magistrado para valer-se de ferramentas racionais, como o critério da probabilidade preponderante.

Anotou-se que, ultrapassada essa tarefa, cabe ao juiz passar finalmente à tomada de decisão, quando haverá de explicitar a confirmação de cada enunciado fático e, assim, formar o conjunto da narrativa reputada como verdadeira.

Foram também apresentadas aqui a metáfora do mosaico, utilizada pelo professor italiano, e a admissão da importância de se atribuir valor à coerência da narrativa, mas apenas quando esse mosaico comportar mais de um desenho possível.

Enfim, e como reiteradamente registrado, a verificação da verdade dos fatos é – e sempre será – condição essencial para a justiça de toda e qualquer decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALMES, James. *O Critério*. São Paulo: Anchieta, 1948.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Obra extraída de los manuscritos de M. Jeremías Bentham. Escrita em Francês por Estevan Dumont. Traduzida ao castellano por C.M.V. Paris: Bossange Frères, 1825. Tomo I.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4. ed. Tradução Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005.

CURY, Augusto Jorge. *Ônus da prova e sua inversão no novo direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 2 v.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em: 27 nov. 2019.

HAACK, Susan. *Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito*. Org. Adriano N. de Brito e Vicente Barreto. Tradução André de Godoy Vieira e Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2015.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

NUNES, Dierle (org.); LEITE, George Salomão (org.); STRECK, Lenio (org.). *O fim do livre convencimento motivado*. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

PICÓ I JUNOY, Joan. *O juiz e a prova: Estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam e sua repercussão atual*. Tradução Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: Escritos sobre processo e justiça civil*. Organizador e revisor das traduções Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Processo civil comparado: Ensaio*. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

VERGÈS, Étienne; VIAL, Géraldine; LECLERC, Olivier. *Droit de la preuve*. Paris: Puf, 2015.