

# OS FATOS NO DIREITO

## Bases argumentativas da prova

MARINA GASCÓN ABELLÁN

Tradução:  
RAVI PEIXOTO

Revisão:  
VITOR DE PAULA RAMOS

**2023**

**2ª** edição  
Revista  
e atualizada

## 2.

# UM MODELO DE CONHECIMENTO JUDICIAL DOS FATOS

## 1. O MODELO COGNITIVISTA DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL DOS FATOS

### 1.1. Caracterização geral do modelo

A resolução judicial dos conflitos jurídicos costuma ser representada como um “silogismo prático” que, a partir de uma premissa maior (a norma jurídica aplicável) e de uma premissa menor, conclui com uma norma jurídica individual (o dispositivo da decisão)<sup>1</sup>. A premissa menor ou “premissa fática”

---

1. Sobre o silogismo judicial como silogismo prático, no sentido de raciocínio em que, a partir de uma premissa normativa, e (ao menos) outra

estabelece que um suporte fático concreto constitui um caso particular do suporte fático abstrato de uma norma jurídica. Essa premissa fática não é um simples enunciado descritivo de um acontecimento. É o resultado de uma operação judicial mediante a qual alguns fatos são qualificados, no sentido de determinar que constituem um caso concreto do suporte fático abstrato em que devem ser subsumidos; e essa operação de qualificação jurídica dos fatos tem natureza normativa<sup>2</sup>. No entanto, isso não desvirtua o caráter (também) fático da premissa, que se assenta necessariamente sobre fatos: precisamente aqueles que são qualificados. Deixando-se de lado o problema da qualificação dos fatos, é possível afirmar que, ao final,

---

não normativa, se deriva uma conclusão normativa, ver WRÓBLEWSKI, 1974a; KLUG, 1990: 61 ss.; ALEXI, 1989: 214 ss.; e sobre o conceito de silogismo prático ARISTÓTELES, 1985: 106 1147.a).

A teoria do silogismo como modo de expressão da atividade judicial é duramente criticada por quem, enfatizando o caráter “prático” da atividade judicial, entende que a redução dessa a uma simples operação silogística ou subsuntiva (concepção que assimila ao juspositivismo) é excessivamente simples para dar conta da riqueza e da complexidade presentes na atuação dos juízes (ver, por exemplo, ZAGREBELSKY, 1995: cap. 7). Certamente reduzir a função do juiz a um puro silogismo significaria “empobrecê-la, torná-la estéril, dissecá-la” (CALAMANDREI, 1960: 80). No entanto, a teoria do silogismo não pretende ser uma descrição de todas as operações reais que ocorrem no processo de aplicação. Pretende tão somente reconstruir uma dessas; para alcançá-la, certamente é necessário superar inúmeras dificuldades que não se explicam e nem se pretendem explicar através do silogismo; e, entendida dessa forma, a teoria do silogismo é perfeitamente válida.

2. Por todos, GUASTINI (1996: 169): a interpretação no caso concreto “consiste em subsumir um suporte fático concreto (um “caso”) no campo de aplicação de uma norma. O resultado de tal interpretação é um enunciado normativo (não geral e abstrato, mas) individual e concreto que qualifica o suporte fático em questão”.

a determinação da premissa fática exige que se saiba quais são os fatos que deram origem ao conflito<sup>3</sup>.

