

A PROVA DOS FATOS JURÍDICOS

Noções gerais

MICHELE TARUFFO

Notas de apresentação e introdução:

Angelo Dondi, Carmen Vázquez, Daniela Accatino,
Daniel Mitidiero, Eduardo Oteiza, Gabriel Riguetti,
Giovanni Priori, Jordi Ferrer Beltrán, Luca Passanante,
María Victoria Mosmann, Teresa Arruda Alvim
e Vitor de Paula Ramos

1ª edição

4ª Tiragem

2027



VERDADE, VEROSSIMILHANÇA, PROBABILIDADE

1. A VERDADE DOS FATOS NO PROCESSO

Como foi destacado no início, o problema do acerto da verdade dos fatos no processo é complexo por várias razões¹. Uma delas tem a ver com o próprio conceito de “verdade dos fatos”, se e como ela seria alcançável, quer em um contexto geral, quer no contexto específico representado pelo processo. As peculiaridades que se verificam nesse âmbito, por se tratar de uma determinação feita no processo, serão especificamente examinadas mais adiante². Neste momento interessa, porém, examinar algumas questões de ordem geral que incidirão diretamente sobre o modo no qual o problema processual da verdade dos fatos será resolvido.

Obviamente a premissa da qual se deve partir é que esse problema faça sentido, isto é, que ele não seja negado *a priori* ou mesmo contornado simplesmente assumindo que no processo não se possa ou não se deva tender a um acerto verdadeiro dos fatos. Quanto ao ponto, o ceticismo sempre está sujeito a críticas, notadamente – como acontece com frequência – se ele não vem acompanhando de justificações razoáveis; não vale a pena levá-lo a sério se ele – como se dá às vezes – for fruto de opções irracionais não totalmente conscientes³.

Há, ao contrário, boas razões para se adotar um comportamento de otimismo racionalista no plano metodológico, ou seja, como critério de análise. A principal

1. V. *supra*, Cap. I.

2. V. *infra*, Cap. V, e em geral no Vol. II.

3. Sobre essa atitude, ver mais amplamente *supra*, Cap. I, 2.1.

de tais razões, como já foi dito em momento oportuno, é que é necessário colocar o acertamento verdadeiro dos fatos entre os escopos institucionais do processo, já que sem tal hipótese resta quase impossível explicar racionalmente no que consiste a justiça da decisão⁴.

Desse modo, o núcleo do problema não é, pois, perguntar se o processo deve ou pode ser dirigido ao acertamento da verdade dos fatos, mas sim estabelecer o que se pode entender por verdade dos fatos no âmbito do processo, quando e sob quais condições, bem como por quais meios ela pode ser alcançada. Trata-se, portanto, de um problema eminentemente epistemológico, uma vez que está relacionado às características e modos de conhecimento sobre algo, mesmo estando num âmbito caracterizado por regras e exigências institucionais particulares.

A referência ao contexto não é apenas necessária, dado que nesta sede não é obviamente possível enfrentar em termos gerais os problemas do conhecimento e suas modalidades. O contexto é também útil para “atravessar” por uma questão que, de outra forma, exigiria uma análise tão ampla que, em realidade, seria impossível. A questão é referente ao conceito de verdade, que sempre esteve em discussão no nível filosófico, mas que em nosso século e em anos recentes conheceu versões diversas, polêmicas e foi objeto de discussões, sobretudo no âmbito da metodologia científica⁵.

Esse debate é de grandíssimo interesse e deveria ser conhecido pelos juristas mais do que em realidade o é, mas aqui se pode fazer referência a ele somente implicitamente e para sugerir alusivamente à relatividade da perspectiva metodológica

4. Para a demonstração de tal assunto, v. *supra*, Cap. I, 4.2.

5. O tema não pode ser aqui aprofundado, nem sequer em nível bibliográfico; serão indicadas, portanto, sem qualquer pretensão de exaurimento, somente algumas fontes para uma noção panorâmica dos debates mais recentes. Para tanto, cfr. Goldman, *Epistemology and Cognition*, Cambridge, Mass.-London 1986, p. 17 ss., 28 ss., 42 ss., 142 ss.; Davidson, *True to Facts*, in Id., *Inquires into Truth and Interpretation*, Oxford 1984, p. 37 ss.; Id., *A Coherence Theory of Truth and Knowledge*, in *Truth and Interpretation. Perspectives on the Philosophy of Donald Davidson*, ed. by E. LePore, Oxford, reed. 1989, p. 307 ss.; LePore, *Truth and Meaning*, ivi, p. 3 ss.; Grandy, *What a Truth Theory Needs Not Tell Us*, ivi, p. 179 ss.; Rorty, *Pragmatism, Davidson on Truth*, ivi, p. 333 ss.; Price, *Facts and the Function of Truth*, Oxford 1988, p. 19 ss., 130 ss., 146 ss., 202 ss.; Wiggins, *What would be a substantial theory of truth?*, in *Philosophical Subjects, Essays Presented to P. F. Strawson*, Z. van Straaten ed., Oxford 1980, p. 189 ss.; Devitt, *Realism and Truth*, Oxford 1984; Niiniluoto, *Truthlikeness*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, 1987, p. 134 ss.; Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London 1989, p. 181 ss.; Id., *Coherence, Truth and Rightness in Law*, in *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, ed. by Nerhot, Dordrecht-Boston-London 1990, p. 275 ss.; *Der Wahrheitsbegriff*, L.B. Puntel ed., Darmstadt 1987; Schmidt, *Noch einmal: Wahrheitsbegriff und Rechtswissenschaft*, in *Jur. Schul.* 1973, p. 204 ss.; Adomeit, *Zur Einführung: Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff*, ivi, 1972, p. 628 ss. Atribui-se particular atenção, ainda que pela grande influência exercida sobre a filosofia analítica das últimas décadas, ao pensamento de Willard van Orman Quine, que abordou repetidamente o problema da verdade. De Quine, cfr. particularmente *The Pursuit of Truth*, Cambridge, Mass.-London 1990, especificamente p. 77 ss.; a voz *Verità* in *Quidditates. Quasi un dizionario filosofico*, trad. It., Milano 1991, p. 267 ss.; *Word and Object*, Cambridge, Mass., rist. 1990, p. 1 ss.

que parece mais oportuna, precisamente levando em conta o fato de que o problema da verdade deve ser colocado no contexto do processo.

O ponto essencial que aqui vale a pena destacar é a centralidade que no panorama das várias teorias assume a definição de verdade como correspondência entre as asserções e os fatos do mundo empírico, devida particularmente a Tarski⁶. Essa definição é relevante não só porque representa uma versão moderna e metodologicamente correta da verdade como correspondência⁷, mas também pelo fato de que parece ser dotada de uma característica de maior generalidade, ou de um alcance fundamental, em relação às outras teorias da verdade⁸. Observa-se, de fato, que a teoria semântica da verdade como correspondência serve para definir o *conceito de verdade*, enquanto as outras concepções tratam de diferentes *critérios* possíveis para estabelecer a verdade, que podem ser usados conforme o contexto em que a questão da verdade é colocada⁹. Há, portanto, razões filosóficas e epistemológicas de grande relevância que sustentam a aceitação da ideia básica da verdade como correspondência, mesmo que (ou talvez justamente porque) ela deixe em aberto a questão dos métodos para a determinação da verdade¹⁰.

