

MICHELE TARUFFO

UMA SIMPLES VERDADE
O JUIZ E A CONSTRUÇÃO DOS FATOS

Tradução
Vitor de Paula Ramos

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

...1215...	17
1. Introdução.....	17
2. Voltando alguns passos: ordálios e provas.....	19
2.1 Um exemplo interessante: a evolução das provas no direito longobardo.....	23
3. Desenvolvimentos ulteriores.....	28
4. O júri.....	36
5. Caminhos divergentes.....	40
6. A decisão sobre os fatos no <i>ordo judiciorum</i>	44

CAPÍTULO II

NARRATIVAS PROCESSUAIS.....	51
1. Credulidade e incredulidade.....	51
2. Narrativas.....	52
2.1 Um experimento mental.....	55
2.2 Narrativas e fatos.....	59
2.3 Narradores de histórias.....	62
3. Construindo narrativas.....	73
4. As partes e o todo.....	85
5. Narrativas boas e narrativas verdadeiras.....	88

CAPÍTULO III

NOTAS SOBRE A VERDADE NO PROCESSO	95
1. O retorno da verdade	95
2. Algumas distinções.....	104
2.1 Distinções inúteis	105
2.2 Verdade e certeza	108
2.3 Verdade e verossimilhança.....	111
2.4 Notas sobre verdade e probabilidade.....	112
3. O valor social da verdade	114
4. Verdade e justiça	120
4.1 Rabelais, Luhmann e outros	122
4.2 Verdade e ideologias do processo	131
4.3 Verdade e legalidade da decisão	138
4.4 Verdade e justo processo.....	140
4.5 Verdade e imparcialidade.....	143
5. Verdade negociada?.....	146
5.1 Contestação e não contestação dos fatos alegados.....	151
5.2 Efeitos da não contestação	154

CAPÍTULO IV

A DIMENSÃO EPISTÊMICA DO PROCESSO	159
1. Epistemologia e ideologia	159
2. A seleção das provas.....	164
2.1 O princípio da relevância	165
2.2 A exclusão de provas relevantes	169
3. A produção das provas	180
4. A valoração das provas.....	188
5. Os sujeitos da atividade epistêmica	196
5.1 As partes	196
5.2 Os poderes instrutórios do juiz.....	200
6. O juiz do fato	208

6.1 O juiz profissional	209
6.2 O júri.....	212
7. Conclusões.....	221

CAPÍTULO V

DECIDINDO A VERDADE	223
1. Dúvida e decisão.....	223
2. Quais fatos	226
3. O juiz e a construção dos fatos	236
3.1 A confirmação	238
3.2 Os critérios de inferência.....	241
3.3 O emprego probatório da ciência	244
4. Graus de confirmação e <i>standards</i> de prova.....	250
5. A decisão final	256
5.1 Os ônus probatórios.....	258
6. Decisão e motivação	270
BIBLIOGRAFIA	279

CAPÍTULO I

...1215...

1. INTRODUÇÃO

O ano de 1215 foi muito importante, mesmo se muitos dos que viveram naquele tempo provavelmente não tenham percebido. Esse ano foi importante por pelo menos três razões: duas delas merecem uma atenção particular, enquanto a terceira merece menção somente a fim de esboçar a atmosfera cultural existente na Europa naquele momento.

Falando primeiramente dessa última razão, deve-se recordar que, em 1215, a Igreja, através do Cardeal *Legato* Robert de Courçon, confirmou nos estatutos da Universidade de Paris a proibição de se ler e de se ensinar a *Física* e a *Metafísica* de Aristóteles. Essa proibição, que já fora imposta em 1210 no Concílio de Sens, foi repetida posteriormente, em 1228, e, finalmente, incluída em um elenco muito mais longo de proibições proclamado com o Sílabo de 1277.¹ Esse tema não pode ser aqui discutido; basta que se frise que depois do renascimento cultural do século XII, a cultura do século XIII já estava envolvida em discussões acerca da herança de Aristóteles, bem como do perigo que essa – inclusive por causa da intermediação feita pela cultura árabe através das traduções das obras do Estagirita² – poderia representar para a ortodoxia.

¹ Cfr. GARDINALI e SALERNO (orgs.), 1993: 220; LE GOFF, 1995: 118.