Ainda que o pensamento jurídico não pareça ter acompanhado, em todos os momentos, os debates epistemológicos sobre o conhecimento dos fatos, no capítulo anterior, tentamos sintetizar as etapas fundamentais do empirismo, porque a determinação judicial dos fatos deve recorrer necessariamente aos esquemas próprios da epistemologia geral. Nossa conclusão foi a de que, superado o ceticismo inevitável quando se assumem as teses radicais do pós-positivismo e/ou quando se adota o método dedutivo como único paradigma de certeza e de verdade, o conhecimento empírico pode, atualmente, obter sua racionalidade no conceito de probabilidade. Essa é uma conclusão relevante na esfera jurídica, pois permite que se conceba a determinação judicial dos fatos precisamente como uma atividade racional, mas, ao mesmo tempo, como fonte de um conhecimento provável. Esse será o nosso ponto

- 
3. “Do ponto de vista lógico os problemas de conhecimento de fatos devem ser diferenciados cuidadosamente dos problemas de qualificação jurídica dos fatos. Os primeiros são problemas empíricos, ao passo que os segundos são problemas de interpretação”, mesmo “que na prática não seja possível separar nitidamente as duas coisas” (GUASTINI, 1996: 201, nota 30). Na doutrina processual também se encontram distinções claras sobre esses dois juízos: “de uma parte, um *juízo histórico* tendente a estabelecer se um fato [...] existiu ou não; de outra parte, um *juízo de valoração jurídica* que tende a concluir se o fato que historicamente ocorreu pode ser qualificado como penal” (CORTÉS, em ALMAGRO et al., 1988: vol. 2, 465).

Por outro lado, não tem a mesma opinião RUIZ PÉREZ (1987: 43), que estima, de uma certa posição hermenêutica, que “a norma e o direito, para o julgador, não podem ser concebidos separadamente. Integram um fenômeno de conjugação. E a sentença, mais que um silogismo, é um juízo de valor”.

de partida: nos moveremos em um território não dominado pela mera emoção, pela intuição ou pela força, sendo possível desenvolver (e, a partir de uma perspectiva garantista, também exigir) uma atividade racional, ainda que se trate de uma racionalidade incapaz de oferecer certezas matemáticas.

A perspectiva a partir da qual se abordará o estudo da determinação judicial dos fatos não é a da simples descrição das práticas forenses ou das construções dogmáticas, nem apenas sua simples valoração ou a proposta de outras novas. A perspectiva que adotaremos é distinta e se utiliza de aspectos das duas anteriores: tentar-se-á esboçar um *modelo* de determinação judicial dos fatos a partir do qual, por um lado, seja possível descrever ou dar conta dos procedimentos normativos existentes ou da *práxis* da determinação dos fatos; mas também, por outro lado, avaliar esses procedimentos e práticas e apresentar, quando apropriado, propostas normativas. Em realidade, essa dupla função que atribuímos ao modelo não é um aspecto particularmente relevante, pois o próprio termo modelo é em si mesmo ambíguo e – entre outras coisas – designa tanto o esquema teórico que serve para representar de maneira mais simples realidades que, na prática, são complexas (*função descritiva*), quanto o parâmetro que permite “medir” – precisamente desde o ponto de vista do modelo – essas realidades (*função normativa*).

Por outro lado, cada uma destas funções (descritiva e normativa) pode ser projetada tanto no chamado *contexto de descoberta* dos fatos quanto no *contexto de justificação*<sup>4</sup>. Assim,

---

4. A distinção entre o “contexto de descoberta” e o “contexto de justificação” foi uma das mais importantes contribuições de HERSHEL [1831] à filosofia da ciência, que insistiu que o procedimento utilizado para

com referência à função descritiva, uma coisa é descrever a descoberta (dizer como se conhecem, efetivamente, os fatos) e outra é descrever a justificação (dizer como se justificam, efetivamente, os fatos); e, com referência à função normativa, uma coisa é prescrever a descoberta (dizer como devem ser conhecidos os fatos) e outra a justificação (dizer como devem ser justificados os fatos). Em suma, o modelo que estimamos adequado deveria possibilitar a construção de uma série de regras (*prescrições*) sobre o conhecimento (*descoberta*<sup>5</sup>) e a motivação (*justificação*<sup>6</sup>) dos fatos, mas deveria também dar conta de (*descrever*) como se conhecem (*descobrem*) e se validam (*justificam*) os fatos na prática judicial.