No entanto, nessa mesma direção, há também razões relacionadas especificamente ao contexto representado pelo processo; elas, por um lado, deixam aberta a possibilidade de que, em outros contextos, possam prevalecer diferentes conceitos

6. Cfr. Tarski, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, tr. it. in *Semantica e filosofia del linguaggio*, org. L. Linsk, Milano 1969, p. 25 ss., para a definição deste conceito que é certamente um dos mais difundidos na literatura filosófica atual. Sobre o tema, v. ademais Krajewski, *Correspondence Principle and the Growth of Science*, Dordrecht-Boston 1977; Davidson, *True to Facts*, cit., p. 38, 45 ss.; Price, *op. cit.*, p. 32 ss.; Field, *Tarski's Theory of Truth*, in *Reference, Truth and Reality*, M. Platt ed., London 1980, p. 83 ss.; Goldman, *op. cit.*, p. 151 ss.; Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 181; Niiniluoto, *op. cit.*, 122 ss.; Popper, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, tr. it., Bologna 1972, vol. I, p. 383 ss.; Id., *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico*, tr. it., Roma 1975, p. 412 ss.; Schmidt, *op. cit.*, p. 205; Eberle, *Zur Rethorik des zivilprozessualen Beweiss*, Frankfurt a.M.-Bern-New York-Paris 1989, p. 62 ss.
7. Isso não significa, obviamente, que o conceito de Tarski seja imune às críticas radicais. V., dentre as várias análises desse conceito, Putnam, *Verità e etica*, tr.it., Milano 1982, p. 41 ss.; Id., *Gli asserti veri corrispondono alla verità?*, in Id., *Mente, linguaggio e realtà*, tr.it., Milano 1989, p. 91 ss.; Goldman, *op. cit.*, p. 142 ss.. A teoria de Tarski é, aliás, a mais notória teoria da correspondência, mas não a única: uma versão distinta, também muito interessante, é aquela desenvolvida por Davidson (sobre a qual v. particularmente em *True to Facts*, cit., p. 37 ss., e *A Coherence Theory*, cit., p. 309 ss.).
8. É muito significativa, a esse respeito, a postura de Quine, que submete a uma análise crítica as concepções da verdade como coerência e como correspondência, mas conclui observando que a concepção de Tarski é magistral e, além disso, funciona. Para um exame mais amplo da teoria da verdade como correspondência, v. também Quine, *The Pursuit of Truth*, cit., p. 80 ss.
9. Sobre a assimetria da noção de verdade como correspondência em relação a outras noções de verdade v. recente Ferrajoli, *op. cit.*, p. 40; analogamente, Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 182; Niiniluoto, *op. cit.*, p. 137 ss. V., ademais, Ferrajoli, *ivi*, p. 53 n. 30 sobre a diferença entre a concepção semântica de Tarski e as concepções do realismo ingênuo.
10. Para uma análise crítica sobre estas razões, v. particularmente Villa, *Truth and Acceptability in legal and Empirical Science*, in *Reason in Law*, Milano 1988, vol. II, p. 361 ss.

de verdade, mas, por outro, exigem identificar a ideia de verdade que melhor se adapta a esse contexto¹¹.

Uma dessas razões deriva do pressuposto, dificilmente discutível, de que a administração da justiça se ocupa de fenômenos do mundo real¹² (que se pode assumir como existente, em uma posição ontológica pouco original) e não de imaginações, sonhos ou romances¹³. A ideia de que se deve ganhar ou perder uma causa com base na demonstração da realidade efetiva dos fatos (além de uma interpretação justa das normas) é um lugar-comum e óbvio, mas isso não é razão para considerá-la infundada. Pelo contrário, ela representa um elemento essencial do contexto processual e coloca a necessidade de se pressupor, no processo, a possibilidade de uma correspondência entre a determinação judicial dos fatos e os eventos do mundo real aos quais a decisão se refere.

Não é fácil imaginar, por outro lado (desde que se permaneça dentro dos modelos de ordenamentos modernos de tipo ocidental), um contexto processual em que se dispense qualquer qualificação “de verdade” na determinação dos fatos, ou que se baseie na premissa de que esse acerto não possa ser o fruto exclusivo de experiências individuais irrepetíveis e não conhecíveis do sujeito que tem a função de pronunciar a decisão¹⁴. Além disso, é difícil sustentar sensatamente que nas narrativas e nos diálogos que ocorrem durante o processo, e que, de certo modo, o constituem, interessem apenas as estruturas do discurso, sem que importe se as narrativas dos fatos, incluindo aquelas elaboradas pelo juiz na sentença, têm ou não

11. Para uma referência ao contexto representado pelo processo, v. mais amplamente *supra* Cap. I, item 4.3. Para a afirmação de que a concepção semântica da verdade como correspondência é a teoria mais adequada ao contexto do processo, cfr. Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, org. G. Ubertis, Milano 1992, p. 11; analogamente, Comanducci, *La motivazione in fatto*, ivi, p. 238.
12. Cfr. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 9, 17, 18 ss.; Gianformaggio, *Legal Certainty, Coherence and Consensus: Variations on a Theme by MacCormick*, in *Law, Interpretation and Reality*, cit., 415 ss.
13. A referência aos romances não é casual: faz-se alusão, de fato, à teoria de Dworking, que aborda o problema da verdade formulando-o em relação a David Copperfield, ao invés de o fazer com base no acerto judicial (v. *Id.*, *Non v'è davvero soluzione corretta dei casi difficili?*, na trad.it. mais recente em Dworking, *Questioni di principio*, org. S. Maffettone, Milano 1990, p. 165 ss.). Esse é apenas um dos múltiplos aspectos da analogia que Dworking estabelece entre a ciência jurídica e a literatura, sobre os quais ver, de modo geral, *Id.*, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.-London 1986, p. 228 ss. e *Diritto come letteratura*, trad.it. in *Questioni di principio*, cit., p. 179 ss., bem como Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, London-New York 1985, p. 203 ss., 221 ss. e *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside 1988, p. 149 ss. Dworking, por outro lado, fala frequentemente de “fatos”, mas nunca se ocupa de sua determinação com base em provas em sede de decisão. Talvez seja isso que lhe permita estabelecer a analogia entre o romance e a reconstrução judicial dos fatos, aplicando à segunda o que vale para o primeiro, sem perceber que essa analogia é desprovida de sentido.
14. Nesta direção seguem os vários irracionalismos, mais ou menos explícitos e conscientes, relativos ao acerto judicial dos fatos, sobre os quais v. *supra* Cap. I, 2.1. O conceito de verdade como correspondência é, ao contrário, conexo intrinsecamente à concepção garantista do processo: cfr. Ferrajoli, *op. e loc. ult. cit.*, e *Id.*, *Guarantees and Truth in Criminal Law*, in *Reason in Law*, Milano 1988, II, p. 301 ss., e, com alguma menção, Villa, *op. cit.*, p. 361.

alguma correspondência com a realidade¹⁵. É provável que existam contextos nos quais atitudes metodológicas desse tipo sejam fundamentadas, e é possível reconhecer que, às vezes, tais atitudes também possam produzir resultados úteis para a compreensão de certos aspectos do processo¹⁶. O ponto que não se pode aceitar, no entanto, é a pretensão de que essas atitudes sejam as únicas sensatas e que, por conseguinte, seja absurdo levantar a questão da verdade dos fatos no processo, e, com mais razão, abordá-la nos termos da teoria da correspondência¹⁷.

