

MARINA GASCÓN ABELLÁN

OS FATOS NO DIREITO

Bases argumentativas
da prova

Tradução:

RAVI PEIXOTO

3^a edição

Revisão:

VITOR DE PAULA RAMOS

2024

41.

A MOTIVAÇÃO DOS FATOS

1. O SENTIDO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JURÍDICAS

Até agora, tratei principalmente do contexto da descoberta. Neste capítulo, tratarei do contexto da justificação¹: passamos para o contexto da justificação ou validação quando, “independentemente de como tenhamos chegado a descobrir ou a sustentar uma hipótese [...], perguntamo-nos se devemos aceitá-la ou rejeitá-la” (RUDNER, 1973: 22).

1. Ao longo deste trabalho operamos com a distinção entre descobrir e justificar que se desenvolveu originalmente no campo das ciências empíricas. Mas é uma distinção com projeção no âmbito judicial que já se tornou lugar comum nos estudos sobre o assunto. Remetemos, por todos, ao trabalho de GOLDING, 1984.

Um dos ensaios mais sólidos que a teoria da argumentação jurídica produziu nos últimos anos começa com uma afirmação que não é particularmente original, mas que raramente aparece como ponto de partida ou como expressão de uma espécie de *consensus omnium* do pensamento atual. Refiro-me à *Teoria da argumentação jurídica* de ALEXY, em que o autor começa afirmando que “um dos poucos pontos em que há consenso na discussão jurídico-metodológica contemporânea” é que “a decisão judicial [...], exprimível em um enunciado normativo singular, não decorre logicamente, em muitos casos, das formulações das normas que devem ser pressupostas vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que devem ser reconhecidos como verdadeiros ou como provados” (ALEXY, 1989: 23).

Essa descoberta poderia ser compartilhada por autores de posições muito diferentes. KANTOROWICZ (1949: 346), por exemplo, afirmava que a interpretação “não se inspira na lei ou na lógica, mas sim no direito livre e na vontade”; KELSEN (1975: 151-152) também afirmava, já na primeira edição da *Reine Rechtslehre*, que a jurisdição tem “um caráter claramente constitutivo” e que “é um verdadeiro ato criativo de direito”; e, finalmente, ROSS (1963: 150) não hesitou em escrever que “a administração da justiça não se reduz a uma derivação lógica a partir de normas positivas”. Entretanto, a coincidência não ocorre apenas entre os mais característicos representantes de três correntes que, em sua época, estiveram mais ou menos em conflito – como a escola do direito livre, o normativismo e o realismo –, mantendo-se hoje entre autores não menos opostos,

-
2. A *Allgemeine Theorie der Normen* constitui todo um tratado sobre as dificuldades de aplicação da lógica ao Direito.

como HART ou DWORKIN; sua disputa é bem conhecida³, mas ambos pensam que a jurisprudência mecânica é insustentável⁴.

Embora essa aparente unanimidade não signifique, como é óbvio, um verdadeiro consenso quanto às conclusões ou conseqüências que podem derivar do abandono da jurisprudência mecânica ou logicista⁵, há algo em que hoje acredito que, sim, exista coincidência: a necessidade de garantir a *racionalidade* das decisões; garantir, enfim, que o exercício mais ou menos discricionário do poder representado pela sentença não seja, todavia, um exercício arbitrário⁶. O instrumento jurídico com a finalidade de garantir que o poder atue racionalmente e dentro de limites é a *motivação*, que representa “o sinal mais