Contudo, a caracterização desse modelo e dos seus objetivos requer alguns esclarecimentos. O primeiro está relacionado à distinção entre “modelo epistemológico” e “modelo legal”. O conhecimento judicial dos fatos é institucionalizado. Sobre esse aspecto crucial falaremos mais adiante. Basta dizer, neste momento, que com isso se quer indicar que esse se desenvolve através de procedimentos jurídico-probatórios específicos e taxativos, regras jurídicas processuais em virtude das quais

---

formular uma teoria é completamente irrelevante para o problema da sua aceitabilidade. Sobre a contribuição de HERSCHEL, ver LOSEE, 1979: 123 ss. Contudo, é REICHENBACH (1966: 6-7 e 382) que expõe essa ideia com a dualidade contexto de descoberta-contexto de justificação.

5. Por exemplo, regras destinadas a evitar ou minimizar a ideologia ou subjetividade do juiz na abordagem dos fatos (como as regras sobre impedimento ou suspeição do juiz, ou as regras contra o suborno); ou aquelas destinadas a evitar ou minimizar a incidência de obstáculos institucionais na apuração da verdade sobre os fatos.
6. Por exemplo, regras ou *standards* de racionalidade (aceitabilidade) dos enunciados sobre fatos.

se acessa o conhecimento dos fatos que são objeto de controvérsia. Os ordenamentos disciplinam diferentes procedimentos probatórios, de maneira que é possível identificar distintos modelos jurídicos de prova em função de sua distinta configuração legal.

O objetivo central deste livro, no entanto, não é propor um modelo legal de prova, a partir de determinada ideologia jurídica, mas sim adotar um modelo *epistemológico*, a partir de determinada concepção do conhecimento empírico. As questões são diferentes<sup>7</sup>, ainda que não completamente independentes: de um modelo epistemológico derivam certas exigências para a configuração dos modelos legais, e esses sempre são baseados em determinada concepção epistemológica.

A segunda observação faz referência à natureza do modelo, tendo por base as funções que deve cumprir, que são – como já indicado – basicamente duas: proporcionar instrumentos para a descrição simplificada dos procedimentos normativos e práticos de conhecimentos judicial dos fatos em vigor, mas também, ao mesmo tempo, permitir a sua avaliação crítica. Pouco importa a este respeito que o modelo seja ou não “isomórfico”<sup>8</sup>, quer dizer, que reproduza ou não com perfeição a realidade a que faz referência. Não se busca um modelo

---

7. Sobre a necessidade de distinção entre os níveis de modelos epistemológicos – subjacentes e prévios à disciplina legal – e o dos modelos jurídicos – dependentes da regulação normativa –, TARUFFO, 1990b: 442 ss.

8. Sobre o “isomorfismo” como qualidade de alguns modelos, GORDON, 1995: 124 ss.

epistemológico empírico<sup>9</sup>, cuja função seja descobrir a *práxis* judicial de determinação dos fatos; e tampouco o anárquico do “vale tudo”<sup>10</sup>, porque o modelo deve prescrever regras epistemológicas<sup>11</sup>. O que se busca é um modelo epistemológico *teórico* que sirva como ferramenta ou instrumento para examinar os procedimentos reais, assim como para realizar uma crítica epistêmica consistente em compará-los com os princípios derivados do modelo e propor, se for o caso, a reforma daqueles aspectos que dele se afastem<sup>12</sup>. É fundamental, portanto, que o modelo seja “útil” para cumprir essa função.