² Sobre traduções árabes das obras de Aristóteles e seu uso na Europa cfr. GARDINALI e SALERNO, 1993: 213.

Em Londres, pouco depois de 15 de junho, o rei João foi forçado por seus barões a conceder a *Magna Charta Libertatum*, considerada a primeira grande constituição da história europeia. O rei provavelmente não percebeu que estava dando início a uma série de outras constituições,³ e, sobretudo, a uma longa história do direito constitucional inglês. Mais especificamente, provavelmente ele não realizou que a Seção 29 da *Magna Charta* era o início formal de um sistema processual que duraria muitos séculos, segundo o qual os «*peers*» deviam desempenhar um papel central como juízes do fato.⁴ Há um aspecto paradoxal em tudo isso, visto que o rei obteve rapidamente do papa Inocêncio III uma bula que anulava a constituição; essa permaneceu, pois, em vigor somente por aproximadamente nove semanas.⁵ Não obstante, o Cap. 29 tornou-se, com o tempo, um símbolo do sistema fundado no *jury trial*. Como disse apropriadamente Plucknett, o mito foi muito mais importante do que a realidade.⁶

Em novembro de 1215, ocorreu em Roma outro evento importante: o papa Inocêncio III, protetor e inimigo de João da Inglaterra,⁷ impôs no IV Concílio Laterano a proibição dos ordálios como meio para estabelecer se uma parte merecia vencer ou perder uma controvérsia judiciária. Mais especificamente, o Concílio proibiu os sacerdotes de participar dos ordálios judiciários, mas – visto que os instrumentos que serviam para realizá-los (espadas, objetos de ferro, água, entre outros) deviam ser consagrados por um sacerdote⁸ – a aludida proibição equivalia a tornar impossível sua celebração.⁹ Conforme se verá mais adiante, esse é somente um ponto na complexa história das provas na Idade Média, mas é importante como momento simbólico em que a autoridade eclesiástica decide que a Igreja não pode mais envolver-se em controvérsias judiciárias. Isso ocorre sobretudo porque parecia teologicamente incorreto desafiar Deus a intervir em questões mundanas para determinar a vitória do inocente e a derrota do culpado.

O ano de 1215 foi, por conseguinte, essencialmente um momento simbólico, em que vários eventos interessantes ocorreram no lapso de alguns meses.

³ Cfr. PLUCKNETT, 1956: 23.

⁴ Em sua versão corrente o Cap. 29 diz: «*No freeman shall be taken or imprisoned, or disseised of his free tenement, liberties or free customs, or outlawed or exiled or in any wise destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him, unless by lawful judgment of his peers, or by the law of the land. To no one will we sell, deny or delay right or justice.*»

⁵ Cfr. PLUCKNETT, 1956: 23.

⁶ *Idem, ibidem*, 25.

⁷ *Idem, ibidem*, 22.

⁸ Sobre o caráter religioso do ritual ordálico cfr., por exemplo, GAUDEMET, 1965: 121.

⁹ Cfr. a clássica obra de PATETTA, F., 1890: 312, 341. Cfr. também BOULET-SAUTEL, 1965: 292. Proibições diretas dos ordálios foram, em verdade, emanadas mais tarde no século XIII, e começaram com a carta *Dilecti filii* do papa Honório III. Cfr. PATETTA, 1890: 342, 368, 401. Cfr. anche LEA, 1910: 428.

Todavia, tratou-se somente de uma conjuntura particular no curso de um desenvolvimento histórico muito significativo para a história dos sistemas probatórios de *civil law* e de *common law*. De certa maneira, esse foi o momento em que algumas coisas consolidaram-se e se tornaram claras. Entretanto, a fim de entender sua importância, é oportuno voltar um pouco e lembrar rapidamente daquilo que acontecera antes. Posteriormente, será o caso de seguir um pouco em frente para observar o que veio a ocorrer depois.