-
3. Há reflexos dessa entre nós: DE PÁRAMO, 1984: 379 ss.; e mais recentemente RUIZ MANERO, 1990: 181 ss.
 4. Ver DWORKIN, 1984; HART, 1980: 155 ss.
 5. Em linhas gerais, pode-se dizer que a crise do positivismo legalista que concebia o intérprete e, principalmente, o juiz como um cultivador neutro da lógica conduziu a duas grandes tendências: uma primeira, aparentemente mais fiel à tradição positivista, que procurou apurar as possibilidades da lógica no raciocínio jurídico, ainda que para, ao fim, confessar que quando a lógica não tivesse aptidão para fundamentar a decisão judicial, abrir-se-ia espaço para uma discricionariedade que transformava o intérprete em sujeito político criador de direito; KELSEN, ROSS ou HART são bons exemplos dessa forma de encarar o problema. E uma segunda que, ao contrário, quis evitar essa conclusão, buscando, para tanto, construir o que poderíamos chamar de uma nova lógica, uma retórica que pudesse compensar o déficit de racionalidade apresentado pela argumentação jurídica. VIEHWEG, ESSER, PERELMAN ou mesmo DWORKIN podem admitir essa caracterização. Ver PRIETO SANCHÍS, 1987: cap. II.
 6. Como indica AÑÓN (1994: 902), “a presença crescente de discricionariedade não proporciona imunidade, nem é equivalente à tomada de decisões arbitrárias; pelo contrário, sua existência [...] é, antes de qualquer coisa, um desafio para a existência de controles jurídicos”.

importante e típico da ‘racionalização’ da função judicial” (CALAMANDREI, 1960: 115).

A motivação é a *justificação*, a exposição das “razões que o órgão em questão apresentou para demonstrar que sua decisão é correta ou aceitável” (ATIENZA, 1991: 22-23); constitui, portanto, uma exigência do Estado de Direito como modelo de Estado inimigo da arbitrariedade do poder. Portanto, não é por acaso que uma das obras teóricas mais estimulantes sobre os limites do poder nos últimos tempos, o livro tantas vezes citado de L. FERRAJOLI, *Direito e razão*, atribui à motivação o valor de garantia de fechamento de um sistema que se diga racional. Como também não é por acaso que grande parte dos esforços desenvolvidos nas últimas décadas a partir da teoria do direito girou em torno desse ponto⁷.

Em uma sociedade moderna, em que os indivíduos não se conformam com um apelo à autoridade, exigindo razões, a justificação ou motivação das decisões tende a ser vista não como uma exigência técnica, mas sim como o próprio fundamento da legitimidade dos juízes. “Costuma-se dizer que só necessita de justificação o que não é óbvio ou arbitrário; se o sentido das decisões judiciais já não se mostra evidente [...] e seus autores não querem, nem podem mostrar-se arbitrários, parece lógico que eles devam ganhar legitimidade por meio de sua atuação, ou seja, no *iter* que vai desde a informação fática

7. Seria pretensioso delinear aqui, mesmo que minimamente, as contribuições que foram feitas a partir das várias teorias da argumentação. A essas remetemos de forma exemplificativa: AARNIO e MACCORMICK, 1992; AARNIO, 1991; ALEXY, 1989.; ATIENZA, 1991; COMANDUCCI e GUASTINI, 1987; MACCORMICK, 1978; PECZENIK, 1989; WRÓBLEWSKI, 1989.

e normativa inicial até a resolução ou decisão; um *iter* que se resolve na tentativa de justificar tanto as premissas como o seu desenvolvimento” (PRIETO SANCHÍS, 1991: 185). Como indica CAPPELLETTI, o que distingue o juiz do legislador não é a sua passividade substancial ou criativa, mas sim a sua passividade procedimental e, sobretudo, a necessidade de justificar as decisões (CAPPELLETTI, 1984: 63), de demonstrar a sua racionalidade ou a não arbitrariedade, pois aí reside a principal fonte de legitimidade do seu poder. Portanto, pode-se dizer que “a proibição da arbitrariedade e a obrigação de motivar são o anverso e o reverso da mesma moeda” (IGARTUA, 1998: 51).

Entendida como instrumento para evitar a arbitrariedade do poder, a motivação também adquire particular importância graças à evolução pela qual passou o Estado de Direito no constitucionalismo. Trata-se de um modelo de Estado que encontra sua legitimidade (externa) na proteção dos indivíduos e dos seus direitos e que, ao elevar esses direitos ao nível jurídico mais elevado (a Constituição), também condiciona a legitimidade (interna) dos atos de poder à proteção desses direitos. A motivação assume, então, uma dimensão político-jurídica garantista, de tutela dos direitos.

