

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SIMONE TRENTO

A MEDIDA DA COGNOSCIBILIDADE DAS QUESTÕES CONCERNENTES À
PROVA DOS FATOS EM RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO: A
ASSUNÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL DO *STATUS* DE CORTES DE PRECEDENTES

CURITIBA
2016

SIMONE TRENTO

A MEDIDA DA COGNOSCIBILIDADE DAS QUESTÕES CONCERNENTES À
PROVA DOS FATOS EM RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO: A
ASSUNÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL DO *STATUS* DE CORTES DE PRECEDENTES

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutora em Direito, no programa de pós-graduação em Direito, área de concentração: “Relações Sociais”, linha de pesquisa: “Direito, Tutela e Efetividade”, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

SIMONE TRENTO

A MEDIDA DA COGNOSCIBILIDADE DAS QUESTÕES CONCERNENTES À PROVA DOS FATOS EM RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO: A ASSUNÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO STATUS DE CORTES DE PRECEDENTES

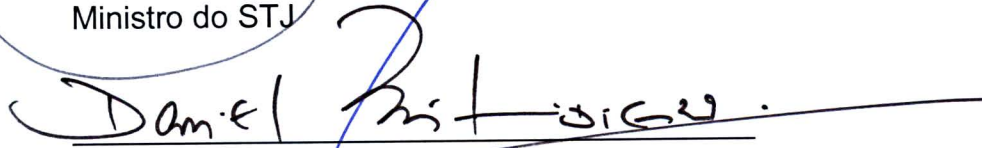
Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutora em Direito, no programa de pós-graduação em Direito, área de concentração: "Relações Sociais", linha de pesquisa: "Direito, Tutela e Efetividade", Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



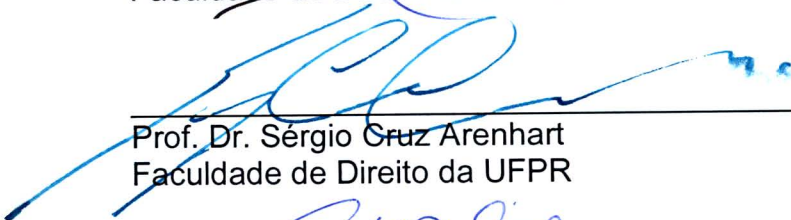
Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Orientador – Faculdade de Direito da UFPR



Prof. Dr. Rogerio Schietti Machado Cruz
Ministro do STJ



Prof. Dr. Daniel Franciseo Mitidiero
Faculdade de Direito da UFRGS



Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Faculdade de Direito da UFPR



Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena
Faculdade de Direito da UFPR

Curitiba, 18 de março de 2016

Para Mário, pelo incentivo incondicional.
Para Pedro, pela alegria contagiante.
Para meus pais, pelas provas de amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos colegas do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná: Fernando Andreoni Vasconcellos, Paula Pessoa Pereira, Fernanda Karam de Chueiri Sanches, Luiz Henrique Krassuski Fortes, Miguel Gualano de Godoy, Ana Lucia Pretto Pereira, Juliana Pondé Fonseca, Jordão Violin, Ricardo Alexandre da Silva, Rodrigo Fernandes Lima Dalledone, Sandro Luís Tomás Ballande Romanelli, Ricardo Lucas Calderón, Thais Sampaio da Silva, Tiago Gagliano Pinto Alberto, William Soares Pugliese, João Paulo Capelotti. A convivência com vocês fez o Doutorado mais leve e mais rico.

Ao meu orientador, Prof. Luiz Guilherme Marinoni, pelo exemplo de dedicação e de argumentação.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná: Cesar Antonio Serbena, Sérgio Cruz Arenhart, Eduardo Talamini, Vera Karam de Chueiri, Clèmerson Merlin Clève, Celso Ludwig, Rodrigo Xavier Leonardo, Ricardo Marcelo Fonseca e Katya Kozicki.

Ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, que custeou minha participação para apresentação de trabalho acadêmico em Congresso na Universidade de Girona, Espanha, em homenagem ao Professor Michele Taruffo.

Aos Professores Daniel Mitidiero, Cesar Antonio Serbena e Sérgio Cruz Arenhart, pelos detidos apontamentos que amigavelmente fizeram na Banca de Qualificação deste trabalho.

À bibliotecária da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Paula Carina de Araújo, exemplo de servidora pública e de pesquisadora.

RESUMO

A presente tese de doutorado trata do problema da cognoscibilidade das questões relativas à prova dos fatos em sede dos recursos especial e extraordinário, dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Na apresentação do problema são estabelecidos alguns pressupostos teóricos que nortearão a solução proposta pela tese. Na sequência é apresentado o modo como se realizam os raciocínios probatórios e sob quais circunstâncias se pode sustentar como justificada uma decisão acerca do resultado da prova. Cuida-se dos problemas relativos à (justificabilidade da) definição dos *standards* de prova aplicáveis e da satisfação ou não do *standard* aplicável ao caso, bem como (da justificabilidade) das decisões de imposição do ônus da prova. Estudam-se os fundamentos tradicionalmente apresentados por nossas cortes de vértice para negarem a apreciação da prova em sede de recursos excepcionais, criticando-se alguns desses fundamentos. Critica-se a possibilidade de separação entre questões “de fato” e questões “de direito” para fins de apreciação da prova, bem como a utilidade que uma tal separação pudesse trazer às decisões judiciais de questões probatórias. É também criticada a confusão entre texto normativo e norma que tradicionalmente é feita para o fim de se fechar as portas dos recursos excepcionais ao exame de questões probatórias. São criticados, ainda, pressupostos particularistas sem sustentação no Estado de Direito, que são, ao menos implicitamente, adotados pelo argumento de que cortes de vértice com função de dar unidade ao direito não devam apreciar questões “de fato” e de prova. Na sequência, o trabalho trata das funções das contemporâneas cortes de vértice na formação de precedentes universalizáveis, dotados de especial força não só pela posição do tribunal prolator da decisão, mas também pela autoridade decorrente da qualidade argumentativa dos fundamentos apresentados por suas decisões. Por último, a tese apresenta proposta de solução ao problema a partir de uma leitura do ordenamento jurídico brasileiro que atente às funções institucionais de nossas cortes de vértice, ao lado do mandamento de tratamento igualitário de situações semelhantes e da determinação de que a Administração Pública opere com eficiência. Com isso, propõe-se que os recursos especial e extraordinário não sejam compreendidos como direito subjetivo do recorrente, mas como recursos a serem apreciados no mérito apenas diante da presença de questão de substancial relevância e transcendência.

Palavras-chave: Prova. Justificabilidade das decisões. Recursos excepcionais. Cortes de vértice. Precedentes.

ABSTRACT

The present doctoral thesis deals with the problem of examining evidence in extraordinary appeals, addressed to the Brazilian Supreme Courts. Some theoretical assumptions that guide the solution proposed by the thesis are established. It is presented the way evidential reasoning takes place and under what circumstances a decision analyzing evidence rests justified. The thesis deals with the problems of (justifiability of) definition of applicable *standards* of proof as well as (justifiability of) decisions about the burdens of proof. The study examines the arguments traditionally presented by Brazilian Supreme Courts to deny the assessment of evidence in exceptional appeals. It is criticized the possibility of separating between issues “of fact” and issues “of right” for evidence analysis purposes, as well as the usefulness of such a separation to the adjudication of evidentiary issues. It is also criticized the confusion between normative text and norms which is traditionally made in order to close the doors of Supreme Courts to the examination of evidentiary issues. Are criticized also particularistic assumptions without support in the Rule of Law that are, at least implicitly, adopted by the argument that Supreme Courts with function to drive the right should not consider issues “of fact” and evidence. This work discusses the roles of contemporary Supreme Courts in making universalizable precedents, endowed with special force not only by the position of the court but also by the authority arising from the argumentative quality of their decisions. Finally, the thesis proposes solution to the problem from a reading of the Brazilian legal system to watch out institutional functions of our Supreme Courts, next to the commandment of equal treatment of similar situations and the determination that the Public Administration operate efficiently. With this, it is proposed that the special and extraordinary appeals addressed to the Brazilian Supreme Courts do not be understood as a subjective right of the applicant but as appeals to be examined on merit only in the presence of matter of substantial importance and transcendence.

Keywords: Evidence. Adjudication. Supreme Courts. Mission. Precedents.

RESUMEN

La presente tesis doctoral trata del problema del conocimiento de las cuestiones relativas a la prueba de los hechos en recursos extraordinarios, dirigidos a los Tribunales Supremos Brasileños. Al presentar el problema se establecen algunos supuestos teóricos que guían la solución propuesta por la tesis. A continuación se presenta la forma en que se lleva a cabo el razonamiento probatorio y en qué circunstancias se puede sostener justificada una decisión sobre el resultado de la prueba. La tesis se encarga de los problemas de (justificación de) la definición de los *standards* de prueba aplicables y de la satisfacción o no del *standard* aplicable al caso, así como de (la justificación de) las decisiones acerca de la carga de la prueba. Son estudiados los argumentos tradicionalmente presentados por los Tribunales Supremos Brasileños para negar la valoración de la prueba en recursos excepcionales. Se critica la posibilidad de separar las cuestiones “de hecho” de las “de derecho” a los efectos de la apreciación de la prueba, así como la utilidad que tal separación podría traer para la decisión de cuestiones probatorias. También se critica la confusión entre texto normativo y norma que se hace tradicionalmente para cerrar las puertas de las Cortes Supremas al examen de las cuestiones probatorias. Son criticados también supuestos particularistas sin sustentación en el Estado de Derecho que son, al menos implícitamente, adoptadas por el argumento de que Cortes Supremas con la función de interpretar el derecho no deberían examinar los asuntos “de hecho” y de prueba. El presente trabajo analiza el papel de las Cortes Supremas contemporáneas en la formación de precedentes universalizables, dotados de fuerza especial, no sólo por la posición de del tribunal, sino también por la autoridad derivada de la calidad argumentativa de los fundamentos de sus decisiones. Por último, la tesis presenta propuesta de solución al problema desde una lectura del sistema jurídico brasileño que atente a las funciones institucionales de los Tribunales Supremos Brasileños, al mandamiento de igualdad en el tratamiento de situaciones similares y a la determinación de que la Administración Pública opere de manera eficiente. Con esto, se propone que los recursos extraordinarios dirigidos a los Tribunales Supremos no sean comprendidos como un derecho subjetivo del solicitante, sino como recursos que sólo deben tener su mérito examinado en la presencia de una cuestión de sustancial importancia y trascendencia.

Palabras-clave: Prueba. Justificación de las decisiones. Cortes Supremas. Funciones. Precedentes.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ag	–	agravo
AgRg	–	agravo regimental
AI	–	agravo de instrumento
CPC	–	Código de Processo Civil
CPP	–	Código de Processo Penal
CT	–	carta testemunhável
EC	–	emenda constitucional
HC	–	habeas corpus
IME	–	inferência para a melhor explicação
MPF	–	Ministério Público Federal
RE	–	recurso extraordinário
REsp	–	recurso especial
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça
STF	–	Supremo Tribunal Federal
ZPO	–	Zivilprozessordnung (Código de Processo Civil alemão)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
PARTE I – PROVA, VERDADE E DECISÃO	18
1 PREMISSAS E DEFINIÇÕES	19
1.1 OS FATOS E O DIREITO: ALGUNS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS.....	19
1.1.1 A adoção do ponto de vista jurídico no contexto probatório	20
1.1.2 O direito como sistema aberto que regula sua própria abertura.....	24
1.1.3 O caráter argumentativo do direito e o caráter argumentativo da prova	26
1.1.4 A derrotabilidade na interpretação e aplicação do direito em geral e do direito probatório em específico.....	28
1.1.5 A opção do Estado de Direito por uma justificação universalista e não por uma particularista.....	31
1.2 A PRIORIDADE ESTRUTURAL DA VERDADE DOS FATOS NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA	36
1.2.1 A incidentalidade da decisão acerca das provas no contexto da decisão da causa	36
1.2.2 A finalidade instrumental do processo.....	38
1.2.3 A verdade como finalidade institucional da instrução probatória, como objetivo estrutural do direito e, portanto, com prioridade estrutural.....	41
1.3 A MULTIPLICIDADE DE SENTIDOS DA PALAVRA “PROVA”	44
1.3.1 Prova como começo, meio e fim	44
1.3.2 Prova como evidência e como o que é evidenciado	46
2 O JUÍZO PROBATÓRIO E SUA JUSTIFICABILIDADE	50
2.1 O QUE DEMANDA E O QUE NÃO DEMANDA MEIO DE PROVA E ATIVIDADE PROBATÓRIA	50
2.2 A OPERACIONALIZAÇÃO DO JUÍZO PROBATÓRIO	52
2.2.1 Argumentos probatórios como deduções, induções e abduções	57
2.2.2 A inferência para a melhor explicação (IME)	65
2.2.3 Sofisticando a abordagem explicacionista: a proposta de Susan Haack	71
2.3 OS <i>STANDARDS</i> E OS ÔNUS DE PROVA.....	74
2.3.1 As razões subjacentes à definição do <i>standard</i> de prova aplicável	76

2.3.2 As razões subjacentes às normas de distribuição do ônus da prova	81
2.3.3 <i>Standard</i> e ônus da prova como perspectivas do mesmo problema da repartição do risco de erro	84
PARTE II – AS QUESTÕES PROBATÓRIAS NAS CORTES DE VÉRTICE BRASILEIRAS: DO ESTADO DA ARTE.....	89
3 O DISCURSO OFICIAL TRADICIONAL DO STJ E DO STF. A DESCONSTRUÇÃO TEÓRICA DE UMA LINHA ARGUMENTATIVA.....	90
3.1 O PAPEL DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL NO DESENHO INSTITUCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ATUAL. CABIMENTO RESTRITO.....	90
3.2. A HISTÓRIA DA CRIAÇÃO (JURISPRUDENCIAL) DA DISTINÇÃO ENTRE QUESTÃO DE FATO E DE DIREITO <i>PARA FIM DE</i> CONHECIMENTO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS. APRESENTAÇÃO DAS DISTINÇÕES	92
3.2.1 Início e fim da identificação jurisprudencial do <i>cabimento</i> com o <i>mérito</i> do recurso excepcional.....	93
3.2.2 Crítica à interpretação abrangente dos verbetes 279 da Súmula do STF e 7 da Súmula do STJ.	101
3.2.3 Equívocos na aprovação e na subsequente aplicação dos verbetes 279 da Súmula do STF e 7 da Súmula do STJ.....	104
3.2.3.1 Relacionando o cabimento do recurso com a função a ser desempenhada pela corte em seu julgamento.....	104
3.2.3.2 O “simples” exame da prova como aquele que não envolvesse direito probatório.....	106
3.2.3.3 Não seria “simples” o exame que “requalifica” conclusões probatórias	108
3.2.4 Recapitulação do quadro do discurso oficial tradicional	110
3.3 FATOS E DIREITO. A FUNCIONALIDADE DE UMA POSSÍVEL DISTINÇÃO.....	111
3.3.1 Distinção didático-expositiva entre questões “de fato” e “de direito”	113
3.3.2 Questão “de fato” vs. questão “de direito” <i>para fins de</i> decisão jurisdicional das questões probatórias	123
3.3.3 O sentido da distinção entre questão “de fato” e questão “de direito” a depender da finalidade para a qual é predisposta normativamente.....	128
3.4 TEXTO VS. NORMA	134
3.4.1 Recursos de fundamentação vinculada vs. a amplitude da lei federal e da Constituição, especialmente no que tange a normas pertinentes à apreciação da	

prova.....	134
3.4.2 O texto e a norma que é construída a partir dele	138
3.4.3 A desconsideração da amplitude da lei federal e da Constituição e das normas delas retiráveis na aplicação tradicional dos verbetes 279 da Súmula do STF e 7 da Súmula do STJ	143
3.5 OS PRESSUPOSTOS PARTICULARISTAS CONTIDOS NO ARGUMENTO DE QUE CORTES SUPREMAS NÃO DEVAM APRECIAR QUESTÕES “DE FATO” E DE PROVA	150
PARTE III – AS QUESTÕES PROBATÓRIAS E AS CORTES DE VÉRTICE BRASILEIRAS: UMA PROPOSTA DE RECONSTRUÇÃO CRÍTICA	154
4 AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS E SUAS LIMITAÇÕES	155
4.1 AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS E A DECISÃO DE QUESTÕES PROBATÓRIAS.....	156
4.1.1 Checar o acerto da decisão recorrida vs. promover a unidade do direito	156
4.1.2 A tônica nas funções “públicas” ou nas “privadas” vs. as questões probatórias	164
4.1.3 Fazer precedente vs. corrigir erro grave ou decisão manifestamente arbitrária ou absurda.....	168
4.2 A AUTORIDADE DE PRECEDENTE PROVENIENTE DE CORTE DE VÉRTICE	172
5 O DESGASTE DA DISTINÇÃO FATO VS. NORMA E A PROPOSTA DE UMA DISTINÇÃO ANCORADA NAS FUNÇÕES DAS CORTES E DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS	181
5.1 O ARGUMENTO DO DIREITO SUBJETIVO AO RECURSO VS. O DIREITO A UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO E DO DIREITO	183
5.2 O DESGASTE DOS FUNDAMENTOS TRADICIONALMENTE APONTADOS PARA NÃO SEREM CONHECIDOS RECURSOS EXCEPCIONAIS QUE VERSAM QUESTÕES PROBATÓRIAS.....	187
5.2.1 As distinções inconsistentes presentes em julgados que tratam da prova do elemento subjetivo	189
5.2.2 A prova da paternidade por exame de DNA.....	195
5.2.3 A revisão do valor da indenização por danos morais e do valor dos honorários	

advocatícios sucumbenciais irrisórios ou excessivos	199
5.2.4 A revisão de casos em que se considera patente o equívoco das instâncias ordinárias e de casos em que se afirma que a decisão das instâncias ordinárias não é manifestamente equivocada	201
5.3 PROPOSTA: QUE AS CORTES DE VÉRTICE SÓ APRECIEM O MÉRITO DE RECURSO EXCEPCIONAL CUJA SOLUÇÃO VERSE QUESTÃO DE <i>SUBSTANCIAL</i> RELEVÂNCIA E TRANSCENDÊNCIA.....	205
CONCLUSÕES	217
REFERÊNCIAS.....	230

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará do papel a ser desempenhado pelos tribunais brasileiros de vértice, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em conferir unidade ao ordenamento jurídico no que diz respeito às questões que tratam da prova de fatos nos processos jurisdicionais.

Questões relacionadas às provas dos fatos que sejam objeto de prova nos processos em concreto geram, na prática jurídica, altíssimas taxas de insegurança,¹ na medida em que os jurisdicionados sofrem seguidamente de um déficit de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade acerca da solução probatória empregável. A despeito disto, seria inviável que as cortes supremas de um sistema em funcionamento em um país com uma população considerável e um razoável acesso à justiça cuidassem de apreciar cada questão relacionada à prova dos fatos em cada processo em concreto, uma vez que a quantidade de trabalho a ser desempenhado tornaria muito difícil que a corte fosse capaz de conferir unidade à interpretação do ordenamento jurídico naquelas matérias de sua competência.

Ademais, o funcionamento das cortes supremas como terceira ou quarta instância não seria praticável em tempo minimamente razoável nem com os recursos financeiros que possivelmente os cidadãos estivessem dispostos a destinar à Administração da Justiça.

O problema, de toda sorte, não é apenas de eficiência na prestação da tutela jurisdicional, mas também funcional, na medida em que as cortes supremas de um sistema não estão predispostas, na arquitetura constitucional, a funcionarem como terceira ou quarta instância. E, na medida em que tais cortes viessem de fato a funcionar como uma terceira instância ordinária na prestação jurisdicional, tenderiam

¹ Conforme ensina Ávila (ÁVILA, Humberto. **Indicadores de seguridad jurídica**. In: I CONGRESO BIENAL SOBRE SEGURIDAD JURÍDICA Y DEMOCRACIA EN IBEROAMÉRICA, Girona, 2013, p. 4-5; ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 128-131), o princípio (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 85) da segurança jurídica determina a promoção de estados ideais consistentes em (1) cognoscibilidade, (2) confiabilidade e (3) calculabilidade. A cognoscibilidade é a dimensão presente da segurança jurídica e consiste em um estado de coisas em que os cidadãos tenham capacidade de compreender as estruturas argumentativas das normas vigentes. A confiabilidade diz respeito à segurança jurídica na transição entre passado e presente e estará satisfeita quando não se verifique surpresa injustificada. A calculabilidade diz respeito à transição do presente para o futuro e estará satisfeita quando os cidadãos tenham, em boa medida, a capacidade de antecipar e mensurar os critérios que definem as consequências jurídicas atribuíveis no futuro a fatos ocorridos no presente.

a sofrer prejuízo da qualidade do desempenho de sua função primordial na definição do sentido do Direito.

Na procura de uma solução adequada para esta problemática, será preciso inicialmente esclarecer do que se trata quando se está falando de *prova* e de *juízo probatório*, temas que envolvem polissemias que, para fins do presente trabalho, precisam ser evidenciadas, a fim de que se compreenda com clareza as ideias que serão expostas.

Evidenciadas tais polissemias, será preciso tratar do principal problema intrínseco à matéria probatória, qual seja, *o que* se faz necessário verificar presente para que se possa tomar uma decisão de acordo com o resultado probatório do processo, ou seja, qual o *standard* de prova aplicável e sob que condições se pode dizer que o *standard* aplicável foi suprido.

Nesse ponto, o presente trabalho assume o caráter argumentativo do Direito, sustentando que decidir questões probatórias no contexto jurisdicional consiste em argumentar que a hipótese fática adotada se toma como certa por tais e quais razões em seu favor, embora tais e quais razões em seu desfavor estivessem presentes de forma insuficiente — por tais e quais motivos — para infirmar a decisão adotada.

Na medida em que se reconhece o caráter argumentativo das decisões sobre provas, examinam-se paralelamente, de um lado, as razões que tratam dos elementos necessários e suficientes para se decidir adotar certa hipótese fática e, de outro, as razões para que, não sendo ela adotada, se decida com fundamento em regra de imposição do ônus da prova.

Nesse contexto, torna-se clara a relação entre o resultado probatório e a fundamentação, mormente em sistemas como o nosso, em que a própria Constituição² estabelece como garantia do cidadão o recebimento — junto com a tutela jurisdicional prestada — da fundamentação que há de acompanhá-la.

No contexto de decisão jurisdicional, em que a argumentação desenvolvida no presente trabalho se situa, fundamentar a decisão acerca dos fatos objeto de prova consiste em apresentar a justificativa pela qual a hipótese adotada pela decisão, e não outra hipótese acerca dos fatos, é tomada como certa para os fins da decisão.

² “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]”

A prolação de uma decisão devidamente fundamentada acerca dos fatos objeto de prova no processo inclui o recurso a uma estrutura lógica de raciocínio.³ Todavia, inclui também a apresentação das razões não estritamente lógico-formais, mas que remetem aos valores político-morais adotados pelo ordenamento jurídico.

Há quarenta anos,⁴ Taruffo afirmava que a dificuldade em se encontrar os critérios de racionalidade usados nas decisões sobre os fatos e em sua respectiva motivação era uma consequência da falta de estudo dos problemas relativos à valoração das provas e dos cânones de racionalidade que deveriam guiá-la. Um tal estudo vem se desenvolvendo desde então e seus resultados permitirão um olhar crítico sobre os temas envolvidos no presente trabalho.

Este trabalho procurará verificar se a técnica do precedente⁵ pode se revelar capaz de suprir, nesta seara das provas, a demanda por segurança jurídica (bem como por eficiência na prestação jurisdicional), fornecendo parâmetros tanto para o estabelecimento dos *standards* de prova adequados para os diversos tipos de casos como para o adequado modo de se decidir por preenchidos os *standards* aplicáveis. Estudar-se-á se com o uso de precedentes nas matérias que se sujeitam à última palavra das cortes supremas será possível estabelecer regras capazes de prestar a devida orientação a jurisdicionados e juízes na solução de casos futuros, também nas intrincadas questões pertinentes à prova dos fatos.

³ A ser estudada em especial no item 2.2.1.

⁴ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975, p. 445.

⁵ Taruffo observa (TARUFFO, Michele. *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2014, v. 2, p. 927-937, p. 929-931) que os diversos ordenamentos empregam diferentes técnicas para o desempenho da função uniformizadora de suas cortes supremas. A mais difundida delas é o *stare decisis*, que atribui a condição de precedente a decisões anteriores capazes de influenciar a decisão de casos sucessivos análogos. Taruffo menciona que em alguns casos (como o italiano), o que seria o recurso a precedentes acabou se tornando um apelo a máximas já enunciadas pela corte suprema. Ao lado da técnica do precedente, alguns ordenamentos utilizam a técnica de conferir eficácia *ultra partes* a decisões emanadas de cortes supremas, de modo que outros casos ficam acobertados pela eficácia da coisa julgada. Uma outra técnica utilizada para a uniformização de jurisprudência de cortes supremas é a súmula vinculante utilizada no Brasil, consistente em um enunciado advindo não diretamente de um caso específico (como ocorreria no caso de precedentes). Ainda, Taruffo menciona que em um *Acuerdo* em 2011 o tribunal supremo espanhol indicou, em ato que não se tratava de decisão de qualquer processo, qual era sua interpretação de uma determinada norma de grande importância (Ibidem, p. 929-931). Observe-se que cada qual destas técnicas pode apresentar suas vantagens e desvantagens. Mas, de todas elas, apenas a técnica de se usar precedentes permite verificar qual foi a interpretação e aplicação efetivada pela corte em relação a um caso específico que veio a ser decidido, de modo a permitir a realização em casos posteriores de um juízo analógico também no juízo de aplicação de conteúdos normativos aos fatos do caso concreto subsequente.

Tradicionalmente, as cortes supremas recebem a missão constitucional de conferir unidade à jurisprudência em determinadas matérias (tanto para orientar as cortes inferiores que vinham decidindo de forma divergente — precedente vertical — quanto para que a própria corte suprema passe dali adiante a observar o precedente por ela mesmo firmado — autprecedente).

Disto se retira, ordinariamente, que tais cortes devem “dizer o *Direito*” naquelas matérias de sua competência, de modo que se conclui normalmente que cortes supremas não devem se dedicar a decidir o modo como os *atos do caso* se passaram. Ou seja, tradicionalmente se afirma que as cortes de vértice não devem procurar dar unidade ao Direito *no que diz respeito ao acerto dos fatos*, com o que as cortes supremas findariam por não decidir como se devem fixar os fatos nos casos concretos nem estabelecer *critérios* a serem adotados (pelas instâncias ordinárias na futura apreciação de situações similares) na decisão acerca dos fatos. Com isso se assume, implicitamente, que as decisões processuais acerca de como se deve considerar que tenham se passado os fatos objeto de prova fossem decisões que não demandassem lançar mão de critérios *jurídicos* que merecessem receber tratamento unitário nem universalizável.

Será preciso estudar qual o pressuposto contido na conclusão de serem incabíveis recursos excepcionais às cortes supremas quando o recorrente intenta o reexame de prova e, com isso, quais as hipóteses de cabimento ou não cabimento destes recursos excepcionais e qual a função que as cortes supremas têm a desempenhar quando apreciam o mérito de tais recursos.

Neste estudo serão examinadas as debilidades teóricas contidas no pressuposto que conduz à ideia de que é, em qualquer hipótese, incabível recurso às cortes supremas para o exame da prova. Para tanto, será preciso acorrer aos pressupostos teóricos provenientes das teorias da prova e das teorias da decisão, especialmente no que tratam da relação entre fatos e Direito. Isto, por sua vez, conduzirá à pergunta sobre o que se entende por Direito e sobre os elementos — textuais e não textuais — a serem considerados na definição do Direito.

Isso levará ao tema da tensão entre universalismo e particularismo e à sua relação com as funções de cortes supremas. Será preciso então enfrentar o aparente paradoxo entre a tese de que cortes supremas devam dar unidade ao modo de decidir questões probatórias, de um lado, e, de outro, a defesa do exercício primordial pelas cortes supremas de uma função “*pública*” de criar e interpretar o *Direito*, com o

estabelecimento de regras com potencial generalizável que possam assim servir como precedentes em matérias selecionadas, específicas e pontuais.

Verificar-se-á a existência de um desgaste no interior do STF e do STJ do teor dos verbetes de suas súmulas que vedam o exame de prova em recursos excepcionais.⁶ Estudar-se-á se este desgaste reflete o amadurecimento da posição destes tribunais a respeito da autoconsciência de suas funções no sistema de prestação jurisdicional.

Por fim, procurar-se-á elaborar uma proposta teórica que pretende ser capaz de sistematizar o adequado — seletivo e restrito — cabimento de exame de questões probatórias em recursos excepcionais.

Desde já, importa esclarecer que serão utilizadas indistintamente, ao longo do presente trabalho, as expressões “cortes supremas” ou “cortes de vértice” para se referir ao STF e ao STJ, bem como a seus equivalentes em outros países. A opção pelo uso dessas duas expressões decorre do uso corrente de “corte suprema” também em outras línguas, em que é menos comum o uso da expressão “corte de vértice”. Por outro lado, “corte de vértice” é amplamente usada por importantes autores que se dedicam a estudar as funções desses tribunais⁷ e bem reflete a condição daquelas cortes que, em um sistema de justiça, estão predispostas a darem a última palavra, do ponto de vista jurisdicional, a respeito de certa matéria. É bem verdade que “corte de vértice” é expressão que não está infensa a críticas, uma vez que tribunais locais também poderão exercer o papel de prolatar precedentes a respeito de certas matérias (por exemplo, acerca da interpretação de lei local) e elas não funcionam como cortes supremas de todo o sistema de justiça. Optou-se, ainda, por evitar o uso da expressão “corte superior” para se referir às cortes de vértice, dada a crítica a essa expressão já elaborada em doutrina,⁸ no sentido de que “cortes superiores” estariam ligadas mais a uma preocupação de efetuar o controle do acerto das decisões das cortes inferiores do que à preocupação proativa inerente às “cortes supremas”, de estabelecer e atualizar precedentes.

⁶ Verbetes 279 da Súmula do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”) e 7 da Súmula do STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

⁷ Ver, por todos, TARUFFO, Michele. **Il vertice ambiguo**: saggi sulla Cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991.

⁸ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013.

PARTE I – PROVA, VERDADE E DECISÃO

1 PREMISSAS E DEFINIÇÕES

1.1 OS FATOS E O DIREITO: ALGUNS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

Os fatos mesmos não são levados aos processos. O que se leva aos processos são *proposições* sobre os fatos⁹: afirmações ou negações de que os fatos tenham se passado da forma X ou Y.

Com efeito, falar em “prova dos fatos” é apenas uma forma elíptica de se falar da prova de certas afirmações¹⁰ acerca de fatos. Isso se dá porque fatos históricos (ocorridos no passado, que normalmente são o objeto da prova nos processos) não podem vir a ser provados eles mesmos nos processos, uma vez que já ocorreram no passado e não são repetíveis em juízo (e se fossem repetíveis não seriam aqueles fatos do passado, mas fatos novos, do presente). O que se pode provar em juízo a respeito de fatos do passado é que é verdadeira a *hipótese* (ainda que diversa de qualquer das hipóteses sustentadas pelas partes) de que certos fatos supostamente ocorridos no passado realmente ocorreram.

Assim, não se prova “o sinal vermelho”, mas sim que é verdadeira a hipótese de que no momento T determinado semáforo se encontrava vermelho; não se pode considerar provado que A matou B, mas sim que é verdadeira a hipótese de que no tempo T o réu A deu causa à morte da vítima B de determinada forma.

E mais, nos processos judiciais não se procura *conhecer* de quaisquer afirmações sobre fatos, mas apenas daquelas afirmações fáticas potencialmente pertinentes ao julgamento da causa. Para a realização das descrições (no contexto da decisão jurisdicional) a respeito de como os fatos objeto de prova se passaram, por sua vez, será preciso recorrer a elementos normativos (uma vez que nos processos judiciais se adota o ponto de vista jurídico — ver 1.1.1, *infra*).

⁹ É neste sentido que Carnelutti (CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Tradução Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 40) afirma (em tradução livre) que “objeto da prova não são fatos, mas afirmações, as quais não se conhecem, mas se comprovam, enquanto aqueles não se comprovam, mas se conhecem”.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**: v. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 265.

O recurso a elementos normativos é corretamente observado por MacCormick e Weinberger, quando apontam que em qualquer investigação (o que não se restringe às investigações jurídicas) a primeira questão que se coloca é “o que *deve* ser admitido como ‘fato’ para os fins desta investigação”.¹¹ E o que *deve* ser admitido como fato ocorrido para os fins de uma investigação é uma conclusão a que se chega com recurso a alguma premissa normativa, de modo que, portanto, a decisão sobre o que *deve* ser dado como provado é uma conclusão à qual se chega com a *decisão* sobre o que é necessário e suficiente para se considerar algo como provado. E a tal *decisão* sobre os fatos (ou, melhor dizendo, sobre o que se aceitará como sendo a descrição adequada dos fatos) apenas se chega lançando-se mão de premissas, sendo certo que ao menos uma dessas premissas haverá de ser normativa.¹²

Pode eventualmente o direito positivo¹³ realizar uma distinção entre “fatos” e “direito” *para uma determinada finalidade*,¹⁴ com o que será esta finalidade normativa que permitirá a compreensão daquilo que a norma procura tratar de forma diferente (com uma positivada bipartição entre “fato” e “direito”). Tal problemática será tratada com mais vagar adiante (seção 3.3, infra), voltando-se mais especificamente aos problemas relativos às questões probatórias, após a exposição sobre o modo pelo qual se opera o raciocínio probatório. Por ora, cumpre assentar as demais premissas de que parte este trabalho.

1.1.1 A adoção do ponto de vista jurídico no contexto probatório

A tradição em frisar a *juridicidade* das questões jurídicas é inaugurada com Kelsen,¹⁵ como uma tentativa de apresentar os fundamentos jurídicos como fundamentos próprios, diferentes daqueles adotados de forma abrangente por teorias

¹¹ MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **Pour une théorie institutionnelle du Droit**: nouvelles approches du positivisme juridique. Tradução Odile Nerhot; Philippe Coppens. Bruxelles-Paris: Kluwer-LGDJ, 1992, p. 109.

¹² Sobre as inferências necessárias à conclusão acerca dos fatos (ou, melhor dizendo, à conclusão acerca de uma *descrição* aceitável dos fatos) ver infra, 2.2.

¹³ CASTANHEIRA NÉVES, A. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 1, p. 495-499.

¹⁴ Sobre isso, ver seção 3.3.3, infra.

¹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

jusnaturalistas anteriores às teorias positivistas do direito. A oposição de Kelsen não se dirigia só ao jusnaturalismo, mas também ao realismo jurídico¹⁶: o objeto de estudo do direito não são, como pretendia o realismo, as ações humanas (como, por exemplo, as ações dos juízes). O objeto da ciência do direito, para Kelsen, são as normas. Com isso se quer dizer que o direito se ocupa de apontar qual a solução jurídica (normativa) para problemas jurídicos.

Do ponto de vista da metodologia jurídica, fato e direito não prescindem um do outro, assim como o predicado não prescinde do sujeito: uma questão jurídica diz respeito sempre a uma certa questão fática¹⁷ (o tratamento jurídico a ser dispensado a determinado quadro fático) e os fatos, juridicamente falando, não têm sentido sem fazerem referência a uma questão de direito.¹⁸

Sendo assim, quando se faz uma pergunta sobre qual o tratamento jurídico a ser conferido a determinado caso (e é esta a pergunta que se faz nos processos jurisdicionais), a pergunta pela solução cabível tem um *sentido de direito*,¹⁹ com o que se opera uma ligação entre os fatos concretos da causa e a interpretação e aplicação do direito. Quando se pergunta por uma solução *jurídica* para uma determinada controvérsia, há uma *unicidade problemática* que impossibilita pensar-se metodologicamente algo que, como “fato”, se distinguisse absolutamente do “direito”.

Com efeito, é uma questão jurídica, que se decide de acordo com as normas jurídicas aplicáveis, apresentar uma solução juridicamente satisfatória para os problemas relacionados à adoção ou rejeição de hipóteses fáticas pertinentes à decisão. O direito não opera sobre o nada, mas sobre um predicado fático. Aplicar a consequência normativa sem a presença do predicado fático pressuposto para que tal consequência normativa se aplicasse é contrário às determinações do direito.²⁰ E é também contrário ao direito deixar de aplicar a consequência normativa quando presente o predicado fático que determina a aplicação desta consequência.