Finalmente, ainda que um modelo teórico – ou seja, um instrumento de análise da realidade – possa se apresentar com uma vocação *normativa*, ou seja, como modelo que pretende reger a *práxis* judicial de determinação de fatos, há que se ter

- 
9. Quer dizer, um modelo como os propostos para a investigação científica por KUHN, 1975; e LAKATOS, 1974, no sentido de que devem extrair suas conclusões da história da ciência.
  10. Como o defendido por FEYERABEND (1974) em cuja opinião, diante da crise da epistemologia, qualquer método para obter conhecimento é aceitável. No mais, pense-se apenas por um momento nas graves consequências antigarantistas que a adoção de uma posição epistemológica anarquista teria no campo judicial.
  11. A normatividade (e, para alguns, inclusive a ética) é inerente aos princípios epistemológicos, que são “prescrições para a orientação da vida cognitiva” (GELLNER, 1986: 34).
  12. De forma semelhante COMANDUCCI (1992: 232), que, depois de afirmar que a construção de um modelo é algo distinto de (e não necessariamente relacionado com) a descrição de fenômenos e algo distinto de (e não necessariamente relacionado com) a prescrição e valoração de comportamentos, adiciona que, não obstante, não se trata apenas de uma diversão intelectual: “a construção de um modelo costuma se orientar ou a ulteriores indagações de tipo descritivo, ou à apresentação de propostas valorativas ou prescritivas; ou, mais frequentemente, a ambas”.



cuidado para que esse não seja transformado em um instrumento que legitime acriticamente o procedimento “real” de determinação dos fatos, é dizer, que seja apresentado “como se” esse ocorresse segundo o modelo. Um *modelo* de descoberta não pode ser confundido com a *descoberta*, da mesma forma que um *modelo* de justificação não pode ser confundido com a *justificação*; caso contrário, incorrer-se-ia na falácia normativista de quem confunde o dever ser com o ser. Em poucas palavras, deve ser mantida a diferenciação entre o mundo real e o modelo teórico, pois este deve ser apenas um instrumento para analisar e guiar aquele.

O modelo epistemológico que adotaremos é o *cognitivista*. Entendemos que tal modelo é aquele segundo o qual os procedimentos de determinação dos fatos dirigem-se à formulação de enunciados fáticos que, se os fatos que descrevem ocorreram, serão verdadeiros e, em caso contrário, serão falsos. Em outras palavras, a determinação judicial dos fatos não pode ser, por exemplo, consequência do puro decisionismo ou construtivismo, mas sim o resultado de um juízo descritivo de fatos a que se atribui “existência independente”<sup>13</sup>. Por isso, o conceito de verdade requerido pelo modelo é o semântico da

---

13. Seguramente o caso mais representativo de adoção de um modelo cognitivista para a análise da determinação dos fatos é o de FERRAJOLI (1995: 540), que o adota por entender que se trata do modelo normativamente exigido pela ideologia do garantismo. Frente ao modelo processual substancialista ou de mera jurisdicionalidade, que pode ser chamado de “decisionista”, o modelo processual garantista ou de estrita jurisdicionalidade, que pode ser chamado de “cognitivista”, “é que orienta a investigação da verdade processual empiricamente controlável e controlada, ainda que necessariamente reduzida e relativa”.

*correspondência*, e o principal critério de verdade é o do *contraste empírico*.

O objetivo que um paradigma cognitivista persegue, de determinação judicial dos fatos, é, pois, a formulação de enunciados fáticos verdadeiros: Observe-se: “fáticos” e “verdadeiros”.

Os enunciados serem “fáticos” significa que são uma *descrição* dos fatos ocorridos; quer dizer, que o juízo de fato tem natureza descritiva. Ocorre que – e aqui surge o primeiro problema –, se na determinação dos fatos fosse necessário introduzir valorações seria difícil afirmar que esses juízos são descritivos e não valorativos, ao menos em parte (item 2 deste capítulo). Dessa constatação deriva uma primeira exigência para o *direito material*: se é necessário reduzir ao mínimo possível a discricionariedade ou a atuação valorativa do juiz na determinação dos fatos, então a configuração legislativa do suporte fático deverá ter um referente empírico claro<sup>14</sup>.