De resto, não cabem dúvidas de que a importância da motivação é reforçada em um Estado que queira ser democrático, pois a democracia baseia-se na participação do povo nas decisões coletivas; é, pois, um erro pensar que a decisão judicial tenha apenas uma dimensão privada, dizendo respeito apenas às partes diretamente por essa afetadas: a sentença também é um ato público, coletivo, na medida em que representa o exercício de um poder que é público e que, portanto, deve ser não

apenas internamente, mas também externamente controlado⁸. Esse controle externo do poder do juiz é realizado plenamente quando sua atuação é pública e não oculta; por isso, a motivação, como expressão das razões do juiz, facilita ou permite esse controle⁹. Em suma, nas sociedades modernas “a base para o uso do poder pelo juiz está na aceitabilidade de suas decisões e não na posição formal de poder que ele possa ter. Nesse sentido, a responsabilidade de oferecer justificação é, especificamente, uma responsabilidade de maximizar o controle público da decisão” (AARNIO, 1991: 29).

Partindo do princípio de que motivar uma decisão é justificá-la, fornecer razões que permitam que essa seja considerada correta ou aceitável, no âmbito da teoria do direito também se estabeleceu uma distinção na estrutura de justificação das decisões judiciais que encontra poucos opositores: aquela que diferencia justificação interna e externa.

A decisão judicial pode ser concebida como a conclusão de um silogismo prático, de modo que sua justificativa deve

-
8. Por isso, afirma IGARTUA (1995: 167) que “os motivos das sentenças também servem para que cada *quisque de populo* ou para que o público em geral possa vigiar se os tribunais utilizam arbitrariamente o poder que lhes foi confiado [...]. As pessoas têm o direito de saber por que alguém é considerado culpado (se a sentença é condenatória) ou por que a inocência de alguém é reconhecida (se a sentença é absolutória)”; ver também IGARTUA, 1995: 177 ss. No mesmo sentido, FERNÁNDEZ (1997: 132), que, referindo-se à exigência de motivar as ações dos atos da Administração, considera que isso “é algo que não interessa apenas ao jurisdicionado, mas, decisivamente, também à comunidade como um todo”.
 9. ANDRÉS IBÁÑEZ (1992: 259-260) destaca o “caráter político-geral, por assim dizer *erga omnes*, da sentença”, por oposição à tendência de entender-se o dever de motivar como “pura exigência técnica ‘endoprocessual’, que objetiva tornar possível às partes o exercício da eventual impugnação”.

consistir necessariamente em mostrar a correção do raciocínio lógico que conduz das premissas à conclusão¹⁰. Entretanto, não se esgota nisso. Para que a decisão seja justificada também é necessário que as premissas das quais essa parte estejam corretas; é dizer, que sejam, por sua vez, justificadas. Para referir-se a essas duas justificativas diferentes tornou-se lugar comum falar em *justificação interna* e *justificação externa*. Entende-se que uma decisão está justificada internamente se essa é inferida de suas premissas de acordo com as regras de inferência aceitas. Está justificada externamente quando suas premissas são qualificadas como boas, de acordo com os *standards* utilizados por aqueles que fazem a qualificação¹¹.

Assim, quando nem a premissa normativa nem a fática apresentam problemas, a justificação reduz-se (apenas) à justificação interna; em outras palavras, esgota-se em mostrar a correção do raciocínio lógico que conduz, partindo das premissas à conclusão. A exigência de justificação externa aparece, no entanto, quando as premissas (normativa ou fática, ou ambas) exigem novas argumentações. Por esse motivo, há quem considere assimilável o binômio justificação interna/justificação externa ao binômio casos fáceis/casos difíceis¹². No entanto, a justificação de uma decisão só pode ser enten-

10. A adesão à teoria do silogismo, seja como forma de conceber como *é* e como *deve ser* o raciocínio judicial justificatório, seja como forma de *analisá-lo*, é bastante difundida na atualidade, principalmente nas teorias da argumentação citadas na nota mais acima. Essa distinção ecoa em CHIASSONI, 1997: 53 ss.

11. A distinção entre “justificação interna” e “justificação externa” é de WRÓBLEWSKI, 1974a: 33-34; WRÓBLEWSKI, 1989. Ver, entretanto, sobre os diferentes critérios de distinção interno-externo, REDONDO, 1996: 218 ss.

12. Assim, ATIENZA, 1991: 45-46.

didada como completa quando essa estiver não só internamente justificada, mas também externamente, independentemente do fato de que, em determinados casos (difíceis), o peso da motivação recaia sobre a justificativa externa.