2. VOLTANDO ALGUNS PASSOS: ORDÁLIOS E PROVAS

Mesmo antes da queda do Império Romano do Ocidente, mas sobretudo na época que o sucedeu, os eventos mais importantes que tiveram início nos séculos IV-V e prosseguiram por muito tempo – jogando a sociedade europeia em uma profunda e duradoura confusão – foram as invasões bárbaras. Com suas famílias, seus servos e seus rebanhos, os guerreiros bárbaros trouxeram consigo suas tradições e seus costumes jurídicos. Dentre eles, um instrumento muito importante, usado habitualmente para resolver controvérsias de todo tipo, era o ordálio. Os ordálios têm uma história antiga e obscura: provavelmente chegaram da Índia à Europa central, onde foram adotados pelos povos germânicos.¹⁰ De qualquer modo, quando esses povos invadiram o resto da Europa e criaram seus reinos, o sistema germânico dos ordálios difundiu-se por todo o continente; tornou-se o mais comum «*sistema probatório*», tanto para controvérsias penais como para as civis (também porque, em muitos casos, e por algum tempo, essa distinção não era totalmente clara).

A noção geral de ordálio inclui uma grande variedade de técnicas utilizadas em diferentes situações, de acordo com as tradições particulares e com base nas escolhas feitas pelos juízes ou pelas partes: o ordálio mais comum e duradouro foi provavelmente o duelo judicial, em que as partes ou seus campeões combatiam perante os juízes. Entretanto, outras formas foram muito populares, como a «*prova d'água*», a prova do «*caldeirão fervente*», a prova do «*ferro incandescente*», a prova «do fogo», e diversas versões dessas técnicas fundamentais.¹¹ Todavia, nem todos os ordálios eram assim cruéis: um instrumento de uso bastante comum era o juramento de uma das partes (*compurgatio*),¹² e outra forma, amplamente utilizada, era o juramento prestado por um grupo de pessoas (chamados geralmente de *conjuradores*)

¹⁰ Segundo BARTLETT (1986: 4, 7), os ordálios foram características dos povos Francos; não de todos os povos germânicos.

¹¹ Para amplas e detalhadas descrições dos diversos tipos de ordálios cfr. as obras clássicas de F. PATETTA e de E. C. LEA já citadas, além de DEL GIUDICE, 1900: 336, 346; SALVIOLI, 1925: 288. Cfr. também BARTLETT, 1986: 13, GAUDEMET, 1965: 101, 105; para referências ao período carolíngio cfr. em particular BARTLETT, 1986: 9; JACOB, 1996: 43 e ss.

¹² Cfr. em particular JACOB, 1996: 55 ss., 61 ss.; LÉVY, 1965: 19.

em auxílio de uma parte.¹³ Todos esses meios de prova eram vulgarmente chamados de «*juízos divinos*», visto que se fundavam na premissa de que Deus, devidamente requerido a assistir as partes, deveria determinar diretamente o êxito da prova, tornando evidente a inocência ou a culpabilidade do sujeito que a ela se submetera.¹⁴ Consequentemente, depois da conversão das tribos germânicas à religião católica, um sacerdote deveria assistir ao ordálio e consagrar os instrumentos que deveriam ser utilizados para realizá-lo.¹⁵ Eram previstos procedimentos específicos e muito detalhados para a celebração dos ordálios: a observância pontual desses procedimentos assegurava sua validade e, portanto, a justiça e a aceitação do resultado que delas derivava.

Não é possível aqui abordar esses procedimentos, mas vale a pena frisar pelo menos dois aspectos do fenômeno dos ordálios.

É lugar-comum, confirmado, por exemplo, pela autoridade de Levy-Bruhl, a consideração dos ordálios como meios de prova *irracionais*.¹⁶ Na acepção moderna do termo esses eram certamente irracionais, sendo fundados em um ato de fé relativo à intervenção divina. Tal avaliação, todavia, corre o risco de ser eivada pela *Rückschluss*, ou seja, pelo erro habitual consistente em interpretar eventos passados de acordo com critérios modernos.¹⁷ Em realidade, os ordálios podem parecer *culturalmente* racionais, no sentido de que eram coerentes com a cultura dos contextos sociais circundantes. Naqueles tempos, a vida cotidiana das pessoas era dominada pelo sangue e pela violência e estava profundamente imersa em um mundo místico repleto de milagres, santos, demônios, bruxas e magos: em uma cultura desse gênero, dominada pelo *enchantment*,¹⁸ a convicção de que o divino pudesse desempenhar um papel importante na determinação da vida dos seres humanos podia parecer profundamente justificada. Mais especificamente, não havia qualquer extravagância em pensar que Deus devesse intervir na determinação do êxito