¹⁶ Neste sentido é a observação de Carlos S. Nino (NINO, Carlos S. **Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica**. 2. ed. México: Fontanamara, 1995, p. 22-23).

¹⁷ Questões abstratas (que não tratam de um caso concreto, mas da compreensão de questões jurídicas em abstrato), como as colocadas em ações abstratas de constitucionalidade, por exemplo, dizem respeito a fatos abstratos ou ficticiamente considerados, ou seja, para se apresentar uma proposta de interpretação em abstrato de determinado preceito normativo, imaginam-se os possíveis quadros fáticos que tenham sido objeto daquela norma abstrata em exame.

¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**. Op. cit., p. 511.

¹⁹ Idem. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 160.

²⁰ JAFFE, Louis L. Judicial Review: Question of Fact. **Harvard Law Review**, v. 69, p. 1.020-1.056, 1956, p. 1021.

Quando se trata de uma decisão jurisdicional a respeito de questões concernentes às provas, é preciso fazer uma distinção fundamental entre, de um lado, uma proposição “verdadeira” e, de outro, uma proposição que no contexto processual será “tida por verdadeira”. Esta distinção pode resolver muitas questões mal colocadas na relação entre prova e verdade.²¹

A verdade mesma de uma afirmação sobre um fato não depende de uma decisão judicial. O que depende de uma decisão é considerar/aceitar (para fins de adjudicação de direitos) essa afirmação como sendo verdadeira.²²

O que se decide, no processo, não é apenas se uma afirmação é verdadeira. Se ela é verdadeira ou não, é uma questão de estrutural prioridade, como se verá na seção 1.2.3. Mas, embora goze de enorme importância, saber se a hipótese é verdadeira ou falsa não é a questão a ser resolvida no processo. A questão a ser resolvida no processo é se a hipótese fática em exame *deve ser* aceita como verdadeira para a finalidade processual de atribuir uma determinada tutela jurisdicional.²³

A aceitabilidade de uma hipótese sobre fatos em um determinado processo depende simultaneamente dos elementos de juízo disponíveis e do *standard* de prova que haverá de ser adotado para o caso.²⁴ A epistemologia é necessária para determinar o grau de probabilidade de que um fato tenha ocorrido, mas ela nada afirma sobre o ponto de probabilidade suficiente para que, no processo jurisdicional, se considere provado o fato controvertido.²⁵ A decisão sobre qual é o *standard* de prova aplicável é uma decisão jurídico-político-moral, sobre a qual o direito — e não a epistemologia — se pronuncia.

Para, no contexto jurisdicional, se poder concluir que uma hipótese fática foi comprovada, é necessário e suficiente que se disponha de elementos de juízo *suficientes* em favor desta hipótese. Estes elementos de juízo precisam ser capazes de tornar a proposição fática que será adotada uma descrição *aceitável* dos fatos do caso.²⁶

²¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2005, p. 73.

²² *Ibidem*, p. 74.

²³ Como ensina MacCormick (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33-34): “O processo de ‘prova’ é um processo de determinar que, para efeitos legais, certas proposições deverão ser consideradas verdadeiras, especificamente para os efeitos do litígio em questão.”

²⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2007, p. 113.

²⁵ *Ibidem*, p. 80-81.

²⁶ *Idem*. **Prueba...** Op. cit., p. 69.

E a suficiência de elementos de juízo em favor da hipótese que poderá vir a ser adotada no processo como sendo verdadeira (ou seja, a decisão sobre qual o *standard* de prova aplicável ao caso e se ele foi atingido) é uma decisão que incidentalmente se há de tomar, com a finalidade de se decidir a controvérsia posta em juízo de forma adequada àquilo que é estabelecido pelo direito.

Além disso: o juízo sobre a suficiência das evidências para que se considere suprido o *standard* de prova aplicável ao caso *sub judice* consiste em uma *decisão* que se espera que o Judiciário tome tendo como razão de decidir *critérios jurídicos*. É dizer, adotando o ponto de vista jurídico.²⁷

Se a situação probatória não se encontra esclarecida (conclusão à qual se chega com a aplicação de parâmetros jurídicos), normas²⁸ acerca da distribuição do ônus da prova orientarão a decisão. Qual o *standard* de prova aplicável ao caso será uma decisão respaldada nos valores adotados pelo ordenamento jurídico em questão e no modo como o ordenamento indica que tais valores devam ser sopesados. E se este *standard* foi ou não preenchido será uma decisão respaldada em normas jurídicas que apontam como deve ser apreciada a prova²⁹: qual a segurança individual de cada elemento de juízo, qual o grau de apoio que a hipótese adotada exige destes elementos e qual a mínima proporção de elementos de juízo que deve se fazer

²⁷ RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 170.

²⁸ E, como se verá na seção 2.3, infra, a concretização dessas normas se utilizará da metodologia jurídica. Questões como, por exemplo, se devem ou não importar as razões subjacentes à regra geral de distribuição do ônus da prova, se se deve ou não derrotar determinada previsão normativa em princípio aplicável, são questões a serem resolvidas com o uso de critérios jurídicos.

²⁹ Observe-se, no ponto, que em conferência proferida em 1988, nas XI Jornadas Iberoamericanas de Direito Processual, Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. In: **Temas de Direito Processual**. 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 145-161, p. 156) repercutia no Brasil o que já era opinião doutrinária difundida à época. Nas palavras do autor: “Segundo entendimento autorizado [o autor menciona MAASSEN, Beweismassprobleme im Schadenersatzprozess, 1975; HUBER, Das Beweismass im Zivilprozess, 1983; WALTER, Freie Beweismwürdigung, 1979 e PRÜTTING, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983], nem todas as matérias comportam, no particular, tratamento idêntico: com relação a algumas será razoável, ou até imperioso, que se adote critério mais liberal para a aceitação da prova como bastante. Razões várias justificariam a atenuação do rigor: o fim protetivo da norma jurídica a ser aplicada; a especial dificuldade do interessado, por motivos objetivos e constantes, de conseguir elementos suficientes para lançar plena luz sobre os antecedentes do pleito; a verossimilhança consideravelmente maior, em princípio, de uma das versões contrapostas do episódio; e assim por diante.” Se é “razoável” ou “imperioso” que se adote “critério mais liberal para a aceitação da prova como bastante”, trata-se de uma decisão jurídica, como se verifica pelos motivos apresentados como autorizadores da “atenuação do rigor”, relacionados às razões subjacentes das normas potencialmente aplicáveis (sejam as normas de direito material, sejam as de definição da regra de ônus da prova aplicável) e ao modo como deve ser compreendido o ordenamento jurídico na solução dos casos em concreto.

presente nos autos em relação ao total das provas relevantes que poderiam ser obtidas.³⁰

1.1.2 O direito como sistema aberto que regula sua própria abertura

É correto afirmar que o sistema jurídico é caracteristicamente aberto³¹ a outras normas (não estritamente jurídicas ou não pertencentes primariamente ao mesmo sistema jurídico). Assim, por exemplo, para que se decida juridicamente acerca de uma determinada questão, poderá ser preciso fazer considerações acerca da vontade de partes contratantes (o direito contratual remete a ela), de regras da lógica (tal como a do terceiro excluído), da ciência (é impossível a uma pessoa, segundo as conclusões atuais da ciência, tocar o sol e permanecer viva), da experiência (uma testemunha capaz, se não tem motivo que pudesse levá-la a mentir, normalmente fala a verdade) ou a regras provenientes do estatuto de uma determinada pessoa jurídica ou de um outro país (se assim determinar o direito internacional privado) ou de uma organização internacional. Todavia, é parte da função dos sistemas jurídicos, abertos que são, “sustentar e apoiar outras normas e organizações”.³²

A sustentação que o sistema jurídico dá a outros tipos de normas se dá, também, em razão de outros dois aspectos característicos dos sistemas jurídicos: sua inclusividade e sua reivindicação por supremacia. Com efeito, sistemas jurídicos são inclusivos³³ porque reivindicam autoridade para regular — juridicamente — qualquer tipo de comportamento; e reivindicam supremacia,³⁴ na medida em que pretendem ter autoridade para regular a aplicabilidade de outros sistemas à comunidade a que se destinam.

Ressalte-se que, embora os sistemas jurídicos sejam abertos a outras normas (não estritamente jurídicas), é no interior do sistema jurídico que se encontram os

³⁰ Neste sentido, embora afirmando que seus argumentos têm caráter especificamente epistemológico (e não jurídico, como aqui defendido para o contexto da decisão judicial): HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, C. (Coord.). **Estándares de prueba y prueba científica**: Ensayos de epistemología jurídica. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 65-98, p. 78-79. Ver sobre isso, em mais detalhes, seção 2.2.3, infra.

³¹ RAZ, Joseph. Op. cit., p. 151.

³² Ibidem, p. 152.

³³ Ibidem, p. 148-149.

³⁴ Ibidem, p. 150.

elementos (as normas jurídicas) que ditarão se uma norma — a princípio externa ao sistema jurídico — será ou não por ele adotada. Ou seja: é o próprio sistema jurídico que regula sua abertura a elementos exteriores a ele.

Diante disto, não há como se dizer que qualquer questão que deva ser objeto de *decisão* judicial não seja — ao menos *também* — jurídica.³⁵ E dentre as questões que devem ser objeto de decisão judicial estão aquelas que dizem respeito ao acertamento dos fatos, à suficiência ou insuficiência da prova para o fim de se considerarem provados os fatos objeto da prova e, se caso, da distribuição do ônus da prova.

Estas questões, ademais, não são só de ser resolvidas *com* critérios jurídicos, mas não de ser resolvidas *para* que se tome uma decisão jurisdicional (a qual, na condição de decisão jurisdicional, haverá de ser pautada por critérios jurídicos). Ou seja, as decisões acerca da prova dos fatos são *incidentais* para que ao final se decida qual das partes deverá ficar com o bem da vida discutido em juízo ou em que proporção o bem da vida ficará com cada qual das partes. E é o todo da decisão jurisdicional a ser tomada que se deverá pautar por critérios jurídicos.

O pensamento moderno aspirava averiguar fatos puros (também chamados de fatos “brutos”) independentemente de decisão jurisdicional, uma vez que a decisão jurisdicional — para o pensamento moderno — estaria reservada apenas ao juízo acerca da questão de direito.³⁶ Essa ideia moderna de averiguação dos fatos independentemente de *decisão* jurisdicional era fundamentada na respectiva concepção *moderna* de prova, referida a uma probabilidade-frequência de que os fatos objeto de prova houvessem ocorrido. Tal concepção moderna procurava superar a perspectiva *clássica* anterior, argumentativa, que fundamentava a probabilidade de que os fatos objeto da prova houvessem ocorrido em uma probabilidade ético-jurídica, em que os aspectos fáticos e jurídicos eram compreendidos como incidíveis para a realização do direito.³⁷

³⁵ Esta afirmação ora feita no texto conflita com a ideia tradicional (a ser tratada no capítulo 3, *infra*) de que os recursos de direito estrito (tais como o recurso especial e o extraordinário) não devam versar questões probatórias. Com efeito, se a decisão de questão probatória envolve questão jurídica, a questão jurídica a ser decidida poderia ser veiculada por meio de recurso de direito estrito. Tal conflito será problematizado ao longo do presente trabalho.

³⁶ CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia**... Op. cit., p. 163.

³⁷ *Ibidem*, p. 163-164.

Na atualidade, na linha dos desenvolvimentos teóricos acerca do caráter argumentativo do direito,³⁸ revitaliza-se uma concepção *argumentativa* da prova (diferente, é importante que se diga, daquela concepção pré-moderna), para a qual não faz mais sentido falar-se de prova de fatos “puros”, mas apenas de prova daquilo que os problemas prático-jurídicos exigem,³⁹ segundo a intencionalidade normativa.⁴⁰

O que se demanda no contexto probatório a respeito dos fatos não é a mera descrição daquilo que já exista à margem de qualquer raciocínio probatório, mas sim uma atividade construtiva,⁴¹ juridicamente fundada, a respeito da hipótese fática.⁴² Ou seja, pede-se ao Judiciário não que apenas declare que os fatos se passaram de forma X ou Y, mas que *decida* se é juridicamente sustentável (e por quais razões e segundo quais critérios adotados na consideração simultânea e coerente das razões favoráveis e das contrárias) ter-se como provado que os fatos tenham se passado de certa maneira.

Situando-se este trabalho no contexto de justificação da decisão a respeito do resultado probatório, será preciso tratar de teorias da decisão, conjuntamente com teorias da prova. Isto porque teorias da prova judicial e teorias de decisão judicial não podem ser distinguidas rigidamente uma da outra, sendo mais apropriado afirmar-se que teorias da prova pressupõem teorias da decisão ou são partes de teorias da decisão.⁴³ Espera-se que isso resulte claro no desenvolvimento argumentativo que segue.

1.1.3 O caráter argumentativo do direito e o caráter argumentativo da prova

Na temática da suficiência da prova e da distribuição do ônus da prova é usual a adoção de conceitos jurídicos abertos e indeterminados. Esta abertura normativa é

³⁸ Sobre isso, ver seção 1.1.3, *infra*.

³⁹ CASTANHEIRA NEVES A. **Metodologia...** Op. cit., p. 164. E isso, como bem nota Castanheira Neves (*Ibidem*, p. 164) não se altera pelo fato de haver regras de direito probatório que estabeleçam restrições, exclusões ou procedimentos. Isto porque tais regras são pautadas por valores que o sistema jurídico também optou por tutelar.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 157.

⁴¹ Não se trata — em um Estado de Direito — de uma construção a partir do nada, mas de uma construção fundada. Sobre os fundamentos do juízo probatório, ver capítulo 2, *infra*.

⁴² ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 12, p. 257-299, 1992, p. 265.

⁴³ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of Evidence**. 2. ed. Cambridge: Cambridge, 2005, p. 80.

tendencialmente tanto mais usual quanto maior a diversidade das situações que poderão ser abarcadas pela norma, de modo que uma norma aberta terá a virtude de permitir flexibilidade e adaptabilidade às circunstâncias do caso.

Nessa linha, o art. 369 do novo Código de Processo Civil estabelece que as partes têm o direito de empregar todos os meios lícitos para a prova da *verdade dos fatos* em que se funda o pedido ou a defesa. O art. 370 dispõe que cabe ao juiz determinar as provas *necessárias* ao julgamento do feito. E o art. 371 especifica que o juiz, ao decidir acerca da prova, indicará *as razões* que sustentam tal decisão.

O que é necessário e suficiente para a prova da verdade das hipóteses fáticas em questão (art. 369), para o julgamento da causa (art. 370) e para a sua respectiva fundamentação são problemas *jurídicos* (nem sempre pouco problemáticos)⁴⁴ e portanto de caráter argumentativo.

O campo de abertura argumentativa das questões probatórias é tanto maior quanto mais propende um sistema probatório para um sistema de livre apreciação das provas,⁴⁵ como é o caso do sistema adotado no Brasil. E, no caso de adoção de um sistema não tarifado de provas, a garantia de legitimidade da apreciação das provas só pode ser encontrada em uma adequada fundamentação da conclusão adotada, o que faz com que resulte de relevo o adequado tratamento do caráter argumentativo do direito na apreciação das questões probatórias.

O caráter argumentativo do direito faz com que, para qualquer problema jurídico que se imagine, a solução para ele inicialmente proposta tenha de ser testada levantando-se argumentos que possam ser dados em seu favor e contra ela.⁴⁶ E os

⁴⁴ Wróblewski (WRÓBLEWSKI, Jerzy. **The Judicial Application of Law**. Dordrecht: Kluwer Academic, 2010. Edição Zenon Bankowski; Neil MacCormick, p. 177 e 182) diferencia fatos simples e descritivos de fatos que contêm um elemento valorativo, sustentando que, nos casos em que os fatos não são determinados de modo simples, sua afirmação depende de justificação, ou seja, de diretivas normativo-jurídicas a respeito da prova e da justificação oferecida. Parece-nos mais clara, porém, a avaliação da questão em termos de problematicidade, nos moldes propostos por Castanheira Neves: uma questão a ser decidida no processo pode ser mais ou menos problemática; se a questão não é capaz de ser problematizada, então o espaço de decisão nem mesmo existe.

⁴⁵ É com razão que Fernando Andreoni Vasconcellos (VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 76), com clareza, conclui que “Sem medo do equívoco, é possível afirmar que, quanto maior o grau de abstração da mensagem legislada, maiores são as chances de que a sua previsão possa ser derrotada, não aplicada. A dificuldade aumenta no momento em que princípios jurídicos são cotejados, isolada ou concomitantemente à interpretação de outras regras, pois a carga axiológica que eles possuem dificulta a definição de seus conteúdos.”

⁴⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes; Marcos Paulo Verissimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 19.

argumentos sobre questões de fato ou de prova, na medida em que tenham relevância para o direito, são uma espécie de argumentos jurídicos.⁴⁷

Assim sendo, na resolução de problemas fático-probatórios procuram-se e cotejam-se argumentos favoráveis e contrários à conclusão de se considerar provada ou não provada a hipótese que se pretende provada. Para isso (1) verifica-se qual o *standard* de prova aplicável (para o que também se comparam argumentos a favor e contra um *standard* superior ou inferior) e se ele é suprido quando cotejados os argumentos favoráveis e os contrários à veracidade da hipótese; e, ainda, (2) verifica-se quem tem o ônus da prova e cotejam-se as consequências que adviriam no caso de se considerar a hipótese comprovada e no caso de se aplicar a regra de julgamento de ônus da prova aplicável (à qual por sua vez também se chega comparando-se argumentos contrários e favoráveis a uma ou outra forma de atribuição do ônus da prova).

É certo que em matéria probatória há também o uso de normas com o formato de regras. É o caso, por exemplo, de regras que exigem que a prova de certos fatos seja feita através de certos documentos ou até mesmo das regras que pré-estabelecem o modo de distribuição do ônus da prova (art. 373 e 429 do novo Código de Processo Civil; art. 38 do Código de Defesa do Consumidor). No entanto, tais regras contêm, como quaisquer outras, cláusulas — ainda que não expressas⁴⁸ — de derrotabilidade,⁴⁹ de modo que, portanto, estão também sujeitas a testes argumentativos.

1.1.4 A derrotabilidade na interpretação e aplicação do direito em geral e do direito probatório em específico

A teoria da derrotabilidade tem suas origens na filosofia do direito de Hart: dada a textura aberta da linguagem natural, qualquer tentativa de esgotar todas as

⁴⁷ MACCORMICK, Neil. *Retórica...* Op. cit., p. 20.

⁴⁸ E ainda que, tratando-se de normas mais fechadas, se faça necessário um maior esforço argumentativo para que venham, se for o caso, a ser derrotadas: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Colisão entre normas, ponderação e o parágrafo segundo do artigo 489 do NCPC. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **O dever de fundamentação no Novo CPC: análises em torno do artigo 489**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 341-357, p. 348.

⁴⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. Validity and Defeasibility in the Legal Domain. **Law and Philosophy**, v. 29, p. 601-626, 2010, p. 606.

possíveis circunstâncias relevantes para a aplicabilidade de normas é em vão. A categoria da derrotabilidade foi formulada originalmente por Hart, em artigo de 1948,⁵⁰ em que afirma que todas as normas jurídicas possuem uma cláusula implícita que poderia ser iniciada por “a menos que”.

Conforme ensina Serbena,⁵¹ o modelo de derrotabilidade substitui o condicional do modelo tradicional (“se A, então B”) por um condicional enfraquecido, um condicional derrotável. Neste modelo, o antecedente não é uma condição necessária e suficiente para o consequente, mas uma condição contributiva.

A derrotabilidade é normativa, ou seja, é a norma⁵² (não o texto)⁵³ que é derrotável. Isso porque um mesmo texto pode admitir diversas interpretações e, portanto, resultar em diferentes normas. E uma norma pode advir não de apenas um texto, mas de diversos enunciados. É o resultado da interpretação, apenas, que conduzirá à norma potencialmente aplicável ao problema jurídico a ser solucionado. E a norma *prima facie* aplicável está sujeita a um juízo de derrotabilidade, isto é, sujeita a ser excepcionada por exceções implícitas não identificáveis *a priori*.

A teoria da derrotabilidade cumpre uma função heurística ao procurar apresentar uma proposta teórica que sustente a juridicidade de que uma norma *prima facie* aplicável na solução de um problema jurídico concreto não deva ser efetivamente aplicada na solução deste problema. Destarte, a solução jurídica correta aplicável ao caso pode ser diversa daquela que *prima facie* parecia ser a solução jurídica correta. A dogmática jurídica tradicional costuma afirmar que em uma situação tal (em que se verifica o antecedente normativo, mas não se aplica o consequente previsto abstratamente na norma) haveria perda de eficácia ou descumprimento legal.⁵⁴ Sob a ótica descritivamente mais realista da teoria da derrotabilidade, podem-se configurar situações em que, presentes certas condições não previstas pela norma hipoteticamente *prima facie* aplicável e realizado um exame sistemático do ordenamento jurídico, a solução hipoteticamente *prima facie* aplicável deva ser

⁵⁰ HART, Herbert. The Ascription of Responsibility and Rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**. Londres: Harrison & Sons, v. 49, p. 171-194, 1948, p. 171-194.

⁵¹ SERBENA, Cesar Antonio. [Palestra]. In: I ENCONTRO INTERNACIONAL DE FILOSOFIA POLÍTICA E JURÍDICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA, 12-16 mar. 2012. Uberlândia-MG, 12 mar. 2012.

⁵² É mais precisa a ideia (MACCORMICK, Neil. **Retórica...** Op. cit., p. 327) de que o que é derrotado é um pleito de uma certa compreensão da norma, como se verá na sequência.

⁵³ O que é frisado em: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica...** Op. cit., p. 58.

⁵⁴ Como nota, criticamente, Vasconcellos (Ibidem, p. 60).

derrotada, superada, deixada de lado para que solução diversa, e juridicamente mais sustentável, seja aplicada.

A norma derrotada em um específico caso concreto não é necessariamente eliminada do ordenamento jurídico: ela pode manter-se em vigor e permanecer abstratamente aplicável para os casos em geral por ela regulados.⁵⁵ Apenas para específicos casos concretos relevantemente análogos àquele em que a norma foi derrotada é que, por uma questão de universalidade,⁵⁶ impessoalidade e isonomia, o mesmo tratamento (aquele que superou o tratamento derrotado) deverá ser aplicado.

Com precisão, MacCormick observa que não são as regras mesmas que são derrotadas ou excepcionadas; o que é excepcionado é um pleito⁵⁷ baseado em uma particular interpretação a ser hipoteticamente dada à regra. Em outros termos: o que se vê derrotada é uma pretensão de que uma certa interpretação normativa seja aplicada ao caso decidido. E esta derrota se passa porque, de acordo com a apreciação sistemática do ordenamento jurídico, havia outros elementos determinantes a serem considerados na solução do caso. No caso de ser positivo o juízo de derrotabilidade da regra (ou seja: sendo o caso de se derrotar efetivamente a interpretação inicialmente proposta para a regra), então a regra que solucionará o caso será outra, diversa daquela *prima facie* proposta.

Com isso, o juízo de derrotabilidade de uma conclusão jurídica hipoteticamente aplicável, uma vez presentes certas circunstâncias que podem fazer com que tal conclusão deva ser abandonada,⁵⁸ envolve a realização de testes argumentativos inerentes à problemática concretização do direito.

A ligação das teorias de derrotabilidade com as teorias da argumentação é patente quando se constata que ambas tratam semelhantemente e até conjuntamente de questões relativas aos critérios para a interpretação e aplicação do direito e para a superação de normas que *prima facie* pareceriam aplicáveis mas que, considerados

⁵⁵ VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica...** Op. cit., p. 61-62.

⁵⁶ É nesse sentido que Vasconcellos propõe que exigências universalistas e particularistas possam ser atenuadas mediante a ideia de universalização do tratamento dado a particularidades. Nas palavras do autor (VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Precedentes: entre regras e exceções.** In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 107-123, p. 110): “ao se adotar uma conclusão com base em determinado conjunto de premissas, restará vinculada tal ilação, não se podendo alterá-la em outra oportunidade, diante do mesmo quadro de premissas, sob pena de inconsistência do raciocínio defendido.”

⁵⁷ MACCORMICK, Neil. **Retórica...** Op. cit., p. 327.

⁵⁸ PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The Three Faces of Defeasibility in the Law. **Ratio Iuris**, v. 17, n. 1, p. 118-139, 2004, p. 118.

todos os elementos *que devam ser considerados*, não se revelam como a solução juridicamente mais sustentável.

Ávila,⁵⁹ nesta linha, trata da necessidade — para que se excepcione uma regra potencialmente aplicável na solução de um caso — de que haja uma “justificativa condizente”, assim compreendido o argumento apto a que se conclua pela “incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente” e pela conclusão de que “o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica”.⁶⁰

Assim, a necessidade de derrota de uma norma potencialmente aplicável exsurdirá da incoerência da proposta *prima facie* de interpretação da norma com a finalidade subjacente à norma e com o ordenamento jurídico como um todo. E tal incoerência haverá de ser cotejada com as possíveis repercussões negativas da não aplicação daquela proposta *prima facie* de leitura da norma.

1.1.5 A opção do Estado de Direito por uma justificação universalista e não por uma particularista

Poderia parecer, a uma primeira vista, que a consideração de todos os elementos *que devam ser considerados* para a solução de um determinado problema jurídico, contida na proposta das teorias de derrotabilidade e no reconhecimento do caráter argumentativo do direito, fosse uma consideração que tornasse a proposta da derrotabilidade uma proposta teórica signatária de alguma espécie de particularismo. Como se verá, porém, disso não se trata. Ao contrário, autores que contribuem para o desenvolvimento das teorias da derrotabilidade são defensores expressos da compatibilidade do Estado de Direito apenas com propostas universalistas. Esta é, ademais, premissa elementar adotada no presente trabalho.

⁵⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria...** Op. cit., p. 128.

⁶⁰ É interessante notar, neste ponto, a relevância da observação de Vasconcellos (VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Colisão...* Op. cit., p. 348) no sentido de que as regras, por terem campo de aplicação bem-definidos, são mais dificilmente derrotáveis que normas mais abertas. Com efeito, a possibilidade de superação de uma regra fechada e bem-definida poderia com maior chance implicar um *déficit* injustificado de segurança jurídica.

Segundo o argumento particularista, uma decisão particular acerca de uma demanda específica não é tomada tendo em vista uma classe de pessoas; ao contrário, ela diz respeito apenas a pessoas particulares.⁶¹ Para os particularistas (que adotam a versão mais radical de particularismo), um bom juiz é aquele que tem uma boa intuição ou que desenvolveu uma sabedoria prática através de experiência de decidir por longo tempo um tipo de casos.⁶² E um bom procedimento particularista de tomada de decisões seria aquele que oportunizasse a máxima atenção a todos os pontos do caso a ser resolvido e que atribuísse a função de tomar decisões a pessoas prudentes, dotadas de sabedoria prática.⁶³

Note-se, porém, que uma decisão apenas subjetivamente defensável não tem respaldo no Estado de Direito. O Estado de Direito exige um processo racional, objetivo e justificado na tomada de decisões pelo Estado-juiz. Isso implica que uma decisão tomada em um caso possa ser justificadamente tomada em todos os demais casos análogos a ele. Destarte, um teste de adequação de uma decisão ao Estado de Direito seria perguntar-se se a mesma decisão poderia ser tomada em caso análogo. E, com isso, qualquer decisão, para ser sustentável em um Estado de Direito, há de ser potencialmente extensível a casos similares.

Como argumenta Kant, em sua *Doutrina do Direito*,⁶⁴ “É só pela submissão à Vontade Legislativa Universal que é possível uma condição de lei e ordem”. Viver sob o império de normas aplicáveis universalmente é, para Kant, mais do que uma exigência de se viver em um Estado de Direito. Na doutrina kantiana, viver sob o império de normas de aplicabilidade universal é uma exigência da razão,⁶⁵ na medida em que a razão exige um critério *objetivo* para julgamento.

Sob o título “Que é o Direito em si?”, Kant acrescenta que: “[...] a questão de saber se o que prescrevem essas leis é justo [...] jamais poderá ser resolvida a menos

⁶¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica...* Op. cit., p. 110.

⁶² *Ibidem*, p. 111.

⁶³ *Ibidem*, 112.

⁶⁴ Trata-se da primeira parte do livro *Metafísica dos Costumes*, consultada em: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do Direito**. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 255.

⁶⁵ Da necessidade de se observar a racionalidade, a doutrina kantiana retira o imperativo categórico: “O imperativo categórico, que enuncia de uma maneira geral o que é obrigatório, pode ser formulado assim: age segundo uma máxima que possa ao mesmo tempo ter valor de lei geral. Podes, portanto, considerar tuas ações segundo seu princípio subjetivo; mas não podes estar seguro de que um princípio tem valor objetivo exceto quando seja adequado a uma legislação universal, isto é, quando este princípio possa ser erigido por tua razão em legislação universal.” (KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 39).

que [...] se busque a origem desses juízos na razão somente [...], para se estabelecer os fundamentos de *uma legislação positiva possível*⁶⁶ (grifo nosso). Ora, ao se tratar de uma legislação positiva *possível*, tem-se que haveria a hipótese de uma legislação positiva *impossível*, ou, melhor dizendo, (em Kant) não respaldada pela razão e, portanto, inadmissível (por não estar respaldada na razão, a qual que exige um critério objetivo para julgamento). Adotando-se esta ideia de Kant, só se pode dizer que algo é direito (e que uma determinada decisão é baseada no direito) se for racional, ou seja, se contiver um critério objetivo e, assim, for universalizável.

Em outros termos: se a razão exige a adoção de um critério objetivo para julgamento, e só é objetivo um critério que possa ser universalizado, então a exigência de que qualquer decisão possa ser universalizável é uma exigência da razão. Como conclusão: não é racional uma decisão que não possa ser universalizável.

A propósito, os tradutores da obra original de MacCormick, intitulada *Rhetoric and the Rule of Law*, mencionam em nota⁶⁷ que a expressão “*Rule of Law*” normalmente é utilizada para se referir a um certo padrão de racionalidade na aplicação do direito, ao passo que “*Law State*” normalmente diz respeito a um Estado que se subordina ao direito — portanto, que não é autoritário.

Em verdade, são muito próximas as ideias de que decisões estatais devam adotar um padrão objetivo de racionalidade e de que um Estado não seja autoritário. Ambas vedam a adoção de decisões *ad hoc*, apenas subjetivamente aplicáveis e não extensíveis a casos análogos.

Também nessa esteira, Taruffo,⁶⁸ ao contrapor às ideias do particularismo as do universalismo, conclui que até mesmo as decisões que parecem estar mais diretamente vinculadas aos fatos que identificam os casos concretos, como é o caso da decisão fundada em precedentes, têm obrigatoriamente de fazer referência a critérios generalizáveis. Esta referência a critérios que possam ser generalizados, para o autor, é uma exigência da racionalidade global do sistema jurídico.

Efetivamente, se as decisões versassem apenas sobre situações específicas vivenciadas por sujeitos particulares e devessem encontrar justificativa apenas nas circunstâncias do caso concreto (como apregoam as versões mais radicais do

⁶⁶ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 45.

⁶⁷ MACCORMICK, Neil. **Retórica**... Op. cit., p. XXVI-XXVII.

⁶⁸ TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**: el juez y la construcción de los hechos. Tradução Daniela Accatino Scagliotti. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 226-227.

particularismo), então o imperativo de se dispensar igual tratamento a situações iguais ou similares não teria a mínima força. Para Taruffo,⁶⁹ uma decisão que não fizesse referência a regras gerais dificilmente poderia ser qualificada como uma decisão *jurídica*, já que para a tomada de uma decisão jurídica — e especialmente para a apresentação de fundamentação jurídica que lhe corresponde — é inevitável, ao menos em sistemas fundados no princípio da legalidade, a referência a normas dotadas da característica da generalidade.

E, como já tratado acima (1.1.1), são decisões jurídicas e não de outra espécie que são demandadas ao Judiciário, pautadas por critérios jurídicos. Se utilizados também critérios de outra natureza (científicos, lógicos, epistemológicos, culturais etc.), então isso se dá porque o sistema jurídico se utiliza dos conhecimentos dessas outras naturezas, mas com isso tornando-os parte da decisão jurídica.

O mesmo é asseverado por MacCormick,⁷⁰ ao sustentar que um compromisso com a imparcialidade (entre indivíduos e entre casos) exige que os fundamentos adotados em um caso sejam repetíveis nos casos futuros análogos, por mais particular que o caso pareça ser.⁷¹

MacCormick⁷² defende a ligação da equidade com o universal e não com o particular. O autor observa que a aplicação de uma norma a uma situação particular pode *parecer* injusta (iníqua) por não serem suficientemente refinadas as categorias previstas na norma.⁷³ Diante de algumas dessas situações, MacCormick defende que normas formais de direito positivo que possam causar injustiça em sua aplicação podem justificar a criação de exceções (derrotabilidade) à previsão normativa para aquelas classes de situações para as quais, “por bons motivos”, não deva ser aplicada a lei promulgada ou a regra em precedente estabelecida. Com isso, como Schauer, MacCormick sustenta que a justificação de decisões seja sempre fundada em

⁶⁹ TARUFFO, Michele. **Simplemente...** Op. cit., p. 227.

⁷⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica...** Op. cit., p. 120.

⁷¹ A este respeito, MacCormick (Ibidem, p. 119) dá como exemplo o caso das gêmeas siamesas Mary e Jodie, em que a House of Lords decidiu ser juridicamente permitida e até mesmo obrigatória a realização de uma determinada cirurgia para separá-las. A afirmação da situação de modo universal é patente no julgamento proferido por Ward L. J.: “[...] é importante reafirmar as circunstâncias únicas para as quais este caso pode ser considerado um precedente. Elas consistem em que seja impossível preservar a vida de X sem acarretar a morte de Y, que Y, pelo só fato de se manter vivo, vá ocasionar a morte de X em um espaço curto de tempo, e que X seja capaz de sobreviver independentemente mas Y seja incapaz de fazê-lo sob quaisquer circunstâncias (incluindo quaisquer formas de intervenção médica).” MacCormick (Ibidem, p. 120) conclui que, se uma situação como esta justificava a cirurgia neste caso, então ela tem que justificar cirurgia deste tipo em todos os outros casos deste tipo.

⁷² Ibidem, p. 124-126.

⁷³ Ibidem, p. 124.

proposições universais, hábeis a serem adotadas também para a solução de casos semelhantes. Ambos sustentam, igualmente, que uma exceção criada para a solução de um caso específico tem de ser passível de universalização, ou seja, a exceção tem de ser aplicada a todos os casos em que presentes as circunstâncias que determinaram que a regra fosse excepcionada.⁷⁴

Com isso, pode-se dizer que há razões provenientes do Estado de Direito, das exigências de legalidade e de imparcialidade, bem como da razão — e de sua exigência por objetividade — que determinam que uma decisão juridicamente sustentável aplicável a um caso submetido à apreciação jurisdicional deva ser passível de extensão a outro caso análogo. Isso se aplica a *qualquer* decisão jurídica (caso contrário, não se trataria de Estado de Direito, mas de Estado de Exceção), inclusive àquelas que realizam o accertamento dos fatos objeto do processo, que estabelecem se foi ou não suprido o *standard* de prova aplicável ao caso e, em havendo necessidade (caso não se verifique suprido o *standard* de prova aplicável), que definem como se deve distribuir o ônus da prova.

Essa exigência de objetividade decorrente do Estado de Direito, ao se aplicar também às decisões jurisdicionais em matérias probatórias, faz com que o problema da apreciação da prova não diga respeito à situação subjetiva do juiz. A situação subjetiva do juiz é algo empírico sem pertinência para a teoria das provas. A teoria das provas não é empírica, mas prescritiva, na medida em que trata dos critérios (objetivos, em um Estado de Direito) para a tomada de decisão que envolva questões probatórias. A teoria das provas trata dos critérios de aceitabilidade e validade das razões para a determinação dos fatos, não da situação subjetiva do juiz.⁷⁵ O que importa, em um Estado de Direito — guiado pela razão e pela vedação de arbitrariedade —, para fins de instrução processual, é a existência de elementos objetivos que autorizem conclusões em um determinado sentido acerca das hipóteses fáticas possíveis.