A ideia fundamental da contextualidade da verdade, e, portanto, da sua irreduzível relatividade ao contexto (mais propriamente: aos diferentes contextos) em que é colocada, não pode, portanto, deixar de ser compartilhada¹⁸. Porém essa ideia relativiza os contextos mais que as teorias da verdade, e admite que se reconheçam contextos diversos com peculiaridades e exigências distintas. O contexto do processo é um contexto distinto daquele do solipsismo existencial e da literatura, assim como de muitos outros, mesmo se, sendo rico e complexo, possa levar alguém a confundir-lo ou assimilá-lo a contextos diferentes e talvez mais facilmente analisáveis.

Nem mesmo a versão mais rigorosa dessa postura, que tende a configurar a verdade como coerência de uma asserção dentro de um contexto narrativo, parece ter maior fundamento¹⁹. Como se verá adiante, a coerência da reconstrução dos

-
15. Nesse sentido, seguem as teses sustentadas pelas concepções radicais do narrativismo ou da semiótica aplicada ao processo, sobre as quais v. mais amplamente *supra*, Cap. I, 3., inclusive para indicações bibliográficas.
 16. Isso vale, por exemplo, para a análise das estratégias processuais dos defensores e dos modos como as técnicas de obtenção e apresentação de provas podem influenciar o resultado do julgamento. Esses são, aliás, campos privilegiados para a aplicação de concepções narratológicas e semióticas (ver, de fato, Bennet e Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom. Justice and Judgement in America Culture*, New Brunswick 1981, p. 93 ss., 116 ss., 150 ss., e Binder-Bergman, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, St. Paul, Minn. 1984, p. 40 ss., 58 ss., 162 ss., 211 ss.) e, dentro dos limites desses campos de investigação, tais concepções às vezes produzem resultados interessantes. Geralmente, no entanto, as análises conduzidas em uma perspectiva narrativista não se ocupam especificamente da valoração das provas e do acerto dos fatos por parte do juiz.
 17. Uma outra postura que não pode ser compartilhada consiste simplesmente em conceber que tudo aquilo que é expresso na literatura jurídica em termos de “acertamento”, “fato”, “verdade”, e assim por diante, não seja outra coisa além de retórica (cfr. nesse sentido Eberle, *op. cit.*, p. 68 ss., 121 ss. e *passim*). É verdade que aquele que se considera depositário da verdade absoluta tende a considerar as posições dos demais como mera retórica, mas tal atitude não chega muito longe. Isso é demonstrado pelo próprio Eberle no volume apenas citado, já que ele emprega sofisticadíssimos instrumentos metodológicos, da teoria de Luhmann à etnologia, para descobrir com muito esforço coisas que são há muito tempo óbvias na teoria jurídica das provas (v., p. ex., a análise desenvolvida sobre os concretos meios de prova, *ivi*, p. 129 ss.).
 18. Cfr., p. ex., Niiniluoto, *op. cit.*, p. 141 s.; ver, outrossim, Ubertis, *op. cit.*, p. 1 ss.; Villa, *op. cit.*, p. 365, com destaques relativísticos sobre o conceito de verdade.
 19. Ver, *supra*, Cap. I, 3. Para aplicações específicas do conceito de *narrative coherence* ao processo, ver, particularmente, McCormick, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, trad. it., in *L'analisi del ragionamento giuridico*, org. P. Comanducci e R. Guastini, vol. I, Torino, p. 243 ss.; Villa, *op. cit.*, p. 365 ss.; Jackson, *Law, Fact, cit.*, p. 18 ss. 37 ss., 61 ss., 155 ss.; Lenoble, *Narrative Coherence and the Limits of Hermeneutics Paradigm*, in *Law, Interpretation and Reality*, cit., p. 138 ss.; Bankowski, *The Jury and Reality*, *ivi*, p. 227 ss.; *Id.*, *The value of truth: fact skepticism revisited*, in *1 Legal Studies* 1981, p. 257 ss.; den

fatos pode ter alguma importância não desprezível na fase de decisão²⁰, mas isso não significa que se deva aceitar a redução integral da verdade dos fatos à coerência narrativa de sua descrição. Em suas versões mais rigorosas, a ideia de coerência é principalmente referida a outros aspectos – especialmente àqueles que dizem respeito à interpretação das normas – do raciocínio jurídico e judicial²¹, e nesse campo ela possui um significado relevante.

O que parece ser insustentável, todavia, é a redução da verdade dos fatos à coerência contextual da respectiva narração. Sobre isso, vale a objeção verdadeiramente destrutiva de que as narrações coerentes podem ser falsas²² ou não ter nenhuma pretensão de verdade (como acontece nos romances), de modo que não parece que a coerência das narrações determine sua veracidade²³. Basta pensar em uma decla-

Boer, *A Linguistic Analysis of Narrative Coherence in the Court Room*, in *Law, Interpretation and Reality*, cit., p. 346 ss.

Discurso diferente vale, obviamente, se se refere ao conceito de verdade como coerência lógica de uma proposição dentro de um contexto sintático formalizado, elaborado por Carnap, Neurath e outros expoentes do Círculo de Viena (sobre isso, ver, p. ex., Schmidt, *op. cit.*, p. 205). Aqui, de fato, não se trata de contextos narrativos, mas sim de contextos formalizados e com estrutura lógico-sintática determinada. Justamente por isso essa concepção de verdade não se refere ao contexto do processo.

20. Ver *infra* Cap. IV, 5.

21. Cfr. McCormick, *op. cit.*; Aarnio-Alexy-Peczenik, *I fondamenti del ragionamento giuridico*, trad. it., in *Analisi del ragionamento giuridico*, cit., p. 121 ss., 173 ss.; Villa, *op. cit.*, 361 ss.; *Id.*, *La coerenza normativa e i presupposti epistemologici della giustificazione*, in *Riv. int. fil. dir.* 1988, p. 567 ss. Para uma análise crítica, ver Gianformaggio, *op. cit.*, p. 402 ss.; Comanducci, *Osservazioni in margine*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, cit., p. 265 ss.; Nerhot, *Interpretation in Legal Science: The Notion of Narrative Coherence*, in *Law, Interpretation and Reality*, cit., p. 204. Deve-se notar, ademais, que, de forma mais geral, o conceito de coerência se adapta sobretudo a teorias, e é neste plano que assume um significado analítico apreciável: cfr., em especial, Alexy-Peczenik, *The concept of coherence and its Significance for Discursive Rationality*, in 3 *Ratio Juris* 1990, p. 130 ss.

22. Para esta objeção, ver em particular Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 161. Cfr. também Niiniluoto, *op. cit.*, p. 135, com referências às bases filosóficas gerais da doutrina da coerência.

23. Não escapa da objeção nem mesmo a versão mais clara e equilibrada da teoria em questão, que é aquela de McCormick, (*La congruenza*, cit., p. 255 ss.). Por um lado, ela tende a privilegiar a coerência da hipótese sobre o fato como instrumento de *busca da verdade*, no sentido de formulação de hipótese na fase investigativa (ver o exemplo de Sherlock Holmes na p. 256). Mas isso não significa que o que vale em sede de investigação de hipótese valha como fundamento de sua verdade.