Apesar de a cultura da motivação ser relativamente recente (pois alimenta-se, a uma, de uma teoria do direito que desconfia da jurisprudência mecânica e, a duas, de uma filosofia política comprometida com o pleno controle do poder), e apesar dos muitos obstáculos que ainda encontra para se estabelecer por completo¹³, é inegável que a necessidade de motivação das sentenças já se tornou uma exigência incontestável¹⁴. A cultura da motivação, no entanto, encontrou e ainda encontra uma especial resistência no campo da prova¹⁵.

13. Não deixa de ser significativo que mesmo aqueles que – como RUIZ VADILLO – às vezes parecem comprometidos com a cultura da motivação, façam afirmações nos seguintes moldes: “a proibição da arbitrariedade [...] é um importante ponto de apoio na tarefa de exigir das decisões judiciais harmonia, *a tal ponto que em muitas ocasiões pensei* que uma sentença injustificada é uma sentença arbitrária” (RUIZ VADILLO, 1997: 85, nota 202; *itálico adicionado*).

14. A esse respeito, convém referir que o Tribunal Constitucional espanhol – seguindo quanto ao ponto (por óbvias razões históricas) a doutrina dos outros grandes tribunais europeus – fez um grande esforço, talvez ainda insuficiente, para entrar na cultura da motivação, determinando que sua falta acarreta violação ao art. 24 CE. Por exemplo, STC 61/1983, FJ 3.º, e STC 55/1987, FJ 1.º.

15. TARUFFO (1988b: 201 ss.) enfatiza a tendência dos juízes de subestimar o dever de motivar os fatos.

2. DA RESISTÊNCIA À NECESSIDADE DE MOTIVAR OS FATOS

2.1. Sentido da motivação dos fatos

O juízo de fato parece ter pertencido, por muito tempo, seja ao âmbito das questões jurídicas não problemáticas¹⁶, seja a uma “zona de penumbra” no funcionamento do sistema judicial, sustentado por uma longa tradição que atribuía esse julgamento à esfera de arbítrio judicial. Nem mesmo o Iluminismo, que significou um grande avanço na história da racionalidade jurídica, ao resgatar a tradição acusatória inglesa, sustentou a necessidade de motivar; além disso, chegava-se a argumentar sobre a incompatibilidade lógica entre motivação e veredito¹⁷.

A primeira tendência é tipicamente representada pela chamada “concepção demonstrativa” da prova, que a concebe como um instrumento de conhecimento de uma verdade material indiscutível e cuja referência histórica mais clara pode ser encontrada em sistemas inquisitivos continentais e, sobretudo, na fórmula silogística como modelo de racionalização do procedimento. A segunda tendência seria, de seu turno, representada pela chamada “concepção argumentativa ou retórica” da prova, que a concebe como um argumento persuasivo e cuja principal referência histórica são os sistemas de *common*

16. Para apoiar essa posição se apelou, e ainda se apela, à “evidência” dos fatos: os fatos evidentes “ficam fora da prova” (COUTURE, 1958: 228).

17. Ver SENESE, 1993: 327 ss. Convém recordar, nesse sentido, que mesmo um rei iluminista como Carlos III reiterou aos juizes a proibição de motivar suas decisões (*Novísima Recopilación*, Livro 11, Título 16, Lei 8); sobre as possíveis razões para tal atitude, ver PRIETO SANCHÍS, 1994: 403 ss.

law e, especialmente, as correntes antiformalistas (irracionalistas)¹⁸. Nesse segundo caso, o procedimento decisório é irracional ou arracional, motivo pelo qual a fundamentação não pode ser concebida como algo além de uma racionalização *a posteriori* de uma decisão que foi tomada à margem de qualquer procedimento racional; em outras palavras, a motivação, entendida como justificação para uma decisão, é *impossível*. No primeiro, o procedimento decisório é racional, mas trata-se de uma racionalidade mecanicista ou ingênua que acabou operando como pura ideologia e que permitiu aos juristas evitar os árduos problemas que a indução apresentava, tornando, assim, *desnecessária* a motivação¹⁹. Além disso, esse modelo logo foi “contagiado” por algo típico do modelo irracionalista, ao conceber a convicção do juiz como resultado de uma relação de imediação com o material probatório insuscetível de racionalização: foi o que aconteceu com a interpretação do princípio da livre convicção como valoração livre, subjetiva e, essencialmente, incontrolável.