É debatida a condição universalizável das conclusões sobre fatos e provas nos processos. Vamos procurar, neste trabalho, desenvolver uma argumentação no

⁷⁴ MACCORMICK, Neil. **Retórica**... Op. cit., p. 125; p. 328; SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego**: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Tradução Claudina Orunesu; Jorge L. Rodríguez. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 178-179; p. 266-267.

⁷⁵ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 329.

sentido de que, também com relação a essas conclusões jurídico-processuais, o Estado de Direito exige justificativa universalizável.⁷⁶

1.2 A PRIORIDADE ESTRUTURAL DA VERDADE DOS FATOS NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

1.2.1 A incidentalidade da decisão acerca das provas no contexto da decisão da causa

É ainda viva a controvérsia teórica entre aqueles que, seguindo Bentham,⁷⁷ defendem a eliminação de regras jurídicas para a apuração dos fatos e aqueles⁷⁸ que defendem a permanência e até o aumento de regras processuais, consideradas ou necessárias ou convenientes para o desenvolvimento das atividades probatórias e para a solução adequada das questões probatórias e da causa.

⁷⁶ Neste sentido: ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**. Teorías de la argumentación jurídica. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2005, p. 115: “*En fin, como antes había sugerido, el principio de universalidad cabe aplicarlo también — aunque MacCormick no lo haga o, al menos, no lo haga explícitamente — a los problemas de prueba [nt. 8: Y, en cierto modo, esto es lo que viene a hacer el propio MacCormick en un artículo posterior a Legal Reasoning and Legal Theory (cf. MacCormick, 1984b: “Coherence in Legal Justification”, Weinberger-Festschrift, p. 37-53]. Es obvio que los hechos del caso son siempre hechos específicos (la premisa fáctica del silogismo judicial es un enunciado singular o un conjunto de enunciados singulares), pero cuando existen problemas sobre el establecimiento de los hechos, parece claro que entre las premisas del razonamiento que se utilice tiene que existir — explícita o implícitamente — un enunciado universal. Así, a propósito del ejemplo antes puesto, para llegar a la conclusión de que Louis Voisin mató a Emilienne Gerard se necesita presuponer un enunciado de tipo universal (digamos, una máxima de experiencia) que podría formularse así: Siempre que se den los hechos ‘X’, ‘Y’, ‘Z’, es razonable suponer que ‘A’ causó la muerte de ‘B’.*” Em tradução livre: “Enfim, como antes havia sugerido, cabe aplicar o princípio da universalidade também — ainda que MacCormick não o faça ou, ao menos, não o faça explicitamente — aos problemas de prova [nt. 8: E, em certo modo, isso é o que vem a fazer o próprio MacCormick em um artigo posterior a ‘Argumentação jurídica e teoria do direito’ (cf. MacCormick, 1984b: “Coherence in Legal Justification”, Weinberger-Festschrift, p. 37-53]. É óbvio que os fatos do caso são sempre fatos específicos (a premissa fáctica do silogismo judicial é um enunciado singular ou um conjunto de enunciados singulares), mas quando existem problemas sobre o estabelecimento dos fatos, parece claro que entre as premissas do raciocínio que se utilize tem que existir — explícita ou implícitamente — um enunciado universal. Assim, a propósito do exemplo antes dado, para chegar à conclusão de que Louis Voisin matou Emilienne Gerard se precisa supor um enunciado de tipo universal (digamos, uma máxima de experiência) que poderia ser formulada assim: ‘Sempre que se deem os fatos X, Y, Z, é razoável supor que A causou a morte de B’.”

⁷⁷ BENTHAM, Jeremy. **A Treatise on Judicial Evidence**. London: J.W. Paget, 1825, 1825.

⁷⁸ Dentre eles: STEIN, Alex. **Foundations of Evidence Law**. Oxford: Oxford University, 2005.

No início da década de 1970, Cappelletti constatou uma tendência, em muitos países ocidentais (incluindo Inglaterra e Estados Unidos) de aumento dos poderes do juiz e de atenuação (se não abandono) da teoria adversarial.⁷⁹

Embora essa confiança nas virtudes do ativismo judicial provocasse um pleito por se abolir regras *a priori* e vinculantes para a exclusão ou para a introdução de provas, Cappelletti⁸⁰ constatou também que uma nova concepção de processo justo limitou essa tendência em favor de valores como privacidade, liberdade, dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana. Isso fez com que fossem introduzidas *novas* regras de exclusão, que *não* refletem uma metodologia formalista e escolástica na determinação da verdade; pelo contrário, tais regras de exclusão são o preço conscientemente pago pelas sociedades liberais para protegerem valores e liberdades.

A permanência histórica nos ordenamentos jurídicos de regras de exclusão de provas, regras acerca do modo e tempo de requerimento e produção de provas e mesmo acerca do valor (estabelecido *a priori*) a ser conferido às provas demonstra que os ordenamentos jurídicos de países inegavelmente democráticos reconhecem que nem sempre uma decisão ótima sobre o modo como os fatos se passaram é, tudo considerado, a mais desejável.

Com efeito, há outros valores — diversos da melhor averiguação possível do modo como os fatos se passaram — que norteiam o estabelecimento de regras processuais acerca do requerimento, da produção e da avaliação da prova. Não fossem esses outros valores, seria possível ao juiz vagar pelo mundo com tempo e recursos ilimitados a fim de procurar saber dos fatos objeto de prova.

No entanto, o objetivo final do processo não é o de declarar por sentença o modo perfeito como os fatos objeto de prova se passaram.⁸¹ Pode haver até mesmo processos em que os fatos não sejam nem mesmo controvertidos e não sejam objeto

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation**. Milano: Giuffrè, 1973, p. 750-751. O autor apontou duas ordens de justificativas para isso; uma primeira ligada à demanda por eficiência na administração judicial (conferindo-se, para isso, ao juiz o dever de dar um rápido e ordenado progresso ao processo) e a outra relacionada à compreensão do processo não mais como um negócio privado entre as partes, com o que negar poderes ao juiz pode estar em conflito (e normalmente está) com a garantia de uma equidade real (e não só formal) entre as partes.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 761-766.

⁸¹ É essa a ideia de Taruffo (TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Op. cit., p. 16-17) ao ponderar que o processo não tem finalidade científica ou de conhecer os fatos simplesmente, mas de apurá-los porque isso é necessário para compor a controvérsia adequadamente.

de prova. O objetivo final do processo (de conhecimento) é decidir a causa de acordo com o direito material.⁸²

Daí dizer-se que o processo é instrumental em relação ao direito material, preocupando-se em ser um processo de resultados, hábil a cumprir seus escopos. A finalidade instrumental do processo tem um duplo sentido⁸³: *positivo*, ligado à problemática essencial da efetividade do processo, preocupado em predispor o processo a cumprir suas funções; e *negativo*, que procura operacionalizar o processo sem antepô-lo à justiça, ou seja, busca colocar o processo em seu devido lugar, de instrumento, reconhecendo que o sistema processual não vale por si, mas pelos objetivos que tem.

1.2.2 A finalidade instrumental do processo

Afirmar que o processo instrumental deva ser um processo de resultados não implica defender que o processo deva desenrolar-se de qualquer forma desrespeitadora de direitos. Pelo contrário: em primeiro lugar porque o exercício do

⁸² Trata-se de uma forma sintética de se dizer, em outros termos, que o processo é instrumento colocado à disposição da sociedade com a finalidade de tutelar os direitos prometidos pelo ordenamento jurídico. Como acentua Mitidiero (Op. cit., p. 25-26), a tutela dos direitos, a ser feita por meio do processo, pode ser visualizada em duas dimensões: uma que tem por tônica o caso concreto e o reconhecimento dos direitos das partes e a outra que foca a ordem jurídica como um todo, mediante a afirmação e respeito aos precedentes. Nesta linha, promover o *adimplemento da lei* (CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 65-67) ou a *atuação da vontade concreta da lei* (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituzioni di Diritto Processuale Civile**: v. 1: i concetti fondamentali: la dottrina delle azioni. 2. ed. Napoli: Jovene, 1957, p. 34-35) ou “garantir a observância prática do direito objetivo” (CALAMANDREI, Piero. **Límites entre jurisdicción y administración**. In: **Estudios sobre el proceso civil**. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, p. 18-50, p. 22) são objetivos que levam em consideração os interesses que moveram as partes a irem a juízo buscar a tutela dos direitos dos quais querem usufruir, mas que, a par disso, sob um viés universalista (sobre universalismo, v. seção 1.1.5 e seção 3.5), são objetivos públicos que também movem a prestação jurisdicional. É por isso que a chamada “reforma estrutural”, surgida nas últimas décadas (FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 108-112), questiona as premissas do chamado modelo de *solução de controvérsias*, dentre elas a de que o processo não devesse observância a objetivos ou valores públicos e de que não importasse o modo como o juiz resolve a controvérsia. No processo estrutural importam os valores públicos e o processo se desenvolve dentro de uma estrutura da constituição. Essa ideia passa a ser expressa no ordenamento positivo brasileiro com a disposição contida no novo Código de Processo Civil, segundo a qual “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

processo em contraditório e devendo observância ao devido processo legal são garantias instrumentais de que ao final se possa tendencialmente chegar a um bom resultado. E em segundo lugar porque o processo se desenvolve ao longo do tempo e do espaço, envolvendo pessoas que são titulares de direitos (processuais e materiais) que devem ser observados.

Por isso é que se diz⁸⁴ que o sentido *positivo* da instrumentalidade divide-se em quatro momentos, equivalentes aos quatro *pontos sensíveis* do sistema (aqueles em que se situam os empecilhos para a plenitude do acesso à justiça): (i) admissão em juízo, (ii) modo-de-ser do processo, (iii) justiça nas decisões e (iv) efetividade das decisões. A admissão em juízo de causas, sujeitos, informações e documentos, assim como o modo de ser do processo, sujeitam-se a observar as finalidades e limitações do processo e do direito ao devido processo legal. Por isso, em primeiro lugar, são estabelecidas regras processuais que dispõem sobre o momento processual e prazo adequados para se fazerem alegações e trazerem elementos aos processos. A não observância do momento e prazo adequado sujeita aquele que foi omissos ou agiu intempestivamente às preclusões pertinentes, sem as quais não se sustentaria qualquer concepção mais minimalista de paz social.

Ademais das regras que estabelecem momentos, prazos e respectivas preclusões, há outras importantes regras jurídicas (não necessariamente exclusivamente processuais) que findam por atingir o resultado probatório e que podem ter finalidade epistêmica (permitir uma tendencialmente melhor apuração do modo como os fatos objeto de prova se passaram) ou não.

Vejamos alguns exemplos. As regras que desobrigam as partes e testemunhas de deporem (art. 388, II, do novo Código de Processo Civil) ou testemunharem (art. 448, II, do novo Código de Processo Civil) acerca de fatos sobre os quais devem guardar sigilo parecem primeiramente proteger aquele que é beneficiado pelo sigilo (paciente, confitente etc.). No entanto, a obrigação de guardar sigilo (do médico, do padre, do advogado etc.) independe do fato de funcionar como depoente ou testemunha. Além disso, se houvesse a obrigação de prestar informação acerca daquilo que é protegido pelo sigilo, poderia advir constrangimento àquele que tem o dever de sigilo (seja em razão do próprio dever de manter o sigilo ou da confiança que lhe foi depositada pela pessoa que lhe disse algo na expectativa

⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade...** Op. cit.

legítima de que o segredo fosse guardado) de modo que, não fosse o privilégio de não ter de depor ou testemunhar acerca do fato, tais pessoas possivelmente faltassem com a verdade em juízo. Sendo assim, seriam pouco críveis suas declarações acerca do fato do qual tomaram conhecimento sob a condição de manter sigilo. Deste modo, há também um valor epistêmico no privilégio.

O mesmo se pode dizer daqueles casos em que há dispensa de declarar em juízo em razão de desonra ou perigo para si ou parente próximo (art. 388, III e IV, e 448, I, do novo Código de Processo Civil). Também as causas de incapacidade ou impedimento para funcionar como testemunha (art. 447, § 1º e § 2º, do novo Código de Processo Civil) têm razões ligadas à proteção das relações familiares ou de civilmente incapazes, mas têm também razões ligadas à fidedignidade daquilo que seria dito por quem talvez não fosse capaz de merecer credibilidade ou por sua condição pessoal ou por sua estreita relação com uma das partes ou com a causa, o que fica ainda mais patente nos casos de suspeição (§ 3º).

No que diz respeito a regras jurídicas acerca do valor probatório dos documentos, na maioria das vezes elas têm a função de consolidar uma regra de experiência (ou mesmo uma regra jurídica que estabelece uma certa forma documental como da substância do ato — art. 406 do novo Código de Processo Civil) que seria aplicável caso inexistisse a regra jurídica acerca do valor probante do documento. Têm, portanto, valor eminentemente epistêmico. É o caso, por exemplo, da regra que estabelece que o documento público irregular terá força de documento particular caso as formalidades necessárias para a confecção de um documento particular tenham sido observadas (art. 407 do novo Código de Processo Civil).

Além disso, como existe uma ética processual a ser observada (e mesmo na pesquisa científica se deve observância a limitações éticas), não se admitem provas obtidas por meios ilícitos: não se admitem confissões obtidas mediante tortura; não se admitem gravações a que se teve acesso por meio de interceptações telefônicas ilegalmente obtidas; não se admitem documentos obtidos mediante violação de sigilo de correspondência etc. Algumas dessas exclusões podem ter finalidade epistêmica, evitando a entrada no processo de informações de credibilidade duvidosa (como, por exemplo, uma “confissão” obtida mediante tortura). Mas muitas dessas exclusões têm resultado antiepistêmico, ou seja, vedam a entrada no processo de informações que seriam relevantes para a decisão da causa de acordo com a verdade dos fatos. A finalidade dessas exclusões passa a ser, nesse caso, exclusivamente forçar o respeito

a outros direitos (que não são aqueles em discussão no processo), tais como o direito ao sigilo de correspondência, ao sigilo das comunicações telefônicas, à integridade física e psíquica etc. Com a exclusão de provas obtidas por meios ilícitos, o ordenamento jurídico pode estar abrindo mão de uma prestação jurisdicional ótima em termos de estar de acordo com a consequência jurídica material aplicável aos fatos (objeto de prova) como eles efetivamente se passaram, mas faz isto conscientemente, em favor de outros direitos que o ordenamento jurídico também prometeu tutelar.

Diante disso, vê-se que o processo é instrumental não apenas em relação ao direito material objeto de discussão nos processos em particular, mas em relação ao direito material como um todo, independentemente de algumas questões não estarem diretamente em discussão nos processos em concreto.

Com isso, tem-se que a verdade acerca dos fatos objeto de prova não é um valor a ser obtido a qualquer custo.

1.2.3 A verdade como finalidade institucional da instrução probatória, como objetivo estrutural do direito e, portanto, com prioridade estrutural

Apesar de a verdade dos fatos objeto de prova no processo não ser uma meta que se deva buscar alcançar a qualquer custo, não se trata de uma meta de menor importância.⁸⁵

Taruffo⁸⁶ atribui a razões de ordem ideológica a tese de que o processo não busca a verdade *por ter o objetivo de resolver a controvérsia*. Se o objetivo do processo fosse apenas o de resolver a controvérsia particular, como para a resolução

⁸⁵ Segundo Marinoni e Arenhart (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009, p. 51), superando-se os paradigmas do objeto e do sujeito e adotando-se o paradigma da linguagem (p. 42-43), “a prova não tem por objeto a reconstrução dos fatos que servirão de supedâneo para a incidência da regra jurídica abstrata que deverá (em se concretizando na sentença) reger o caso concreto”, de modo que, descartada a possibilidade de reconstrução e buscando-se a finalidade da prova à luz das ideias contemporâneas sobre o conhecimento, “a função da prova é se prestar como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdicção sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal”. Não se desconhece que a decisão a respeito das questões probatórias tem caráter argumentativo (sobre isso, v. seção 1.1.3). No entanto, o caráter argumentativo das decisões sobre questões probatórias, parece-nos, não autoriza por si só que se minimize o alto valor que o sistema jurídico como um todo confere à fixação dos fatos no processo de acordo com a verdade.

⁸⁶ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Op. cit., p. 16-17.

do conflito intersubjetivo importa dar a solução mais satisfatória para as partes, a busca da verdade não seria necessária e seria até mesmo estranha a essa finalidade.

De outro lado, ao modelo inquisitivo se costuma associar a busca da verdade, como se só um processo lesivo às garantias pudesse estar interessado em estabelecer a verdade. Conforme observa Taruffo, nem o processo inquisitório busca a verdade por definição (pense-se, por exemplo, em um processo que admita a prova obtida mediante tortura) nem o processo dispositivo/adversarial é incompatível com a verdade. Apenas a ideologia incorporada ao modelo dispositivo é que é uma forma muito difundida de fundamentar o rechaço da busca da verdade como importante finalidade do processo.⁸⁷

Embora a averiguação da verdade dos fatos não seja o único objetivo que deva ser perseguido durante a instrução processual e quando da decisão da causa, trata-se da finalidade institucional da instrução probatória,⁸⁸ ou seja, da razão de ser pela qual se está a realizar a instrução da causa. É porque se pretende decidir o processo com base no modo como os fatos efetivamente se passaram⁸⁹ que o sistema processual se dispõe a realizar diligências de instrução probatória.

E esta finalidade de realizar uma apuração dos fatos conforme eles efetivamente tenham se passado não deve ser buscada apenas porque a sistemática processual prevê momentos processuais destinados à prova de fatos. O objetivo da prova é de grandeza muito maior do que a satisfação de formalidades processuais.

Em verdade, todo o sistema jurídico é estruturado sob a perspectiva de que o direito se realize de acordo com os fatos efetivamente ocorridos. Em outras palavras: as consequências jurídicas abstratamente previstas pelo ordenamento jurídico para os casos de ocorrência de determinados fatos operativos devem ser aplicadas apenas quando os fatos operativos tenham realmente ocorrido; se foram outros os fatos que ocorreram, a consequência jurídica aplicável deve ser aquela abstratamente prevista para estes outros fatos.⁹⁰

⁸⁷ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Op. cit., p. 21-24.

⁸⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración**... Op. cit., p. 31.

⁸⁹ O objeto da prova não se refere necessariamente a fatos passados. Pode dizer respeito a fatos presentes, como, por exemplo, o de que produtos de comercialização proibida estão expostos à venda em determinado estabelecimento comercial. Pode, também, referir-se a alegações acerca de fatos que poderão ocorrer no futuro, tais como a alegação de que o interditando, por enfermidade que tende a ainda se agravar, é e prospectivamente permanecerá sendo incapaz para os atos da vida civil; ou a hipótese fática de que o alimentando necessita e permanecerá necessitando por certo tempo dos alimentos pleiteados.

⁹⁰ Poder-se-ia argumentar que presunções legais absolutas podem fazer-se “presumir” existente um fato que comprovadamente inexistiu. Isso ocorre porque a presunção legal absoluta não serve à prova

Que o direito se perfaça de acordo com os fatos efetivamente ocorridos é uma condição estruturalmente necessária para que funcione como mecanismo de motivação de conduta,⁹¹ para que mantenha um mínimo de eficácia capaz de assegurar que a ordem jurídica se sustente, para que os cidadãos mantenham um mínimo de confiabilidade na ordem jurídica.

Como bem argumenta Ferrer Beltrán,⁹² um ordenamento jurídico que não assegurasse determinados direitos poderia manter-se em funcionamento, mas um ordenamento jurídico que abrisse mão de aplicar as consequências jurídicas (aplicáveis em abstrato) aos fatos efetivamente ocorridos simplesmente colapsaria.

Com efeito, pode-se pensar em um ordenamento jurídico que não previsse direito a um salário mínimo, a férias remuneradas, à seguridade social, à inviolabilidade de domicílio, a que fosse guardado sigilo na relação médico-paciente ou a que fosse vedado o uso de provas obtidas por meios ilícitos. A falta de garantia de tais direitos poderia ser criticável (ou, para alguns, elogiável) por uma diversidade de razões político-morais, sociológicas, psicológicas, econômicas, humanitárias etc. Mas um sistema jurídico seria capaz de manter-se em funcionamento sem tais direitos. Diferentemente, seria incapaz de se manter em funcionamento um ordenamento jurídico que não se importasse com a aplicação do direito aos fatos como efetivamente ocorridos.

E essa “faceta estrutural” do valor da averiguação da verdade dos fatos objeto de prova no processo não integra outros valores que podem estar em conflito com a busca da verdade dos fatos,⁹³ mas apenas o valor consistente em se aplicar o direito aos fatos conforme verdadeiramente ocorridos.

Diante disso, este trabalho prossegue com a premissa de que a busca da verdade acerca do modo como os fatos objeto de prova se passaram não é o único

de fatos controversos. Como ensina Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: **Temas de Direito Processual**. 1. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 60-64), presunções absolutas não se apoiam em indícios; simplesmente o legislador prescreve que se “presume” algo, querendo com isto dizer que este algo dispensa a produção de prova. A presunção absoluta dispensa a prova do fato “presumido”: a lei dispensa a própria prova de existência do fato presumido em absoluto. Esta dispensa diz com o direito material, não com o processo. Com efeito, é o direito material que prescinde daquele fato que é “presumido”; o direito material não tem este fato “presumido” como fato operativo para a consecução da consequência jurídica aplicável.

⁹¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, C. (Coord.). **Estándares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 21-39, p. 31.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem.

objetivo do processo, que tem por objetivo produzir uma decisão que esteja em acordo com o ordenamento jurídico material como um todo. Não obstante, a decisão a ser tomada no processo tem prioritariamente de se pautar pelo modo como os fatos efetivamente se passaram, não podendo a busca da verdade sempre ceder lugar a qualquer outro valor em caso de conflito; pelo contrário, tem a busca da verdade uma preferência estrutural em relação aos outros valores com os quais possa estar em conflito.

1.3 A MULTIPLICIDADE DE SENTIDOS DA PALAVRA “PROVA”

1.3.1 Prova como começo, meio e fim

Ao se falar de “prova”, pode-se estar querendo tratar do *meio* de prova (ou até mesmo da *fonte* da prova), da *atividade* probatória ou do *resultado* da atividade probatória.⁹⁴

Quando se afirma que um documento “prova” a relação contratual, está-se afirmando que ele é um *meio* capaz de comprovar que se realizou um contrato. Quando se aduz que a testemunha arrolada pelo réu infirmou a prova produzida através da testemunha que havia sido arrolada pelo autor, está-se dando ênfase à *atividade* probatória. Por último, quando se diz que o autor logrou comprovar os fatos necessários à procedência da pretensão por ele formulada, a tônica é dada ao *resultado* probatório.

A palavra “prova”, portanto, comporta múltiplos sentidos: pode-se referir a começo (origem daquilo que é capaz de provar: a “fonte” ou o que se chama de “meio” de prova⁹⁵), meio (atividade probatória) ou fim (o resultado da atividade probatória, ou seja, aquilo que afinal se logrou ou não se logrou comprovar).

⁹⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Cuestiones probatorias**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 30 e 33.

⁹⁵ A respeito da distinção entre fonte e meio de prova, Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 3, p. 85-86) ensina que as fontes de prova “são pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação”, ao passo que os meios de prova “são técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa”.

O fato de a palavra “prova” poder ter os sentidos de “fonte probatória”, “atividade probatória” ou “resultado da atividade probatória” reflete o fato de a prova ser produzida em um processo, que, portanto, se desenvolve ao longo do tempo e culmina com a tomada de uma decisão.⁹⁶

A multiplicidade de significados da palavra “prova” reflete, ademais, o fato de a atividade probatória se estender ao longo do tempo e em contraditório, de modo que o resultado desta atividade pode propender a uma decisão probatória em um ou outro sentido, conforme prossiga o desenrolar da atividade probatória.

O presente trabalho tem por foco a *decisão* acerca da prova: da prova que foi produzida e da que não foi — embora devesse ter sido — produzida. Assim, o foco é no juízo acerca daquilo que se há de ter como *resultado* ou *conclusão* de toda a atividade probatória produzida até o momento da decisão.

O trabalho, destarte, está inserido no contexto de justificação,⁹⁷ não no de descobrimento.⁹⁸ Com isso se quer dizer que, para a tomada de *decisão* acerca daquilo que deve ser considerado provado ou daquilo que não deve ser considerado provado ou, em termos mais práticos, para se decidir se um determinado conjunto probatório deve conduzir ou não à produção de certo efeito jurídico, o que importa não é a convicção subjetiva do juiz, mas a presença ou ausência de elementos objetivos que *justifiquem* a decisão tomada.

O juiz, ao adotar determinada hipótese fática como premissa para a decisão do mérito da causa, não tem de prestar contas do procedimento psicológico que conduziu à opção por aquela hipótese (ele nem teria capacidade de explicar analítica e completamente os itinerários mentais percorridos).⁹⁹ Ele tem, isso sim, que

⁹⁶ Ou de uma série de decisões, por exemplo, em juízo acerca de antecipação de tutela ou decisão final de primeiro ou de segundo grau ou mesmo de instância extraordinária.

⁹⁷ É neste sentido a ideia defendida por Gascón Abellan (GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 196): dizer que uma hipótese fática está confirmada pelas provas pressupõe que tal hipótese possa ser justificada como provável em grau suficiente. E para que a hipótese possa ser justificada como suficientemente provável é preciso, segundo bem defende a autora: que estejam justificados os indícios e provas de que se parte; que esteja justificada a lei geral de que se parte (a regra de experiência de que se lança mão); e, finalmente, que os indícios e provas de que se parte se constituam — justificadamente — como um exemplo particular do antecedente dessa lei geral, de maneira tal que façam a hipótese provável em grau suficiente (ou seja, de modo a atender o *standard de prova* justificadamente aplicável).

⁹⁸ Como sinteticamente explica Taruffo (TARUFFO, Michele. **La motivazione...** Op. cit., p. 214), o contexto de descoberta é aquele que conduz a formular uma determinada solução para um problema, ao passo que o contexto de justificação se destina a justificar a validade da solução adotada.

⁹⁹ TARUFFO, Michele. **Proceso y decisión**: lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 93-96.

apresentar os motivos pelos quais a adoção daquela hipótese fática (daquele resultado probatório) se apresenta como justificada.

Ainda que o processo de descoberta não seja visto como algo totalmente obscuro, havendo passos racionais que possam ser dados na tentativa de se encontrar uma resposta a um problema,¹⁰⁰ o certo é que o que de pertinente pode haver no contexto de descoberta para que se chegue a um resultado probatório suficientemente aceitável é apenas aquilo que pode ser justificado, de modo que é o contexto de justificação que se mostra como o relevante na discussão sobre a correção das decisões acerca das provas.

1.3.2 Prova como evidência e como o que é evidenciado

Há quem¹⁰¹ aponte que outra dificuldade comum no desenvolvimento da matéria probatória diz respeito à por vezes equivocada tradução do termo inglês “*evidence*” como “evidência”, quando se poderia encontrar melhor equivalente em língua portuguesa no termo “prova”.

A divergência na tradução, porém, talvez reflita menos uma imprecisão linguística do que um desacordo na compreensão da matéria probatória.

É certo que é mais usual designarmos em português por “prova” àquilo que em inglês se chama “*evidence*”, tanto assim que nosso “direito probatório” é o que em inglês se chama “*law of evidence*”. É certo também que em português dizemos que é evidente o que é patente e não precisa de prova.

Observe-se, porém, que uma conclusão que é patente e não demanda prova pode estar nesta condição por dois modos diferentes: ou (i) porque desde já a admitimos como verdadeira (é o que ocorre quando a verdade resulta dos próprios termos de uma proposição, como, por exemplo, quando admitimos como verdadeiro que o triângulo tem três lados¹⁰² e que 2 + 2 são 4) ou (ii) porque já reunimos prova

¹⁰⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica**... Op. cit., p. 271-272.

¹⁰¹ Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 227-229.

¹⁰² O exemplo é de Nicola Abbagnano (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo, Martins Fontes: 2000, p. 392).

(meios de prova) bastante para podermos concluir que aquilo é verdadeiro. E, neste último sentido (ii), evidência e prova não se distinguem.

Este segundo sentido no qual se diz que algo é “evidente” (ou “tornou-se evidente” e, com isto, “está evidenciado”) é também utilizado em português. Tanto assim que encontramos em vernáculo o verbo “evidenciar”, que consiste em “tornar evidente; mostrar com clareza; *comprovar*”¹⁰³ (grifo nosso).

Este segundo sentido de “evidência” (conforme o qual é evidente aquilo que em um determinado momento já está o bastante comprovado) é, ademais, factível com aquilo que a doutrina processual vem chamando de tutela da “evidência” e que encontrou lugar no novo Código de Processo Civil.¹⁰⁴

Para os usuários da língua portuguesa, não há dúvida de que “evidente” tem conotação, pode-se dizer, mais forte que “comprovado”, o que possivelmente tem relação com a origem latina dos vocábulos *evidentia* e *probus* e *probare*. Por *evidentia* os antigos entendiam a manifestação mesma de um objeto, adotando esta manifestação do próprio objeto como critério de verdade; epicuristas identificavam a *evidentia* como a ação dos objetos sobre os sentidos; e estoicos entendiam por *evidentia* o dar-se das coisas aos sentidos ou à inteligência.¹⁰⁵ Já por *probus* se tem aquilo que é honesto, idôneo, digno de confiança¹⁰⁶ e que, portanto, exige a intermediação do pensamento entre o meio de prova e a conclusão acerca da confiabilidade que ela pode gerar.

Como se constata, a compreensão original latina de *evidentia* vinha claramente inspirada por uma pressuposição filosófica segundo a qual os objetos poderiam, por si sós, agir sobre os sentidos e a inteligência, como se não fosse necessária uma atuação da inteligência para a compreensão dos objetos.

¹⁰³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

¹⁰⁴ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”

¹⁰⁵ ABBAGNANO, Nicola. Op. cit., p. 392.

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário...** Op. cit., p. 227; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...** Op. cit., v. 3, p. 57.

Nos dias atuais, quando se está a tratar de direito probatório (ou “*law of evidence*”), sob um sistema de valoração racional da prova, não se imagina que um meio de prova qualquer fosse por si só capaz de determinar um resultado probatório qualquer independentemente da intermediação do raciocínio. Daí que os estudos e práticas produzidos em outras línguas e sistemas, em lugar de dar lugar a confusões, podem-se traduzir (com o perdão do trocadilho) em fontes de esclarecimento dos problemas que a apreciação da prova gera em qualquer sistema de valoração racional da prova.

Neste cenário, é interessante observar que uma das complexidades do juízo probatório que a nomenclatura brasileira pode ocultar (complexidade que é explicitada na “*law of evidence*”, para a qual as peças de evidência — “*pieces of evidence*” — não são compostas apenas de meios de provas — “*proofs*” — mas também dos demais dados a serem considerados) é a complexa interação entre a prova propriamente dita (os meios de prova admitidos: documentos,¹⁰⁷ declarações testemunhais, perícias etc.) e as outras fontes de informação admitidas (aquilo que é incontroverso e, principalmente, aquilo que faz parte do *background knowledge* a ser considerado no caso: fatos notórios e regras da experiência comum ou técnica que funcionarão como premissas na condução do raciocínio probatório).

Quando se imagina que prova é apenas o que é levado ao processo na condição estrita de meio de prova, faz-se uma redução de complexidade muito prejudicial à compreensão do resultado da atividade probatória. Isso porque o resultado da atividade probatória não é simplesmente a soma dos meios de prova efetivamente levados ao processo. Para a conclusão acerca do resultado da atividade probatória é preciso muito mais que olhar os documentos, ler os laudos e ouvir as testemunhas. Para a conclusão acerca do resultado da prova é preciso constatar também o que não é levado ao processo, embora devesse ter sido (o que, sendo exigível das partes que levassem ao processo, foi injustificadamente omitido). É preciso se questionar qual conclusão é evidenciada pelo fato de alguma prova que poderia ter sido levada ao processo não ter sido levada. E é preciso submeter o fato de alguns meios de prova terem sido levados ao processo e de outros não terem sido levados ao processo a um conhecimento compartilhado (*background knowledge*)

¹⁰⁷ Diz-se (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições...** Op. cit., p. 86-87) que o documento é *fonte* passiva de prova e que o meio de prova relacionado a ele consiste em seu exame.

acerca de quais são as conclusões às quais aqueles elementos (os meios de prova produzidos e os não produzidos sob certas circunstâncias) devem conduzir.

2 O JUÍZO PROBATÓRIO E SUA JUSTIFICABILIDADE

2.1 O QUE DEMANDA E O QUE NÃO DEMANDA MEIO DE PROVA E ATIVIDADE PROBATÓRIA

Voltando-nos agora mais especificamente sobre o juízo probatório, temos de nos perguntar como ele é feito: a partir do que e em direção ao quê. Antes disso e como premissa, há de se partir de que nem tudo demanda prova propriamente dita (ou seja, nem tudo demanda a produção de um meio de prova qualquer para que se possa concluir por algo) e nem sempre, portanto, será necessário um juízo propriamente probatório no processo.

Com efeito, não demanda a produção de meio de prova (nem o respectivo desenvolvimento de atividade probatória), a princípio,¹⁰⁸ aquele processo em que as partes estão de acordo acerca dos fatos que dão origem à controvérsia. É o que decorre do art. 374 do novo Código de Processo Civil, orientado pela ideia de que, a princípio, movidas por seus próprios interesses, as partes teriam impugnado fato que não correspondesse à verdade. Assim é que, por exemplo, quando se questiona a constitucionalidade da cobrança de tributo sobre *e-book*, ao argumento de que o *e-book* merece a imunidade tributária concedida ao livro,¹⁰⁹ é possível que a controvérsia gire em torno apenas acerca da constitucionalidade da questão. Nesta situação, não haverá motivo para que se gastem recursos humanos ou materiais ou tempo com a produção de qualquer meio de prova ou com o desenvolvimento de qualquer atividade probatória.

Se, porém, os fatos relevantes para a resolução da controvérsia forem controvertidos, poderá haver necessidade de se permitir às partes a produção de meios de prova. Nem sempre, contudo, se fará presente a necessidade de se provar fato controvertido. Com efeito, além de expressar a desnecessidade de prova de fatos que tenham sido expressa ou implicitamente admitidos pelas partes, o art. 374¹¹⁰ do

¹⁰⁸ Isso não ocorre em casos de indisponibilidade de direito ou de suspeita de fraude.

¹⁰⁹ Conforme disciplina a Constituição da República: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI - instituir impostos sobre: [...] d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.”

¹¹⁰ “Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados

novo Código de Processo Civil (com redação idêntica à do art. 334 do Código de 1973) afirma não dependerem de prova nem os fatos notórios nem aqueles a respeito dos quais haja previsão *legal* de “presunção”.

É pertinente perguntar-se, então, se, sempre que haja fato controverso (pertinente para a resolução da controvérsia) que não seja notório nem objeto de presunção legal, será preciso lançar mão de algum meio de prova propriamente dito para que o juiz possa dá-lo por provado.

A resposta negativa se impõe sem qualquer lugar a tergiversação.¹¹¹ Com efeito, outras hipóteses (além daquelas expressas no art. 374 do novo Código de Processo Civil) independem de produção de meio de prova para que se considere provada uma determinada hipótese fática. Isto se dá diante da consolidadíssima prática jurisprudencial de se permitir em diversas hipóteses que a prova de específicos fatos seja “presumida” jurisprudencialmente, a partir da constatação (seja pela prova, seja pela incontrovérsia) de outros fatos.