Por outro lado, McCormick configura como coerência narrativa a possibilidade de que, a partir de circunstâncias conhecidas, sejam feitas inferências sobre o fato que precisa ser acertado (*ivi*, p. 257 ss.). É óbvio que isso ocorre, assim como é correto exigir que essas inferências sejam racionais e coerentes, mas nisso não há nada de diferente em relação ao esquema inferencial que entra em jogo especialmente quando se trata de valorar provas indiciárias. Sob esse aspecto, a coerência narrativa não constitui um critério *diferente* de verdade: ela, na verdade, coincide substancialmente com as regras de valoração das provas convergentes ou divergentes (sobre isso, ver *infra*, Cap. IV, 3.2 e 3.3); nesse sentido, ver Comanducci, *op. cit.*, p. 274, e em sentido crítico, Jackson, *Law, Fact*, cit., p. 18 ss. Mas se for assim, então a coerência também não é um critério autossuficiente, pois é necessário que os fatos que fundamentam as inferências probatórias sejam provados a partir de outras fontes (ver precisamente Comanducci, *ibidem*).

Por fim, é pouco convincente a demonstração de por que a congruência narrativa ter uma autônoma força justificativa nas decisões de fato (McCormick, *ivi*, p. 259 ss.), uma vez que remete de maneira bastante obscura a correlações racionais com um mundo numérico ordenado de modo perfeitamente inteligível (*ivi*, p. 261). Com isso, a coerência deixa de ser intrínseca à narração, passando a

ração testemunhal coerente, mas falsa, ou em uma reconstrução judicial dos fatos bem-motivada sob o perfil argumentativo, porém não fundada em provas, para se perceber que dificilmente se pode aceitar, no contexto do processo, a equação coerência = verdade²⁴.

Nem mesmo a concepção *consensual* da verdade, que se tornou popular nos últimos anos, sobretudo pela visão de Habermas²⁵ e dos modos imitativos que seus escritos suscitaram, está em conflito com a possibilidade de que o processo se refira a uma verdade dos fatos entendida como correspondência à realidade empírica. Não se deve esquecer que (excetuando-se alguma suspeita não irrelevante de circularidade), Habermas fala de um consenso racional, isto é, de um consenso que é (ou deveria ser) dado com base em critérios considerados racionais em um contexto específico. Daí decorre uma indicação importante no sentido da relativização da ideia de verdade e de sua inserção na dinâmica da comunicação social; também decorre disso que o consenso que constitui a verdade não é uma mera adesão “de fato” de qualquer audiência a alguma coisa, nem uma reação subjetiva a uma comunicação²⁶. Como o consenso se refere a critérios racionais, são esses critérios que se tornam determinantes para a identificação de um conceito adequado de verdade²⁷. Como, porém, Habermas não os identifica analiticamente, permanece aberta a possibilidade de que esses critérios sejam definidos *com base no contexto*²⁸, de modo

se relacionar também com o vínculo entre a narração e o mundo (ou um mundo que é objeto de uma pressuposição transcendental: ver, *ibidem*), enquanto esse vínculo é precisamente aquilo que as doutrinas narrativistas querem excluir do conceito de verdade.

24. Tampouco parece, como afirma Villa, (*Truth and Acceptability*, cit., p. 365 e 368) que a coerência possa se configurar como uma condição necessária, embora não suficiente, de verdade. Pelo menos no contexto processual, essa afirmação não se sustenta: pode acontecer que as provas confirmem fatos não coerentes, mas que devem ser considerados verdadeiros, pois é isso que resulta das provas; assim como pode ocorrer que os mesmos fatos verdadeiros possam ser lidos segundo diferentes histórias coerentes ou não constituam nenhuma história coerente. Por outro lado, uma história coerente pode ser totalmente falsa ou não ser sustentada por nenhum elemento de prova. No máximo, pode-se dizer, seguindo uma importante observação de Davidson (*A Coherence Theory*, cit., p. 308), que se uma crença é coerente com um conjunto significativo de crenças, então há a seu favor uma presunção de verdade. Mas uma coisa é supor essa presunção, e outra é dizer que uma asserção de fato coerente com outras é, por essa razão, verdadeira: o próprio Davidson (*ibidem*) é claríssimo ao excluir que a mera coerência possa garantir a verdade daquilo em que se acredita.
25. Cfr. em particular Habermas, *Discurso e veritas*, trad. it. in Id., *Agir comunicativo e logica delle scienze sociali*, Bologna 1980, p. 319 ss. Sobre as teorias consensualistas, ver também Peczenik, *On Law and Reason*, cit. p. 182; Id., *Coherence, Truth and Rightness*, cit., p. 307; Niiniluoto, *op. cit.*, p. 136 ss.; Villa, *Truth and Acceptability*, cit., p. 366 e 368; Schmidt, *op. cit.*, p. 206.
26. Ver *op. cit.*, p. 320, acerca da noção de *consenso fundado*.
27. Ver *op. cit.*, p. 322 ss., para uma análise dos esquemas argumentativos idôneos a fundamentar a verdade de uma asserção.
28. Ver, de fato, *op. cit.*, p. 326, para referência à “coerência entre proposições no interior de um sistema linguístico”. Além disso, e da insistência sobre a referência à linguagem e ao sistema conceitual usado para formular uma asserção e seu respectivo argumento justificativo (ver, p. ex., *ivi*, p. 325), não são encontrados em Habermas indicações particularmente claras sobre as condições que fundamentam a racionalidade do consenso. Dizer que isso pode ser verificado se se está diante do “melhor argumento” (*ivi*, p. 321) ou que o fundamento de uma asserção se atinge por indução e universalização

que o discurso retorna às considerações feitas anteriormente. Por outro lado, parece que se pode definir como racional o consenso que se manifesta em muitos sistemas sobre critérios de definição dos fatos que se baseiam na máxima correspondência possível entre o que o juiz afirma e o que realmente aconteceu no mundo real²⁹.

Não parece, portanto, que existam particulares razões de ordem epistemológica geral para excluir que a teoria da verdade como correspondência possa ser tida como funcional no processo, enquanto existem boas razões para se aceitar que ela se coloque como a melhor dentre todas as outras, e com melhores êxitos, no contexto representado pelo processo.

Posto desse modo, o problema se desloca, tornando-se aquele referente aos limites e aos critérios com os quais se pode realizar no processo um conhecimento que corresponda à realidade empírica e que então produza quanto a essa realidade descrições que podem ser tidas por verdadeiras.

Quanto a isso, é oportuno afastar desde logo um problema que é explícita ou implicitamente recorrente nos discursos relativos ao accertamento dos fatos no processo (e nas discussões epistemológicas em geral). Trata-se da questão sobre se é factível um conhecimento da verdade absoluta sobre os fatos ou mesmo se, sobre eles, seria possível um estado de certeza total, incontestável, ausente de dúvidas.