Prova do que acabamos de dizer é que, ao folhear as obras jurídicas, verifica-se que grande parte das preocupações dos

18. Correntes irracionalistas como o “realismo jurídico norte-americano”, principalmente em seu “Ceticismo dos fatos”. Referimo-nos ao que foi exposto no item 2.2.2 do capítulo I.

Sobre esses dois grandes modelos de prova e sua correspondência com os sistemas de *common law* e de *civil law*, GIULIANI, 1988 e 1961; UBERTIS, 1992: 4 e ss. Também TARUFFO (1990b), que, no entanto, questiona a perfeita correspondência entre os dois modelos mencionados e os sistemas anglo-saxão e continental.

19. Ambas as posições corresponderiam, portanto, ao “decisionismo metodológico” e ao “determinismo metodológico” de que fala NEUMANN, 1986: 2-3 (tomo a referência de ATIENZA, 1991: 25).

juristas se centrou nos problemas de interpretação das normas, pressupondo – implícita ou explicitamente – que o conhecimento dos fatos não gera grandes problemas, não demandando, portanto, motivação; ou, ainda, que gera problemas, desaguando irremediavelmente na discricionariedade, ou à simples arbitrariedade judicial. Uma análise minimamente refletida do processo de conhecimento e de determinação dos fatos, entretanto, não pode deixar de destacar que o juízo de fato, porém, é tão ou mais problemático do que o juízo de direito²⁰; que nesse a discricionariedade do juiz é maior do que na interpretação das normas²¹, apesar de tal discricionariedade ter sido ignorada pela maioria dos juristas (J. FRANK, 1968: 70); que se trata, enfim, do momento de exercício do poder judicial em que o juiz é mais soberano e, conseqüentemente, em que pode ser mais arbitrário²². Parece, portanto, inescapável lançar alguma luz sobre esta zona sombria que contradiz profundamente qualquer modelo judicial que queira respeitar a liberdade das pessoas; qualquer modelo judicial, em suma, que – para lembrar a expressão de DWORKIN – leve “a sério os limites do poder”.

Aceitando-se – como deve ser feito em um modelo cognitivista – que a valoração consiste em verificar os enunciados fáticos, isto é, em avaliar sua correspondência com os fatos que descrevem, a motivação *não é desnecessária, nem impossível*.

20. Talvez por isso aqueles que atacaram o júri no debate que ocorreu em 1863 na Espanha sobre a matéria insistiram que, muitas vezes, a qualificação e apreciação dos fatos é mais difícil do que a aplicação do direito; ver ORTIZ DE URBINA, segundo destaca RODRÍGUEZ MARTÍN, 1911: 19.

21. Ver PRIETO SANCHÍS, 1987: 82 ss.

22. Ver ANDRÉS IBÁÑEZ, 1992: 261.

Na verdade, é evidente que, nesse caso, a (livre) valoração não pode ser vista como um modo (muito livre) de formação ou de construção de uma “verdade processual” fora do controle dos fatos; deve ser, isto sim, uma operação racional, entendendo-se a racionalidade não como um mero automatismo, mas sim como a manifestação de que, diante das provas disponíveis, é razoável dar por verdadeiros (prováveis para além da dúvida) determinados enunciados fáticos. Por esse motivo, o princípio valorativo da livre convicção não faz sentido se não estiver ligado, por sua vez, à exigência de motivação, de explicitação das razões que sustentam a verificação desses enunciados, pois, de outra forma, a livre valoração converter-se-ia em valoração livre, discricionária, subjetiva e arbitrária, fazendo com que se abandonasse o cognitivismo para entrar no campo do puro decisionismo judicial²³.