Assim, por exemplo, já se decidiu que não é preciso provar o dano moral em decorrência da morte de filho (REsp 214.838), da morte de cônjuge ou de pai (REsp 256.327), de recebimento de diagnóstico incorreto (REsp 594.962) etc.¹¹²

E isso é assim não apenas porque a prática jurisprudencial assim se estabeleceu, mas porque ela é fundada. Com efeito, não há qualquer diferença, para fins de realização de inferências necessárias ao acerto dos fatos, entre as informações provenientes de meios de prova e as informações provenientes de fatos incontroversos ou de fatos notórios ou de circunstâncias fáticas verificadas no desenrolar do processo (em especial do comportamento adotado pelas partes ao

pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

¹¹¹ Tal conclusão é tão óbvia para quem é conhecedor da experiência forense que o professor e desembargador aposentado Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições**... Op. cit., p. 62), em possível ato falho, transcreve o art. 334, IV, do Código de 1973 como se excepcionasse da necessidade de prova dos fatos “em cujo favor milita presunção de existência ou de veracidade”, suprimindo (repito, em possível ato falho) a palavra “legal” incluída na redação do mencionado dispositivo (ou seja, o dispositivo legal só excepciona expressamente as presunções legais, não as jurisprudenciais). E, na sequência, sem maior explicação, o professor Dinamarco acrescenta: “Alegado um fato que a lei manda presumir (presunções *legis*) ou que os tribunais presumem segundo as *máximas de experiência* dos juízes (art. 335, presunção *hominis*), essa alegação será reputada verdadeira e ocorrido o fato alegado.”

¹¹² Estes exemplos e outros, que dizem respeito a dano decorrente de publicação não autorizada de fotografia, protesto de título quitado, bloqueio de telefone por inadimplemento de débito quitado, inscrição indevida em cadastro de devedores etc. são dados nos comentários ao art. 334 do Código de Processo Civil de 1973 por NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 39. ed. São Paulo: Saraiva: 2007.

longo do processo) e, ainda, daquelas que advém de conclusões intermediárias que poderão conduzir à conclusão a respeito dos fatos que demandam acertamento.

Qualquer um desses dados (fatos incontroversos, fatos notórios, fatos comprovados através de meios de prova propriamente ditos e mesmo o comportamento processual das partes) é, em sentido amplo, evidência, a ser conectada às hipóteses fáticas objeto de decisão através de generalizações que *justifiquem* a conexão.¹¹³

2.2 A OPERACIONALIZAÇÃO DO JUÍZO PROBATÓRIO

Uma hipótese fática só pode ser dada por provada no contexto de justificação em que se encontra o processo judicial se ela estiver suficientemente justificada. Como se viu na seção 1.1.3, o direito e a conclusão judicial acerca da prova têm caráter argumentativo, ou seja, suas conclusões apenas estão justificadas se for sustentável que se tenha chegado às conclusões a que se chega após passar-se por um procedimento argumentativo.¹¹⁴

Hipóteses fáticas, assim, são provadas através de argumentos,¹¹⁵ ou seja, através de conclusões que possam ser argumentativamente retiradas de premissas. O fato principal a ser provado (ou, melhor dizendo, a *afirmação*¹¹⁶ de que este fato se

¹¹³ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. Op. cit., p. 60.

¹¹⁴ Conforme Vasconcellos (VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Interpretação do Direito Tributário**: entre a coerência e a consistência. Curitiba: Juruá, 2014, p. 56): “Conceitua-se justificação como um procedimento argumentativo que visa asseverar que uma entidade linguística se encontra dotada de um valor qualquer, sendo que, enquanto argumentar significa simplesmente aduzir razões a favor de uma entidade linguística, o procedimento argumentativo consiste em apresentar várias razões, com a forma de cadeias ou diagramas, a favor de uma entidade linguística.”

¹¹⁵ Uma inferência é um raciocínio pelo qual se retira uma conclusão a partir de premissas. Se compreendida objetivamente, como aqui se pretende, uma inferência tem o mesmo sentido de argumento. A este respeito veja-se o ensinamento de Irving Copi (COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 23): “Conquanto o *processo* de inferência não interesse aos lógicos, para toda e qualquer inferência possível existe um *argumento* correspondente, e é com esses argumentos que o lógico está principalmente preocupado. Neste sentido, um argumento é qualquer grupo de proposições tal que se afirme ser uma delas derivada das outras, as quais são consideradas provas evidentes da verdade da primeira. [...] Um argumento não é uma simples coleção de proposições, visto que tem uma estrutura. Na descrição dessa estrutura são usualmente empregados os termos ‘premissa’ e ‘conclusão’. A *conclusão* de um argumento é aquela proposição que se afirma com base nas outras proposições desse mesmo argumento, e, por sua vez, essas outras proposições que são enunciadas como prova ou razões para aceitar a conclusão são as *premissas* desse argumento.”

¹¹⁶ Sobre isso, v. texto relacionado às notas 09 e 10, supra.

passou na realidade empírica), também chamado de fato direto ou primário,¹¹⁷ é comprovado através de ao menos uma inferência feita a partir de ao menos um fato provado.

No mais das vezes, porém, o fato principal é provado a partir de várias inferências feitas a partir de vários fatos “sabidos” (constituindo-se uma cadeia¹¹⁸ de inferências). Alguns desses fatos intermediários são sabidos (ou tidos por certos) de antemão, por serem incontroversos ou notórios, e outros são sabidos (ou tidos por certos) em decorrência dos fatos observados no desenrolar do processo¹¹⁹ e, ainda, dos meios de prova produzidos.

Cada qual desses fatos intermediários, independentemente de se concluir por eles em virtude de meios de prova propriamente ditos ou de outras fontes de informação (incontrovérsia, comportamento das partes, notoriedade ou *background knowledge*), goza do mesmo *status* lógico no raciocínio probatório: o *status* de fatos intermediários que permitirão a realização de inferências através das quais se concluirá por outros fatos, ainda intermediários ou já principais.

Os dados acerca dos fatos pertinentes à resolução da controvérsia (principais e intermediários) são as premissas menores do raciocínio probatório. As premissas maiores do raciocínio probatório são compostas por regras, que podem ser regras da experiência comum ou técnica ou até mesmo regras jurídicas.

¹¹⁷ A nomenclatura “fato direto” ou “primário”, em oposição a “fato indireto” ou “indiciário” ou “secundário”, é usada por Marinoni e Arenhart (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. Op. cit., p. 98). Já “fato principal”, em oposição a “fato subordinado”, é usada por García Amado (GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en derecho. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Coords.). **Prueba y razonamiento probatorio en Derecho**. Granada: Comares, 2014, p. 43-81, p. 55). Em língua inglesa (nesse sentido: ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. Op. cit., p. 62) fala-se em *ultimate probandum* para se referir ao fato último a ser provado e em *interim probanda* para se referir àqueles fatos por intermédio dos quais ao final se poderá concluir como comprovado o *ultimate probandum*.

¹¹⁸ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Op. cit., p. 56.

¹¹⁹ Ao que se chama na doutrina italiana “argumento de prova” (TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Op. cit., p. 453-461). É interessante notar que o tradutor desta obra de Taruffo para o castelhano esclarece, em nota (TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 19), que a expressão “*argomenti di prova*”, diante da falta de uso de expressão semelhante em castelhano, foi traduzido como “*inferencias probatorias*”. E isto em razão de que o que o art. 116.2 do Código de Processo Civil italiano trata como o que a doutrina italiana chama de “*argomenti di prova*” são conclusões que o juiz deve extrair a partir do comportamento processual das partes. Trata-se, como observa o tradutor, de apenas uma parte das inferências que podem ser feitas em matéria probatória para se decidir acerca dos fatos, uma vez que se podem retirar inferências tanto do comportamento processual das partes como de outros elementos (de fatos incontroversos ou notórios, de meios de prova propriamente ditos, do *background knowledge*).

Um exemplo pode esclarecer essa cadeia de inferências retirada de dados fáticos e de dados normativos. Em um processo em que o fato principal a ser provado é a existência ou não de paternidade biológica entre réu e autor, lança-se mão do meio de prova pericial consistente em exame de DNA. Com o resultado do exame de DNA, o que se tem como sabido é o *fato provado* de que o exame de DNA resultou positivo ou negativo, ou seja, concluiu pela paternidade biológica com probabilidade superior a 99% ou excluiu a possibilidade de paternidade biológica. Conjugando-se este fato provado (resultado positivo ou negativo) com uma regra de experiência — que pode ser formulada aproximativamente como “o resultado do exame de DNA feito segundo os parâmetros técnicos indicados pela ciência genética tende a refletir as probabilidades de paternidade efetivamente presentes” —, pode-se concluir que está comprovada a paternidade (se o resultado foi positivo) ou que está comprovada a inexistência de vínculo de paternidade (se negativo o resultado).

Em um caso como este, a regra da experiência em que se baseia a conclusão é tão amplamente aceita que se pode, sem prejuízo para a justificativa da decisão, passar diretamente da premissa fática de que o resultado do exame foi positivo ou negativo à conclusão de que resultou ou não provado o vínculo biológico, uma vez que seria supérfluo recorrer explicitamente à regra da experiência que funciona como premissa maior.¹²⁰ É o que se chama “entimema”,¹²¹ silogismo em que se subentende uma premissa, que fica implícita.¹²² Mesmo em meio a quadros probatórios mais complexos, há por vezes passos inferenciais em que o recurso a regras de experiência muito amplamente aceitas faz com que a indicação expressa de tais tipos de regras (aquelas realmente consensuais, inquestionáveis e inquestionadas) possa ser omitida sem prejuízo da qualidade da fundamentação.

¹²⁰ Nesse sentido: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **The Best Explanation of Circumstantial Evidence with Abductive Glasses**. Long Paper (LL.M.) – Harvard Law School, Harvard University, 2013, p. 70.

¹²¹ Como ensina Copi (COPI, Irving M. Op. cit., p. 208): “Um argumento que é enunciado de modo incompleto, parte do qual fica ‘subentendida’ ou apenas ‘na ideia’, tem o nome de ‘entimema’. Um argumento apenas incompletamente enunciado é caracterizado como *entimemático*.” O autor observa ainda que “Na linguagem cotidiana e mesmo na ciência, a maioria das inferências expressa-se entimematicamente. A razão disso é fácil de entender. Na maioria das polêmicas, há uma grande quantidade de proposições que se pressupõe ser de conhecimento comum.” Na sequência, porém, Copi adverte que “não é invulgar, em absoluto, que um argumento seja *retoricamente* mais poderoso e convincente quando enunciado entimematicamente, do que quando enunciado com todos os pormenores”. O autor ensina como submeter à prova um entimema (p. 209): “Dois passos são necessários para determinar se um entimema tem validade. O primeiro é suprir as partes que faltam do argumento; o segundo é submeter a um teste de validade o silogismo resultante.”

¹²² ABBAGNANO, Nicola. Op. cit., p. 334; FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Op. cit.

No entanto, no encadeamento¹²³ de inferências a ser feito até que se chegue à conclusão final sobre o resultado probatório acerca do fato principal a ser provado, pode ser necessário expressar as premissas maiores ocultas em entimemas, a fim de que resulte suficientemente fundamentada a conclusão final a que se chega.¹²⁴

Tome-se como exemplo¹²⁵ o seguinte caso: a paciente A demanda de cirurgia B indenização por haver A sofrido dano em decorrência de cirurgia, por alegada imperícia de B. Analisados os prontuários médicos relativos à cirurgia, inferências baseadas em regras da experiência técnica indicam que os procedimentos constantes do prontuário estavam de acordo com a arte médica. Profissionais de saúde que participaram da cirurgia, ouvidos em juízo, afirmam que o que constou dos prontuários foi o que efetivamente se passou no centro cirúrgico. Tais afirmações são submetidas a regras de experiência comum, que poderão ser contraditórias entre si: algumas delas dizem que, não havendo motivo (e havendo motivos potenciais eles serão submetidos às respectivas regras de experiência a eles aplicáveis) para desconfiar da idoneidade das testemunhas, há de se ter como idôneas suas declarações; por outro lado, há regras de experiência que dizem que profissionais de uma mesma área e que trabalham juntos podem tender a ter um certo espírito corporativo e, com isso, poderão tender a proteger um ao outro. Diante disso, será preciso verificar a compatibilidade entre o que constou do prontuário e o exame posterior pelo perito judicial das lesões sofridas pela paciente A. E assim outras inferências são feitas baseadas em outras regras da experiência. E digamos que o cirurgião B alegue que quem deu causa ao dano sofrido foi a própria paciente, ao deixar de observar as prescrições médicas que lhe foram feitas por ocasião da cirurgia e na consulta subsequente. Intimada para apresentar a receita médica que lhe teria sido passada por ocasião dessa consulta, a paciente afirma não haver recebido qualquer receita, colocando-se com isso em causa a questão de se aplicar ou não como premissa maior de um também necessário raciocínio inferencial a regra legal

¹²³ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Op. cit., p. 56.

¹²⁴ É neste sentido que Dallagnol (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo**: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 55) observa que “um dado entimema pode permitir uma margem tal que o intérprete pode legitimamente erigir diferentes argumentos, guiado por diferentes tipos de inferências”.

¹²⁵ O exemplo foi dado também em TRENTO, Simone. O dever de fundamentação e a matéria probatória. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 85-117, p. 93-94.

(art. 400 do novo Código de Processo Civil¹²⁶) que determinaria dar-se por verdadeira a alegação do médico de que a receita com o conteúdo X foi entregue à paciente.

Sob condições mais complexas, em que há dados contraditórios e de questionável segurança individual e duvidosa suficiência global, fazem-se ainda mais importantes teorias da decisão que respaldem o juízo probatório.¹²⁷ Tais teorias devem indicar que condições haverão de estar presentes para que se possa considerar como suficiente um conjunto de elementos para o fim de dar por provado o fato principal objeto da prova.

Em um sistema¹²⁸ de livre valoração das provas, apenas excepcionalmente o sistema jurídico positivo oferece *normas*¹²⁹ capazes de definir (e na maioria das vezes apenas parcialmente) a decisão acerca das provas. Afora tal excepcionalidade, é preciso recorrer a nosso conhecimento de mundo compartilhado (*background knowledge*) e às leis da razão,¹³⁰ relacionando-os normativamente — e justificadamente — com os elementos de que se dispõe no processo.

¹²⁶ “Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398; II - a recusa for havida por ilegítima.”

¹²⁷ É neste sentido que Anderson e Twining (ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. Op. cit., p. 80) afirmam que teorias da prova são partes de teorias da decisão.

¹²⁸ É este sistema que se mantém em vigor com o novo Código de Processo Civil: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as *razões* da formação de seu convencimento” (grifo nosso).

¹²⁹ Como, por exemplo, a norma decorrente do texto do art. 405 do novo Código de Processo Civil: “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.”

¹³⁰ É nesse sentido que Gascón Abellan (GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho**. Op. cit., p. 193) propõe um paralelo entre o recurso da premissa normativa a um sistema justificativo mais amplo e o recurso da justificação da premissa fática à epistemologia: “*Puesto que justificar un enunciado fático es argumentar que es verdadero o probable, las razones que constituyen esa justificación son los criterios de probabilidad o aceptabilidad de la verdad del mismo. Así, del mismo modo que la justificación (externa) de la premisa normativa del silogismo judicial remite — según algunas concepciones — a un sistema normativo más amplio (un sistema moral) en el que el derecho supuestamente debe integrarse, la justificación (externa) de la premisa fáctica remite a un modelo epistemológico*”. Em tradução livre: “Uma vez que justificar um enunciado fático é argumentar que ele é verdadeiro ou provável, as razões que constituem essa justificação são os critérios de probabilidade ou aceitabilidade da verdade do enunciado. Assim, do mesmo modo que a justificação (externa) da premissa normativa do silogismo judicial remete — *segundo algumas concepções* — a um sistema normativo mais amplo (um sistema moral) em que o direito supostamente se deve integrar, a justificação (externa) da premissa fática remete a um modelo epistemológico.” (Grifo nosso).

2.2.1 Argumentos probatórios como deduções, induções e abduções

Todo argumento contém a pretensão de ter sua conclusão respaldada por suas premissas, mas só o argumento dedutivo tem a pretensão de que a verdade de suas premissas determine *conclusivamente* a verdade de sua conclusão.¹³¹

Uma dedução é a relação entre proposições pela qual a conclusão *deriva* de uma ou mais premissas.¹³² A premissa maior da dedução contém termos generalizadores (como “todo” ou “sempre”) que fazem com que da verdade das premissas necessariamente (sem abertura para qualquer possibilidade de exceção) resulte a verdade da conclusão. O exemplo clássico de dedução é:

Sócrates é homem.
Todo homem é mortal.
Logo, Sócrates é mortal.

O uso de proposições categóricas¹³³ nos argumentos dedutivos faz com que raramente um argumento dedutivo possa ser utilizado com êxito na justificação do juízo probatório, em que (com a frequente necessidade de recurso às regras da experiência para funcionarem como premissa) é mais comum o uso de expressões como “normalmente”, que admitem exceções.

Leis científicas que poderiam ser usadas como premissas maiores em raciocínios dedutivos se referem a tipos de eventos e não às particularidades e complexidades do caso. Além disso, grande parte das leis científicas são probabilísticas e não universais,¹³⁴ o que implica não serem — em geral — hábeis à formulação através de inferências dedutivas.

¹³¹ COPI, Irving M. Op. cit., p. 35.

¹³² ABBAGNANO, Nicola. Op. cit., p. 232.

¹³³ Existem quatro tipos de proposições categóricas (COPI, Irving M. Op. cit., p. 140): (1) o que afirma que todos os integrantes de uma classe são integrantes de outra, (2) o que afirma que nenhum integrante de uma classe é integrante de outra, (3) o que afirma que alguns integrantes de uma classe são integrantes de outra e (4) o que afirma que alguns integrantes de uma classe não são integrantes de outra.

¹³⁴ TUZET, Giovanni. Usos jurídicos de la abducción. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Coords.). **Prueba y razonamiento probatorio en Derecho**. Granada: Comares, 2014, p. 121-147, p. 138.

O álibi é um caso que é apontado como exemplo de dedução em matéria probatória.¹³⁵ Tome-se o seguinte exemplo:

*A morreu envenenada, no momento T.
O veneno havia sido ministrado, de acordo com a perícia, 3 horas antes de T.
A foi encontrada morta no Brasil.
B, no momento T, encontrava-se na Austrália.
Não é possível deslocar-se do Brasil à Austrália em menos de 3 horas.
Logo, B não ministrou o veneno que vitimou A.*

Tal raciocínio é logicamente perfeito: a dedução é válida, uma vez que da verdade das premissas decorre a verdade da conclusão.

O problema que persiste no raciocínio probatório dedutivo, assim, passa a ser o de sabermos se são efetivamente verdadeiras as premissas: se B efetivamente estava na Austrália no tempo T; se a perícia chegou a conclusão verdadeira; se, não tendo ministrado pessoalmente o veneno, B teria sido o mandante do crime etc. Observe-se que o raciocínio dedutivo não se compromete com averiguar a verdade das premissas por ele adotadas. E é possível que não se possa checar a veracidade das premissas com apenas um novo argumento dedutivo. Assim sendo, faz-se necessário recorrer à argumentação não dedutiva.

Até mesmo a verdade da premissa maior adotada na dedução pode ser problemática, na medida em que a premissa maior é ela mesma o resultado indutivo da observação. Com efeito, sabemos que “todo homem é mortal” a partir da generalização de que todo homem hoje morto que a história conheceu, um dia morreu. Concluímos que o álibi é abarcado por uma regra universalmente aplicável porque até hoje ainda não conhecemos um ser humano capaz de estar em dois lugares ao mesmo tempo. Mas se a regra “universal” que aplicamos como dedutiva não é assim tão amplamente aceita, isso leva aos problemas inerentes ao raciocínio indutivo.

Enquanto o raciocínio dedutivo é válido (se logicamente adequado) ou inválido (se logicamente inadequado), os raciocínios indutivos podem ser avaliados como melhores ou piores, segundo as premissas confirmam às conclusões maior ou menor grau de probabilidade.¹³⁶

¹³⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos...** Op. cit., p. 90.

¹³⁶ COPI, Irving M. Op. cit., p. 35.

Uma indução¹³⁷ envolve inferências que vão de exemplos observados à generalização, de modo que (em comparação com as inferências dedutivas) a conexão entre premissas e conclusão é mais fraca.¹³⁸ Poderíamos formular um exemplo de indução aplicada ao juízo probatório nos seguintes termos¹³⁹:

A testemunha W relatou que o semáforo estava verde para o autor.

Normalmente, estando regular a programação dos semáforos, o semáforo que permitiria a passagem do autor estaria verde caso o semáforo que indicava a possibilidade de passagem do réu estivesse vermelho.

Normalmente, a testemunha desinteressada (e não há notícia de que W não seja), que tem boa visão (e não há notícia de que W não tenha), boa atenção (e não há notícia de que W não tenha), boa memória (e não há notícia de que W não tenha) e boa capacidade de comunicação (e não há notícia de que W não tenha) relataria corretamente aquilo que ocorreu.

*Logo, provavelmente o semáforo estava vermelho para o réu.*¹⁴⁰

Este exemplo permite constatar que a conclusão do raciocínio indutivo adota as forças e fraquezas das premissas que conduziram a ele. Deste modo, se a companhia de engenharia de tráfego que é responsável pelos semáforos já foi várias vezes fiscalizada, verificando-se irregularidades na programação dos semáforos, aumenta a probabilidade de que o réu não tivesse culpa pela colisão. Quanto à credibilidade da testemunha, a chance de que estivesse desatenta, de má-fé, nervosa etc. se transmite à chance de que tenha prestado informação pouco fidedigna.

¹³⁷ Aqui se está a tratar da indução em sentido estrito ou indução generalizadora. A advertência se faz necessária porque é comum chamar-se de indutivo (em sentido amplo) todo raciocínio que é não dedutivo. Assim, por exemplo, Gascón Abellán (GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos...** Op. cit., p. 93-95) defende que a indução *generalizadora* serve para explicar por que se produz um fato e se no futuro ele se produzirá ou não. A mencionada autora, porém, ao contrário do que sustentamos no presente trabalho, afirma que uma indução generalizadora não contribuiu para se averiguar se o fato se produziu. Por outro lado, para a autora, a indução (em sentido amplo) *reconstrutiva* representa o modo pelo qual opera a prova indireta, que faz com que o juiz se ponha a apresentar uma versão explicativa das provas produzidas.

¹³⁸ HAACK, Susan. On Logic in the Law: "Something, but not All". **Ratio Juris**, v. 20, n. 1, p. 1-31, 2007, p. 14.

¹³⁹ O exemplo foi dado também em TRENTO, Simone. O dever de fundamentação... Op. cit., p. 96.

¹⁴⁰ Há quem sustente (assim, por exemplo, TUZET, Giovanni. Op. cit., p. 140) que a conclusão aqui inferida não é, ela mesma, uma inferência indutiva em sentido estrito, pois em sentido estrito uma indução é uma inferência que generaliza dados (tais como as proposições anteriores, usadas como premissas maiores, que começam com "normalmente..."), de modo que as conclusões estritamente indutivas versam sobre toda uma classe de casos e não sobre casos particulares. Vamos tratar, porém, desta conclusão como uma conclusão indutiva, tanto para diferenciá-la da conclusão dedutiva (supra) e da abductiva (infra) quanto porque o que se infere (e fica expresso na conclusão aqui adotada como indutiva) encontra apoio indutivo nas premissas que antecedem a conclusão. É este apoio indutivo que Ferrer Beltrán (FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración...** Op. cit., p. 121; p. 138) considera ser o esquema de raciocínio adequado para a valoração da prova no processo judicial.

Inferências indutivas como a acima mencionada são amplamente utilizadas no juízo probatório.

Em razão disso, a tradição racionalista assume que o estabelecimento da verdade dos fatos no processo é uma questão de probabilidade e que, portanto, a indução — sendo o modo apropriado de raciocinar sobre probabilidades — é o modo de raciocinar característico para o estabelecimento da verdade dos fatos no processo.¹⁴¹

Como no raciocínio dedutivo, também no raciocínio indutivo podem ser problematizadas as premissas adotadas como certas, de modo que pode ser necessário ainda um esforço argumentativo (possivelmente com a realização de suplementares inferências indutivas) para se sustentar como minimamente seguro um dado adotado como premissa.

Mas no raciocínio indutivo (em comparação com o dedutivo) há ainda uma agravante: a premissa maior, diferentemente da adotada no raciocínio dedutivo, não é universal, de modo que, portanto, a premissa maior já contém em si o problema relativo ao grau de força a ser transmitida à conclusão.¹⁴²

Transmitem maior força à conclusão aquelas generalizações baseadas em conhecimentos científicos bem-fundados e em generalizações amplamente compartilhadas baseadas na experiência comum. Transmitem uma força intermediária aquelas generalizações normalmente aceitas, mas que não são capazes de serem comprovadas.¹⁴³ Na outra ponta, há aquelas generalizações fruto de preconceitos e que transmitiriam o equívoco nelas contido à conclusão.

Além da problematização trazida à indução com o grau de força da generalização adotada como premissa maior, outro ponto que pode exigir esforço argumentativo é a questão sobre se o fato adotado como premissa menor é ou não é um exemplo daqueles casos tratados pela generalização.

Assim, por exemplo, se se adota como premissa maior a generalização segundo a qual “*normalmente, a testemunha que tem boa visão relata corretamente aquilo que ocorreu*”, será preciso saber se a testemunha ocular efetivamente gozava

¹⁴¹ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. Op. cit., p. 82.

¹⁴² Schum (Ibidem, p. 100) afirma que as generalizações, contidas nas premissas maiores, são “a cola que une os argumentos” (*the glue that hold our arguments together*). Esta “cola” pode ser de melhor ou pior qualidade.

¹⁴³ Anderson, Schum e Twining (Ibidem, p. 102) dão como exemplo desta generalização de força intermediária a generalização segundo a qual fugir da cena do crime é evidência da consciência de culpa.

de acuidade visual ao tempo em que se passou o fato objeto de seu testemunho, ou seja, se aquela testemunha é um exemplar daquele tipo de testemunha que é tratado como classe na generalização adotada como premissa maior.

A probabilidade de que o fato específico do qual trata a premissa menor não seja um exemplo daqueles abarcados pela premissa maior abala a força da conexão entre premissas e conclusão. Com efeito, da veracidade das premissas (no raciocínio indutivo) não decorre necessariamente a veracidade da conclusão. Da veracidade das premissas no raciocínio indutivo decorrem apenas razões (mais ou menos fortes e sempre derrotáveis) para que se adote a conclusão como suficientemente apoiada pelas premissas.

Outra dificuldade na valoração da prova (que fica clara quando se assume que se trata de um raciocínio indutivo) é a de eventualmente não se introduzirem premissas que deveriam ser consideradas para a tomada de uma decisão mais fundada¹⁴⁴ ou, então, em lugar de premissas mais adequadas, se considerarem outras, menos adequadas, o que se relaciona ao problema da “classe de referência”.

Este problema diz respeito a como classificar um determinado fato (tido por ocorrido e adotado como premissa menor) para o fim de adoção de uma certa generalização (a ser adotada como premissa maior) a ele aplicável. Tal problema decorre do fato de que qualquer objeto de exame tem uma série de características¹⁴⁵ e será preciso verificar quais são suas características relevantes para o fim de enquadrá-lo em certas generalizações (que digam respeito a características relevantes deste objeto) e não enquadrá-lo em outras generalizações (que digam respeito a características pouco relevantes deste objeto).

O problema da “classe de referência” diz respeito à escolha da classe de fatos apropriada na qual deva ser enquadrado o fato específico e único objeto de atenção no processo.¹⁴⁶ Assim, por exemplo, uma mesma testemunha poderia ser enquadrada em uma série de classes de referência (que quiçá conduzam a conclusões contraditórias), como, digamos: “*A testemunha é inimiga de uma das partes*” e “*Inimigos muitas vezes mentem com a intenção de prejudicarem aqueles que têm por*

¹⁴⁴ Um exemplo de premissas que pode ser pertinente considerar no caso acima mencionado poderia ser: “*Os veículos foram encontrados em posição X*” e “*o fato de os veículos serem encontrados em posição X normalmente indica que o motorista Y dirigia em velocidade equivalente ao dobro do permitido na via e equivalente ao triplo da velocidade praticada pelo motorista W*”.

¹⁴⁵ COPI, Irving M. Op. cit., p. 124.

¹⁴⁶ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **The Best...** Op. cit, p. 135.

inimigos” ou, induzindo conclusão em sentido contrário acerca da fidedignidade da testemunha: “*A testemunha é um kantiano convicto*” e “*kantianos convictos não mentem*”.

Disso se vê que a lógica é capaz de fornecer elementos importantes e que tornam mais clara a argumentação, mas ela sozinha não se apresenta como algo argumentativamente suficiente para a tomada de uma decisão juridicamente fundada.¹⁴⁷

Ao lado da indução, dentre os argumentos não dedutivos, existem ainda os argumentos abduativos. Enquanto a indução envolve inferências que vão de exemplos observados à generalização, a abdução consiste na formulação de hipóteses fáticas capazes de explicarem um conjunto de fatos empíricos.

Diz-se, com isso, que argumentos abduativos são ainda mais fracos que os indutivos, por envolverem inferências que vão dos fenômenos observados a possíveis explicações.¹⁴⁸ No sentido transmitido por Pierce ao debate do século XX, a abdução é a espécie de inferência que formula uma hipótese explicativa.¹⁴⁹ Com o termo *abdução* ou *retrodução* Pierce se referia a um momento do processo indutivo, qual seja, aquele momento consistente na escolha de uma hipótese capaz de explicar determinados fatos empíricos.¹⁵⁰

Adotando-se o formato abduativo em inferências probatórias, podem ser apresentadas exemplificativamente as seguintes formulações:

R foi encontrado na posse de veículo roubado.

A vítima do roubo reconheceu S como sendo o autor do roubo.

R é irmão de S.

R sabia que S não tinha condições de adquirir veículo onerosamente.

Há uma razão para se concluir que R tivesse consciência de que recebia de S veículo obtido mediante a prática de crime.

Outra hipótese explicativa possível é que R tenha sido o autor do roubo, equivocando-se a vítima ao reconhecer seu irmão como autor do delito.

Ou:

¹⁴⁷ Neste sentido: HAACK, Susan. On Logic... Op. cit.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 14.

¹⁴⁹ TUZET, Giovanni. Op. cit., p. 123.

¹⁵⁰ ABBAGNANO, Nicola. Op. cit., p. 2.

W foi encontrada morta envenenada em sua residência.

W vinha sofrendo de depressão e efetuando ameaças de suicídio.

Uma hipótese capaz de explicar a morte de W é que tenha se suicidado.

A porta da residência de W tinha sinais de arrombamento.

Outra possível hipótese explicativa é que W tenha sido vítima de homicídio.

A abdução, neste sentido mais estrito (de um específico momento no processo indutivo), é apenas um passo na reconstrução dos fatos: ela apenas é capaz de identificar hipóteses a serem testadas.¹⁵¹ A abdução não é capaz de desempenhar sozinha o papel de justificação da conclusão, papel que é desempenhado pelo conjunto de inferências articuladas.¹⁵²

Em alguns textos a “abdução” é usada no sentido estrito mencionado no parágrafo acima, mas, em outros, “abdução” é usada em sentido mais amplo, referindo-se a todo o processo de raciocínio probatório, a incluir observações, formulação de hipóteses, submissão das hipóteses a testes, formulação de problemas, busca de novas informações, reformulação de hipóteses etc.¹⁵³

Adotada “abdução” neste sentido mais amplo, ela é bastante compreensiva de todo o processo de raciocínio probatório, na medida em que inclui inferências que vão além da formulação das hipóteses explicativas possíveis daquilo que tenha ocorrido, abrangendo também inferências dedutivas ou indutivas.

Destarte, ao longo do processo de raciocínio, se um dos dados observados consiste em um álibi, dedutivamente se pode excluir a hipótese que poderia ser formulada caso o álibi não se fizesse presente.

E no processo do juízo probatório, para se constatar se o álibi efetivamente merece credibilidade (ou se se trata de um dado falseável — por exemplo, uma testemunha interessada) será preciso submetê-lo à prova através de raciocínios indutivos que recorram a generalizações contidas em máximas da experiência (que digam, por exemplo, que aquele que poderia ser acusado de receptação pode agir de modo a procurar minimizar as chances de que o autor do roubo seja reconhecido como tal).

¹⁵¹ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. Op. cit., p. 10.

¹⁵² TUZET, Giovanni. Op. cit., p. 124.

¹⁵³ Neste sentido: BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl. Ni deducción ni inducción: abducción. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Coords.). **Prueba y razonamiento probatorio en Derecho**. Granada: Comares, 2014, p. 163-187, p. 176.

O processo de raciocínios probatórios inclui, neste sentido amplo, os diversos tipos de inferências formuláveis. O problema que se coloca, então, consiste em saber como se conjugam todas as inferências e como se conduz o processamento dessas inferências.

Com a finalidade de se dar alguma coordenação no processamento das inferências probatórias, fala-se em raciocínio das provas às hipóteses (dirigido a formular hipóteses capazes de explicarem os dados já conhecidos) e das hipóteses às provas.¹⁵⁴

O raciocínio que vai das hipóteses aos dados consiste em submeter as hipóteses lançadas à prova, ou seja, testar as hipóteses retornando aos dados, o que pode induzir quatro tipos de conclusões: (i) a hipótese definitivamente não é verdadeira; (ii) a hipótese está conclusivamente confirmada; (iii) embora não conclusivamente confirmada a hipótese, os dados a corroboram; (iv) embora não haja elementos para se dizer que a hipótese seja definitivamente falsa, dados verificados retiram parte do suporte que outra parte dos dados dá à hipótese.

No raciocínio que vai no sentido das provas às hipóteses a pergunta que se coloca é se é justificado escolher uma hipótese (a ser depois testada); no raciocínio que vai das hipóteses às provas a pergunta é se é justificado considerar que uma hipótese foi provada.¹⁵⁵

Fala-se também, para tratar desses modos de raciocinar em direções opostas, em raciocínios *bottom-up* (em tradução livre: de baixo para cima, ou em aclave) para o pensar das observações à formulação de hipóteses e *top-down* (também em tradução livre: do topo para baixo, ou em declive) para o pensar que testa as hipóteses retornando à busca pelas provas.¹⁵⁶

¹⁵⁴ TUZET, Giovanni. Op. cit., p. 128.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 129.

¹⁵⁶ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. Op. cit., p. 4. Poder-se-ia pensar que, na busca por mais elementos, haveria uma tendência a se procurar por elementos que reforcem a hipótese previamente lançada, mas os autores advertem (p. 8) que é igualmente importante buscar elementos que pudessem negar a hipótese. Allen (ALLEN, Ronald J. The Nature of Juridical Proof. **Cardozo Law Review**, v. 13, p. 373-422, 1991, p. 383) também fala em *bottom up approach* e *top down approach*.

2.2.2 A inferência para a melhor explicação (IME)

Importantes correntes teóricas, especialmente provenientes da tradição racionalista do *common law*, defendem que esse processo de conjugação de inferências poderia ser mais bem descrito em formato explicativo.

A respeito desta discussão, Dallagnol¹⁵⁷ aponta três pontos de vista a respeito da controversa autonomia da chamada “inferência para a melhor explicação” (IME)¹⁵⁸: 1. Um primeiro ponto de vista sustenta que a IME poderia ser reduzida aos outros tipos de inferências (dedutivas e não dedutivas); 2. Um segundo ponto de vista afirma que, ao contrário, a IME é que abrange as generalizações indutivas; 3. Um terceiro ponto de vista defende que uma mesma inferência poderia ser descrita tanto como generalização quanto como explicação, mas que a melhor descrição de uma inferência se dá em termos explanatórios.

Os autores que adotam o primeiro ponto de vista (segundo o qual a IME pode ser reduzida às inferências dedutivas e não dedutivas) apregoam que, ainda que se adote a estrutura de uma inferência para a melhor explicação, a justificação final é indutiva: o que afinal justifica que esteja autorizado retirar das evidências reunidas a hipótese que será adotada são as generalizações que ligam as evidências à hipótese. Se as generalizações são a “cola”¹⁵⁹ dos argumentos, é acertado dizer que o raciocínio indutivo é que é decisivo para o resultado da prova.

No lado oposto, os autores que defendem o ponto de vista segundo o qual a IME abrange as generalizações indutivas sustentam que as inferências feitas no juízo probatório podem ser facilmente descritas como inferências para a melhor explicação, mas dificilmente detalhadas como induções enumerativas. É a posição, por exemplo, de Harman, que escreveu o artigo clássico cunhando a expressão “inferência para a melhor explicação”¹⁶⁰ e expondo a ideia.

¹⁵⁷ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas...** Op. cit., p. 135-136; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **The Best...** Op. cit., p. 127.