Sobre isso, poder-se-ia observar que, quaisquer que sejam as respostas dadas a uma questão desse tipo em outras áreas, da lógica às ciências empíricas, ela é ociosa e nem sequer mereceria ser colocada em relação à determinação processual dos fatos. Pode-se, de fato, observar que o processo, não sendo um empreendimento científico ou filosófico, não necessita de verdades absolutas, podendo se contentar com algo muito menor, ou seja, com verdades de alguma forma relativas³⁰, desde que sejam suficientes para fornecer uma base razoável e fundamentada para a decisão. Em essência: mesmo que verdades absolutas fossem possíveis em tese, elas não seriam necessárias ao processo, e, se fossem impossíveis, isso não teria relevância para o que precisa ser acertado no processo. Como será mais bem elucidado na continuação, essas observações representam o ponto de partida correto para a discussão das questões relacionadas à prova e ao accertamento dos fatos.

(*ivi*, p. 326), tudo no âmbito de uma linguagem e de um sistema conceitual dado, tem a força indiscutível das asserções óbvias, mas não contribui para estabelecer quais são as condições precisas pelas quais um argumento é “melhor” que outro, ou em que bases o consenso sobre uma asserção é racional ou irracional.

29. Essa afirmação parece paradoxalmente compatível com a posição de Habermas, ainda que pressuponha um conceito de verdade diferente: se, de fato, verdade significa *warranted assertibility* (ver Habermas, *op. cit.*, p. 320), e se é o contexto linguístico-conceitual que determina as condições de racionalidade do consenso (ver nota precedente), é necessário reconhecer que podem existir contextos nos quais uma asserção é *warranted* e o consenso sobre ela é racional se, e na medida em que, ela “corresponda” aos eventos do mundo real. É claro que o argumento se torna desse modo circular, mas talvez a circularidade esteja na própria tese de Habermas; pelo menos a generalidade dos termos em que ela é formulada parece permitir também a interpretação aqui sugerida.

30. Ver *supra* Cap. I, 4.3.

Há, todavia, razões para se desenvolver algumas observações ulteriores sobre o problema da verdade absoluta antes de abandoná-lo definitivamente.

A primeira razão é que ela vem frequentemente invocada no âmbito dos raciocínios céticos em relação à possibilidade de um acerto verdadeiro dos fatos³¹. O raciocínio, muito similar àquele dos verificacionistas desiludidos sobre os quais fala Popper³², é aproximadamente o seguinte: *a*) haveria a necessidade de determinar a verdade absoluta dos fatos; *b*) ela, porém, é por muitas razões impossível de ser determinada; *c*) então, o processo não está em condições de determinar nenhuma verdade; *d*) logo, a determinação da verdade não pode ser colocada como um de seus escopos institucionais. A premissa *a*) é frequentemente implícita e por isso é difícil dizer que ela é sempre assumida de maneira clara e consciente; ela, porém, está evidentemente presente na base do raciocínio que se articula segundo os pontos *b*), *c*) e *d*). A questão da verdade absoluta é, portanto, relevante para o raciocínio cético, constituindo-lhe de fato sua base; além disso, mostra como o cético cultivava uma noção de verdade muito mais dificultosa do que aquelas usualmente adotadas por nós não céticos (para dizer, ou mesmo com o intuito de dizer, que aquela não pertence “a esse mundo”).

A esse respeito, a observação a ser feita é que *a*) é infundada³³, de modo que *b*) permanece verdadeira, mas óbvia e pouco relevante, enquanto *c*) e *d*) revelam-se, por seu turno, infundadas.

a) é infundada pela boa razão de que, salvo em algumas áreas da lógica e da metafísica, o problema da possibilidade de se alcançar verdades absolutas, e com isso ser possível um conhecimento certo e indiscutível, é normalmente resolvido de maneira negativa. Poder-se-ia afirmar inclusive que tal questão não é sequer mais colocada depois que diversas correntes da epistemologia contemporânea demonstraram a essencial relatividade do conhecimento nos mais diversos campos. *A fortiori*, então, tal problema não pode ser seriamente posto em um contexto que por muitas razões é limitado e “relativizado” como é o processo, e, portanto, não

31. Para uma análise interessante das várias formas de ceticismo epistemológico, ver Goldman, *op. cit.*, p. 28 ss. Para um quadro claro e irônico dos vários “ceticismos processuais”, ver Twining, *Some Scepticism about Some Scepticisms*, in *Id.*, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford 1990, p. 92 ss.

32. Cfr. Popper, *Congetture e confutazioni*, cit. p. 391, 425; Ferrajoli, *op. cit.*, p. 36 ss.; *Id.*, *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, p. 422. É também análoga à figura do “absolutista desiludido” de que fala Hart, *Il concetto di diritto*, trad. it., Torino 1965, p. 163, sobre o qual ver Twining, *op. cit.*, p. 96, e *supra* Cap. I, 1.

33. Quanto a esse respeito, é válida a observação de Twining, *op. cit.*, p. 96 ss., segundo a qual o não-cético não possui nenhuma necessidade de opções trabalhosas ontológicas sobre o mundo e sobre a verdade; no fundo, sob o perfil pragmático, será suficiente se comportar *como se* eles existissem (inclusive cultivando pessoalmente eventuais ceticismos metafísicos).

poderia ter outra resposta que não seja negativa³⁴. Sob esse aspecto, algumas, mas não todas, visões céticas parecem infundadas³⁵.

A exclusão da verdade absoluta do rol de escopos cognoscitivos concretamente possíveis pareceria marcar a total vitória do cético sobre o racionalista, mas é fácil ver que não é bem assim. Por um lado, se uma coisa é impossível, não há sentido dizer que ela deveria ser realizada (então a premissa *a*) não é válida e visa a criar um falso adversário). Por outro, o generalizado reconhecimento da impossibilidade de se alcançar verdades absolutas não determinou o fim da ciência, nem da epistemologia, tampouco do hábito de pensar de alguma maneira que coisas e fatos do mundo material possam ser racionalmente conhecidos³⁶. Simplesmente se admite a existência e a racionalidade de conhecimentos relativos, de verdades não absolutas; acaba-se por reconhecer que tais conhecimentos ou verdades são exatamente aqueles com os quais trabalha a ciência, além da experiência de qualquer outro setor em que seja necessário “estabelecer” ou “acertar” algo³⁷. O problema verdadeiro, portanto, é aquele de definir as condições de validade e de aceitabilidade desses conhecimentos, ou seja, de definir critérios racionais para verdades necessariamente relativas.

Com isso, colapsa o ponto *e*)* do raciocínio cético: a impossibilidade da verdade absoluta não demonstra de maneira alguma a impossibilidade *total* de acerto fático verdadeiro no processo. Isso significa apenas dizer que “verdade dos fatos” ou “certeza” devam ser tratados exclusivamente em termos relativos. Resulta claro, contudo, que o acerto verdadeiro dos fatos é possível, desde que ao termo “verdadeiro” se atribua um significado condizente com o ponto de vista epistemológico. Diante disso, sucumbe, outrossim, o ponto *d*): se é possível uma determinação verdadeira dos fatos, mesmo que em uma acepção necessariamente relativa do termo, restaria demonstrar que ela não faz parte dos objetivos institucionais do processo, isto é, que o processo não deveria realizar esse acerto³⁸.