¹³ Os *conjuradores* eram considerados *testes de credulitate*, pois o objeto de seu juramento não era a verdade dos fatos, mas a credibilidade da parte a favor de quem prestavam juramento. Portanto, esses não eram testemunhas em sentido próprio, mas apoiadores da parte a favor da qual juravam. Cfr., por exemplo, BOUGARD (1995: 332), que frisa que os *conjuradores* participavam de um ritual em que seu conhecimento dos fatos era irrelevante. Cfr., ainda, BOULET-SAUTEL, 1965: 292; LÉVY, 1965a: 146, 148; DEL GIUDICE, 1900: 323; SALVIOLI, 1925: 261. Sobre os *conjuradores* na prática judiciária inglesa cfr. VAN CAENEGEM, 1988: 66.

¹⁴ Cfr., p. ex. GAUDEMET, 1965: 103. É diversa a tese de JACOB, 1996: 67 ss., 73 ss., segundo o qual a expressão *judicium Dei* aparece posteriormente, ou seja, aproximadamente no fim do século VIII, e refere-se sobretudo ao duelo judicial.

¹⁵ Segundo BARTLETT (1986: 42), a prática dos ordálios era fortemente estimulada pela Igreja, tendo-se difundido em conexão e com a difusão do Cristianismo.

¹⁶ Cfr. em particular LEVY-BRUHL, 1964: 59, 72. Analogamente cfr., p. ex., LÉVY, 1965: 13; VAN CAENEGEM, 1992: 26.

¹⁷ A própria distinção entre provas racionais e provas irracionais pode ser considerada como um exemplo desse erro: cfr. JACOB, 1996: 52.

¹⁸ Cfr. OLSON, 2000: 110. Cfr. também LEVY-BRUHL, 1964: 80.

de eventos importantes como as controvérsias judiciárias: o ordálio era visto como a «*liturgie d'un miracle judiciaire*»,¹⁹ que se realizava através de uma *épreuve*, ou seja, através da superação de uma prova, e não da produção probatória na acepção moderna do termo.²⁰ Além disso, essa convicção era perfeitamente coerente com a cultura da alta Idade Média:²¹ isso explica o fato de ter perdurado por muitos séculos na prática judiciária em toda a Europa.

Por outro lado, os ordálios eram também *funcionalmente* racionais. Os historiadores do direito medieval analisaram e discutiram vários aspectos da racionalidade funcional dos ordálios na sociedade e nos sistemas políticos e institucionais da época em que floresceram, sobretudo fazendo referência à sua utilidade como instrumentos de um poder coercitivo.²² De outro ponto de vista, frisou-se inclusive o caráter sacramental dos ordálios, para explicar sua popularidade em épocas e em lugares caracterizados pela presença e pela difusão de uma profunda fé religiosa.²³

Provavelmente uma solução clara e simples desse problema não existe. De qualquer maneira, vale a pena destacar um fator muito significativo da racionalidade funcional dos ordálios no contexto do modelo processual de tipo germânico (que era seguido em muitas áreas da Europa). O aspecto mais importante do procedimento consistia no fato de que as partes expunham suas demandas e suas defesas à corte; essa determinava o objeto da controvérsia e decidia quais provas deveriam ser apresentadas por qual parte.²⁴ Essa sentença, chamada *Beweisurteil* pelos historiadores alemães, punha fim ao trabalho da corte e era definitiva: depois dela o ordálio tinha que ser executado de acordo com os procedimentos, a fim de se decidir qual das partes vencera e qual delas sucumbira. Por conseguinte, o ordálio era sempre decisivo, visto que seu resultado era sempre claro: a parte que se submetia ao ordálio devia «purgar-se» da acusação a ela dirigida pela parte contrária, e as consequências positivas ou negativas da prova eram claras a quem quer que fosse. A corte não tinha, por conseguinte, qualquer necessidade de intervir novamente para emanar uma sentença fundada no êxito do ordálio: a combinação desse com a *Beweisurteil* era suficiente para fornecer às partes e à corte (além de prover

¹⁹ Assim, JACOB, 1996: 44.