Os enunciados fáticos serem “verdadeiros” significa que os fatos descritos por tais enunciados ocorreram. Ocorre que – e aqui surge o segundo (e principal) problema – afirmar a verdade dos enunciados fáticos não é uma questão trivial. Primeiro,

---

14. Precisamente para garantir a natureza descritiva dos enunciados fáticos, FERRAJOLI (1995) estima que uma das garantias penais imprescindíveis é o princípio da “estrita legalidade” ou de “reserva absoluta de lei” ou de “taxatividade”, que impõe ao legislador a taxatividade das formulações legais (pp. 94-95), e que pode ser caracterizado como “uma regra semântica metalegal de formação da linguagem jurídica” que assegura a “verificabilidade e a refutabilidade jurídica” da tese judicial de qualificação jurídica (pp. 120-121). “O decisionismo é o efeito da falta de âncoras empíricas precisas” (p. 43).

porque o juiz não teve acesso direto aos fatos, de modo que o que imediatamente conhece são enunciados sobre os fatos, cuja verdade há que se apurar<sup>15</sup>. Segundo, porque a verdade de tais enunciados deve ser obtida quase sempre mediante um raciocínio indutivo a partir de outros enunciados fáticos (item 4 deste capítulo). Terceiro, porque a apuração da verdade deve ser feita através de canais institucionais que muitas vezes atrapalham (e outras vezes claramente impedem) que se alcance esse objetivo (item 4 deste capítulo e 1 e 2 do seguinte). Dessas constatações deriva uma segunda e importante exigência para o *direito processual*: é necessário reforçar ao máximo as garantias de verdade do processo, o qual supõe, ao final, uma exigência de motivação nos termos que serão expostos no quarto capítulo.

A adoção de um paradigma epistemológico cognitivista de determinação judicial dos fatos não é arbitrária. No nosso entendimento, um modelo cognitivista não vem imposto por posições epistemológicas de índole mais geral que consideramos corretas<sup>16</sup>, mas por ser “útil” como ferramenta para analisar e avaliar a determinação judicial dos fatos; mais ainda, resulta mais útil do que outros modelos alternativos (por exemplo, modelos “construtivistas” ou “decisionistas”); isso pois

---

15. E, como afirma ANDRÉS IBÁÑEZ (1992: 264), essa afirmação, “por baixo de sua aparência de obviedade, tem implicações práticas de extraordinária relevância”: o conhecimento dos fatos é filtrado pela linguagem, de modo que todo a carga de ambiguidade e de vagueza que esse possa ter projeta-se sobre aquele; em suma, o conhecimento dos fatos é afetado pela mesma carga de subjetivismo que acompanha qualquer atividade interpretativa.

16. Sobre o tema, já me manifestei, *in fine*, nos itens 2.1.2 e 2.3 do capítulo I.

– como depois se afirmará – é, por um lado, o que melhor se adequa às intuições conceituais dos falantes e, por outro lado, é o mais coerente com a finalidade perseguida pelos procedimentos probatórios judiciais. Contudo, algumas propostas teóricas utilizaram-se de conceitos de verdade que conflitam com o paradigma cognitivista. Vejamos quais e o porquê.

## 1.2. As teorias coerentistas e pragmatistas da verdade

O procedimento probatório judicial é orientado para que se possa afirmar que determinados fatos *são verdadeiros*. No entanto, é necessária uma precisão. Tanto o discurso científico como o judicial são discursos linguísticos; ou se se preferir, em ambos os casos pretende-se afirmar a verdade não de fatos, mas de *enunciados* sobre os fatos.

Em particular, no discurso judicial, os chamados “fatos provados” nada mais são do que enunciados assertivos a partir dos quais se afirma a verdade. Por isso, entre as muitas concepções de verdade que se desenvolveram no decorrer da história, aqui nos interessa a verdade como *propriedade de determinados enunciados*<sup>17</sup>.

---

17. É dizer, “verdadeiro” e “falso” são predicados de enunciados assertivos; essa é a *extensão* do conceito de verdade.