Não pode ser mais infeliz a esse respeito a usual interpretação jurisprudencial e doutrinária do *princípio da imediação*, como a conhecida figura jurisprudencial da valoração ou *apreciação conjunta das provas*. Ambas as interpretações que parecem não levar em conta as diferenças entre descoberta e

23. De alguma forma, essa ideia da motivação da prova como requisito sem o qual não se pode controlar a racionalidade de uma valoração que é livre (na medida em que se refere à livre apreciação do juiz) é também defendida pelo Tribunal Constitucional, que, após destacar que a motivação é expressamente exigida pelo art. 120.3 CE, acrescenta que também é exigência do art. 24.1 CE, na medida em que tal preceito ordena que as resoluções sejam baseadas no direito, e para o seu controle, e em particular para controlar que a resolução não é arbitrária, irracional ou absurda, como prescreve o direito à presunção de inocência do art. 24.2 CE, é necessário que seja explícita a fundamentação do órgão judicial (ver, por todos, STC 175/1985, FJ 5.º). O que não impede, é claro, que o Tribunal Constitucional enfraqueça esse requisito posteriormente; por exemplo, mediante o princípio da imediação.

justificação, admitindo, nessa segunda, traços talvez inevitáveis, mas que só podem ser relevantes na esfera da descoberta.

A imediação, isto é, a intervenção pessoal e direta (imediate) do juiz na produção da prova, continua a ser apresentada, em grande parte, como condição inexorável para a livre apreciação, uma vez que apenas com o juiz fundando sua convicção na “impressão imediata” recebida, e não em referências externas, essa poderia ser considerada livre²⁴. No entanto, é evidente que as “impressões” recebidas pelo juiz não podem ser comunicadas, razão pela qual o princípio da livre valoração, interpretado com os matizes da imediação, é carregado de irracionalidade e subjetivismo, anulando completamente a possibilidade de motivação.

Mesmo o Tribunal Constitucional, que tem feito esforços notáveis e louváveis para se abrir à motivação, continua a interpretar as relações entre “imediação”, “livre valoração da prova” e “motivação” de uma forma que ainda deixa muito a desejar. É inerente aos princípios da imediação e da livre valoração da prova – afirma o Tribunal – “o exame de gestos dos intervenientes, tais como os de constrangimento ou de surpresa, mediante os quais o Juiz ou o Tribunal local possa fundamentar a sua íntima convicção sobre a veracidade ou a falsidade da declaração [...], com relação aos quais o juiz de primeira

24. “Quanto mais livre for a valoração da prova – pode-se ler em um conhecido tratado de direito processual – mais necessária é a percepção direta do juiz. Somente ouvindo a testemunha responder às perguntas e interrogatórios [...] o juiz poderá valorar seu testemunho” (GÓMEZ ORBANEJA, 1976: vol. 1, 297). É imprescindível que “toda a prova desfile diante de quem deve julgar”, pois caso contrário seria incompreensível o princípio da livre apreciação, escreve RUIZ VADILLO (1997: 72).

instância é o *dono de sua valoração*²⁵. Destaque-se: no âmbito da imediação o juiz “é o dono de sua valoração”. Destaque-se também que o alcance dado à imediação vai além das percepções imediatas do juiz: graças a essa não só se percebe se a testemunha fica nervosa, hesita, duvida etc., mas também se essa fala a verdade ou não²⁶. A *imediação* garantiria, assim, a exposição do juiz a uma série de *fatores emocionais ou arracionais* sobre os quais pudesse fundar sua *íntima convicção*, que, por isso mesmo, não seria passível de expressão e muito menos de controle²⁷.

25. STC 217/1989, FJ 5º.

26. “O objetivo que se pretende com isso é simples: aumentar a área daquilo que escapa a uma justificação intersubjetiva [...] e, portanto, também ao controle de qualquer tribunal que não tenha presenciado de maneira direta a produção das provas” (IGARTUA, 1998: 140). Justamente para evitar esses efeitos que causam distorção, RUIZ VADILLO (1997: 72 e 110) sugere o uso, durante a produção da prova, de uma câmera de vídeo utilizada com os controles apropriados.

27. Precisamente por causa dessa “leitura subjetivista” da livre convicção, pode-se sustentar que essa não é passível de revisão em cassação (nem, é claro, em *amparo*); embora seja possível a correção do raciocínio, que deve se fundar nas regras da lógica, nos princípios experiência e, sendo o caso, nos conhecimentos científicos (ver, por exemplo, STS, *Sala Penal*, de 11 de abril de 1995). Como se houvesse dois níveis de valoração, um passível de revisão e outro não: o primeiro, que consiste nas deduções e induções que o juiz pode realizar a partir dos dados que diretamente percebeu no juízo; o segundo, incontrolável, constituiria o conteúdo da livre (ou melhor, muito livre) convicção e parece inseparável da imediação. Na verdade, surge aqui novamente a – em minha opinião – concepção errônea da “prova direta” (na terminologia usual), segundo a qual essa não requer raciocínio.