¹⁵⁸ A IME (inferência para a melhor explicação) foi expressão cunhada em 1965 (por Harman, cf. nota 160, infra) e que seguiu sendo utilizada por teóricos que compreendiam os juízos acerca da sustentabilidade das hipóteses como testes da capacidade explicativa das hipóteses.

¹⁵⁹ ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. Op. cit., p. 100.

¹⁶⁰ HARMAN, Gilbert H. The Inference to the Best Explanation. **Philosophical Review**, v. 74, p. 88-95, 1965, p. 88-95.

Diante dessa controvérsia, é importante observar que frequentemente uma inferência indutiva pode ser reelaborada em termos abduativos e vice-versa.¹⁶¹ Com efeito, uma confissão pode ser explicada pela hipótese de que o confitente tenha sido o autor do delito (abdução) ou então, reelaborando-se a ideia em termos indutivos, uma confissão, em razão de que normalmente quem confessa é culpado (generalização indutiva), permite concluir que o confitente é culpado.¹⁶²

Esta possibilidade de se reelaborar um raciocínio abduativo, apresentando-o em formato indutivo e vice-versa, é que dá ensejo ao terceiro ponto de vista acima mencionado, segundo o qual, embora se possa descrever uma mesma inferência tanto em termos de uma generalização indutiva quanto em termos de uma abdução explicativa, a opção pela descrição do raciocínio em termos explanatórios seria melhor.

As vantagens (explicativas) de uma abordagem explicacionista em relação a uma indutivista parecem claras se ambas as abordagens tiverem suas aplicações comparadas. Pela via explicacionista, formular a hipótese de que o confitente tenha sido o autor do delito demanda que se compare esta hipótese com outras também plausíveis no caso (por exemplo, com a hipótese de que o confitente queira evitar a responsabilização de um terceiro), cotejando-se qual o suporte que cada uma das hipóteses em competição recebe dos elementos a serem considerados (sendo certo que esses elementos incluem não só as provas propriamente ditas, mas também os fatos incontroversos e notórios, o comportamento das partes em juízo e as regras de experiência pertinentes). Por outro lado, pela via indutivista, parece (e isso é equivocado) que o enquadramento de um dado considerado no processo (a confissão) em uma generalização decorrente da experiência (“quem confessa normalmente é culpado”) por si só já resolve a questão objeto de prova.

Isso porque a avaliação da prova é muito mais complexa que um simples enquadramento de um dado concreto em uma generalização escolhida aleatoriamente. E a abordagem explicacionista tem a vantagem de tornar essa complexidade explícita. Daí dizer-se que a IME melhor descreve o juízo probatório porque envolve a comparação — explicativa — da plausibilidade das hipóteses.¹⁶³

¹⁶¹ ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. Juridical Proof and the Best Explanation. **Law and Philosophy**, v. 27, p. 223-268, 2008, p. 228, nota 15.

¹⁶² O exemplo é de Allen e Pardo. *Ibidem*.

¹⁶³ ALLEN, Ronald J. Explanationism All the Way Down. **Episteme**, v. 5, n. 3, p. 320-328, 2008, p. 325.

Somado a isso, defensores da IME afirmam que o *valor probatório* é mais bem entendido sob a perspectiva explicacionista do que sob a perspectiva indutivista ou probabilista.¹⁶⁴ O *valor probatório* de uma conclusão a respeito da prova é a *medida* em que a conclusão é capaz de suportar uma evidência em um determinado contexto.¹⁶⁵ Trata-se, portanto, de uma questão de *grau*. Mas esse grau ou medida não corresponde a um percentual de frequência quantitativa verificada historicamente, uma vez que o caso sob julgamento é específico em relação à generalidade dos casos que formam a regra de experiência aplicável e, por isso, suas especificidades precisam ser *explicadas*. Tanto assim que o valor probatório do exame de DNA não corresponde à percentagem que o perito conclui presente, sendo necessário, ainda, para se chegar ao valor probatório do exame, realizar inferências sobre o que seria capaz de explicar o resultado, considerando-se a possibilidade de erro do laboratório, a possibilidade de fraude manipulada pelas partes ou por terceiros, a possibilidade de que dois hipotéticos investigáveis fossem irmãos etc.¹⁶⁶

Outro argumento utilizado pelos defensores da IME é o de que a perspectiva explicacionista reflete o modo de pensar psicológico da vida comum das pessoas,¹⁶⁷ que, ordinariamente, retiram conclusões explicativas daquilo que observam (por exemplo: quando se escuta barulho de chuva, se conclui que está chovendo). O fato de se tratar de um modo de pensar amplamente compartilhado fornece tanto um *guia* para a formulação de hipóteses plausíveis como uma forma de *controle* dos testes a que as hipóteses deverão de ser submetidas.

O fato de a IME recorrer mais expressa e diretamente ao conhecimento de mundo compartilhado para a formulação de hipóteses e sua submissão a testes acarreta outra vantagem à perspectiva explicacionista em relação à indutivista, no que diz respeito ao problema das “classes de referência”.¹⁶⁸ Adotada a perspectiva explicacionista, recorre-se ao conhecimento de mundo compartilhado (*background knowledge*) para a formulação de hipóteses explicativas factíveis capazes de competir com as hipóteses de antemão apresentadas pelas partes (por exemplo, a hipótese de

¹⁶⁴ “Probabilismo” é o termo mais conhecido como oposição ao “explicacionismo”. É utilizado para tratar também de indutivismo em sentido amplo, ou seja, incluindo toda forma de inferências não dedutivas (o que inclui abduções, embora uma abdução possa receber o formato de indução).

¹⁶⁵ ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. *Juridical...* Op. cit., p. 261.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 263, nota 133.

¹⁶⁷ DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas...*cit., p. 137-138; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *The Best...* Op. cit., p. 133.

¹⁶⁸ *Idem*. *The Best...* Op. cit., p. 139-140. Sobre o problema das “classes de referência”, ver *supra*, seção 2.2.1.

culpa concorrente quando ambas as partes sustentam a culpa exclusiva da parte adversa; ou a hipótese de que uma testemunha esteja mentindo por razões pertinentes que levam a generalizações de regras da experiência aplicáveis a ela). Com isso, não se faz necessário acorrer a todas as classes de referência imagináveis a respeito dos dados reunidos no processo, de modo que a abordagem explicacionista se mostra como um *guia* mais simples no juízo probatório. E, ainda, a estratégia explicacionista busca a explicação (a razão de ser) que liga antecedentes e consequentes nas generalizações, de modo a indicar as classes de referência mais pertinentes ao caso concreto em questão e não qualquer coincidência estatística entre os fatos do caso concreto e as generalizações (por exemplo: o fato de que normalmente o motorista do veículo mais antigo seja o causador de colisões não apresenta qualquer poder explicativo, por si só, a respeito da culpa pela colisão no caso concreto; mas o fato de que quem invade a mão de direção alheia tem mais chance de ter sido o causador da colisão — porque dirige ilicitamente em pista alheia e com isso infringe a confiança e por vezes a capacidade de direção defensiva dos outros motoristas — pode explicar a hipótese de culpa exclusiva de quem dirigia na contramão).

Diante desse quadro, é possível concluir-se que a abordagem explicacionista, além de ser mais simples e com isso funcionar como um melhor guia do que quando comparada com a abordagem indutivista, traz consigo a exigibilidade de controle da justificabilidade da hipótese que se adota. Ela é, assim, vantajosa tanto no raciocínio que vai das provas às hipóteses (*bottom-up*) quanto no que vai das hipóteses às provas (*top-down*).¹⁶⁹

Embora a abordagem explicacionista apresente vantagens em relação a uma abordagem probabilista ou indutivista, ela não é infensa a críticas. Argumenta-se que nem sempre a melhor explicação é suficiente para a adoção da hipótese. Poderá ser suficiente caso se trate de se comprovar segundo um *standard* de prova mais provável que improvável, mas não quando se estiver diante de um *standard* mais exigente, como o aplicável normalmente aos casos criminais, em que não bastaria a tese da acusação ser apenas pouco mais provável que a tese da defesa.¹⁷⁰ Além disso,

¹⁶⁹ Ver *supra*, seção 2.2.1.

¹⁷⁰ Larry Laudan (LAUDAN, Larry. Aliados extraños: la inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal. In: **El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 89-115, p. 94) argumenta que a IME exige muito pouco para funcionar como *standard* penal e exige demais para funcionar como *standard* civil. A respeito do *standard* civil, o autor

argumenta-se que adotar a melhor explicação não seria atitude responsável caso se estivesse diante de um conjunto de hipóteses sendo todas elas fracamente respaldadas nas provas (o problema do melhor candidato de um conjunto ruim). Aponta-se, ainda, que há divergência acerca dos critérios que indicariam qual é a “melhor” explicação.¹⁷¹

Em relação a ao menos parte dessas críticas, o problema principal não é uma divergência de ideias entre os defensores da IME e seus críticos, mas a manutenção da nomenclatura “inferência para a *melhor* explicação”, pois os teóricos da IME não defendem que, qualquer que seja a *melhor* explicação do contexto, ela deva ser adotada.¹⁷² Ao contrário, os teóricos da IME são expressos ao assentarem que os *standards* de prova estabelecem os limites explicativos mínimos que devem ser alcançados¹⁷³ e que, se nenhuma das hipóteses é boa o bastante, a decisão a ser tomada deverá ser baseada na regra de ônus da prova aplicável.¹⁷⁴

Quanto à crítica que introduz o problema dos *standards* de prova na IME, é de se observar que a proposta de que se realizem inferências para a melhor explicação não oferece proposta alguma sobre quais os *standards* de prova aplicáveis. A proposta de se efetuarem as inferências que conduzam à melhor explicação apenas trata de tornar claro como fatores explicativos guiam o processo inferencial no juízo probatório.¹⁷⁵ Qualquer inferência (ou conjunto de inferências), seja indutiva ou seja tendente à melhor explicação, não garantiria por si só que se chegasse a um resultado aceitável sobre qual a decisão a ser tomada a respeito de

afirma (p. 111) que pode ocorrer de nenhuma das hipóteses sustentadas pelas partes ser boa o bastante para ser considerada a melhor segundo os padrões exigidos pelos defensores da IME e, não obstante, alguma delas ter de ser adotada, em razão da proibição de *non liquet*. Em verdade, a proibição de *non liquet* não constrange o juiz (ao menos não diretamente) a aceitar como provada uma hipótese tão fracamente provada; o que ela faz é impor ao juiz o dever de lançar mão de uma regra de julgamento de ônus da prova; e a concretização de uma regra de ônus da prova pode produzir no caso o mesmo *efeito* de se considerar provada uma determinada hipótese.

¹⁷¹ Laudan (LAUDAN, Larry. Aliados extraños... Op. cit., p. 97-98) arrola diversos critérios que os defensores da IME apontam para a definição de o que seja a *melhor* explicação: simplicidade, plausibilidade, não utilização de elementos *ad hoc*, capacidade de explicar diferentes tipos de fatos, coerência com crenças de fundo, consistência interna, grau de possibilidade de ser comprovada. Muitos dos defensores da IME apontam mais de um critério como revelador das virtudes explicativas de uma hipótese, mas não sustentam qual critério deva prevalecer em caso de conflito entre eles.

¹⁷² Laudan (Ibidem, p. 98-99) observa que, corretamente, todos os modelos de IME sublinham que o simples fato de haver hipóteses rivais que expliquem certos eventos não garante que alguma delas possa ser dita “boa” ou, menos ainda, a “melhor”.

¹⁷³ PARDO, Michael S. Estándares de prueba y teoría de la prueba. In: VÁZQUEZ, C. (Coord.). **Estándares de prueba y prueba científica: ensayos de epistemología jurídica**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 99-118, p. 100.

¹⁷⁴ ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. Juridical... Op. cit., p. 238.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 241.

se considerar suficiente ou insuficientemente provada uma hipótese.¹⁷⁶ Com isso, pode-se dizer que a capacidade explicativa da hipótese a ser adotada na decisão é necessária, mas nem sempre é suficiente para a tomada da decisão.

No que diz respeito às críticas de que a IME não seria apta a atender a um *standard* de prova mais rigoroso, como é o *standard* normalmente aplicável a casos penais, os defensores da IME mantêm que apreciações de relativa plausibilidade (ou seja, de se comparar a plausibilidade de duas hipóteses rivais) são hábeis a orientar a decisão em casos cíveis comuns, nos quais baste que uma hipótese seja mais provável que outra. E acrescentam que a ideia encontra aplicação sob o *standard* mais rigoroso aplicável ao direito penal, em que, para a condenação, se exige a prova da hipótese sustentada pela acusação e, ainda, que não seja plausível qualquer hipótese consistente com a inocência.¹⁷⁷ Também *standards* de prova intermediários podem se beneficiar da abordagem explicacionista, podendo-se sob tais *standards* requerer que uma hipótese seja consideravelmente mais plausível que a hipótese que com ela compete.¹⁷⁸

As réplicas que os teóricos da IME apresentam a seus críticos tornam patente que, além de ser sempre possível haver divergência sobre qual é a *melhor* dentre as hipóteses plausíveis, o juiz haverá de *decidir* se a hipótese a ser dada por verdadeira é (ou não — e neste caso se haverá de *decidir* acerca da distribuição do ônus da prova, situação na qual também há margem de decisão) suficientemente aceitável no caso em questão. Assim sendo, embora as abordagens explicativas ajudem o processo de tomada de decisão e de sua justificação, fornecendo um *guia*, elas não fornecem uma receita para a tomada de decisão.

A tomada de decisões fundamentadas em relação à matéria probatória exige — além de que se exponha o processo inferencial a partir dos dados que tornam uma hipótese mais plausível que outras e que se justifique por que uma hipótese é mais

¹⁷⁶ ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. Juridical... Op. cit., p. 246.

¹⁷⁷ ALLEN, Ronald J. The Nature... Op. cit., p. 382: “*The analogue for beyond reasonable doubt is simply that the state must demonstrate that there is no plausible account consistent with innocence.*” Em tradução livre: “O análogo para ‘além de toda dúvida razoável’ é simplesmente que o Estado deve demonstrar que não há explicação plausível consistente com a inocência.”

¹⁷⁸ Ibidem, p. 413: “*Intermediate burdens of persuasion may also be accommodated by this theory. Clear and convincing proof is simply a considerably more persuasive story than its opposition. This is the most troublesome standard of proof [...] because it exposes [...] the ambiguity in the word ‘considerably.’*” Em tradução livre: “*Standards* de prova intermediários também podem ser acomodados por essa teoria. ‘Prova clara e convincente’ é simplesmente uma história consideravelmente mais persuasiva que a sua oposição. Esse é o *standard* de prova mais problemático [...] porque ele expõe [...] a ambiguidade da palavra ‘consideravelmente’.”

plausível que as outras — que se fundamente por que tal hipótese que melhor explica os dados pertinentes é, ademais, *suficientemente* suportada por todos estes dados *para o fim de autorizar uma decisão com base nela*.

A IME responde qual hipótese pode ser aceita *como a melhor explicação*, mas no contexto jurídico de decisão tal resposta é apenas um passo a ser percorrido para se responder à pergunta efetivamente relevante, que é: o que deve ser *aceito como provado*¹⁷⁹ ou *tido como verdadeiro*¹⁸⁰ *para fins de tomada de decisão*.¹⁸¹

2.2.3 Sofisticando a abordagem explicacionista: a proposta de Susan Haack

O contexto em que o presente trabalho se insere (como já apontado supra, 1.3.1) é o de justificação, na medida em que o que importa para a tomada de decisão acerca da prova dos fatos é a justificabilidade objetivamente defensável desta decisão (não o convencimento subjetivo imperscrutável de qualquer sujeito).

Nesse contexto, é bastante sofisticada a proposta de Haack¹⁸² de que se considerem — simultaneamente — três dimensões, especificadas pela autora, na tomada de decisão sobre a justificabilidade da hipótese fática a ser dada como provada: (a) o grau de segurança independente de cada um dos dados considerados, (b) a medida em que os dados reunidos no processo (somados àqueles que fazem parte do *background knowledge*) incluem todos os dados pertinentes que haveriam de ser levados ao processo e, ainda, (c) a medida em que estes dados oferecem suporte à decisão. Chamar-se-á “a” de *segurança independente*; “b” de *compreensividade* ou *inclusividade* ou *completude* e “c” de *suportividade*.

¹⁷⁹ Em termos semelhantes: LAUDAN, Larry. Aliados... Op. cit., p. 110, acentuando ainda que a *melhor* explicação não se sujeita a contexto, sendo a *melhor* em qualquer caso (no contexto científico, histórico, clínico e, por igual, no processo civil ou no processo penal), ao passo que os *standards* de prova são sensíveis ao contexto, pois se referem ao grau de força probatória demandado em uma situação específica, variando de acordo com certos fatores a serem considerados em cada qual dos contextos, uma vez que servem ao modo de distribuição de erros (e custos e benefícios associados a erros e acertos) que se considera adequado naquele contexto.

¹⁸⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba**... Op. cit., p. 73-78.

¹⁸¹ V. 1.2.1 e 1.2.2 supra.

¹⁸² HAACK, Susan. El probabilismo jurídico... Op. cit., p. 78 et seq.; HAACK, Susan. Warrant, Causation and the Atomism of Evidence Law. **Episteme**, v. 5, n. 3, p. 253-265, 2008, p. 258 et seq.

Haack esclarece¹⁸³ que sua proposta inclui “integração explicativa” semelhante à da IME, mas adverte para diferenças entre a sua proposta e a de Allen. A primeira é a de que a proposta de Haack não é unidirecional (como seria a IME), mas *expressamente* multidirecional, ou seja, procura-se tanto a capacidade explicativa que a hipótese tem em relação aos dados a serem considerados como evidências (*top-down*) quanto a capacidade de que os dados potencialmente consideráveis como evidências expliquem a hipótese (*bottom-up*). Em termos simplificados, na proposta de Haack é expresso que se testa tanto a capacidade explicativa da hipótese em relação à evidência quanto a capacidade explicativa da evidência em relação às hipóteses em competição.

A outra diferença da proposta de Haack é que a autora frisa¹⁸⁴ que a integração explicativa por ela proposta não é uma questão de otimização (ou seja, não se está procurando pela *melhor* explicação), mas de grau. Além disso, Haack defende que a “integração explicativa” por ela proposta desempenha seu papel na explicação do grau de apoio que as evidências dão à hipótese (ou seja, na *suportividade*), sendo esta apenas uma dimensão do grau de qualidade das provas, de modo que sua proposta inclui considerar ainda a *segurança independente* das provas e a *completude* das provas.

Com o recurso a essas três dimensões (*segurança independente*, *inclusividade* ou *completude* e *suportividade*) da medida em que a adoção de uma hipótese é justificada, a proposta de Haack permite uma boa resposta à objeção de circularidade¹⁸⁵ que poderia ser oposta a uma teoria da prova que aprecie a qualidade da prova exclusivamente com base no suporte entre provas e hipóteses. Com efeito, na medida em que se há de apreciar não só o *suporte* entre provas e hipóteses, mas também a *segurança independente* das provas e a *compreensividade* da prova colacionada (considerado o conhecimento de mundo que informará a respeito de o que minimamente se deve ser capaz de reunir para a prova de um determinado fato em determinadas circunstâncias), será preciso recorrer ao *background knowledge*, que encontra fundamentos não na coerência entre os elementos reunidos, mas na experiência.

¹⁸³ HAACK, Susan. El probabilismo jurídico... Op. cit., p. 79, nota 78.

¹⁸⁴ Ibidem

¹⁸⁵ Idem. **Evidence and Inquiry: a Pragmatist Reconstruction of Epistemology**. 2. ed. Amherst: Prometheus, 2009, p. 14.

Para ilustrar as virtudes de sua teoria, Haack se utiliza da metáfora das palavras-cruzadas¹⁸⁶: as pistas fornecidas pelo jogo de palavras-cruzadas para o preenchimento de cada campo são equivalentes às provas concretamente produzidas; as letras já completadas por quem está resolvendo as palavras-cruzadas equivalem ao suporte mútuo entre evidências e hipóteses. As pistas fornecidas pelo jogo de palavras-cruzadas fornecem *segurança independente* a cada palavra que se pode sustentar como cabível em determinado campo diante daquelas pistas. Por sua vez, cada preenchimento feito por quem está resolvendo as palavras cruzadas é interdependente dos outros preenchimentos já feitos por ele ou por fazer, ou seja, dependem de *suporte mútuo*. O suporte é tanto maior quanto menos espaço resta para hipóteses alternativas. E, ainda, quanto mais segurança individual uma pista dá de que uma certa hipótese de preenchimento do campo deva ser efetivada, mais essa hipótese dá suporte para palavras que cruzem com ela e que sejam com ela compatíveis e mais suporte ela retira de possíveis palavras que cruzem com ela e que são com ela incompatíveis.

Como observa Haack, a metáfora das palavras-cruzadas não ajuda muito na compreensão do papel da *compreensividade* ou *inclusividade* ou *completude* da prova produzida. Esta dimensão da qualidade da prova é mais negativa: a falta de completude da prova aponta quando não está justificado aceitar uma hipótese como provada, por causa da ausência de alguma prova relevante.¹⁸⁷

O que é uma prova relevante (e a respectiva ausência que faz do conjunto probatório incompleto) e se a prova contém segurança individual são avaliações a serem feitas a partir de um conhecimento de mundo compartilhado (*background knowledge*), o que permite o contato com a realidade e uma resposta à circularidade da suportividade.

A proposta de que as três dimensões (*segurança independente*, *inclusividade* ou *completude* e *suportividade*) devam ser apreciadas para a avaliação da medida em que a adoção de uma hipótese é justificada denota o caráter gradativo da justificação: será tanto *mais* justificado adotar uma hipótese quanto mais as provas que a suportam tenham segurança individual e sejam completas. A força ou a fraqueza de cada uma destas três dimensões aumenta ou diminui a justificabilidade da hipótese.

¹⁸⁶ HAACK, Susan. **Evidence and Inquiry**... Op. cit., p. 126-130.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 132.

Em última análise, portanto, ainda uma proposta epistemológica sofisticada e multidimensional acerca dos fatos que levam à maior ou menor qualidade da evidência reunida não é hábil a fornecer uma “receita” para a complexa apreciação jurídica da prova.

No contexto de justificação da decisão, como já apontado ao final da seção 2.2.2, supra, a pergunta relevante é o que deve ser *aceito como provado*¹⁸⁸ ou *tido como verdadeiro*¹⁸⁹ para fins de tomada de decisão.¹⁹⁰ E responder a esta pergunta inclui decidir (também fundamentadamente) qual é o *standard* de prova a ser concretizado no caso e se ele foi preenchido pelo material produzido nos autos, aliado ao *background knowledge*. A par da questão epistêmica, que oferece ferramental para o conhecimento acerca dos fatos (o que é da maior importância na medida em que se assume¹⁹¹ que a finalidade institucional da instrução probatória é a busca da verdade dos fatos pertinentes à decisão da causa),¹⁹² o processo de decisão acerca dos fatos envolve também decisão. E essa decisão, além de fundamentos epistêmicos, tem também fundamentos político-morais, que devem coincidir com os albergados pelo ordenamento jurídico em que a decisão se insere.

2.3 OS STANDARDS E OS ÔNUS DE PROVA

Conforme se vem sustentando neste trabalho, afirmar que determinada hipótese está provada, no contexto da decisão jurisdicional, consiste em afirmar que a adoção de tal hipótese está suficientemente *justificada* diante dos meios de prova produzidos, dos fatos que se toma por certos (por serem incontroversos ou notórios), do conhecimento de mundo compartilhado (*background knowledge*) e das normas jurídicas aplicáveis.

Na medida em que decidir se se está diante de uma hipótese comprovada ou de uma hipótese não comprovada *para fins de tomada de decisão*¹⁹³ é uma decisão

¹⁸⁸ LAUDAN, Larry. Aliados... Op. cit., p. 110.

¹⁸⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad**... Op. cit., p. 73-78.

¹⁹⁰ V. 1.2.1 e 1.2.2, supra.

¹⁹¹ V. 1.2.3, supra.

¹⁹² Ibidem, p. 31 e 83.

¹⁹³ V. 1.2.1 e 1.2.2, supra.

jurisdicional, ela é norteada por critérios necessariamente jurídicos,¹⁹⁴ que serão os decisivos para se apontar se está ou não justificado dar por provada determinada hipótese.

Isso levanta duas questões amplamente relacionadas entre si: as relativas aos *standards* de prova potencialmente aplicáveis e as relativas à distribuição do ônus¹⁹⁵ da prova.

Embora essas duas questões estejam (ao menos potencialmente) presentes quando se decide sobre a prova de hipóteses fáticas, sua explicitação passa a ser mais necessária conforme mais problemáticas sejam as potenciais soluções do caso.

Tais questões se referem ao *quanto* de prova é exigível no caso e a *qual das partes* deverá sucumbir caso o resultado probatório se revele insuficiente. Enquanto o ônus da prova responde à pergunta de *quem* deve sucumbir caso se considere insuficiente a prova produzida, o *standard* de prova responde à pergunta de *quanto* de prova deve se fazer presente para que — para fins de tomada da decisão — se considere provado um determinado fato. As respostas a essas perguntas conduzirão ao êxito de uma das partes e à sucumbência da outra. E as respostas a essas duas questões têm pouco a ver com fatores epistêmicos e muito com considerações político-morais *feitas pelo ordenamento jurídico*.¹⁹⁶

As duas perguntas são feitas pelo ordenamento jurídico — tanto a definição de *quanto* de prova (*standard* de prova) é preciso estar presente para se dar uma

¹⁹⁴ V. 1.1.1, supra.

¹⁹⁵ Fala-se em uma dimensão formal e em uma dimensão material do ônus da prova. A primeira (formal), como norma dirigida às partes, que imputa a uma ou outra das partes o ônus de provar determinados fatos, sob pena de serem considerados não provados, em prejuízo do onerado. Já a dimensão material do ônus da prova, afirma-se, consistiria em uma regra de juízo, dirigida ao juiz com a finalidade de evitar o *non liquet* caso, ao fim da instrução, resulte nenhuma ou insuficiente a prova produzida acerca de algum dos fatos principais da causa sobre os quais haveria de ser produzida prova (fato controverso e não notório). A este respeito, Giovanni Verde (VERDE, Giovanni. **L'onere della prova nel Processo Civile**. Napole: Jovene, 1974, p. 27), com acerto, observa que a necessidade de existir uma regra de ônus da prova advém não só do objetivo de se evitar um *non liquet*, mas da ideia de que o juiz deve *rejeitar* a demanda que *não* tenha seus pressupostos fáticos provados. De qualquer sorte, essas duas dimensões são apenas ângulos de observação do mesmo fenômeno: o ônus da prova funciona para estabelecer uma regra para julgamento da causa caso não se tenha prova bastante ao final da instrução, e, nesta medida, sob o aspecto de *como* se deve julgar a causa, ele pode ser encarado objetivamente. Por outro lado, vistas as coisas sob a perspectiva das partes, há uma estimativa, desde antes da propositura da demanda, acerca de “como” a causa será julgada caso haja deficiência na instrução; é elaborando um raciocínio em perspectiva que as partes adotam suas estratégias processuais e quiçá pré-processuais (pré-constituindo provas que lhes poderão ser úteis e mantendo-as em seu poder). Neste sentido: YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 66.

¹⁹⁶ HAACK, Susan. The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front. **Ratio Juris**, v. 25, n. 2, p. 206-235, 2012, p. 212.

hipótese por provada quanto a de *qual das partes* (ônus da prova) sucumbirá caso não satisfeito o *standard* aplicável —, uma vez que são ambas questões *jurídicas* e não meramente epistêmicas.

Observe-se que a questão sobre o *quanto* de prova é exigível para se dar por provada determinada hipótese fática pode ocultar uma distinção doutrinariamente feita entre, de um lado, a definição de qual o *standard* de prova aplicável e, de outro, se tal *standard* foi efetivamente preenchido no caso.

Qualquer dessas duas questões (a de qual o *standard* aplicável e a de se este *standard* foi preenchido), é preciso repisar, em sendo questões a serem decididas no contexto de justificação inerente ao processo judicial, devem ser solucionadas juridicamente, com recurso a critérios jurídicos.

Com efeito, definido o *standard* de prova aplicável, decidir se aquele *standard* foi preenchido exige decidir justificadamente se a hipótese fática que se está a dar por ocorrida está suficientemente suportada pelos elementos justificadamente admitidos que ostentem justificada segurança individual, se é que eles são minimamente inclusivos. Essas três dimensões (*segurança independente, inclusividade* ou *completude e suportividade*),¹⁹⁷ a serem conjugadas para se avaliar se a adoção de uma hipótese atende ao *standard* de prova aplicável, são avaliadas, individual e conjuntamente, segundo os parâmetros jurídicos fornecidos pelo ordenamento jurídico aplicável.

2.3.1 As razões subjacentes à definição do *standard* de prova aplicável

O estabelecimento de um *standard* de prova mais ou menos exigente é um importante fator que atua na distribuição dos riscos inerentes à possibilidade de erro¹⁹⁸ da decisão judicial. E a distribuição do risco de erro nas decisões sobre provas depende da lesividade decorrente do erro e das virtudes decorrentes do acerto na prestação jurisdicional.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Sobre elas, v. seção 2.2.3, supra.

¹⁹⁸ Considerando-se como “errônea” a decisão judicial que atribui o bem da vida objeto de disputa em desacordo com a atribuição que seria feita pelo direito material caso se aplicasse aos fatos como efetivamente ocorridos.

¹⁹⁹ LILLQUIST, Erik. Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability. **U. C.**

Na tradição anglo-americana foram sendo assentados jurisprudencialmente os *standards* de prova aplicáveis a diferentes tipos de controvérsias, de modo que, como regra geral, se utiliza a preponderância da prova para processos cíveis e prova além de toda dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*) para causas criminais; fala-se também em um *standard* intermediário para causas cíveis cujos erros seriam de maior potencial danoso (*clear and convincing evidence*)²⁰⁰ e de *standards* inferiores à preponderância da prova para decisões não definitivas justificadas pela necessidade de uma medida tempestiva (tal como uma busca e apreensão).²⁰¹

Na tradição do *civil law* não é comum o uso de fórmulas verbais para o estabelecimento dos *standards* de prova nem na legislação nem, muitas vezes, na prática forense, embora o estudo do direito comparado tenha gerado nos últimos anos uma grande repercussão das fórmulas designadoras dos *standards* de prova próprias da Inglaterra e dos Estados Unidos na doutrina dos países de tradição romano-germânica.²⁰²

De qualquer sorte, é da nossa prática processual ser mais exigente quanto à prova de um fato que poderá conduzir à aplicação de uma sanção criminal²⁰³ ou

Davis Law Review, v. 36, n. 1, p. 85-197, 2002, p. 90-91. No âmbito do processo penal, Laudan (LAUDAN, Larry. El contrato social y las reglas de juicio: un replanteo de las reglas procesales. In: **El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 199-309, p. 267; p. 294; p. 298) defende que o equilíbrio entre as virtudes de uma possível decisão acertada e a lesividade de uma possível decisão equivocada pode ser encontrado com a diminuição do risco total, ou seja, tanto de alguém ser condenado sendo inocente (caso em que a lesividade aumenta conforme o crime e a pena) quanto de (com absolvições de culpados) se vir a ser vítima de delitos (especialmente os graves). Com isso, o *standard* de prova ótimo é aquele que reduz o risco total, consideradas tanto as virtudes do acerto quanto os vícios do erro.

²⁰⁰ Susan Haack (HAACK, Susan. The Embedded... Op. cit., p. 211-212) dá como exemplos de casos em que é aplicado este *standard* intermediário de *clear and convincing evidence* aqueles em que se discutem a perda de direitos parentais, questões de cidadania, o conteúdo de documentos extraviados etc.

²⁰¹ Ferrer Beltrán (FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración... Op. cit., p. 139-140) observa que as decisões a respeito do *standard* de prova no âmbito anglo-saxão costumam mencionar razões atinentes ao peso dos bens jurídicos em jogo para fundamentar a maior exigência probatória no processo penal. O autor ressalta, neste ponto, que nem sempre é maior no processo penal a importância relativa dos bens em jogo. E defende, na sequência, que talvez seja mais razoável lançar mão de distintos *standards* de prova, no processo penal e no processo civil, em função da gravidade do ilícito de que se trate e da dimensão da consequência jurídica prevista pelo direito.

²⁰² Nesta linha, conferir, por exemplo, KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38-46. O autor propõe quatro modelos de constatação de fatos: o de *preponderância de provas*, aplicável a processos civis tradicionais, em que discutidas questões apenas patrimoniais; o de *prova clara e convincente*, para processos que tenham reflexos penais; *prova acima da dúvida razoável*, para o processo penal e *prova razoável excludente de qualquer hipótese de inocência*, para o processo penal com prova baseada em indícios.

²⁰³ A imposição do ônus da prova dos elementos do delito ao órgão acusador e a fixação do *standard* criminal em um patamar alto (*beyond reasonable doubt*, na tradição anglo-americana) repousa na ideia, aceita ao menos na civilização ocidental, de que moralmente é pior condenar um inocente do que absolver um culpado. Neste sentido: HAACK, Susan. The Embedded... Op. cit., p. 212.

quanto à prova de uma infração administrativa que poderá conduzir à aplicação de uma sanção severa ou quanto à prova de uma conduta grave em geral que implique uma consequência grave (tais como a perda do poder parental, a internação compulsória em estabelecimento psiquiátrico etc.). Por outro lado, e nisso o ordenamento jurídico é expresso,²⁰⁴ somos bem menos exigentes quando se está a apreciar uma tutela não definitiva e fatores relacionados à urgência pressionam por uma tutela imediata.

A distribuição do risco de erro entre as partes através da elevação ou do rebaixamento do *quantum* de prova exigido no caso decorre da consideração conjunta de fatores que orientam o ordenamento jurídico como um todo e que procuram estabelecer qual o preço que (nós, sociedade) estamos dispostos a pagar pelos erros que inevitavelmente serão cometidos em algumas decisões e o quanto (nós, sociedade) apreciamos as virtudes da decisão acertada que poderá advir.²⁰⁵ Assim, se estamos bem pouco predispostos a enviar alguém indevidamente ao cárcere, a consequência em termos probatórios é exigirmos um *standard* de prova alto para a prova dos elementos do delito; se estamos predispostos a correr o risco de errarmos para evitarmos um dano (o que fazemos considerando também a vultosidade deste possível dano), coerentemente haveremos de ser pouco exigentes no juízo de probabilidade na concessão de tutela não definitiva da urgência.

Os *standards* de prova, apesar de no direito anglo-americano remontarem a centenas de anos, nunca foram formulados com precisão. Com efeito, suas expressões mais usuais incluem “razoável”, prova “clara e convincente”, “preponderância”. Daí dizer-se que a vagueza é inerente aos *standards* de prova.²⁰⁶ Isso não quer dizer que os *standards* sejam subjetivos; eles podem — e devem²⁰⁷ —

²⁰⁴ O novo Código de Processo Civil dispõe, semelhantemente ao disposto no art. 273 do Código de 1973, que: “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

²⁰⁵ LILLQUIST, Erik. Op. cit., p. 90-91.

²⁰⁶ ALLEN, Ronald J. Burdens of Proof. **Law, Probability and Risk**, v. 13, n. 3-4, p. 195-219, 2014, p. 218.

²⁰⁷ LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. In: **El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 55-86, p. 71. Como bem pontua Laudan neste ponto, um *standard* de prova “*tiene la intención de indicar al investigador cuándo está autorizado a considerar algo como probado, esto es, cuándo la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada* para los propósitos pretendidos”. Em tradução livre: Um *standard* de prova “tem a intenção de indicar ao investigador quando está autorizado a considerar algo como provado, isto é, quando a relação entre a prova e as premissas justifica a aceitação da conclusão como provada para os propósitos pretendidos”.

ser compreendidos de modo objetivo. Como bem defende Haack,²⁰⁸ o aspecto crucial na compreensão das expressões usadas na elaboração dos *standards* de prova não é o psicológico, mas o epistemológico: a crença subjetiva do julgador é uma questão distinta e secundária; o principal é o peso das provas. Como acentua Laudan, tratar daquilo que o julgador crê não é necessário, pois sua crença subjetiva não é condição para que o julgamento seja em um sentido ou em outro; e, além de desnecessário, é indesejável, pois retira o foco daquilo que deve ser a preocupação central: a satisfação (objetiva) do *standard* de prova.²⁰⁹

Essa falta de precisão nas formulações dos *standards* pode refletir não uma abertura para subjetivismo, mas o reconhecimento de que a precisão dos *standards* não seja algo factível ou que, ainda que fosse possível, que uma precisão *a priori* e em abstrato não fosse desejável.²¹⁰

Como regra geral, no processo em que a controvérsia gira em torno de bem da vida de igual importância para as partes e cuja perda implicaria igual custo para ambas as partes, a distribuição de erros (e acertos) mais equitativa é aquela que opta pelo *standard* de prova da preponderância: decide-se de acordo com a hipótese mais provável (desde que a hipótese esteja minimamente²¹¹ corroborada pelos elementos probatórios, integrados com o *background knowledge*).