34. Para referências à “relativização” do conceito de verdade em vários setores, como a historiografia, a sociologia e a ciência, ver Twining, *op. cit.*, p. 103 ss.; Goldman, *op. cit.*, p. 142 ss.; Niiniluoto, *op. cit.*, p. 156 ss., 172 ss., 198 ss.; Villa, *Truth and Acceptability*, *cit.*, p. 365. Acerca da relativização do conceito de verdade processual, ver *supra*, Cap. I, 4.3.

35. Cfr. Twining, *op. cit.*, p. 102, e o trecho de Rescher *ivi* citado.

36. As possíveis hipóteses sobre a irracionalidade da realidade não impedem de aceitar que somente com métodos racionais ela pode ser tornada compreensível. Nesse sentido, cfr. com referência a Weber, Twining, *op. cit.*, 127.

37. Resta assim evidentemente infundada a concepção do “relativismo suicida” de que fala Twining, *op. cit.*, p. 116.

*O texto original traz a expressão “crolla il punto *e*) del ragionamento scettico”. Só que, como se percebe, não há ponto *e*). Taruffo elenca 4 argumentos utilizado pelos céticos, isto é, de *a*) a *d*). Crê-se que o autor estivesse, em realidade, tratando do ponto *c*), que sucumbe ao se afastar as premissas *a*) e *b*). Contudo, na tentativa de ser fiel ao texto original, optou-se por manter a redação e adicionar a presente nota observativa.

38. No sentido da resistência de uma orientação racionalista atualizada e relativista aos ataques dos diversos ceticismos, ver muito claramente Twining, *op. cit.*, p. 128, 130. Para considerações análogas no plano epistemológico, cfr. Goldman, *op. cit.*, p. 37 ss.

Naturalmente se pode argumentar nesse sentido, mas as observações que foram apenas desenvolvidas mostram que isso somente é possível em termos de ideologia do processo e de seus fins, não em termos de teoria da verdade³⁹.

Fora do contexto do raciocínio cético e de suas relativas objeções, há um outro aspecto sobre o qual o problema da verdade absoluta conserva uma certa relevância, especialmente se adotada uma teoria da verdade como correspondência.

No âmbito de qualquer versão relativística da verdade, em que, dado um sistema de referência, haverá vários *graus* ou medidas de conhecimento, parece inevitável que estes graus se posicionem ao longo de uma escala ou dimensão na qual possam ser ordenados, distinguidos e comparados.

Enquanto em um extremo se encontra o não conhecimento, o extremo oposto pode ser representado pela verdade absoluta: o que permanece fixo é que essa é apenas um ponto de referência teórico, um valor tendencial que não pode ser concretamente realizado, mas que, no entanto, serve para determinar e orientar os valores “relativos” concretos. Um grau de conhecimento é um “grau” (e é conhecimento relativo) na medida em que se posiciona em algum ponto intermediário entre o não conhecimento e o conhecimento da verdade absoluta sobre alguma coisa: ele se determina positivamente de acordo com sua distância do extremo do não conhecimento e negativamente de acordo com sua distância do extremo da verdade absoluta⁴⁰.

Em um processo cognoscitivo de qualquer gênero, a verdade absoluta pode funcionar precisamente como absoluta, ou seja, como um limite do qual os conhecimentos tendem a se aproximar (teoricamente ao infinito, segundo uma função assintótica) ainda que não consigam jamais se identificarem com ele. Em outros termos, a verdade como correspondência absoluta de uma descrição de um estado de coisas do mundo real não é alcançável com procedimentos cognoscitivos concretos, porque ela é apenas o valor-limite teórico da verdade da descrição⁴¹. Podem existir, porém, diversos graus de aproximação do estado teórico de correspondência absoluta, partindo-se de um grau 0 (nenhuma correspondência, o que equivale a dizer que não há elementos que tornam crível a asserção ou que ela não é significativa, segundo o contexto) e aumentando a aproximação à medida que aumentam os elementos de juízo que sustentam a hipótese de que a descrição corresponda à

39. Sobre ideologias do processo e de seus escopos, ver *supra* Cap. I, 2.2 e 4.2.

40. Sobre essa configuração do problema, ver, p. ex., Niiniluoto, *op. cit.*, p. 156 ss., 172 ss., 179 ss.

41. Trata-se, em outros termos, de um “limite ideal”, inalcançável, mas não por isso não aproximável, conforme eficaz indicação de Ferrajoli (ver. *La formazione e l'uso dei concetti*, cit., p. 412, e *Diritto e ragione*, cit. p. 23; analogamente, Comanducci, *La motivazione in fatto*, cit. p. 238). A concepção da verdade objetiva ou absoluta como “modelo”, como “ideia de regulação” ou “limite ideal” é bastante difundida, particularmente no âmbito das teorias da verdade como correspondência: cfr., p. ex., Tarski, *op. cit.*, p. 62; Popper, *Congetture e confutazioni*, cit. p. 393; Id., *Conoscenza oggettiva*, cit., p. 87 ss. e 416; Niiniluoto, com as mesmas referências da citação precedente.

realidade⁴². A referência ao valor teórico da correspondência absoluta, tal como do outro extremo da não correspondência, serve para distinguir os graus de aproximação, ou ainda para determinar o critério de escolha entre descrições diferentes sobre o mesmo fato⁴³.

Esse tipo de discurso assume um valor particular quando se refere ao acerto dos fatos no processo. Por um lado, ele confirma a ideia de que existem diferentes graus de correspondência entre o juízo fático e a realidade empírica dos fatos relevantes, e que, nessa direção, deve-se buscar a definição do objeto e das modalidades de acerto dos fatos. Por outro lado, ele introduz um valor teórico de referência ao qual deveriam tender as aproximações que concretamente se realizam no processo. Esse ponto de referência é a correspondência absoluta da verificação dos fatos (ou seja, das proposições descritivas a que ela conduz) com a realidade empírica desses fatos entendidos como eventos do mundo real. O aspecto importante é que, desse modo, se assume a realidade concreta como referência do acerto fático judicial e como critério para valorar sua adequação e o seu fundamento. Isso é bem menos banal do que parece, já que justamente implica que a adequação do acerto dos fatos seja valorada em função de sua aproximação do valor teórico de sua correspondência absoluta com a realidade (restando, porém, o problema de estabelecer em concreto quando a determinação é correta) e *não* em função de outros critérios. Isto é, se assume uma medida de valoração do acerto dos fatos (a realidade empírica) que é de certo modo *externo* e destinado a prevalecer – se não a excluir completamente – sobre critérios *internos* ao processo, como poderiam ser, por exemplo, a adoção de um modelo processual indiferente à verdade dos fatos, o emprego de critérios formais de prova, a prevalência da disponibilidade das partes ou – em outro extremo – do arbítrio do juiz sobre as provas, e assim por diante⁴⁴. Em suma, a assunção da verdade absoluta, tida como correspondência total do acerto fático à realidade, em função de valor-limite, permite que, no âmbito do processo, se possa falar sensatamente de verdade (relativa) dos fatos como aproximação da realidade, sem que se caia nos frequentes círculos viciosos nos quais se termina por chamar “verdadeiro” qualquer resultado alcançado no modelo processual que se considera, por quaisquer outras razões, preferível, ou – ao oposto – que se chame de não verdadeiro tudo aquilo que é produzido pelos sistemas processuais que, sempre por outras razões, é refutado.