Ver, justamente referindo a existência destes “dois níveis” na valoração da prova, BACIGALUPO, 1988: II e 1992: 1.

NT: O *amparo* é um meio de impugnação dirigido ao Tribunal Constitucional, específico para os casos em que haja alegação de violação dos direitos e liberdades reconhecidos nos artigos 14 a 29 e 30.2 da Constituição espanhola, com origem em dispositivos legais, atos, omissões ou simples atos de fato dos poderes públicos do Estado. A única pretensão

O princípio da imediação estabelece assim uma “zona opaca ao controle racional” que contradiz profundamente a cultura da motivação, pois o fato de as intuições existirem e talvez serem inevitáveis não significa que possam servir de justificação para uma decisão ou, mais exatamente, de desculpa para a não justificação²⁸.

Por sua vez, a “valoração conjunta da prova” no processo cível, que é, na realidade, a desculpa que o Tribunal Supremo encontrou para retirar valor probatório privilegiado dos documentos aportados ao processo e da confissão em juízo, tem produzido resultados perversos para a motivação: “[s]e o juiz pode valorar livremente a prova com fundamento na valoração conjunta dos meios de prova, não deve ser surpresa que, por conta do excesso de trabalho que recai sobre os tribunais, seja possível uma declaração genérica de fatos provados, sem argumentar sobre os motivos ou fontes por meio dos quais a prova foi obtida, com o que, definitivamente, se deteriora o resultado da prova” (SERRA DOMÍNGUEZ, 1984: 582)²⁹. A prática

que pode ser exercida é a da restauração ou preservação dos direitos ou liberdades violadas no ato impugnado.

28. Aí reside um equívoco ao qual voltaremos mais tarde: uma coisa é que, graças ao princípio da livre convicção, o convencimento do juiz não possa ser substituído pelo de qualquer outra pessoa, nem mesmo pelo do legislador através da valoração taxada das provas; outra bem diferente é que, ao motivar ou justificar, o juiz possa invocar um princípio que, precisamente por ser negativo, não é capaz de justificar coisa alguma.
29. Também lamentaram a infeliz jurisprudência da valoração conjunta da prova: PRIETO-CASTRO, 1968: 468; GÓMEZ ORBANEJA, 1976: 299; JIMÉNEZ CONDE, 1978: 307 ss.; RUIZ VADILLO, 1986: 84; e, mais recentemente, MONTERO AROCA, 1996: 324; OU CORTÉS, em ALMAGRO *et al.* (1988: t. I, vol. 1, 385) que diz que essa “não é senão se chegar ao resultado probatório sem a especificação concreta das razões que o juiz teve para aceitar ou não a

da valoração conjunta nada é, no final das contas, senão um subterfúgio “formal” que faz passar por discurso justificatório aquilo que, absolutamente, não é; um expediente, em suma, que propicia e encobre a falta de motivação.

Em suma, julgar de acordo com a consciência não pode significar basear a sentença em uma íntima e intransferível convicção, em uma espécie de *quid inefable*³⁰, em um palpite não exteriorizável e nem controlável; “não pode significar consagrar o subjetivismo do juiz, e muito menos, como infelizmente ocorre na prática, prescindir de motivação das provas, refugiando-se em uma cômoda declaração de fatos provados, sem dar as razões pelas quais isso ocorreu” (SERRA DOMÍNGUEZ, 1984: 580)³¹. Se a racionalidade da decisão probatória deve ser controlada, é evidente que esse controle se projeta sobre as razões que fundamentam a livre valoração do juiz³². Sustentar o contrário seria dar força à ideia de justiça de Cádi, de poder jurisdicional puramente potestativo, arbitrário e incontrolável; contrário, enfim, ao espírito de um sistema probatório que queira ser cognitivista, baseado não no poder, mas sim no *saber*, “também apenas opinável e provável, mas, precisamente por isso, refutável e controlável” (FERRAJOLI, 1995: 623).

veracidade dos fatos alegados”. Também é crítico dessa prática TARUFFO, 1991: 143.