Argumentando em contrário, se o custo da perda de um direito legítimo (por exemplo, a perda de direitos políticos que legitimamente não deveriam ser retirados do cidadão acusado de improbidade administrativa) ou o benefício decorrente do reconhecimento de um direito legítimo (por exemplo, reciprocamente, o direito da sociedade de não mais ter como seu representante aquele que praticou improbidade administrativa) são diferentes, então o *standard* de prova não poderá ser o da simples preponderância.²¹² A ideia se justifica porque, enquanto a consistência entre casos idênticos é um objetivo incontroverso das decisões judiciais, a mesma consistência

²⁰⁸ HAACK, Susan. El Probabilismo... Op. cit., p. 71.

²⁰⁹ LAUDAN, Larry. The Presumption of Innocence: Material or Probatory? **Legal Theory**, v. 11, n. 4, p. 333-361, 2005, p. 359.

²¹⁰ HAACK, Susan. The Embedded... op. cit., p. 218.

²¹¹ Ou seja, que não se trate da melhor hipótese de um conjunto de hipóteses muito fracamente suportadas. Sobre a crítica à melhor hipótese de um conjunto ruim, v. supra a crítica feita ao explicacionismo e respectiva réplica, na seção 2.2.2.

²¹² Foi aparentemente essa ideia que se noticiou (PRELIMINAR: improbidade administrativa. **Migalhas**, 20 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Pilulas/217595>>. Acesso em: 27 mar. 2015) haver sido a exposta pelo Min. Napoleão Nunes Maia Filho no julgamento do REsp 1.504.791, ao concordar — com a Min. Relatora — que o dolo ou culpa grave não estavam presentes, observada a gravidade das penalidades impostas a atos de improbidade administrativa.

não poderá ser aplicável a casos com características diferentes.²¹³ Um *standard* uniforme não oferece soluções ótimas quando os casos versam diferentes custos, ao passo que um *standard* flexível é capaz de oferecer.²¹⁴

Reflexões sobre a adequação do *standard* de prova para além (ou aquém, como ocorre em tutelas provisórias de urgência) da simples preponderância das provas são conduzidas, portanto, pela forma como devem ser distribuídos os erros entre as partes²¹⁵ (o que decorre de considerações sobre o diferente benefício do acerto e diferente custo do erro da decisão para cada qual das partes).

Essas considerações sobre a lesividade proveniente de um erro judicial e a virtude decorrente de um acerto se relacionam com a questão de qual a medida em que o direito substancial requer a facilitação do acesso à justiça por um determinado tipo de parte que pretenda um determinado tipo de direito.²¹⁶

Por um lado, é preciso conferir através do processo efetividade às promessas do direito material, de modo que, se o ordenamento jurídico prometeu uma série de direitos ao consumidor, ao trabalhador, ao paciente, ao vizinho, ao segurado, ao usuário da previdência social, ao eleitor, àquele que é acusado da prática de um crime, à vítima de violência doméstica, à criança, ao idoso, ao cidadão em geral, é preciso providenciar que exigências muito altas (inclusive em termos de *standard* de prova) não frustrem seus direitos. Por outro lado, o ordenamento jurídico também estabelece o direito fundamental à ampla defesa, de modo que aquele que litiga com cidadão que se encontra em especial categoria (eleita especial pelo ordenamento jurídico) tem direito a não sair sempre (nem em uma desarrazoada maioria de vezes) perdedor, mas apenas quando se encontre devidamente justificada uma derrota.

Na medida em que não há regras estabelecendo fixos *standards* de prova no direito brasileiro (e se houvesse talvez fosse de se duvidar de sua constitucionalidade), mas princípios-valores orientadores do sentido em que se há de

²¹³ STOFFELMAYR, Elisabeth; DIAMOND, Shari Seidman. The Conflict Between Precision and Flexibility in Explaining “Beyond a Reasonable Doubt”. *Psychology, Public Policy and Law*, v. 6, n. 3, p. 769-787, 2000, p. 769-787.

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ Portanto, se há razão para que se prefira que os erros sejam arcados por uma classe de litigantes, o *standard* de prova aplicável há de refletir essa preferência. Nesse sentido e apresentando casos de fraude como exemplo de situações em que o *standard* há de refletir uma razão para preferir que uma classe de parte arque com o maior risco de erro: ALLEN, Ronald J. Burdens of Proof, Uncertainty, and Ambiguity in Modern Legal Discourse. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 17, n. 3, p. 627-646, 1994, p. 630 et seq.

²¹⁶ TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 38, n. 114, p. 1285-1312, 2005, p. 1304.

decidir acerca do *standard* de prova aplicável aos diversos tipos de casos, isso traz consigo um ônus de fundamentação bastante alto na decisão acerca da suficiência da prova. Tornar explícitos os critérios que fazem com que o *standard* varie para mais ou para menos é um passo nessa fundamentação. Este passo é complementado pela justificação acerca do preenchimento ou não do *standard* definido como adequado, conforme as evidências que se façam presentes e sejam capazes de dar suporte à adoção da hipótese fática. E isso é, ademais, francamente influenciado pelos motivos norteadores da distribuição do ônus da prova, como se exporá na sequência.

2.3.2 As razões subjacentes às normas de distribuição do ônus da prova

A distribuição entre as partes do ônus decorrente de não ser satisfeito o *standard* de prova é, em muitos ordenamentos jurídicos, feita com recurso a uma regra geral semelhante à encontrada no art. 333 do Código de Processo Civil de 1973,²¹⁷ segundo a qual é do demandante o ônus de provar fatos constitutivos do direito que pretende ver reconhecido em juízo e, por outro lado, é do demandado o ônus de providenciar a prova de fatos que sejam extintivos, modificativos ou impeditivos do direito postulado pelo autor. O significado de tal regra, porém, é controvertido.

Para a compreensão de tal regra, vários dos critérios já apontados pela doutrina no passado não se mostram satisfatórios.²¹⁸ Com efeito, *interesse* na produção de prova que conduza a um resultado probatório ou ao seu contrário (por exemplo: que houve contrato ou que não houve contrato; que havia capacidade ou que havia incapacidade de uma das partes; que houve ou que não houve pagamento) ambas as partes têm, na medida em que ambas querem sair vitoriosas e, para isso, contribuir para a sucumbência da parte adversa. A *estrutura da norma* de direito material também nem sempre se revela um critério seguro, pois o legislador nem sempre se preocupa em estabelecer um fato impeditivo em norma autônoma, muitas

²¹⁷ Que encontra equivalente no art. 373 do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

²¹⁸ Sobre este assunto, ver nosso TRENTO, Simone. **Standards de prova e ônus da prova: efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória.** Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015, seção 3.3, p. 81 et seq.

vezes descrevendo a ausência do fato impeditivo como algo que fosse constitutivo do direito. Tampouco o critério da *pretensão* (segundo o qual o ônus da prova do fato incumbe à parte que formula a pretensão que tem tal fato como necessário para a procedência de sua pretensão) é capaz de apresentar uma solução satisfatória, já que, por exemplo, a falta de motivo para ato do réu (por exemplo, protesto de título) pode ser fato necessário à procedência do pedido do autor (de reconhecimento de que o protesto era indevido, de retirada do protesto e de indenização pelo protesto indevido); também a falta de cumprimento do contrato pela parte contrária é fato necessário à procedência da pretensão de quem alega o inadimplemento, mas o ônus da provar o adimplemento é daquele que alega haver adimplido.

Nesse ponto, é interessante tomar de empréstimo os ensinamentos de Schauer, para quem regras são razões entrincheiradas, ou seja, elas têm autoridade para adotar certas razões e vedar que elas venham a ser rediscutidas. Com isso, poder-se-ia afirmar que as regras que definem a distribuição entre as partes do ônus da prova deixam suas razões de mérito entrincheiradas, o que tornaria inconsistente com as virtudes normalmente atribuídas à tomada de decisões baseadas em regras permitir que uma justificação triunfe sobre a regra. Mas isso não implica que a justificação deva ser invisível nas situações em que não há segurança sobre o que exatamente a regra significa. Neste caso, não se trata de um triunfo da justificação sobre a regra, mas de um esclarecimento da regra pela justificação.²¹⁹

Para a melhor leitura de uma regra geral de ônus da prova, a pretensão que pode importar na distribuição entre as partes do ônus da prova é a de direito material, ou seja, a posição que as partes ocupam no direito material (e não no processo) uma em relação à outra no que diz respeito às possíveis pretensões que o direito material admitiria que cada qual formulasse, uma vez que é cientes destas posições assumidas no direito material que as partes se previnem com provas (guardando, por exemplo, comprovantes de pagamentos efetuados). Por isso é que um teste para se constatar se é segura a atribuição do ônus da prova consiste em verificar sua *possibilidade de previsão antecipada* não só pelo litigante, mas, também, antes, por aquele que se dispôs a contratar ou participar de uma relação jurídica de direito material.²²⁰

²¹⁹ SCHAUER, Frederick. Op. Cit., p. 287.

²²⁰ DE SANTO, Victor. **La prueba judicial**: teoría y práctica. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p. 94.

Para a decisão sobre a melhor interpretação a ser dada à norma de distribuição entre as partes do ônus da prova, revela-se determinante a intencionalidade normativa contida na lógica adotada pela norma abstrata de distribuição do ônus da prova. Tal lógica se baseia na ideia geral de que aquele que formula uma pretensão deva normalmente ser capaz de reunir elementos bastantes a persuadir acerca da ocorrência dos fatos que, segundo o direito material, determinam a colheita da pretensão.²²¹ Essa ideia geral é acompanhada ainda por uma outra, a de que normalmente quem se defende de uma pretensão será capaz de providenciar a reunião de elementos bastantes a persuadir de que aqueles fatos impeditivos, extintivos ou modificativos por ele alegados tenham ocorrido de modo a obstar (segundo o direito material) a pretensão do autor.²²²

Note-se que a ideia de que o ônus da prova de fatos alegados em defesa — e que não sejam os constitutivos do direito do autor (ou sua simples negação) — deve ser do réu decorre de uma regra de justiça na distribuição dos encargos, segundo a qual o peso a ser suportado por aquele que pretende ver reconhecido algum direito não pode ser tamanho a ponto de inviabilizar o exercício dos direitos,²²³ de modo que, para alguém ver reconhecido um direito que alega ter, normalmente bastará fazer prova suficiente de fatos constitutivos deste direito, não sendo necessário se desdobrar em tentar provar a inoccorrência de múltiplos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que podem ser alegados pela parte adversa.

Sob essa ideia de não inviabilizar o exercício de direitos materiais legítimos, a regra geral²²⁴ (e muitas das específicas²²⁵) de distribuição do ônus da prova entre as partes atende a um princípio geral de facilidade *comparativa* na produção dos meios de prova, ou seja, compara-se a dificuldade que uma parte tenha em produzir

²²¹ O ônus do autor de provar a hipótese fática que lhe confere o direito postulado encontra fundamento em uma regra de *fairness* segundo a qual aquele que pretende efetivar uma mudança no estado de coisas tem o ônus de comprovar os pressupostos fáticos que permitem a pretendida alteração da situação levada a juízo. Neste sentido: TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**... Op. cit., p. 255.

²²² Sobre isto, ver nosso TRENTO, Simone. **Standards**... Op. cit., seção 3.4, p. 90 et seq.

²²³ MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el Proceso Civil**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 130-131; GENTILE, Francesco Silvio. **La prova civile**. Roma: Jandi Sapi, 1960, p. 14-15.

²²⁴ Decorrente da interpretação do art. 373, *caput*, do novo Código de Processo Civil: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

²²⁵ Tais como as decorrentes da interpretação do art. 429 do novo Código de Processo Civil: “Art. 429. Incumbe o ônus da prova quando: I - se tratar de falsidade de documento ou de preenchimento abusivo, à parte que a arguir; II - se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento” e do art. 38 do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

um meio de prova com a dificuldade da parte adversa em produzir o mesmo meio de prova.²²⁶

2.3.3 *Standard* e ônus da prova como perspectivas do mesmo problema da repartição do risco de erro

Embora a princípio (para fins de clareza sistemática na explicação de conceitos) se pudesse dizer que a regra de juízo de ônus da prova não especifique em qual situação caberá considerar uma hipótese fática como insuficientemente comprovada, mas apenas trate de como decidir a causa uma vez verificada tal situação de insuficiência probatória (estipulando qual das partes deverá sofrer a consequência negativa derivada da insuficiência), bem vistas as coisas, *standard* e ônus da prova são questões jurídicas que mantêm entre si uma relação de implicação.

Com efeito, o *standard* de prova é um problema do *grau* de prova que é requerido, ou, melhor dizendo, de o quão forte é preciso que seja a evidência para que o ônus (da parte onerada) seja considerado satisfeito.²²⁷ Há, assim, um alto nível de “redundância” entre o *standard* de prova e o ônus da prova, pois o *standard* de prova dá o ponto do ônus da prova²²⁸ e a parte estará desincumbida de seu ônus da prova se o *standard* aplicável estiver suprido.

Laudan²²⁹ afirma não haver nem mesmo necessidade de uma regra separada de ônus da prova, em razão de o *standard* já fazer referência às partes: “a parte X sucumbe, exceto se o *standard* W for suprido”. Laudan tem razão: *standard* e ônus da prova são apenas perspectivas diferentes do mesmo problema; enquanto o *standard* foca no *quanto*, o ônus da prova foca no *quem*. No entanto, o problema mesmo, no contexto jurídico-processual, é *estar justificado* considerar preenchido o *standard* de prova ou, então, *considerar justificada* a aplicação da regra de ônus da prova. Se estiver justificado considerar suprido o *standard* de prova, então não se aplicará a regra de julgamento do ônus da prova; se, diferentemente, não estiver justificado

²²⁶ FERNÁNDEZ LOPES, Mercedes. **La carga de la prueba en la práctica judicial civil**. Madrid: La Ley, 2006, p. 142.

²²⁷ HAACK, Susan. The Embedded... Op. cit., p. 211.

²²⁸ LAUDAN, Larry. The Presumption... Op. cit., p. 359.

²²⁹ Ibidem.

considerar suprido o *standard* de prova, então a decisão procederá à aplicação da regra de julgamento do ônus da prova. A problemática toda, portanto, é de justificação, de consideração de razões favoráveis ou contrárias a uma decisão ou outra e da conjugação adequada dessas razões.

Standard e ônus da prova não são questões apenas conceitualmente inter-relacionadas. São questões relacionadas também pela coincidência de motivos²³⁰ que orientam a decisão sobre ambas: a norma a respeito de *quem* arcará com o ônus da falta de prova é elaborada por motivos que incluem o *quanto* de prova será necessário produzir para a tutela da pretensão formulada e a respectiva dificuldade em produzir tal patamar de prova.

Observe-se que as normas sobre a distribuição do ônus da prova vêm em nosso ordenamento jurídico positivo elaboradas de modo relativamente fechado, embora demandem, para sua compreensão, que se recorra às razões subjacentes a estas normas,²³¹ a fim de se detectar quais os sentidos possíveis e mais ou menos sustentáveis da norma de distribuição do ônus da prova.²³²

No entanto, ainda que o sentido que as razões subjacentes (relativas à facilidade vs. dificuldade das partes no acesso aos meios de prova) permitam conferir ao texto legal limite neste mesmo texto, existirá a possibilidade, sob certas circunstâncias, de derrota do texto.²³³ Com efeito, pode ocorrer que as justificações

²³⁰ As normas sobre *standard* e ônus da prova compartilham, como aqui se nota, das mesmas *razões subjacentes* (ou razões de primeira ordem, cf. RAZ, Joseph. Op. cit., p. 28 et seq.). Assim, na medida em que a razão subjacente se faça importante para a interpretação e aplicação de tais normas, a relação de implicação entre *standard* e ônus da prova passa a ser direta. De acordo com o ensinamento de Raz (Ibidem, p. 197 e nota 35, na p. 217), uma regra (por causa de suas razões de segunda ordem e não por causa das razões de primeira ordem para segui-la, ou seja, por causa de suas razões de autoridade e não por causa de suas razões de mérito) é uma razão excludente (ou seja, que exclui a consideração das razões de mérito ou de primeira ordem que conduziram à formulação da regra) determinante para que se adote um comportamento em conformidade com a regra, ainda que se saiba que tal comportamento não é justificado pelas razões subjacentes. No entanto, pode estar justificado deixar de seguir uma regra sob certas circunstâncias em que a regra deva estar sujeita a uma exceção.

²³¹ Como se viu (SCHAUER, Frederick. Op. Cit., p. 287), neste caso não se trata de acorrer às razões subjacentes para diretamente deixar de aplicar a norma, mas para aclarar seu sentido.

²³² De acordo com o ensinamento de McCormick (MACCORMICK, Neil. **Argumentação...** Op. cit., p. 216), as razões subjacentes não são encontradas, mas apresentadas pelo intérprete como sendo a melhor justificação contemporânea para se manter certa proposta de interpretação da norma. Pode ocorrer, porém, de o princípio subjacente a determinada norma não se revelar como suficientemente conclusivo para a opção entre duas alternativas possíveis de decisão (p. 220). Neste caso, “a justificação da decisão deverá depender da avaliação ponderada da relativa, ou comparativa, conveniência ou inconveniência das conseqüências que a decisão, enquanto decisão de princípio, acarretará” (p. 225).

²³³ Como acentua Schauer (SCHAUER, Frederick. Op. Cit., p. 178), uma “regra” derrotada não segue sendo uma regra. Isto porque, de um ponto de vista universalista, uma regra derrotada em um caso não pode mais ser aplicada a caso similar. Como se viu acima (seção 1.1.4) com McCormick (MACCORMICK, Neil. **Retórica...** Op. cit., p. 327), o que é derrotado não é a regra, mas uma “proposta”

substantivas da distribuição do ônus da prova estejam em sentido contrário ao conteúdo da regra e pode ocorrer, sob certas circunstâncias, que tais razões substantivas superem, em peso,²³⁴ as justificações de autoridade para o respeito às regras.

Vem dessas razões simultaneamente subjacentes às normas de ônus e de *standard* de prova a relação tão próxima entre *quem* tem o ônus da prova e qual o *quantum* de prova (*standard* de prova) a ser produzido para que se considere que a parte onerada se desincumbiu do ônus: a distribuição do ônus entre as partes é orientada em linhas gerais pela relação facilidade vs. dificuldade de lançar mão dos meios de prova necessários; por sua vez, esse grau de facilidade ou de dificuldade de produzir a prova depende do grau de prova que é exigido no caso (ou seja: do *standard* de prova, daquilo que se considera o mínimo necessário para que se dê o fato como provado); da mesma forma, o grau de prova (o *standard* de prova) exigível em um caso poderá depender (porque não se pode exigir mais que o possível nem mais que o factível) de qual das partes tem o ônus de provar um fato e da respectiva dificuldade que encontre em prová-lo (porque é da parte onerada, afinal, que se exige a prova segundo um determinado *standard* de prova); e, ainda, a decisão acerca da atribuição do ônus da prova a uma ou a outra das partes pode ser alterada,²³⁵ a depender da relação de facilidade vs. dificuldade que cada qual das partes tenha com as fontes de prova.

Diante disso, a decisão sobre qual o *standard* aplicável ao caso depende (ao menos em parte) de se saber qual a parte que tem o ônus da prova. Isto porque é sabendo qual das partes que tem o ônus da prova que se sabe quanto de prova, de acordo com o conhecimento de mundo compartilhado (*background knowledge*), é dela exigível. E a decisão sobre como atribuir o ônus da prova às partes depende (ao menos em parte) de qual o *standard* de prova exigível no caso, já que não se pode

de que, sob certas circunstâncias, fosse dada certa interpretação a uma regra, para o fim de que outra proposta prevalecesse.

²³⁴ SCHAUER, Frederick. Op. Cit., p. 155.

²³⁵ Isso já poderia ser retirado de uma leitura constitucional do ordenamento jurídico, a partir da determinação constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), compreendida como garantia de acesso à ordem jurídica justa. E passa a ser expresso na legislação e aplicável de forma geral com o art. 373, § 1º, do novo Código de Processo Civil: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

atribuir o ônus da prova àquela das partes que não terá — de acordo com o conhecimento de mundo compartilhado (*background knowledge*) — a mínima condição de reunir os meios de prova necessários à satisfação do *standard*, especialmente se a parte contrária reúne tais condições.

Em síntese, tanto a decisão sobre qual o *standard* de prova aplicável ao caso quanto a decisão acerca de qual das partes tem o ônus da prova atendem, primeiramente, à justiça na distribuição das dificuldades que o acerto dos fatos traz aos processos, na expectativa de que se obtenha efetivamente o acerto dos fatos, ou seja, de que as partes tenham meios de produzir no processo as provas individualmente seguras e minimamente compreensivas a ponto de suportarem²³⁶ o conhecimento suficiente dos fatos para que se profira julgamento baseado no modo como se comprovou que os fatos se passaram.

É certo que pode ocorrer que nenhuma das partes disponha de meios para levar aos autos as provas necessárias a uma mínima reconstrução dos fatos. Neste caso, uma primeira leitura da regra geral do ônus da prova diria que haveria de sucumbir aquele que não foi capaz de provar os fatos constitutivos dos direitos que alegava ter ou aquele que não logrou provar o que alegou como fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito que se reconhecerá à parte adversa. Afinal, a regra geral de distribuição do ônus da prova entre as partes considera adequada esta forma de distribuição do possível erro²³⁷ que se poderá cometer.

Mas se uma das partes tinha acesso às fontes de prova e condições de trazê-las aos autos e, ainda assim, deixou injustificadamente de trazê-las, haverá de arcar com as consequências negativas decorrentes de sua omissão (ou seja, com o ônus decorrente da falta de prova). De qualquer sorte, o fato de que uma das partes tivesse acesso às fontes de prova pode não ser notório nem incontroverso nem decorrer facilmente do conhecimento de mundo compartilhado, mas ser ele mesmo (enquanto fato secundário) objeto de prova. Neste caso, tal prova haverá de ter sua segurança individual, compreensividade e suportividade apreciadas. E sempre será preciso argumentar se é ou não justificado retirar deste fato secundário uma conclusão minimamente suportada a respeito da hipótese principal.

²³⁶ Sobre as dimensões da segurança individual, compreensividade e suportividade, ver seção 2.2.3, *supra*.

²³⁷ Deixando-se de reconhecer a alguém um direito que tinha e entregando-se a alguém um bem da vida a que não tinha direito.

Em resumo, a conclusão sobre o resultado probatório será uma decisão jurisdicional cuja legitimidade é altamente dependente de suas razões argumentativas. Tal decisão poderá estar melhor ou pior justificada. E sempre será uma decisão — que se apresenta como menos problemática em casos mais rotineiros e pacíficos, mas tenderá a depender de uma justificação mais complexa e mais completa em casos menos rotineiros, mais novos, menos pacíficos, menos consensuais.

Estabelecidos nesta parte I os pressupostos teóricos e as definições necessárias no estudo das decisões jurisdicionais das questões probatórias, passar-se-á, na parte II, ao esclarecimento dos termos do problema que se propõe enfrentar na presente tese. Como se exporá na parte II, o discurso oficial tradicional que nega a possibilidade de exame de questões probatórias por cortes de vértice do sistema jurisdicional não compartilha (ainda que o faça apenas implicitamente) dos pressupostos teóricos adotados pelo presente trabalho.

**PARTE II – AS QUESTÕES PROBATÓRIAS NAS CORTES DE VÉRTICE
BRASILEIRAS: DO ESTADO DA ARTE**

3 O DISCURSO OFICIAL TRADICIONAL DO STJ E DO STF. A DESCONSTRUÇÃO TEÓRICA DE UMA LINHA ARGUMENTATIVA

3.1 O PAPEL DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL NO DESENHO INSTITUCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ATUAL. CABIMENTO RESTRITO

O STF e o STJ têm (no desenho constitucional de 1988) competências para julgamento de causas originárias (art. 102, I, e art. 105, I, da Constituição), para o julgamento de recursos ordinários (art. 102, II, e art. 105, II, da Constituição) e para o julgamento de recursos extraordinário (art. 102, III) e especial (art. 105, III, da Constituição).

O presente trabalho se volta especificamente à competência desempenhada pelo STF e pelo STJ no julgamento dos recursos especial e extraordinário, ou seja, àquela competência recursal excepcional que entrega ao STF e ao STJ a última palavra jurisdicional nas específicas matérias que lhes foram confiadas pela Constituição, nos seguintes termos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

II - julgar, em recurso ordinário: [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

II - julgar, em recurso ordinário: [...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Embora o *caput* do art. 102 da Constituição disponha que a função “precípua” do Supremo é a “guarda da Constituição”, o que poderia fazer imaginar que a guarda da Constituição seria o objetivo indistinto das causas de competência originária (inciso I do art. 102) do STF e dos recursos ordinários (inciso II) e extraordinários (inciso III) julgados pelo STF, em verdade muitas das ações originárias e dos recursos ordinários não dizem respeito especificamente à tarefa do STF de intérprete *da Constituição*, mas sim a competências criminais para o julgamento de crimes praticados por certos agentes ou recursos ou impugnações opostos em face de determinadas decisões de certos tribunais ou diante de conflitos federativos. Estas últimas são situações que, em caso de emendas constitucionais que retirassem tais competências do STF, não iriam desconfigurar a condição do STF de “guarda da Constituição”. A competência para o julgamento de recursos extraordinários (inciso III do art. 102 da Constituição), porém, coloca o STF como ápice do sistema jurisdicional em matéria constitucional.

De forma análoga, o inciso III do art. 105 da Constituição confia ao STJ a tarefa de promover a unidade da interpretação da lei federal e de tratados internacionais. E de forma também análoga, enquanto as competências originárias do STJ (art. 105, I) e suas competências recursais ordinárias (105, II) não atribuem ao STJ uma tarefa específica de ser o guardião da interpretação de certa matéria, o art. 105, III, sim o faz, ao delinear o cabimento do recurso especial para casos em que se questiona a interpretação de leis federais ou de tratados internacionais.

Assim sendo, segundo o delineamento efetuado pela Constituição brasileira, são os recursos excepcionais (art. 102, III, e art. 105, III, da Constituição) que definem as matérias confiadas à última palavra (do ponto de vista jurisdicional) do STF e do STJ. Embora as ações abstratas de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, da Constituição) sejam também importantes modos de permitir decisões do STF sobre essas mesmas matérias objeto de recurso extraordinário, como o problema específico que busca ser tratado pelo presente trabalho é o da possibilidade de formação de precedentes na análise da prova — considerando-se que a decisão tomada em ação abstrata de constitucionalidade não é exatamente um precedente, na medida em que não aprecia em concreto uma determinada situação a ser aplicada futuramente a outro caso análogo, mas uma situação em abstrato que poderá vir a ser aplicada a outro caso concreto específico posterior que faça parte daqueles casos aos quais a norma em abstrato deva ser aplicada —, as decisões tomadas em controle abstrato de constitucionalidade não serão diretamente tratadas pelo presente trabalho. A par do

controle abstrato de constitucionalidade, assim, pode-se dizer que *é através do julgamento de recursos especiais e extraordinários que o STJ e o STF exercem suas funções institucionalmente mais importantes.*²³⁸

3.2. A HISTÓRIA DA CRIAÇÃO (JURISPRUDENCIAL) DA DISTINÇÃO ENTRE QUESTÃO DE FATO E DE DIREITO PARA FIM DE CONHECIMENTO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS. APRESENTAÇÃO DAS DISTINÇÕES

Nos recursos excepcionais dirigidos ao STF e ao STJ, não há qualquer previsão positivada na Constituição de 1988 de distinção de tratamento entre questões “de fato” e “de direito”, nem menção a qualquer especificidade no tratamento de questões probatórias, como se pode ver da redação dos dispositivos constitucionais que tratam do assunto (art. 102, III, e art. 105, III, da Constituição). O fundamento das primeiras decisões do STJ (criado pela Constituição de 1988) repudiando o conhecimento de questões probatórias em recursos especiais (e conseqüentemente o fundamento do verbete 7 da Súmula do STJ — “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”) remete ao verbete 279 da Súmula do Supremo (que por sua vez data de 1963).

Cumprido, destarte, verificar quais os fundamentos que conduziram à aprovação deste verbete pelo STF, quais os fundamentos das decisões anteriores do STF que funcionaram como precedentes para a aprovação deste verbete sumular e se posteriormente foram agregados novos fundamentos para a continuidade da prolação de decisões fundadas nos verbetes 279 da Súmula do STF e 7 da Súmula do STJ.

²³⁸ É neste sentido o entendimento de Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 89-90), que, em trabalho especificamente voltado às funções de nossas cortes de vértice, trata das competências do STF e do STJ nos casos de cabimento dos recursos especial e extraordinário como “o que agora interessa”.

3.2.1 Início e fim da identificação jurisprudencial do *cabimento* com o *mérito* do recurso excepcional

A presente investigação há de começar pelos fundamentos que conduziram à aprovação pelo Supremo, em 1963, do enunciado 279 de sua Súmula (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”). Àquela época, a Constituição então vigente (de 1946) estabelecia a competência do Supremo nos seguintes termos:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:
 I - processar e julgar originariamente: [...]
 II - julgar em recurso ordinário: [...]
 III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:
 a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
 b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
 c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
 d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.
 IV - [...]

Semelhantemente ao que veio a acontecer na Constituição de 1988, já na Constituição de 1946, sendo um recurso com estritas hipóteses de cabimento, não poderia o recurso extraordinário ser admitido fora dessas quatro hipóteses, mencionadas nas alíneas “a” a “d” supratranscritas. Como se verifica, tais hipóteses referem-se à guarda da Constituição, de tratados e de leis federais (ou seja, basicamente dos casos de cabimento que a Constituição de 1988 veio a distribuir entre STJ e STF através dos recursos especial e extraordinário).

Sendo assim, do ponto de vista do direito positivo, havia, à época da edição do verbete 279 da Súmula do STF, contexto normativo semelhante ao existente atualmente²³⁹ (exceto pela atual previsão da necessidade de repercussão geral para

²³⁹ É nesse sentido também a conclusão de Arruda Alvim (ARRUDA ALVIM, José Manoel. O recurso extraordinário brasileiro e o instituto da repercussão geral (EC 45/2004): notícia de projeto para sua disciplina por legislação ordinária. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coords.). **El papel de los tribunales superiores**: parte 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 301-349, p. 327), para quem “Casos há, como, por exemplo, o da súmula STF 279, que representou a interpretação de sucessivos textos constitucionais, que, em rigor, não se modificaram”. Pontifica o mesmo autor, ainda, na sequência, que “Nunca coube e não cabe recurso extraordinário versando o reexame, propriamente dito, de matéria de prova, por ser matéria de fato. E

o recebimento de recurso extraordinário — § 3º do art. 102 da Constituição²⁴⁰), ao menos para fins de hipóteses de cabimento de recursos excepcionais (simplificadamente: casos de violação da Constituição ou de tratado ou lei federal pelas decisões recorridas). São apenas dois os julgados apontados²⁴¹ como precedentes para a aprovação deste verbete: o AI 29710 e a CT 3713.

No AI 29710,²⁴² julgado em 1963, o Tribunal de Justiça de São Paulo havia confirmado decisão de primeiro grau que extinguiu demanda possessória sem julgamento do mérito, sob o fundamento de que o casal de autores nunca havia exercido a posse da coisa na qual queriam ver-se reintegrados (em quota-parte). Os recorrentes, segundo o Ministro relator do acórdão no STF, afirmavam que “alegaram e provaram” detalhes do feito. No entanto, segundo o relator, “Houve aplicação da lei, em face das provas, dentro das atribuições da justiça local. Inadmissível, pois, o apelo extraordinário”.

Em outros termos, o que se apresentou como fundamento para a inadmissão do RE vinculado ao AI 29710 foi a ideia de que, se às provas produzidas foi “aplicada” a lei, então não cabe recurso extraordinário com fundamento em violação da lei. Relembre-se que a hipótese de cabimento era definida pela Constituição então vigente nos seguintes termos: “a) quando a decisão *for contrária* a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal”.

Da mesma forma, na CT 3713 o fundamento apresentado para o não conhecimento do recurso pelo STF foi o argumento de que as provas haviam sido adequadamente avaliadas pela justiça ordinária. Com efeito, a CT 3713,²⁴³ julgada em 1924, buscava que o STF admitisse recurso extraordinário que não havia sido admitido no Tribunal de Justiça local. O acórdão local em face do qual se havia interposto recurso extraordinário — segundo relatório da CT no STF — havia decidido que o recorrente não era titular dos títulos apresentados na falência; que a verdadeira

a súmula 279 foi editada sobre o cabimento de recurso extraordinário, à luz de sua disciplina no Direito Constitucional de 1946 e sobrevive até hoje. Mudaram os textos, mas subsistiu inteiramente o mesmo princípio, a mesma *ratio legis*.”

²⁴⁰ “§ 3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

²⁴¹ Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 16 abr. 2015.

²⁴² Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=15312>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

²⁴³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25303>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

titular já havia anulado os títulos; que por isso era impertinente a alegação de autonomia das cambiais (regra legal). Considerando isso, o STF decidiu que o acórdão local impugnado através do recurso dirigido ao STF limitou-se a analisar a prova e a aplicar aos fatos provados as disposições legais que os regiam, de modo que, por isso, não caberia o recurso ao STF.

À época em que julgada a CT 3713, estava em vigor a redação original da Constituição de 1891,²⁴⁴ que, a respeito dos recursos em matéria específica dirigidos ao STF, dispunha em seu art. 59:

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
 a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
 b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

A exigência da letra “a”, supratranscrita, condicionava o cabimento do recurso a essa *contrariedade* entre a decisão recorrida e o dispositivo legal apontado como violado (“quando se *questionar* sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a *decisão* do Tribunal do Estado *for contra ela*”). Foi encontrando no art. 59, § 1º, “a” da Constituição de 1891 uma semelhança com a redação do art. 101, III, “a” da Constituição de 1946 (“quando a decisão *for contrária* a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal”) que o STF se utilizou do mesmo fundamento usado na CT 3713 para, em 1963, decidir o AI 29710 e aprovar o verbete 279 de sua Súmula.

Por sua vez, o verbete n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça foi aprovado em 28 de junho de 1990.²⁴⁵ Alguns dos precedentes²⁴⁶ do STJ (em atividade apenas desde sua criação pela Constituição de 1988) que conduziram à aprovação do verbete n. 7 de sua Súmula mencionam como única razão de decidir a existência prévia do verbete 279 da Súmula do STF ou de seus respectivos fundamentos.

²⁴⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 17 abr. 2015.

²⁴⁵ Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=520>. Acesso em: 14 abr. 2015.

²⁴⁶ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=516>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

Um argumento utilizado na apreciação de recursos especiais que funcionaram como precedentes do verbete 7 da Súmula do STJ é o de que, se a prova foi “cumpridamente” analisada pela decisão recorrida, então não cabe recurso especial para se obter resultado diverso. Foi o que se deu, por exemplo, no REsp 290²⁴⁷ e no Ag 1232.²⁴⁸ Este argumento remonta aos que conduziram à aprovação do verbete n. 279 da Súmula do STF.

Mas essa identificação entre o cabimento e o mérito dos recursos excepcionais, que conduziu à aprovação dos verbetes 7 da Súmula do STJ e 279 da do STF, foi superada expressamente pelo STF (especificamente para a finalidade de realizar o juízo de admissibilidade de recursos excepcionais) no RE 298.695, julgado em 2003.

No RE 298.695,²⁴⁹ o Município de São Paulo (recorrente) negava a existência de direito adquirido de servidores públicos municipais ao recebimento de vencimentos referentes a janeiro de 1995 reajustados de acordo com a sistemática vigente ao fim daquele mês e não de acordo com a sistemática instaurada por lei municipal de 13 de fevereiro de 1995.