42. A concepção da verdade relativa como grau de aproximação é complementar àquela da verdade absoluta como limite: ver, pois, as referências na nota precedente e, no mesmo sentido, Ferrajoli, *Guarantee and Truth*, cit., p. 306 ss.; Krajewski, *op. cit.*, p. 101 ss.

43. Sobre o ponto, ver amplamente *infra*, Cap. IV, 4 e 5.

44. Quanto à relação entre verdade dos fatos e modelos processuais, ver *supra* Cap. I, 2.2. e 4.2. Sobre critérios formais de prova, ver *infra* Cap. V, 2.3. Sobre a contradição entre verdade e arbítrio do juiz, ver particularmente Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 13 ss., 43 ss.

Adotando, ao invés disso, o limite “externo” mencionado, torna-se possível estabelecer quando um sistema processual que, de outra forma, seria considerado bom, não é funcional para realizar accertamenti suficientemente confiáveis de fato, assim como se torna possível determinar quando um sistema processual, criticado em outros aspectos, é eficiente no accertamento dos fatos⁴⁵.

Permanece, portanto, verdadeiro, como fora mencionado mais acima, que o problema da possibilidade de conhecer a verdade absoluta não é, em si, relevante para o processo. No entanto, é relevante a hipótese teórica da verdade absoluta como absoluta correspondência entre o accertamento fático judicial e os fatos do mundo real, pois ela serve para fundamentar conceitualmente uma perspectiva na qual o problema da verificação dos fatos se coloca racionalmente em termos de métodos e técnicas para alcançar a melhor verdade relativa, ou seja, a melhor aproximação da determinação à realidade. Tal hipótese pode restar implícita ao se analisar o problema da prova e do juízo de fato no processo; contudo, é útil saber que ela existe e que se trabalha em um contexto que a compreende. Pode-se, de fato, valer-se dessa hipótese como critério discriminante sempre que se trate de formular valorações e distinções a respeito da relação entre modelos processuais, sistemas probatórios e tipos de accertamento dos fatos no âmbito da decisão judicial.

A referência a uma noção não ambígua de “verdade absoluta” como correspondência de uma descrição aos fatos do mundo real necessita ainda de alguns esclarecimentos terminológicos.

Antes de tudo, torna-se possível falar *tout court* de “verdade” compreendendo-a como verdade relativa (salvo apontamentos em contrário) sem ulteriores confusões. Além disso, esse é o único significado sensato que o termo “verdade” parece poder assumir no processo, bem como em um elevado número de outros campos da experiência⁴⁶.

Por outro lado, a dicotomia “verdade relativa – verdade absoluta”, definida como se fez nos termos da teoria da correspondência, consente de evitar confusões com outras coisas que também ocorrem no processo e que às quais, às vezes, são atribuídas a etiqueta de “verdade”. A menção é essencialmente ao fenômeno da prova legal (e, em termos mais gerais, à disciplina normativa da eficácia das provas). Frequentemente os juristas usam a esse respeito o vocabulário da verdade e falam de “verdade formal”, de “verdade legal”, e assim por diante⁴⁷. Esse uso linguístico é bastante impróprio, mas não deveria provocar particulares problemas uma vez que se sabe claramente que o problema da disciplina legal da eficácia das provas não tem

45. Nesse sentido, ainda que com referências mais gerais sobre a concepção racionalista da verdade, cfr. Twining, *op. cit.*, p. 116, 131.

46. Também no âmbito da teoria lógica há, de fato, concepções relativizadas da verdade, como aquela que define a verdade como uma proposição em termos de possibilidade de prová-la: cfr. Löf, *Truth and Proposition, Evidence and Judgement, Validity of a Proof*, in *73 Synthese* 1987, p. 413.

47. Cfr., p. ex., Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 17; Chiarloni, *Processo civile e verità*, in *Questione Giustizia* 1987, p. 509

nada a ver com o problema da verdade no acerto dos fatos. A disciplina legal da eficácia das provas se coloca, ao invés disso, em clara antítese com o acerto fáctico em termos de verdade, uma vez que visa tipicamente a fazer com que o juiz julgue os fatos com base em parâmetros diversos daqueles relativos à aproximação com a realidade. A “verdade legal”, por assim dizer, é “legal”, mas não é “verdade”: não é verdade relativa e, tampouco, – menos ainda – absoluta, sendo sua eventual incontestabilidade devida a razões jurídicas ao invés de epistemológicas⁴⁸.

2. A VEROSSIMILHANÇA

Um conceito que frequentemente vem associado àquele de verdade, para encontrar eventuais analogias e possíveis distinções, é o conceito de verossimilhança. Essa associação vem muitas vezes analisada em sede epistemológica⁴⁹, mas possui, outrossim, uma notável importância no âmbito da teoria do processo, sobretudo a partir de um famoso ensaio de Calamandrei⁵⁰. O aspecto epistemológico geral do problema não pode ser discutido nesta sede, ainda que alguns de seus elementos devam ser levados em consideração; ao invés disso, vale a pena examinar a noção jurídica de verossimilhança para elucidar se e qual o significado ela poderá assumir no âmbito de uma teoria do acerto judicial dos fatos.

Sobre o tema, a primeira e principal constatação a se fazer é que, na nossa doutrina, a análise do conceito de verossimilhança se baseia em um equívoco introduzido por Calamandrei, mas não superado pela doutrina mais recente. O equívoco é terminológico e, *portanto*, conceitual. O aspecto terminológico consiste em tomar a expressão em alemão *Wahrscheinlichkeit* e traduzi-la como “verossimilhança”⁵¹, sem se dar conta de que assim se considera apenas uma área, que nem sequer é a mais importante, do significado do termo, esquecendo-se de outra – com muito mais relevância – na qual ela significa, ao invés, “probabilidade”. A parte o fato de que, dessa forma, o recurso à doutrina alemã torna-se pouco significativo, pois é um equívoco entender em termos de verossimilhança o que ela afirma sobre probabilidade⁵², o engano linguístico, por vezes, leva a resultados curiosos e quase incompreensíveis:

48. Sobre o fenômeno da prova legal, ver mais amplamente *infra* Cap. V, 2.3.

49. Para um amplo exame do problema e com numerosas referências, cfr. Niiniluoto, *op. cit.*

50. Cfr. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in Id., *Opere giuridiche*, vol. V, Napoli 1972, p. 615 ss. Mais recentemente, o pensamento de Calamandrei é fielmente adotado por Scarselli, *La condanna con riserva*, Milano 1989, p. 502 ss.. Sobre a relação entre verossimilhança e probabilidade, mas sem claras distinções, ver notas em Patti, *Ripartizione dell'onore, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto*, in *Riv. dir. civ.* 1990, I, p. 705 ss., 717 s.

51. Cfr. Calamandrei, *op. cit.*, p. 615 e 638; analogamente, Scarselli, *op. cit.*, p. 504 ss. e Patti, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario*, org. C. Glendi, S. Patti e E. Picozza, Torino 1986, p. 53 ss.