²⁰ Cfr., neste sentido, JACOB (1996: 51), o qual traduz *probatio* para *épreuve*, não para *preuve*, frisando justamente que a *probatio* indicava mais uma forma de desafio que a aquisição de elementos de cognição, em um contexto processual que visava mais à composição do conflito processual do que à busca da verdade. Analogamente cfr. TARUFFO, M., 1992: 416.

²¹ Como frisa H. LEVY-BRUHL (1964: 71), a sentença fundada no ordálio interpretava as opiniões gerais do contexto social.

²² Cfr., em particular, BARTLETT, 1986: 36. Para uma crítica dessa orientação e para outras referências, cfr. OLSON, 2000: 128, 130.

²³ Cfr. em particular OLSON, 2000: 132; JACOB, R., 1996: 43 ss.

²⁴ Sobre a variabilidade dos critérios dessa decisão cfr. p. ex. DEL GIUDICE, 1900: 310; SALVIOLI, 1925: 365.

ao público) uma clara solução da controvérsia. Em realidade, a prova não era nem mesmo dirigida à corte, sendo, pelo contrário, dirigida à parte adversa.²⁵ Como parece evidente desse ponto de vista, os ordálios eram funcionais como meios para resolver as controvérsias de maneira rápida, simples e definitiva. Além disso, asseguravam a aceitação do resultado da controvérsia por parte do ambiente social circundante.

É necessário, todavia, recordar que no curso do procedimento, e antes que fosse pronunciada a *Beweisurteil*, geralmente outros meios de prova eram apresentados à corte: eram inquiridas as testemunhas e apresentados os documentos, e as partes ou seus *conjuratores* podiam prestar juramentos sobre fatos que estivessem à base da controvérsia. Somente quando esses meios de prova não produziam um resultado claro com relação a esses fatos é que a corte emanava a *Beweisurteil*, para pôr fim ao procedimento através do instrumento do ordálio²⁶ – que, portanto, tinha um papel residual. Quando, ao invés disso, as outras provas permitiam a apuração da verdade dos fatos, a corte formulava uma decisão com base naquilo que as provas haviam demonstrado. Nesses casos, o ordálio não era necessário, ou era substituído por um juramento formal prestado por uma das partes.²⁷ Mesmo os historiadores inclinados a dar evidência à importância e à difusão dos ordálios na sociedade medieval reconhecem que esses eram praticados somente quando outros meios para apurar a verdade não estavam disponíveis ou não eram suficientes, bem como que vários outros tipos de prova, como documentos e testemunhas, eram usados habitualmente.²⁸ Esse aspecto da prática judiciária é interessante porque mostra como os ordálios não eram compreendidos como meios de prova em sentido estrito, ou seja, como instrumentos para apurar a verdade sobre os fatos que fundamentavam a controvérsia. Eram, na verdade, compreendidos como uma técnica residual, empregada para decidir as controvérsias em que os meios de prova ordinários não tinham logrado resolver as dúvidas sobre aqueles fatos. Substancialmente, os ordálios eram considerados instrumentos para chegar a uma decisão definitiva nos casos de incerteza, e não uma técnica destinada à descoberta da verdade.²⁹

²⁵ Cfr. SALVIOLI, 1925: 250.

²⁶ Sobre a função residual do ordálio cfr. em particular PATETTA, 1890: 27, 223.

²⁷ Este aspecto foi evidenciado pelos documentos relativos a sentenças emanadas ao longo do século VIII. Cfr. SINATTI D'AMICO, 1968: 369. Também cfr. SALVIOLI, 1925: 252.

²⁸ Cfr. em particular BARTLETT, 1986: 26, e também LÉVY, 1965: 17; VAN CAENEGEM, 1992: 26; JACOB, 1996: 52 ss.

²⁹ Nesse sentido, inclusive para críticas bem argumentadas das teorias segundo as quais os ordálios teriam sido instrumentos para a descoberta da verdade, cfr. OLSON, 2000: 121, 126; JACOB, 1996: 51. Sobre a função do duelo judicial cfr. BARTLETT, 1986: 114. Cfr. também, com referência a um caso famoso decidido em 716, SINATTI D'AMICO, 1968: 149.