Em seu voto, o Ministro Moreira Alves propôs que ou o recurso — porque interposto com fundamento na letra “a” do art. 102, III, da Constituição de 1988 — fosse conhecido e provido (caso não haja direito adquirido) ou (caso haja direito adquirido) não fosse sequer conhecido (fls. 897-898). A solução consistente em ou conhecer e prover o recurso ou — não sendo o caso de prover — nem mesmo conhecer do recurso foi qualificada na ementa do acórdão como a “tradicional orientação jurisprudencial do STF”, superada pelo RE 298.695.

O relator, Ministro Sepúlveda Pertence, que findou conduzindo a maioria, argumenta, na sequência (fl. 904), que essa identificação entre admissibilidade e mérito no recurso extraordinário era uma das “jurisprudências em legítima defesa” encontráveis na história do Supremo, pois antigamente o simples conhecimento do

²⁴⁷ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=198900086197&dt_publicacao=16-10-1989&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 16 abr. 2015.

²⁴⁸ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=198900121006&dt_publicacao=12-03-1990&cod_tipo_documento=>. Acesso em: 16 abr. 2015.

²⁴⁹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260436>>. Acesso em: 22 abr. 2015. Outra questão importante assentada pelo STF por ocasião do julgamento deste RE foi a possibilidade de se manter a decisão proferida pelas instâncias ordinárias por fundamento constitucional diverso daquele apreciado nas vias ordinárias. No caso, o fundamento apreciado nas vias ordinárias era o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Constituição) e um segundo fundamento constitucional que veio a ser apreciado no STF foi o da irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, da Constituição).

recurso extraordinário tornava cabíveis embargos infringentes, o que se queria evitar, com o que, sendo caso de *não provimento*, se chamava de *não cabimento*.

No Supremo, a superação operada pelo RE 298.695 foi observada e reiterada em julgados posteriores, dentre eles o RE 298.694, que versava idêntica matéria. No STJ, antes mesmo de 2003 já se vinha desgastando o precedente superado pelo RE 298.695. Foram *conhecidos* (embora não providos), o REsp 140.158 (julgado em 1997), o REsp 115.063 (julgado em 1998), o REsp 120.668 (também julgado em 1998), o REsp 165.946 (julgado também em 1998). Após a superação expressa operada pelo RE 298.695, o STJ manteve a distinção entre admissibilidade e mérito do especial. Foi o que se deu, por exemplo, nos REsp 982.722, 947.051, 936.022 e 978.629 (julgados em 2007).

Essa superação expressa, porém, não é totalmente coerente com o todo da jurisprudência mais recente de nossas cortes de vértice. Exemplo disso são os múltiplos casos em que só se conhece o recurso que versa alegação de violação à lei na fixação do valor de indenização por danos morais ou dos honorários advocatícios sucumbenciais quando o valor arbitrado pelas instâncias ordinárias ou é irrisório ou é excessivo (v. sobre isso seção 5.2.3).

Tal superação também passa ao largo das teorias de arbitrariedade para o conhecimento de recurso excepcionais, amplamente utilizadas por cortes superiores de outros países (v. sobre isso seção 4.1.3).

Além disso, essa superação da “tradicional orientação jurisprudencial do STF” operada pelo RE 298.695 em 2003, embora atenda a um pleito dos processualistas de tornar bem clara a distinção entre cabimento, de um lado, e, de outro, mérito dos recursos, ignora a redação da Constituição de 1988 no que diz respeito às principais causas de cabimento dos recursos extraordinário e especial, constantes da alínea “a” do inc. III dos artigos 102 e 105 da Constituição. Com efeito, tais dispositivos exigem que a decisão recorrida *contrarie* dispositivo da Constituição para que caiba ao STF julgar a causa em recurso extraordinário (art. 102, III, “a”) e (art. 105, III, “a”) que a decisão recorrida *contrarie* tratado ou lei federal ou *negue* vigência a tratado ou lei federal para que compita ao STJ julgar a causa em recurso especial.

A possibilidade de que a apreciação do mérito de um recurso dependa de seu potencial de provimento não é desconhecida de tribunais estrangeiros, que muitas vezes deixam de admitir recurso por sua pouca chance de êxito. É nessa linha que na

Alemanha se exige que qualquer²⁵⁰ recurso tenha significação fundamental (*Grundsätzliche Bedeutung*) e se entende estar ausente a necessária significação fundamental em casos de baixa probabilidade de provimento do recurso.²⁵¹

O estreitamento da influência do mérito na admissibilidade do recurso, ademais, foi determinante para alterações legais recentes no sistema recursal brasileiro. Nesta linha, desde a Lei n. 12.322, de 2010, o relator do agravo interposto contra a decisão do tribunal *a quo* que não admite o recurso especial ou extraordinário pode, monocraticamente, negar seguimento ao recurso que esteja em confronto com a Súmula ou com a jurisprudência dominante do tribunal *ad quem*.²⁵²

Ainda antes, desde a alteração provocada no Código de Processo Civil de 1973 pela Lei n. 11.276,²⁵³ em 2006, não se devia mais receber apelação em caso de estar a sentença recorrida em conformidade com a Súmula do STJ ou do STF.

²⁵⁰ Apesar de a significação fundamental ser exigível para qualquer recurso, entende-se que o que se haverá de compreender como de significação fundamental para cada recurso dependerá da estrutura e finalidade de cada recurso no sistema. (CABRAL, Antonio do Passo. Requisitos de relevância no sistema recursal alemão. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coords.). **A repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 71-85, p. 80-81).

²⁵¹ CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 77. Em casos em que se considera não haver “significação fundamental”, o parágrafo 526 da ZPO (Zivilprozessordnung, o Código de Processo Civil alemão) autoriza a decisão monocrática pelo relator.

²⁵² De acordo com o § 4º, II, “b”, do art. 557 do Código de Processo Civil de 1973, incluído pela Lei n. 12.322, de 2010: “No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: II - conhecer do agravo para: b) *negar seguimento* ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou *em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal*.” (Grifos nossos). O Código de Processo Civil, para hipótese semelhante, trata não de negativa de *seguimento*, mas de negativa de *provimento*: “Art. 932. Incumbe ao relator: [...] III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; IV - *negar provimento* a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.”

²⁵³ De acordo com a última redação do § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil de 1973, “O juiz *não receberá* o recurso de apelação *quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal*” (grifos nossos). De acordo com a disciplina do CPC de 2015, o juiz não mais realizará tal juízo de admissibilidade da apelação: “Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá: I - os nomes e a qualificação das partes; II - a exposição do fato e do direito; III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade; IV - o pedido de nova decisão. § 1º O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias. § 2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões. § 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, *independentemente de juízo de admissibilidade*.”

Antes ainda, a Lei n. 9.756, em 1998, havia introduzido alterações no Código de Processo Civil de 1973, segundo as quais o relator dos recursos nos tribunais *ad quem*, monocraticamente, fica autorizado a “negar seguimento” a recurso “manifestamente” inadmissível ou improcedente ou em confronto com a Súmula ou a jurisprudência do próprio tribunal *ad quem* ou do STJ ou do STF.²⁵⁴

Já a Lei n. 8.038, de 1990, que institui normas procedimentais para processos perante o STF e o STJ, dispunha²⁵⁵ que o relator poderia monocraticamente “negar seguimento” a recurso “manifestamente” improcedente ou que contrariasse a Súmula do tribunal *ad quem*.²⁵⁶

²⁵⁴ De acordo com o *caput* do art. 557 do Código de Processo Civil de 1973: “O relator *negará seguimento* a recurso *manifestamente* inadmissível, *improcedente*, prejudicado ou em confronto com *súmula* ou com *jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*” (grifos nossos). Como mencionado duas notas acima, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 932, destina o não conhecimento pelo relator ao “recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida”. As hipóteses de observância ou não de verbete sumular ou de certos precedentes o art. 932 do CPC de 2015 discrimina como casos em que o relator deve negar ou dar *providimento*. Já ao tratar do juízo de admissibilidade do RE e do REsp pelo tribunal *a quo*, o art. 1.030 do CPC de 2015 (que sofreu alteração por meio de lei aprovada posteriormente à aprovação do texto original do CPC) trata de negativa de *seguimento* em casos em que a decisão recorrida está de acordo com certos precedentes: “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I - negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos; II - encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos; III - sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional; IV - selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036; V - realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que: a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos; b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação. § 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042. § 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.”

²⁵⁵ O art. 38 da Lei n. 8.038/1990, que continha tal previsão, foi revogado expressamente pelo art. 1.072, IV, do Código de Processo Civil de 2015.

²⁵⁶ De acordo com o art. 38 da Lei n. 8.038/1990: “O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como *negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente* intempestivo, incabível ou, *improcedente* ou ainda, *que contrariar*, nas questões predominantemente de direito, *Súmula do respectivo Tribunal*” (grifos nossos).

Sendo assim, embora o juízo de admissibilidade de um recurso possa ser efetuado em separado do juízo de mérito, é possível (e pode ser conveniente) que a regulamentação do processamento do recurso estabeleça para o juízo de admissibilidade uma espécie de juízo de delibação do mérito. Isso ocorre expressamente nos preceitos legais aqui mencionados (*caput* e § 4º, II, “b”, do art. 557 e § 1º do art. 518 do Código de Processo Civil de 1973 e art. 38 da Lei n. 8.038). Além disso, uma tal possibilidade interpretativa não é eliminada (pelo contrário, parece ser sugerida) pela redação do art. 102, III, “a”, e do art. 105, III, “a”, da Constituição.

Voltaremos a examinar essa possibilidade interpretativa (seus prós, contras e limites), segundo a qual já no juízo de admissibilidade se possa operar um juízo de delibação a respeito do mérito dos recursos especial e extraordinário, no capítulo 5, *infra*.

Desde já, porém, é importante destacar que, ao apreciar o RE 298.695, que operou a superação expressa da “tradicional orientação jurisprudencial do STF”, o STF não tratou dessas questões por último aqui abordadas. Ou seja: não foram consideradas as relações estabelecidas jurisprudencial, doutrinária ou legalmente entre o juízo de admissibilidade e um juízo preliminar de delibação sobre o mérito do recurso. O que estava em questão quando o STF decidiu o RE 298.695 era, mais simplesmente, se era viável conhecer de um recurso para negar-lhe, no mérito, provimento, pois, segundo a “tradicional orientação jurisprudencial do STF”, isso não era viável e só se conhecia de um recurso para dar-lhe provimento. Mais diretamente: de acordo com a “tradicional orientação jurisprudencial do STF”, o juízo de admissibilidade era exatamente equivalente ao de mérito.

Há de ficar desde já assentado, portanto, que a superação operada pelo RE 298.695 foi apenas no que diz respeito à ideia de que os juízos de admissibilidade e de mérito sejam exatamente equivalentes: eles não são exatamente equivalentes, sendo muito comum a ocorrência de recursos especiais e extraordinários conhecidos e não providos.

Com isso, a superação operada pelo RE 298.695 não é incompatível com uma interpretação da Constituição (quanto ao cabimento dos recursos especial e extraordinário) que trate de buscar um equilíbrio entre, de um lado, a ideia de que haja um direito subjetivo ao recurso excepcional e, de outro, a ideia de que as cortes de vértice devam exercer um controle de admissibilidade dos recursos excepcionais que leve em conta o desempenho de suas funções institucionais (sobre isso, v. seção 5.1,

infra) e, desta forma, devam apresentar *seus* precedentes (seção 4.2, infra) quanto ao mérito da questão decidida mesmo em casos em que o recurso, conhecido, não recebe provimento, afirmando-se o acerto da decisão recorrida por estar em consonância com o precedente então fixado pela corte de vértice (seções 5.2 e 5.3, infra).

3.2.2 Crítica à interpretação abrangente dos verbetes 279 da Súmula do STF e 7 da Súmula do STJ.

Alguns dos precedentes²⁵⁷ do STJ para a aprovação do verbete 7 de sua Súmula não remetiam aos *fundamentos* do verbete 279 da Súmula do STF, mas apenas à *redação* (mais abrangente que os fundamentos) deste verbete.

Um dos precedentes apontados no STJ como fundamento para a aprovação do verbete 7 de sua Súmula e que incidiu neste equívoco foi a decisão proferida no AgRg no Ag 148, em 1989, com a seguinte ementa:

PROCESSUAL PENAL. EXAME DE PROVAS EM RECURSO ESPECIAL. ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA COMO MEIO DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL.

I. Descabe o recurso especial para simples reexame de provas, ainda que interposto sob invocação de suposta infringência de norma processual (sumula 279/stf).

II. A arguição de relevância, a partir do texto constitucional de 1988, deixou de existir como meio operante de impugnação de decisão judicial.

III. Agravo improvido.²⁵⁸

No voto do Ministro relator deste julgado, verifica-se que o recorrente²⁵⁹ alegava infringência aos arts. 239 e 408 do Código de Processo Penal.²⁶⁰ Segundo argumentou o Ministro relator, o recorrente intentava meramente revolver a prova, o que, conforme escreveu o relator, é vedado pelo verbete 279 da Súmula do STF.²⁶¹

²⁵⁷ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=516>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

²⁵⁸ AgRg no Ag 148/MS, decisão em 05 dez. 1989.

²⁵⁹ Como o réu não foi pronunciado, o MPF recorreu.

²⁶⁰ “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.” “Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.”

²⁶¹ Além disto, o relator sustenta que o argumento de relevância da questão — levantado pelo

O único argumento efetivamente usado no AgRg no Ag 148 para o não conhecimento do mérito do recurso especial no caso em questão foi o de que as razões recursais intentavam que o STJ verificasse a acuidade da apreciação da prova e que isso era vedado pelo (que havia sido redigido literalmente no) verbete 279 da Súmula do Supremo. Assim como este julgado, também outros do STJ apontam como único fundamento para o não conhecimento do especial a literalidade do verbete 279 da Súmula do STF.²⁶²

Não fosse o suposto fundamento que a literalidade do verbete 279 da Súmula do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”) fornecia para o não conhecimento do recurso especial, o fato de o recurso especial “tentar revolver a prova” não era algo que, segundo a letra do art. 105, III, da Constituição, provocasse a exclusão da apreciação da questão pelo STJ. Isto porque o art. 105, III, da Constituição não trata de casos em que *não* cabe recurso especial, mas de casos em que tal recurso *cabe*.

Como a Constituição de 1988, com a criação do STJ, procurou resolver o que à época se chamava “crise do Supremo”,²⁶³ é de todo defensável a ideia de que a interpretação das hipóteses de cabimento de recursos especial e extraordinário deva-se dar de forma restritiva.

Mas uma interpretação restritiva do texto constitucional não pode implicar violação do texto que define casos em que *cabem* tais recursos, uma vez que a interpretação encontra limite no texto,²⁶⁴ ou seja, não se pode dar ao texto interpretação que ele de modo algum comporte.

E se a Constituição de 1988 estabelece que cabe recurso extraordinário quando a decisão recorrida contrariar a Constituição (art. 102, III, “a”) e que cabe especial quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal (art. 105, III, “a”),

recorrente — não tinha previsão constitucional (e realmente não havia mais, na redação original da Constituição de 1988, qualquer previsão assemelhada à arguição de relevância prevista sob a anterior ordem constitucional).

²⁶² É o caso, por exemplo, do Ag 824. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=198900110411&dt_publicacao=18-12-1989&cod_tipo_documento=3>.

Acesso em: 16 abr. 2015

²⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 57 et seq. O autor expõe algumas das outras tentativas de resolver tal “crise”: a arguição de relevância, óbices regimentais, aumento do número de ministros.

²⁶⁴ Müller (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 75-76) defende que o teor literal da norma estabelece a diretriz e os limites das concretizações que sejam defensáveis e admissíveis. Com razão, o autor sustenta que decisões que claramente passem por cima do teor literal do texto normativo não são admissíveis no ponto de vista do Estado de Direito.

então a vedação de cabimento de recursos excepcionais que veiculem violação de direito probatório decorrente diretamente da Constituição ou de direito probatório decorrente de lei federal não é passível de ser extraída de tais dispositivos constitucionais.

Além do mais, se a matéria confiada à apreciação do STJ em sede de recurso especial é justamente a disciplinada por lei federal (ou por tratado internacional), então não parece haver fundamento para que a adequada compreensão de artigos de lei federal (no caso do AgRg no Ag 148: dos artigos 239 e 408 do Código de Processo Penal) não fosse definida pelo STJ.

Fica evidenciado aqui o problema de legitimidade argumentativa do uso de súmula de jurisprudência, semelhante àquele apontado por Taruffo²⁶⁵ em relação às máximas usadas na jurisprudência italiana: uma vez redigido um verbete sumular, os julgados subsequentes tendem a fazer uso da interpretação mais literal do texto do verbete, não retornando aos fundamentos (que nos precedentes seriam a *ratio decidendi*) que existiam (ou que poderiam existir) para a aprovação ou manutenção da conclusão sumular.

Essa interpretação mais literal e que olvida dos fundamentos substantivos da súmula passa a tratar a súmula (sem que haja fundamento para isso) como se ela fosse lei (o que ela não é). A redação de uma súmula de jurisprudência de certos tribunais tem a finalidade de abreviar o que jurisprudencialmente é condensado nas decisões dos tribunais. Ocorre que a súmula não tem *status* de lei, de modo que sua legitimidade não decorre do fato de a maioria dos membros do tribunal haver votado pela aprovação de um texto de verbete sumular. Tratando-se de jurisprudência, a legitimidade da súmula decorre da legitimidade argumentativa das razões que conduziram à sua aprovação.

Com isso, o uso prático equivocado que se dá aos verbetes sumulares faz com que eles se distanciem — inclusive em termos de legitimidade argumentativa e democrática — do uso prático de precedentes, em relação aos quais a *ratio decidendi* utilizada no precedente é que é determinante para que ele siga sendo observado e para que ele seja aplicado em certos casos (de similitude) e não em outros (sem similitude).

²⁶⁵ TARUFFO, Michele. La giurisprudenza... Op. cit., p. 929-931.

3.2.3 Equívocos na aprovação e na subsequente aplicação dos verbetes 279 da Súmula do STF e 7 da Súmula do STJ

3.2.3.1 Relacionando o cabimento do recurso com a função a ser desempenhada pela corte em seu julgamento

Outro julgado apontado²⁶⁶ como precedente para a aprovação do verbe 7 da Súmula do STJ foi o AgRg no Ag 499/SP,²⁶⁷ no qual — segundo o relatório — a recorrente afirmava que se desincumbiu do ônus de provar que a dívida não havia sido contraída em benefício da família (e por isso ela não deveria, conseqüentemente, responder pela dívida com sua meação), o que não havia — segundo a recorrente — sido observado pelo acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

O relator no AgRg no Ag 499/SP argumenta que, porque o recurso especial “participa da mesma natureza do Recurso Extraordinário”, então se aplicam as mesmas razões de decidir do RE 84.699, por sua vez julgado em 1976 pelo STF.²⁶⁸

No RE 84.699, de seu turno, a recorrente afirmava que estava provado que ela era filha do *de cuius* e que as instâncias ordinárias decidiram em desacordo com lei federal ao não reconhecerem a filiação. O relator original havia dado provimento ao recurso. Mas o Ministro que conduziu a maioria, em seu voto condutor (usando de terminologia hoje muito em voga à qual se referirá na sequência deste trabalho²⁶⁹), afirma que a função do Supremo, no julgamento de recurso extraordinário, “se restringe ao *ius constitutionis* e não cuida do *ius litigatoris*. Cabe ao STF velar pela unidade e pela aplicação do direito federal (nomofilaquia), não decidir se bem ou mal julgaram, as instâncias locais, dos direitos dos litigantes.”

O Ministro relator do acórdão no RE 84.699 afirma, na sequência, que “*portanto*” (ou seja, por causa da função a ser desempenhada pelo Supremo no

²⁶⁶ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=516>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

²⁶⁷ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=516>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

²⁶⁸ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=178922>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

²⁶⁹ V. capítulo 4.

juízo dos recursos extraordinários, de velar pela unidade da lei federal²⁷⁰), apenas poderiam ser objeto de apreciação pelo extraordinário as questões “*de direito*”. Prossegue argumentando que, nas questões de valoração da prova, só poderia ser objeto de recurso extraordinário o

*erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio jurídico por outro meio de prova ofende ao direito federal. Se a lei federal exclui basto certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admita esse meio de prova excluído ofende à lei federal. Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do “*ius constitutionis*” (grifos no original, itálicos nossos).*

Ou seja, de acordo com a ideia que norteou este julgado (que funcionou como precedente para diversos outros julgados), apenas casos em que a lei federal (ou a Constituição ou, se caso, tratado internacional) estabelece hipóteses legais de provas tarifadas ou exclui meio de prova é que se estará diante de situações probatórias capazes de violar a lei federal ou a Constituição. De conseguinte, casos em que a apreciação da prova (pelo sistema de livre apreciação) pelo tribunal *a quo* destoa de determinações mais genéricas decorrentes do ordenamento jurídico positivo a respeito da apreciação da prova estariam fora da possibilidade de exame através dos recursos excepcionais.²⁷¹

Segundo se decidiu por maioria no RE 84.699, se a lei federal não dispõe sobre o “valor probante, em abstrato, de certos meios de prova”, não cabe ao recurso extraordinário apreciar o “poder de convicção” da prova para dizer que está provado o que a instância ordinária disse não estar provado, pois isso seria “transformar o recurso extraordinário em uma segunda apelação”. Para o ministro que findou conduzindo a maioria no RE 84.699, “ai não se tem ofensa ao direito federal: pode ocorrer ofensa (se mal julgada a causa) ao direito da parte”²⁷² (grifo no original, itálico nosso).

Com isso, se opunha questão de direito federal (supostamente abstrata), de um lado, e, de outro, questão de direito “da parte” (supostamente particular). E propunha-se que o “simples” reexame da prova (que veio a ser vedado aos recursos

²⁷⁰ Ao menos até a Constituição de 1988, com a qual esta função foi entregue ao STJ, permanecendo como função do STF a guarda da Constituição.

²⁷¹ Isso levanta o problema da confusão entre texto e norma, que será enfrentado na seção 3.4.

²⁷² Isso levanta o problema do particularismo, que será enfrentado na seção 3.5.

excepcionais pelos verbetes 7 da Súmula do STJ e 279 da do STF) era o exame não qualificado pela necessidade de *apreciação da interpretação de certos dispositivos legais específicos e fechados* que tratavam de prova (como os que estabelecessem hipótese de prova tarifada ou os que excluíssem certo meio de prova).²⁷³ A conclusão era a de que, em não se tratando de alegação de violação de tais específicos dispositivos legais, mas de violação de preceitos legais mais genéricos acerca da apreciação da prova, então não cabia o recurso excepcional.

3.2.3.2 O “simples” exame da prova como aquele que não envolvesse direito probatório

Superpondo-se a esta dicotomia que opunha violação de específicas regras probatórias, de um lado, e, de outro, violação a normas probatórias mais genéricas, julgados posteriores passaram a sustentar o não conhecimento de recursos especial e extraordinário em uma suposta distinção entre “questão de direito” e “questão de fato”, ou entre o que se chamou de “valoração da prova” (jurídica) e se opôs a “simples reexame da prova” (como se não fosse jurídico), fundada na redação dos verbetes 7 da Súmula do STJ e 279 da do STF.

²⁷³ Esta distinção operada jurisprudencialmente, para permitir o exame — em recursos excepcionais — de violação a norma de direito probatório decorrente de preceito normativo que estabelece uma determinada prova tarifada ou um caso legal de exclusão de certo meio de prova, foi observada na doutrina por Teresa Arruda Alvim Wambier. De acordo com a autora (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista da AJURIS**, n. 74, p. 253-278, 1998, p. 259): “A reavaliação das provas tem sido permitida predominantemente (e desemboca necessariamente na possibilidade de que haja requalificação — qualificação diferente — dos fatos) quando é desobedecida norma que determina o valor que a prova pode ter, em função do caso concreto. Nesses casos, haveria uma dupla ilegalidade: valorar mal a prova e, como consequência, qualificar equivocadamente os fatos. Assim estaria configurada a ‘ilegalidade’. [...] Só ocorre quando a lei federal dispõe abstratamente sobre o valor de certas provas. (12) Exemplo desta hipótese é não se ter dado valor à confissão feita pela parte extrajudicialmente, tendo-se considerado o fato efetivamente confessado pela parte como fato não provado, negando-se aplicação ao art. 353 do CPC.” A autora observa, já na sequência, que, para além da admissão de recursos excepcionais nesta específica hipótese, há uma posição jurisprudencial “mais liberal” (p. 259-260): “Uma posição mais liberal permite que o Superior Tribunal de Justiça reveja a circunstância de que na instância ordinária se teria dado mais valor a depoimento feito na esfera administrativa do que àqueles feitos em juízo e à prova documental. Tendo ‘valorado mal’ a prova, embora não tendo desrespeitado texto expresso de certa norma federal ou constitucional especificamente, terá a decisão do órgão a quo qualificado erradamente os fatos e terá, por conseguinte, realizado equivocadamente o processo subsuntivo, produzindo, pois, afronta à lei.”

Neste sentido são diversos os julgados do STJ, aduzindo que “A valoração da prova refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a princípio ou regra jurídica do campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta Corte” (grifos nossos) e que “O reexame da prova implica a reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados, constituindo matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, insuscetível de revisão no recurso especial” (grifos nossos).²⁷⁴

Observe-se que este último entendimento jurisprudencial, reiterado em nossas cortes de vértice, embora procure avançar em termos de teoria do direito (afirmando que o direito não decorre só da lei escrita, mas também de “princípio ou regra”), aponta como fundamento, para apartar “questão de direito” de “matéria de fato”, a literalidade da redação dos verbetes 7 da Súmula do STJ e 279 da do STF, interpretando como “simples” reexame da prova os casos de apreciação da prova (que supostamente não precisassem acorrer a normas jurídicas).

Este último entendimento jurisprudencial procura evitar a interpretação abrangente dos verbetes 7 da Súmula do STJ e 279 da do STF: já não é mais *qualquer* situação probatória que veda recurso excepcional, mas apenas o “simples” reexame da prova.

Para isso, este entendimento opera uma distinção entre situações: admite recursos excepcionais para campos em que se visualizou “questão de direito”, distinguindo-os daquelas situações em que se afirma que a solução das instâncias ordinárias sobre o resultado da prova seria pura “questão de fato”. O fundamento de uma tal distinção repousaria ou na distinção entre matéria de fato e de direito²⁷⁵ para fim de avaliar o cabimento do recurso excepcional ou na concepção de que o exame da prova poderia ser decidido independentemente do direito (ou ao menos independentemente do direito legislado federal).²⁷⁶

²⁷⁴ AgRg no REsp 420.217, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 04 jun. 2002.

²⁷⁵ Isso levanta o problema da dicotomia fato vs. direito, que será enfrentado na seção 3.3.

²⁷⁶ Isso levanta o problema da confusão entre texto e norma, que será enfrentado na seção 3.4.

3.2.3.3 Não seria “simples” o exame que “requalifica” conclusões probatórias

Também no âmbito do STF se afirma que “A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório”,²⁷⁷ apontando-se para esta conclusão os seguintes precedentes: RE 99.590, relator o Ministro Alfredo Buzaid, DJ de 6 de abril de 1984, e RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17 de agosto de 1990. Com isso se procura sustentar que em recursos excepcionais se admite “requalificar” “fatos” provados sobre os quais não há discussão em sede de recurso excepcional (como, por exemplo, para concluir-se que em “racha” — diante das circunstâncias do caso concreto — há dolo e não apenas culpa²⁷⁸ ou que em direção de veículo sob o efeito de álcool há apenas culpa porque o dolo não pode ser presumido a partir de simples embriaguez se não for provado que a embriaguez foi preordenada,²⁷⁹ ou que os fatos provados configuram conduta para fim de tráfico e não conduta sem finalidade de traficar ou conduta para “uso” de entorpecente²⁸⁰), mas não se admite que o recorrente busque solução diversa sobre o modo como os fatos se passaram.²⁸¹

Estes últimos dois julgados mencionados como precedentes (RE 99.590, julgado em 1984, e RE 122.011, julgado em 1990), da mesma forma que os mais recentes (que os mencionam como sendo seus precedentes) afirmam uma suposta dicotomia entre o que seria a “valorização da prova” (supostamente equivalente a uma “questão de direito”) e “exame da prova” (supostamente equivalente a uma questão de fato, alegadamente impassível de ser examinada em recursos excepcionais).

O RE 122.011 não foi admitido, sob o argumento de que veiculava pleito de reexame dos fatos. No relatório se lê que o Banco do Brasil, recorrente, sustentava que o acórdão recorrido contrariava o art. 47 do ADCT, que dispensa do pagamento de correção monetária o devedor (na específica hipótese lá definida) sem meios para pagar a obrigação. O banco sustentava que, ao contrário do que decidiu o acórdão

²⁷⁷ HC 107801, Rel. Min. Cármen Lúcia. Relator p/ Acórdão Min. Luiz Fux. Do mesmo relator, tornando mais explícito o uso de uma dicotomia entre matéria de “fato” e matéria “de direito”: “O exame da prova distingue-se do critério de valoração da prova. O primeiro (o exame da prova) versa sobre mera questão de fato; o segundo (valoração), ao revés, sobre questão de direito.” (HC 96820).

²⁷⁸ HC 82219, apontando como paradigma o REsp 198.473. Também neste sentido é o HC 101698.

²⁷⁹ HC 107801.

²⁸⁰ HC 95282.

²⁸¹ Isso levanta, igualmente, o problema da confusão entre texto e norma, que será enfrentado na seção 3.4.

recorrido, a parte recorrida tinha bens suficientes para o pagamento, pois sobravam bens — segundo a tese do banco — além dos instrumentos de trabalho e produção. Para o banco, o acórdão “nega o que está provado”, pois o recorrido tinha 150 cabeças de gado e 4% disso já era suficiente para pagar o débito; além do mais, afirmava o banco, sempre há vacas improdutivas e bezerros a serem descartados que não fazem parte dos bens de produção e que seriam suficientes para pagar a dívida. O banco, assim, sustentou que se desincumbiu de seu ônus de provar que o executado tinha meios de pagar a dívida e que a conclusão do Tribunal local fora — equivocadamente — em sentido contrário. Em seu voto, o Ministro relator expressa que se estaria diante de “valorização da prova se se discutisse o valor jurídico desta para admiti-la ou não em face da lei que a disciplina.²⁸² Diversa, porém, é a questão de reexame da prova, que implica a sua interpretação, mediante a reapreciação dos elementos probatórios.” O fundamento deste julgado é, portanto, o de que a apreciação dos elementos probatórios (para se concluir se o devedor tinha ou não meios para saldar o débito) não seria capaz de violar a lei que disciplina o direito probatório.²⁸³

O RE 99.590 também não foi conhecido. O recorrente, réu em demanda de investigação de paternidade, recorre ao STF alegando erro da jurisdição ordinária no critério de valoração da prova. Segundo se lê no voto do relator, o recorrente alega que — ao contrário do que afirma o acórdão recorrido — o investigado sempre negou ter mantido relações sexuais com a mãe da autora e afirma que, com isso e com base em um “escrito imprestável” e tópicos isolados de declarações de testemunhas, o acórdão recorrido teria equivocadamente declarado um vínculo de paternidade. O relator (seguido unanimemente) considerou que o recorrente queria apenas o reexame da prova (que, para o relator, é diferente do “critério de valorização da prova”), o que não é possível no recurso extraordinário, que só se presta a examinar questões de direito.²⁸⁴

²⁸² Parece que o relator é adepto da ideia exposta no RE 84.699, supramencionado, segundo a qual uma eventual prova legal-tarifada, não observada, conduziria à admissão do RE, o mesmo se passando em situações em que a lei exclui determinada prova e ela é considerada, mas a violação de normas mais gerais de apreciação da prova não permitiria a interposição de recursos excepcionais.

²⁸³ O que aponta também para a confusão entre texto e norma, a ser enfrentada na seção 3.4.

²⁸⁴ O voto afirma ainda que nenhuma “questão federal” foi ventilada na decisão recorrida. Aqui parece se tratar da exigência de prequestionamento (que se retira da exigência constitucional — art. 102, III, e 105, III, da Constituição — de que as causas objeto de recurso excepcional tenham sido “decididas” em única ou última instância), questão estranha ao objeto do presente trabalho, mas que, neste caso, poderia ser suficiente por si só para o não conhecimento do recurso extraordinário, de modo a até mesmo colocar em xeque a força do argumento de “facticidade” da questão para o impedimento do recurso.

3.2.4 Recapitulação do quadro do discurso oficial tradicional

Diante desse quadro, recapitulando os argumentos jurisprudencialmente alinhavados para o não conhecimento de RE ou REsp (dado que inexistente norma positiva que retire “questões de fato” ou “questões de prova” do objeto destes recursos), têm-se:

(1) Se a decisão recorrida analisou *adequadamente* a prova, não cabe RE ou REsp sob o argumento de que norma acerca da apreciação da prova foi violada (é o único fundamento da CT 3713 e do AI 29710, que conduziram à aprovação do verbete 279 da Súmula do STF, bem como de outros julgados que se fundam nos fundamentos deste verbete, como é o caso, no âmbito do STJ, do REsp 290 e do Ag 1232, estes últimos sendo apontados como alguns dos precedentes que conduziram à aprovação do verbete 7 da Súmula do STJ). Essa identificação de cabimento com mérito do recurso excepcional, já desgastada por julgados de nossas cortes de vértice, foi superada expressamente pelo RE 298.695, em 2003. Porém esta superação sofre desgastes, como se verá na seção 5.2, *infra*. E pode receber compreensão teórica não tão ampla,²⁸⁵ como se verá no capítulo 5, *infra*.

(2) Não cabe recurso excepcional sob o fundamento de má apreciação da prova, ainda que invocado dispositivo legal (ou constitucional) supostamente violado (AgRg no Ag 148). Tal conclusão se baseia *exclusivamente* na força da literalidade abrangente da redação dos verbetes 279 da Súmula do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”) e 7 da Súmula do STJ (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”), o que já foi objeto de crítica na seção 3.2.2, *supra*.

(3) Não cabe recurso excepcional por violação a norma probatória, a não ser que se trate de disposição legal ou constitucional que estabeleça meio de prova específico para se provar um fato ou que exclua determinada prova (RE 122.011), pois são restritos os casos de cabimento dos recursos excepcionais e, no exame do cabimento, deve ser observada, ainda, a função a ser desempenhada pelo STF e pelo

²⁸⁵ Como se argumentou ao fim da seção 3.2.1, *supra*, a superação foi da ideia de que cabimento e mérito sejam conceitos absolutamente idênticos. Não são e isso ficou expressamente superado pelo RE 298.695, em 2003. Mas a possibilidade de que no juízo de admissibilidade seja efetuado um juízo preliminar de deliberação acerca das chances de êxito quanto ao mérito não foi enfrentada pelo RE 298.695. Tal possibilidade será estudada no capítulo 5, *infra*.

STJ na apreciação dos recursos especial e extraordinário (RE 84.699). Na linha deste argumento, haveria questões abstratas na interpretação desse tipo de disposição normativa fechada que cumpriria ao STF e ao STJ fixar em recursos excepcionais e, de outro lado, questões particulares nas decisões de questões probatórias que não lhes cumpriria solucionar.

(4) Diante do cabimento restrito dos recursos excepcionais a hipóteses de violação de lei federal, tratado ou da Constituição, seria possível distinguir entre situações em que o recorrente pretende meramente revolver a prova (o que seria o “simples” reexame da prova, do tipo vedado pelas redações dos verbetes 7 da Súmula do STJ e 279 da do STF) e situações em que se pretende com o recurso excepcional obter uma reconformação jurídica de circunstâncias fáticas provadas e não mais discutidas em recurso (AgRg no REsp 420.217, HC 107801, HC 96820, HC 82219, REsp 198.473, HC 101698, HC 95282).