52. Para referências sobre o conceito de probabilidade empregado pela doutrina alemã no âmbito da teoria das provas, ver *infra* 3.2.

alguns chegam a falar, por exemplo, de uma “verossimilhança subjetiva” distinta de uma “verossimilhança objetiva”⁵³, sem perceber que, assim, está-se reproduzindo da doutrina alemã a distinção – óbvia e fundamental na teoria geral da probabilidade – entre *probabilidade* objetiva e *probabilidade* subjetiva⁵⁴.

A confusão que se produz é, de outro lado, ainda mais grave no plano conceitual, já que consiste, como fica evidente no ensaio de Calamandrei, na introdução de uma ambiguidade sistemática não resolvida no que se refere ao significado do termo “verossimilhança”. A ele são atribuídos dois significados distintos: *a)* no primeiro deles, verossimilhança se refere a algo que tenha “aparência de ser verdadeiro”, que diz respeito às alegações de fato, e é uma valoração independente e preliminar ao procedimento probatório⁵⁵; *b)* no segundo, verossimilhança equivale à probabilidade, e mais precisamente a um grau não particularmente elevado de probabilidade, exceto, no entanto, para admitir que no julgamento a verossimilhança-probabilidade é usada como um “substituto da verdade”⁵⁶.

Talvez ambos significados se enquadrem no uso comum do termo “verossimilhança”, mas não é esse o problema principal nesta sede. O problema é que tais significados são *diversos* e, por essa razão, não podem ser usados juntos e alternativamente, como se a diferença não existisse, em um contexto que tenha pretensão de confiabilidade científica. Não se trata, como parece crer Calamandrei⁵⁷, de meras nuances psicológicas substancialmente prescindíveis; trata-se de *conceitos diversos* que não deixam de ser pelo fato de que em uma língua, como o alemão, serem designados adotando-se um mesmo termo.

Que esses conceitos sejam distintos e que, em essência, a verossimilhança de uma asserção não pode ser reduzida à sua probabilidade (ou à sua verdade aproximada) parece bastante claro no plano epistemológico, e não há motivo para que essa clareza não seja igualmente adotada na análise de fenômenos processuais⁵⁸.

53. Cfr. Scarselli, *op. cit.*, p. 515.

54. A distinção é bem conhecida e está presente em quase todas as obras que tratam da teoria das probabilidades: ver, p. ex., Cohen, *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*, Oxford 1989, p. 59 ss.; Goldman, *op. cit.*, p. 324 ss.; Pizzi, *Teorie della probabilità e teorie della causa*, Bologna 1983, p. 31 ss.

Tal distinção também é bem presente na doutrina alemã que utiliza e discute o conceito de probabilidade no âmbito da teoria das provas: ver, p. ex., Huber, *Das Beweismass im Zivilprozess*, Köln-Berlin-Bonn-München 1983, p. 69 ss., 102 ss.; Greger, *Beweis und Wahrscheinlichkeit*, Köln-Berlin-Bonn-München 1978, p. 38 ss., 49 ss.

55. Nesse sentido, precisamente Calamandrei, *op. cit.*, p. 621 s.; analogamente, Ubertis, *op. cit.*, p. 19.

56. Assim, Calamandrei, *op. cit.*, p. 616 ss., 620 ss., 629, 632. Pode-se destacar, quanto ao ponto, um ulterior elemento de ambiguidade na ideia de verossimilhança como probabilidade; as vezes se fala de verossimilhança como baixo grau de probabilidade, e as vezes como probabilidade de grau elevado, de modo que equivale à “verdade judicial”.

57. Cfr. *op. cit.*, p. 621.

58. No fundo, o próprio Calamandrei consegue intuí-la, dado que as vezes contrapõe o juízo de verossimilhança das alegações à valoração da fiabilidade ou probabilidade (ver, nesse sentido, *op. cit.*, p. 628, 632, 633).

Por um lado, tende-se a definir a verossimilhança de uma asserção como sua capacidade de representar uma certa realidade, ou seja, como a aproximação da representação ao objeto representado, ou ainda como a “proximidade” da asserção em relação à realidade que ela aborda⁵⁹. Por exemplo, é verossímil uma asserção segundo a qual a medida de uma coisa é L1, quando na realidade a medida é L2, caso a diferença entre L1 e L2 seja pouco relevante⁶⁰. Analogamente se pode dizer que um quadro é “verossímil” se se considera que ele representa de maneira suficientemente fiel um determinado objeto, ou que uma descrição de um fato é verossímil se for legítimo supor que exista um fato semelhante ao descrito. Substancialmente, portanto, verossimilhança indica o grau de capacidade representativa de uma descrição em relação à realidade. Isso levanta, evidentemente, o problema da circularidade intrínseca do conceito de verossimilhança, pois seria necessário conhecer a realidade representada para estabelecer a verossimilhança da representação; mas, se a realidade é conhecida, então não há mais interesse em discutir se a representação é verossímil. Sem entrar aqui em tal problema, que é demasiadamente complexo sob a óptica epistemológica⁶¹, pode-se observar, de todo modo, que o juízo de verossimilhança pode ser formulado de maneira sensata quando se tem, de um lado, uma descrição, e de outro alguma hipótese (muitas vezes baseada em uma concepção do que seria a “ordem normal das coisas”)⁶² sobre a possibilidade de existência de uma realidade semelhante ao objeto representado. Sob esse ponto de vista, o ponto de referência do juízo de verossimilhança pode não ser a realidade em si, mas uma hipótese formulada a seu respeito e empregada como parâmetro para avaliar se uma asserção é ou não verossímil⁶³.

Tudo isso, contudo, nada tem a ver com a veracidade da asserção, tampouco com sua probabilidade, uma vez que essas qualificações não dizem respeito à relação de “proximidade” ou “representatividade” de uma asserção em relação à realidade, mas à existência de razões para considerar que a asserção seja verdadeira⁶⁴.

Por um lado, de fato, pode obviamente ocorrer que uma asserção verossímil não seja de modo algum provável ou verdadeira: é necessário, portanto, distinguir entre graus de *semelhança* com a verdade e graus de *certeza*⁶⁵. Um quadro pode ser

59. Cfr. particularmente Niiniluoto, *op. cit.*, p. 1 ss., 164 ss., 176 ss., 198 ss., com refinadas elaborações formais sobre o conceito em questão.

60. Cfr. Niiniluoto, *op. cit.*, p. 172 ss.

61. Ver amplamente Niiniluoto, *op. cit.*, p. 263 ss., em particular sobre o problema do significado da verossimilhança no caso da realidade desconhecida.

62. Sobre esse ponto é fundada a intuição de Calamandrei, *op. cit.*, p. 620, 623.

63. Esse é também o limite da teoria lógica da verossimilhança, para as quais a verdade é pressuposta, mas não definida: ver, p. ex., Niiniluoto, *op. cit.*, p. 290 ss.

64. Cfr. Niiniluoto, *op. cit.*, p. 162.

65. Cfr. em particular Popper, *Congetture e refutazioni*, cit., I, p. 400, 405 s., e analogamente Cohen, *op. cit.*, 183; Id., *The Probable and the Provable*, Oxford 1977, p. 165; Niiniluoto, *op. cit.*, p. 163. Essa distinção, por vezes, escapa até mesmo dos autores que utilizam abordagens muito sofisticadas do problema da verdade e que, no entanto, empregam uma concepção genérica de verossimilhança (ver, p. ex.,