30. Ver TARUFFO, 1991: 143.
31. Ver também RUIZ VADILLO, 1993: 108. De resto, é evidente que, após a entrada em vigor da Constituição espanhola, a exigência de motivação adequada para o juízo de fato foi reforçada, adquirindo, adicionalmente, status constitucional.
32. Por isso, “o controle da livre valoração segundo a convicção íntima do juiz é o controle da justificativa da decisão probatória” (WRÖBLEWSKI, 1989: 186).

Por isso, se a motivação não é diretamente uma garantia epistemológica, é indiretamente, na medida em que permite o controle sobre esse irreduzível espaço de discricionariedade que é o âmbito da livre valoração³³. A exigência de motivação é, então, uma garantia de fechamento do sistema cognitivista.

Por fim, como observou TARUFFO, já no plano puramente descritivo, pode-se dizer que mesmo a própria cultura jurídica contemporânea reflete cada vez mais esse modelo epistemológico que requer a motivação como chave de fechamento. Em primeiro lugar, porque todos os sistemas processuais, mesmo os sistemas “demonstrativos” próprios do *civil law*, têm conhecimento da estrutura probabilística da decisão sobre os fatos. Em segundo lugar, porque todos os sistemas processuais, mesmo os sistemas “argumentativos ou retóricos” próprios do *common law*, concebem o procedimento de valoração da prova como verificação (em termos de probabilidade) das diferentes hipóteses de reconstrução dos fatos (TARUFFO, 1990b).

2.2. Funções da motivação dos fatos

Se o sentido da motivação é evitar o exercício arbitrário de um poder (aquele instaurado pela livre valoração da prova) que é reconhecido como mais ou menos discricionário, há duas funções principais cumpridas pela motivação, uma *extra-processual* ou político-jurídica ou democrática, na medida em que vinculada ao controle não processual ou interno, mas sim

33. Por isso, FERRAJOLI atribui à motivação o valor de garantia “instrumental” no que diz respeito às garantias “epistemológicas” que estabelecem as condições de justificação da indução: a fraqueza da primeira corre sempre o risco de comprometer as segundas. Ver FERRAJOLI, 1995: 154.

democrático ou externo da decisão, e outro *endoprocessual*, técnico-jurídico ou burocrático, na medida em que vinculado ao controle processual ou interno da decisão³⁴.

A função extraprocessual cumprida pela motivação consiste em mostrar o esforço despendido pelo juiz no juízo sobre os fatos, possibilitando, dessa forma, um controle externo ou público. A motivação, com efeito, tem uma dimensão pedagógica, de “explicação” da racionalidade da decisão³⁵; constitui, assim, uma garantia de publicidade que está ligada à exigência de controle democrático e de responsabilização externa da função judicial (FERRAJOLI, 1995: 623). Ademais, e na medida em que se pretende explicar a racionalidade da decisão, a motivação quer ser persuasiva em relação à sua bondade ou correção. Trata-se, portanto, de uma função que diz respeito à *população em geral* e às partes do processo em particular, a quem o raciocínio poderia convencer sobre a correção da sentença, alimentando assim sua confiança na justiça. Isso havia sido percebido claramente por BENTHAM, ao argumentar a respeito da livre valoração. A convicção do juiz nada significaria se não fosse acompanhada pela do público; “não basta que sua decisão seja justa, sendo necessário, também, que o pareça” (BENTHAM, 1971: vol. 1, 96); não é suficiente que o juiz se convença do acerto de sua valoração, sendo “necessário também que esteja em condições de tornar o povo partícipe de sua convicção”³⁶; e, em particular, parece que o juiz, por meio da motivação, deveria convencer pelo menos

34. Sobre essas duas funções, ver TARUFFO: 1975: 334 ss.; FERRAJOLI, 1995: 623; IGARTUA, 1998: 85.

35. Ver CALAMANDREI, 1960: 116.

36. RUIZ PÉREZ (1987: 183), de forma semelhante a LÉVY-BRUHL (1964: 22 e 29).