Diante disso, passa a ser preciso avaliar (a) o par “questão de direito” = valoração jurídica da prova = possibilidade de cabimento de recurso excepcional vs. “questão de fato” = “simples” exame da prova = impossibilidade de cabimento de recurso excepcional,²⁸⁶ (b) a ideia de que eventual “questão de fato” fosse incapaz de infringir o direito (em específico: de infringir lei federal ou a Constituição) e autorizar o cabimento de recurso excepcional,²⁸⁷ (c) a ideia de que uma questão probatória “em abstrato” pudesse autorizar cabimento de recurso excepcional e uma questão “particular” não possa²⁸⁸ e (d) a relação destas indagações com a função institucional a ser desempenhada por nossas cortes de vértice com a apreciação dos recursos excepcionais.²⁸⁹

3.3 FATOS E DIREITO. A FUNCIONALIDADE DE UMA POSSÍVEL DISTINÇÃO

Como se viu na seção 3.2, a jurisprudência do STF e do STJ estabelece uma distinção entre “*mera*” análise de fatos (que não admitiria recursos excepcionais) —

²⁸⁶ O exame desta questão será feito na seção 3.3, infra.

²⁸⁷ O exame desta questão será feito na seção 3.4, infra.

²⁸⁸ O exame desta questão será feito na seção 3.5, infra.

²⁸⁹ O exame desta questão será feito nos capítulos 4 e 5, infra.

também chamada “questão de fato” — e *tratamento jurídico* a ser conferido ao modo como nas instâncias ordinárias se concluiu terem os fatos se passado — também chamada “questão de direito”.

Tal jurisprudência sustenta que apenas este último (o tratamento *jurídico* aplicável aos fatos fixados nas instâncias ordinárias) é capaz de representar uma das hipóteses de cabimento dos recursos especial ou extraordinário, de modo que, *contrario sensu*, a “*mera*” análise de fatos não seria capaz de violar a Constituição ou lei federal e, portanto, não autorizaria a admissão de recurso especial ou extraordinário.²⁹⁰

Com tal argumentação se pressupõe que a decisão judicial acerca de dar ou não dar por suficientemente provado um determinado fato no processo não é capaz de gerar ofensa à Constituição ou a lei federal. No entanto, contraditoriamente, se admite que a decisão acerca do modo como *juridicamente* devem ser tratados os fatos que as instâncias ordinárias decidiram por ocorridos ou não ocorridos²⁹¹ pode gerar o cabimento dos recursos excepcionais.

Tal distinção supostamente ontológica entre “questão de fato” e “de direito”, com a finalidade de se defender que as decisões judiciais sobre “questões de fato” não sejam capazes de infringir a escorreita interpretação e aplicação do direito, porém, não se sustenta.

Como se viu supra (seção 1.1.1 e capítulo 2), a *decisão* sobre se estão ou não corretamente acertados os fatos objeto de prova no processo, necessariamente, na medida em que é uma *decisão jurídica*, há de recorrer a critérios jurídicos,²⁹² ou seja, a critérios normativos passíveis de universalização. Nessa medida, não se pode dizer

²⁹⁰ Foi o que se decidiu, por exemplo, no AgRg no REsp 420.217, julgado em 04 de junho de 2002.

²⁹¹ Como, por exemplo, para se considerar que o fato provado de que o réu participava de “racha” deve conduzir à decisão de que está provado que ele agia com dolo de causar o dano causado à vítima. Foi o que se decidiu no HC 82219, apontando-se como paradigma o REsp 198.473. Também neste sentido é o HC 101698.

²⁹² A ideia parece conduzir o pensamento de Wambier (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 273), ao defender que qualquer questão que demanda uma resposta jurídica encerra um problema jurídico, que como tal deve ser resolvido *juridicamente*: “A aplicação do princípio de que só há uma decisão justa (41) tem por objetivo negar que nas decisões jurídicas intervenha o arbitrário. Assim, mesmo quando haja dúvida em, por exemplo, saber-se se alguém é, ou não, portador de um defeito físico que dificulte o desempenho de sua função, este problema, embora seja um problema sobre o significado dos conceitos (consiste em resolver se isto pode chamar-se assim) não se reduz a uma questão semântica. É um problema jurídico e como tal deve ser enfocado e resolvido. Essa constatação tem diversos desdobramentos. Um deles, e certamente o principal para essas nossas considerações, é o de que o problema tem de ser resolvido juridicamente, ou seja, o resultado do raciocínio não pode ser a declaração de que se está diante de uma questão duvidosa. [...]”

que a decisão sobre alguma questão *objeto de decisão* judicial, por ser decisão sobre “questão de fato”, seja incapaz de violar o direito.

Em verdade, a relação entre “questão de fato” e “questão de direito” é muito mais intrincada do que tal dicotomia procura fazer crer.

Convencionalmente, afirma-se serem questões de direito aquelas que dizem respeito às regras e critérios aplicáveis, ao passo que as questões de fato seriam aquelas que perguntam quem fez o que, quando, onde, como, por quê.²⁹³ Assim, a distinção frequentemente invocada entre questões de fato e de direito pressupõe que haja duas espécies, ontologicamente diferentes, de questões, umas (as questões fáticas) respondendo à pergunta sobre “o que aconteceu” e outras (as questões de direito) respondendo a perguntas como “quais são as regras aplicáveis à situação X” ou “a regra Y se aplica à situação X”.²⁹⁴ Ou então, semelhantemente, se diz que as questões de direito envolveriam constituição, desconstituição, modificação ou interpretação de normas jurídicas, ao passo que as questões de fatos históricos tratariam do predicado fático no qual as decisões seriam baseadas.²⁹⁵

O problema da (questionável possibilidade de) distinção entre fato e direito não diz respeito apenas ao problema de competência das cortes supremas; trata-se de um problema que remonta à base da teoria do processo de aplicação do direito.²⁹⁶

3.3.1 Distinção didático-expositiva entre questões “de fato” e “de direito”

Posner²⁹⁷ afirma que o “direito não tem o mesmo *status* ontológico de Ricardo III” e que, se nos perguntarmos “se a Décima Quarta Emenda proíbe a segregação racial nas escolas públicas, não estaremos fazendo uma pergunta sobre — ou exclusivamente sobre — eventos históricos”. No contexto que estamos estudando (o contexto de decisão judicial), porém, não se trata apenas de simplesmente afirmar a

²⁹³ ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. The Myth of the Law-Fact Distinction. **Northwestern University Law Review**, v. 97, n. 4, p. 1769-1807, 2003, p. 1778.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 1791-1792.

²⁹⁵ WARNER, Randall. All Mixed Up About Mixed Questions. **The Journal of Appellate Practice and Process**, v. 7, n. 1, p. 101-149, 2005, p. 101.

²⁹⁶ BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione**: contenuto e limiti. Milano: Giuffrè, 1993, p. 25.

²⁹⁷ POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 264.

existência de um fato histórico, de um lado, e declarar o direito, de outro. No contexto de decisão judicial, a afirmação de existência de um fato histórico (ou, melhor dizendo, dar por provada a existência de um fato histórico) também não advém simplesmente de uma pergunta sem qualquer *finalidade* acerca deste fato. O que se pretende no processo judicial é a concessão de uma tutela jurisdicional, que é concedida ou denegada de acordo com critérios jurídicos.

Não é desconhecida a distinção feita na ontologia (o estudo de *o que há*)²⁹⁸ entre fatos brutos ou naturais, de um lado, e fatos sociais (dos quais uma subespécie seriam os fatos institucionais), de outro. Os fatos brutos ou naturais seriam aqueles que existem independentemente de qualquer instituição humana e independentemente de intencionalidade do observador, como, por exemplo, o gelo existente no pico do Everest e a composição da água.²⁹⁹ Já os fatos sociais, diferentemente, teriam sua existência *como tal* dependente da existência de seres com capacidade de atribuir-lhes funções. Assim, por exemplo, uma cadeira ou uma chave de fenda, enquanto tais (com as funcionalidades inerentes a uma cadeira ou a uma chave de fenda³⁰⁰), dependem da intencionalidade dos observadores. Mais específicos seriam os fatos institucionais, que só existem enquanto tais à mercê de um acordo humano, de instituições humanas que lhes conferem um *status* ou poder; é o que se dá, por exemplo, com o fato de alguém ser cidadão de um país, de uma cédula ser reconhecida como dinheiro, de alguém estar casado ou ser proprietário de um certo bem.³⁰¹

Ainda que não se negue que se possam diferenciar fatos cuja existência depende vs. fatos cuja existência independe do observador,³⁰² de convenções humanas, de instituições humanas, observe-se que esta diferença responde a uma pergunta diferente daquela que se coloca no presente trabalho. Esta diferença

²⁹⁸ SUCAR, Germán. **Concepciones del Derecho y de la verdad jurídica**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 54.

²⁹⁹ Os exemplos são de Germán Sucar. (Ibidem, p. 60).

³⁰⁰ Os exemplos são também de Germán Sucar. (Ibidem).

³⁰¹ Os exemplos são, igualmente, de Germán Sucar. (Ibidem).

³⁰² A esse respeito, é bastante fundada a posição doutrinária segundo a qual na realidade não existem fatos completamente puros, uma vez que as percepções humanas são sempre mediatizadas por conceitos. Neste sentido: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Presunción de inocencia, verdad y objetividad. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Coords.). **Prueba y razonamiento probatorio en Derecho**. Granada: Comares, 2014, p. 85-117, p. 104, nota 19. Observe-se, porém, que nossas percepções, interpretações e formulações acerca de algo são diferentes da existência mesma de algo. O que importa frisar é que, no processo judicial, nunca se trata de algo ser ou não ser. Esta não é a questão. A questão no processo é se se pode *afirmar* que algo é e se se pode *decidir* como se esse algo fosse.

responde à pergunta sobre se a *existência ou inexistência de determinado fato* depende ou não depende da intencionalidade do observador. E a pergunta que se coloca no presente trabalho (porque é a pergunta que se coloca no contexto da decisão de processos jurisdicionais) não é diretamente se determinado fato existiu ou se ele não existiu, mas se a *afirmação* de que ele existiu *deve* — no contexto do processo jurisdicional — ser *aceita* para o fim de tomada de decisão.

O fato de que se esteja a tratar, no contexto de um processo jurisdicional, de algo que pudesse ser dito um fato *bruto*, portanto, não autoriza que se prescindia de parâmetros jurídicos para a tomada de decisão. Isto porque, para sua *existência*, os fatos brutos podem prescindir de qualquer instituição humana, mas, de qualquer sorte, para sua *descrição* eles não prescindem da instituição da linguagem.³⁰³ E mais, para a *decisão* jurisdicional sobre se dever ou não dar por provada determinada afirmação fática, será preciso recorrer a normas jurídicas.³⁰⁴

Castanheira Neves defende a possibilidade de uma distinção analítica entre questão de fato e questão de direito, enquanto momentos metodologicamente distintos de análise do caso jurídico.³⁰⁵ O autor observa que *a questão de fato se revela também como uma questão jurídica*, que não é mais que a própria questão

³⁰³ SUCAR, Germán. Op. cit., p. 60.

³⁰⁴ Nisso parece estar enraizada a divergência elementar entre a tese defendida no presente trabalho e as defesas tradicionais da utilidade da distinção entre questões de fato e de direito para o fim de cabimento de recursos especiais e extraordinários. Com efeito, Fonseca (FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88) afirma que “*questão de fato* é a dúvida que versa sobre a reconstrução histórica de acontecimentos ou sobre o correto entendimento de circunstâncias passadas ou presentes, cuja solução é relevante para o julgamento da causa” e que “caso, no entanto, o ponto duvidoso disser respeito à especificação ou à interpretação da norma jurídica que deve regular a base fática acertada, a questão é de direito” (p. 89). Como estamos defendendo no presente trabalho, contudo, qualquer questão que deva ser decidida jurisdicionalmente há de ser decidida de acordo com a disciplina jurídica aplicável, não restando qualquer decisão a ser tomada — no Estado de Direito — sem a adoção do ponto de vista jurídico. V. seção 1.1.1, supra.

³⁰⁵ CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia...** Op. cit., p. 163-166. O autor defende até mesmo a possibilidade de serem dissociados dois momentos metodológicos na questão de fato (o momento de relevância e o de comprovação) e duas abordagens diferentes da questão de direito (que seriam a questão de direito em abstrato e a questão de direito em concreto). Para o autor, a questão de direito em abstrato tem por objeto a determinação do critério que haverá de orientar a solução do caso, ao passo que a questão de direito em concreto é o próprio juízo que decidirá o caso, de modo que aquele critério (fornecido pela questão de direito em abstrato) poderá obter na solução dada ao caso (na questão de direito em concreto) ou a confirmação de que aquele critério era normativamente adequado ou a sua última determinação-concretização; e, ainda, a solução do caso (a questão de direito em concreto) não pode deixar de consistir na assimilação pela decisão do critério fornecido pela questão de direito em abstrato. Há, assim, uma “incindível unidade normativo-metodológica entre as duas questões [a questão de direito em abstrato e a questão de direito em concreto]”. E há, também, acrescenta o autor, uma unidade problemático-metodológica análoga entre a relevância (como primeiro momento da questão de fato) e o critério (da questão de direito em abstrato), uma vez que o critério normativo é procurado em função do problema e o problema, por sua vez, é determinado conjuntamente tanto pela relevância como pelo critério normativo (da questão de direito em abstrato).

jurídica de se determinar quais são os fatos potencialmente relevantes do problema jurídico concreto e de se avaliar sua comprovação.³⁰⁶

Com efeito, o critério da relevância jurídica da situação problemática é normativo-problemático,³⁰⁷ ou seja, a seleção do que é juridicamente relevante no caso concreto se faz a depender daquilo que a norma jurídica potencialmente aplicável já previamente elegeu como relevante nos casos que a ela viessem a se submeter.

Embora se possa sustentar uma distinção didático-expositiva entre questão de fato e de direito no contexto da metodologia jurídica, estas distinções tratam apenas de momentos metodológicos³⁰⁸ de análise do caso jurídico. De qualquer sorte, são momentos de uma “mesma e unitária intenção problemática”,³⁰⁹ é dizer: a determinação jurídica dos fatos é feita sob o ângulo jurídico e, simultaneamente, o direito pertinente aplicável é selecionado tendo-se em vista a problemática fática verificada.

Efetivamente, ainda que do ponto de vista didático-expositivo possa haver alguma razão para apartear momentos da decisão (mais abstratos ou mais concretos, mais de relevância ou mais de prova), por ocasião da decisão é preciso agregar esses momentos de forma harmônica e incindível.

Para Taruffo,³¹⁰ a relação dialética entre fato e norma começa pelo fato, que funciona como ponto de partida do raciocínio jurídico-decisório. No mesmo sentido, para Castanheira Neves o caso é o *prius* metodológico a partir do qual se procura a norma hipoteticamente adequada para solucionar o caso, que a princípio é apenas uma hipótese de solução do caso, apresentando-se como um projeto de solução a ser testado na solução da questão de direito em concreto.³¹¹

A subsunção dos fatos relevantes do caso à norma que se argumenta a ele aplicável depende de uma potencialmente problemática analogia entre os fatos do caso e o pressuposto fático abstratamente previsto na norma supostamente aplicável.³¹² O próprio estabelecimento de quais sejam os fatos *relevantes* no caso

³⁰⁶ CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia...** Op. cit., p. 163.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 165.

³¹⁰ TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. **Revista de Processo**, v. 227, p. 31-46, 2014, p. 31-46.

³¹¹ CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia...** Op. cit., p. 166-167.

³¹² Nesse sentido: PAVCNIK, Marijan. Legal decisionmaking as a responsible intellectual activity: a continental point of view. **Washington Law Review**, v. 72, p. 481-504, 1997, p. 484-485: “*the*

concreto depende de valorar o caso concreto e cotejá-lo com o estado normativo, concluindo-se que os fatos do caso sejam um exemplo do tipo de fatos tidos pela norma abstrata como pressupostos fáticos.³¹³ Além de todos esses raciocínios potencialmente problemáticos, se haverá, ainda, de concretizar a consequência normativa abstratamente prevista.³¹⁴

Por isso é que o silogismo é apenas um estágio no processo de decidir³¹⁵ e de fundamentar a decisão, fornecendo a “moldura”³¹⁶ dentro da qual são incluídos outros argumentos — mas essa “moldura” nada diz sobre a qualidade (a força ou a fraqueza) desses outros argumentos.

Neste ponto, é esclarecedora a distinção doutrinariamente³¹⁷ feita entre justificação interna (também chamada de justificação de primeira ordem) e externa (também chamada de justificação de segunda ordem). A justificação interna é aquela que se socorre de um raciocínio lógico-formal de tipo dedutivo, que em casos rotineiros e consensuais poderá bastar para se chegar a uma conclusão jurídica pouco problemática. Mas é possível que o simples recurso à justificação dedutiva, com a junção de uma premissa fática a uma premissa normativa abstrata para se concluir com uma norma concreta para a resolução do caso, não se encontre suficientemente justificado. Para que um tal raciocínio esteja suficientemente justificado, poderá ser necessário o recurso a uma justificação externa ao silogismo, a fim de se justificar o acerto das premissas e o acerto da escolha das premissas adotadas e não de outras.³¹⁸

subsumption of the relevant factual state to the normative one consists in the discovery that the elements of the factual state correspond (are analogous) to those elements of the normative state that are taken to be typical. Em tradução livre: “a subsunção do estado fático relevante ao estado normativo consiste na descoberta de que os elementos do estado fático correspondem (são análogos) àqueles elementos do estado normativo que são tomados como típicos.”

³¹³ PAVCNIK, Marijan. Op. cit., p. 485: “*That is, the relevant factual state consists in those facts that at the concrete level are taken to represent a counterpart of the elements that make up the normative state.*” Em tradução livre: “Isso é, o estado fático relevante consiste naqueles fatos que no plano concreto são considerados como representando o equivalente dos elementos que compõem o estado normativo.”

³¹⁴ Ibidem, p. 483: “*when, finally, the legal consequence is put into concrete terms.*” Em tradução livre: “quando, finalmente, a consequência legal é colocada em termos concretos.”

³¹⁵ Ibidem, p. 498.

³¹⁶ MACCORMICK, Neil. Retórica... Op. cit., p. 57.

³¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 218 et seq. Também em: MACCORMICK, Neil. **Argumentação**... Op. cit., p. 127 et seq.

³¹⁸ ATIENZA, Manuel. **Las razones**... Op. cit., p. 50-51.

De qualquer sorte, a estrutura silogística “fornece a moldura dentro da qual os outros argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos”.³¹⁹ Como observa Alexy, a exigência de justificação interna não é vã, uma vez que percorrer o itinerário de justificação interna permite tornar claro quais são as premissas que têm de ser externamente justificadas.³²⁰ A fórmula da subsunção cumpre uma exigência mínima de racionalidade,³²¹ que constitui o ponto de partida para a realização da justificação externa que poderá ser preciso agregar à justificação interna, a fim de que a justificação total se apresente como suficientemente completa.

Quanto mais consensual for um caso, tendencialmente mais facilmente a “moldura” silogística será capaz de resolvê-lo por si só. Quanto mais problemático for um caso, mais a “moldura” silogística haverá de se socorrer de argumentos que vão além do formato lógico-formal.

Observe-se, contudo, que os casos não são *ontologicamente* problemáticos.³²² Os casos são *contextualmente* (historicamente, culturalmente etc.) mais ou menos problemáticos. Um caso que ao início parecia difícil se torna fácil quando vai se tornando rotineiro e albergado por precedentes firmes.³²³ Em sentido contrário, um caso que por um tempo pareceu ser de simples e rotineira resolução passa a ser de mais complexo enfrentamento quando uma nova problemática a respeito dele se apresenta.

Assim, se um dia foi rotineiro afirmar a autoria de um delito a partir do reconhecimento pessoal do réu pela vítima, com novos estudos apresentados pela psicologia e pela neurociência algumas formas de reconhecimento pessoal passaram a ser colocadas em questão. E se um dia foi complexo afirmar a paternidade biológica diante da falta de confissão ou de testemunhas seguras, hoje a prova pericial de DNA tornou muito pouco problemático o juízo acerca da paternidade atribuída a alguém.

Nesse processo de testes da norma hipoteticamente adequada à solução do caso se comparam, de um lado, o problema típico abstrato pressuposto pela norma³²⁴ e, de outro, o problema jurídico contido no caso concreto. No confronto entre esses

³¹⁹ MACCORMICK, Neil. **Retórica...** Op. cit., p. 57.

³²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria...** Op. cit., p. 224.

³²¹ Idem. On Balancing and Subsumption: a Structural Comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003, p. 435.

³²² É neste sentido o ensinamento de MacCormick (MACCORMICK, Neil. **Retórica...** Op. cit., p. 69): “casos ‘claros’ são aqueles que ninguém problematizou”.

³²³ PAVCNIK, Marijan. Op. cit., p. 500.

³²⁴ Ou pela pluralidade de normas hipotética e potencialmente aplicáveis.

dois problemas, não se procura pela identidade de situações, mas por uma sustentável analogia entre os dois problemas.³²⁵

Tal dialética aponta para a crise da “*pia illusione*”³²⁶ que é o modelo silogístico para a resolução de questões jurídicas que apresentem um mínimo de problematidade. E demanda um modelo capaz de descrever mais realisticamente o raciocínio que é efetivamente realizado entre fatos a princípio pertinentes e normas potencialmente aplicáveis, seguido por redefinições dos fatos relevantes e de como eles devem ser compreendidos e de reinterpretações das normas aplicáveis e de como efetivamente elas devem ser interpretadas e aplicadas, até se chegar a uma solução juridicamente satisfatória. A este modelo, Taruffo³²⁷ chama de *trial and error*.

Esta dialética que se faz — entre, de um lado, as hipóteses de fatos potencialmente relevantes para a tomada de decisão e, de outro, as hipóteses normativas potencialmente aplicáveis — demanda a seleção de fatos que sejam efetivamente relevantes à decisão. E a seleção dos fatos relevantes para a tomada da decisão a ser prolatada no processo não se satisfaz com um simples recurso a textos normativos aplicáveis ao caso. Não só a norma demanda interpretação ou até mesmo reconstrução,³²⁸ para se saber se os fatos selecionados são efetivamente os relevantes e não outros. Também os fatos selecionados são os que farão com que se aplique uma e não outra norma. Não é possível, destarte, fazer-se a seleção dos fatos relevantes com o simples recurso a esquemas normativos abstratos.³²⁹ Tanto são os fatos que determinam a compreensão da norma como são normas que determinam o juízo sobre os fatos.³³⁰

³²⁵ CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia**... Op. cit., p. 174-175.

³²⁶ TARUFFO, Michele. Il fato... Op. cit. Em outro trabalho, porém, Taruffo (TARUFFO, Michele. El control de la racionalidad de la decisión. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 397-409, p. 401) esclarece que o silogismo é inadmissível se com ele se pretende apresentar uma descrição exaustiva e completa do raciocínio decisório. No entanto, acentua, o nexó entre norma e fato presente na decisão judicial dificilmente poderia ser compreendido sem recurso a uma conexão lógica entre geral e particular.

³²⁷ TARUFFO, Michele. Il fato... Op. cit.

³²⁸ Sobre isto, MARINONI, Luiz Guilherme (MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: RT, 2013, p. 80-93) observa, a partir de Guastini, que a reconstrução não é uma construção a partir do nada, mas também não é um simples silogismo.

³²⁹ TARUFFO, Michele. Il fato... Op. cit. Para Taruffo, um importante critério de seleção dos fatos relevantes seria observar a importância social, moral e política dos fatos. Já para Castanheira Neves (CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia**... Op. cit., p. 163), a partir do que é proposto em sua metodologia jurídica, importa constatar qual a relevância advinda da intencionalidade normativa. Não parece que uma proposta seja incompatível com a outra, se se imaginar que a intencionalidade normativa remete à importância social, moral e política dos fatos.

³³⁰ TARUFFO, Michele. El control... Op. cit., p. 405.

A problemática que é descortinada com a explicitação da dialética relação entre fatos e normas torna mais complexo o estudo jurídico das questões probatórias, uma vez que se torna patente que a resolução jurídica de problemas probatórios não pode, jamais, prescindir do direito. Uma distinção apenas didático-expositiva entre questões de fato e questões de direito não permite retirar a carga jurídico-decisória das decisões sobre as questões probatórias.

Bove³³¹ afirma, a nosso ver equivocadamente, que esta observação — de que para a seleção (dinâmica) dos fatos relevantes se recorre à norma e para a seleção da norma se recorre aos fatos — seria inútil em uma teoria sobre os limites do controle de questões pelas cortes supremas, sob o argumento de que as cortes supremas controlam juízos já feitos, ou seja, tal controle é estático. Não nos parece correta a afirmação. Em primeiro lugar, porque, embora o julgamento pela corte suprema se dê em regra depois que os fatos concretos da causa se passaram, também em regra há este *delay* quando a prova é apreciada em primeiro grau de jurisdição. Além disso, em relação às questões probatórias problemáticas que venham a ser devolvidas à apreciação da corte, há uma espécie de “reconstituição”, semelhante à feita nas instâncias ordinárias, para a busca da solução adequada para os problemas probatórios que se colocam. Em outros termos: se for o caso de se apreciar o mérito de questão probatória, ao examinar as evidências para verificar o erro ou acerto da decisão de instância inferior, a instância superior se vê diante do mesmo quadro examinado pela instância inferior. Assim, o juízo de mérito feito pela corte suprema em nada se distingue do juízo de mérito feito pelas instâncias ordinárias: para se checar o acerto de uma decisão recorrida é preciso apreciar as mesmas evidências que foram apreciadas pela decisão recorrida³³² e, se caso, aquelas em que a decisão recorrida não se baseou, embora devesse ter-se baseado.³³³

³³¹ BOVE, Mauro. Op. cit., p. 98-100.

³³² É o que se passa quando a corte suprema afirma que, diante das mesmas provas colhidas pela instância de origem, porque provada a participação em racha (fato secundário ou indireto ou indiciário ou *interim probanda*), se havia de concluir que o réu agira com dolo (fato principal ou direto ou *ultimate probandum*), não apenas com culpa, como concluíram as instâncias ordinárias. Nesse sentido: HC 82219, apontando como paradigma o REsp 198.473. Também neste sentido é o HC 101698.

³³³ Foi o que decidiu o STJ, por exemplo, no julgamento do REsp 1.078.057, para o fim de, sob o fundamento de que a prova pericial não havia sido considerada, absolver o médico condenado pelas instâncias ordinárias pela prática de erro médico. Diante de circunstâncias semelhantes, porém, no julgamento do AgRg no AREsp 14.705, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, não havendo sido apresentada pelas instâncias ordinárias fundamentação pela qual se omitiam sobre a apreciação do laudo pericial, reconheceu a nulidade do acórdão recorrido para que outro fosse proferido (justamente por se entender que o próprio STJ apreciar a prova pericial cotejando-a com as demais provas era algo que encontrava óbice no verbete sumular n. 7). Esta prática jurisprudencial de nossas cortes de vértice,

É certo que, como regra, dizendo os recursos excepcionais respeito a outras questões jurídicas que não afetem a avaliação das afirmações fáticas das partes, as cortes superiores não se debruçarão sobre as questões probatórias, que ficam preclusas. Neste caso não há devolução³³⁴ do enfrentamento da questão à corte suprema. Mas o problema que se enfrenta no presente trabalho é aquele que se coloca quando a questão violadora de lei federal ou da Constituição, que dá ensejo à interposição do recurso excepcional, é uma questão probatória.³³⁵ Neste caso é que parece não haver fundamento para uma simples decisão de não cabimento do recurso excepcional, qualquer que seja a alegação de violação de direito probatório.

E então vê-se que não satisfaz a resposta de que as cortes supremas (neste caso em que o motivo da interposição do recurso excepcional é violação de direito probatório) devam captar os fatos como estabelecidos pelas instâncias ordinárias.

ora cassando e ora reformando decisões recorridas diante de similares contextos, foi observada por Zavascki (ZAVASCKI, Teori Albino. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Saraiva, 2012. Apresentação João Francisco Naves da Fonseca, p. 15): “É preciso reconhecer que a prática de nossas Cortes Superiores não abona integralmente o significado da natureza revisional dos recursos extraordinários, cuja principal consequência é justamente essa de, na sua etapa final de julgamento, permitir ampla cognição sobre as questões postas na causa. Por uma razão ou outra, quase sempre de ordem prática e por imposição da descomunal carga de processos submetidos à sua apreciação, o STF e o STJ preferem, com muita frequência, recorrer à alternativa (justificável em alguns casos, mas não em todos) de devolver à origem a apreciação dessas questões, conferindo ao recurso uma natureza muito mais de cassação do que de revisão, o que, a rigor, não é compatível com o disposto na Súmula 456/STF e com o art. 257 do Regimento Interno do STJ. Essa prática evidencia, no fundo, que não está inteiramente definida, em nosso sistema, a real natureza — se de cassação ou de revisão — dos recursos extraordinários.”

³³⁴ Neste ponto divergimos do posicionamento de Fonseca (FONSECA, João Francisco Naves da. Op. cit.). O autor lança mão, para ilustrar seu ponto de vista, de um exemplo em que as instâncias ordinárias julgam válido um testamento sob dois fundamentos (a) o — equivocado, de acordo com o Código Civil — de que o menor de 16 anos pode testar validamente e (b) o de que o testador era maior. Fonseca defende (p. 69) que o fundamento (b) — que, sendo correto, seria suficiente por si só para sustentar a decisão recorrida, independentemente do acerto ou erro do fundamento (a) — “é exclusivamente fático e — por isso — não pode ser impugnado por recurso dirigido à instância de superposição. Consequentemente, ainda que a violação à lei fosse corrigida, o resultado do julgamento permaneceria intacto: tal testamento continuaria válido, porque restou decidido que o testador é maior de 16 anos.” Em nosso entender, não é porque o fundamento (b) “é exclusivamente fático” (o que já conflitaria com o ponto de vista jurídico — seção 1.1.1, supra) que eventual REsp que o atacasse não devesse ser conhecido. Apenas um REsp que apresentasse uma razão recursal para atacar tal fundamento poderia ser conhecido, ou seja, seria preciso ao recorrente manifestar no especial o motivo pelo qual decidir que “o testador era maior de 16 anos” viola lei federal. O fato de o recorrente deixar de apresentar razão recursal para haver recorrido de determinado fundamento da decisão recorrida tem como efeito não devolver o julgamento da questão à corte *ad quem*. Ou seja: neste caso não se conhece do especial pelo fundamento (b) porque não se tem efeito devolutivo no ponto, não porque se trata de suposta “questão de fato”. Como estamos defendendo no presente trabalho, não há questão a ser *decidida* judicialmente que não demande solução *jurídica* objetiva e universalizável.

³³⁵ O fundamento (b) do exemplo tratado na nota supra poderia levantar uma questão a ser decidida jurisdicionalmente se, por exemplo, se alegasse que a conclusão a respeito da idade do testador ignorou determinados elementos de prova que afirmavam ser ideologicamente falsa a data constante do registro de nascimento do testador.

Observe-se, neste ponto, que mesmo o Código de Processo Civil alemão (ZPO), que adota explicitamente como regra a solução de que o recurso de Revisão adotará a hipótese fática adotada nas instâncias ordinárias, excepciona desta regra o caso em que o motivo que autoriza o cabimento da revisão é a violação de norma jurídica que trata da fixação dos fatos.³³⁶

Diante disso, parece-nos relevante a crítica doutrinariamente elaborada aos limites do raciocínio silogístico na decisão das questões probatórias, notadamente na medida em que tal crítica deixa patente a natureza argumentativa do direito e demanda justificabilidade da decisão acerca das provas.

Como acentua Mitidiero, um modelo de corte suprema que assume a existência de uma parcela criativa da interpretação jurídica tem uma “indissolúvel ligação” com a necessidade de justificação da interpretação e aplicação do direito. E a justificação que é exigida neste modo de compreender a jurisdição não é apenas a interna — lógica, concernente à falta de contradição e à completude — mas também a externa — concernente à apresentação de razões argumentativas que sustentem as conclusões.³³⁷ A justificação externa exige que esteja justificada a escolha das premissas usadas na justificação interna. E a adoção de razões suficientes para a tomada da decisão na justificação externa envolve o exame de normas e fatos mutuamente implicados.³³⁸

Embora seja possível sustentar-se uma distinção didático-expositiva entre questões de fato e questões de direito,³³⁹ importa verificar contextualmente qual a finalidade de uma tal distinção e se para desincumbir-se desta finalidade a distinção mostra-se adequada.

³³⁶ Dispõe o 559, 2, da ZPO: “*Hat das Berufungsgericht festgestellt, dass eine tatsächliche Behauptung wahr oder nicht wahr sei, so ist diese Feststellung für das Revisionsgericht bindend, es sei denn, dass in Bezug auf die Feststellung ein zulässiger und begründeter Revisionsangriff erhoben ist.*” (Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo>>. Acesso em: 07 nov. 2015). Na versão em inglês: “*If the court of appeal has established that an allegation as to fact is true or untrue, this determination shall be binding upon the court hearing the appeal on points of law, unless it has been challenged by an admissible and justified petition that the court hearing the appeal on points of law review such determination.*” (Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html>. Acesso em: 07 nov. 2015). Em tradução livre: “Se o tribunal de origem estabeleceu que uma afirmação sobre fato era verdadeira ou falsa, então essa decisão sobre o fato é vinculante para o Tribunal de Revisão, a menos que a respeito desta conclusão sobre o fato seja aplicável um admissível e justificado ataque em sede de Revisão.”

³³⁷ MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 60.

³³⁸ Ibidem, p. 83.

³³⁹ CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia**... Op. cit, p. 163 et seq.

3.3.2 Questão “de fato” vs. questão “de direito” *para fins de* decisão jurisdicional das questões probatórias

No contexto tratado pelo presente trabalho, o STF e o STJ realizam tradicionalmente uma distinção entre questão de fato e questão de direito para o fim de deixarem de apreciar “questões de fato”, sob o argumento de que não envolveriam questão de direito. Tal argumento, reitera-se, não está de acordo com distinção meramente didático-expositiva defendida por Castanheira Neves,³⁴⁰ para quem a questão de fato *no contexto do método jurídico* (ou seja, na resolução de problemas jurídicos) se revela também como uma questão *jurídica*.

Por outro lado, poder-se-ia pensar, com Allen e Pardo,³⁴¹ que tanto as chamadas questões “de fato” quanto as chamadas questões “de direito” são questões *fáticas*, no sentido de que as respostas para as questões jurídicas são respostas com valor-verdade, de modo que, como outras proposições com valor-verdade, são factuais. Como argumentam os mencionados autores, pode-se expressar “o direito é X” como “é um fato que o direito é X” ou “a regra Y se aplica” como “é um fato que a regra Y se aplica”.

Além disso, Allen e Pardo propõem uma comparação para concluir que ambos os tipos de proposições são *fáticas*: questões que tradicionalmente são ditas “de fato” envolvem inferir ou reconstruir algum segmento da realidade baseando-se em evidências; e o que é tradicionalmente dito questão “de direito”, da mesma forma, envolve realizar inferências a partir de “evidências” e tentar reconstruir algum segmento da realidade. A diferença é que as “evidências” usadas nas inferências feitas nas questões “de direito” são jurídicas (ou seja, provêm daquilo que na tradição do *civil law* se chama de “fontes do direito”), tais como a Constituição, as leis, a jurisprudência e outras fontes normativas. E o segmento da realidade que se busca reconstruir na questão de direito tem relação com o direito.³⁴²

Allen e Pardo³⁴³ defendem que não há diferença ontológica, epistemológica ou analiticamente útil entre o que convencionalmente se contrapõe como “questões

³⁴⁰ CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia**... Op. cit, p. 163.

³⁴¹ ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. *The Myth*... Op. cit., p. 1.792.

³⁴² *Ibidem*, p. 1.792-1.793.

³⁴³ *Ibidem*, p. 1.771.

de fato” e “questões de direito”. Ontologicamente, apontam, tanto *afirmações* acerca de eventos naturais quanto *afirmações* acerca de normas construídas por pessoas (sobre o que dispõe a norma ou sobre como ela deve ser aplicada) podem estar certas ou erradas, de modo que as construções linguísticas acerca de normas não são necessariamente menos objetivas que proposições acerca de fatos históricos.³⁴⁴ Embora possa haver lacunas, conflitos e ambiguidades nas afirmações acerca do direito vigente, também as afirmações sobre fatos históricos no cenário jurídico podem ser indeterminadas, de modo que não há qualquer aspecto relevante no contexto jurisdicional que faça das afirmações sobre “fatos” algo ontologicamente diferente de afirmações sobre “direito”.³⁴⁵

Do ponto de vista epistemológico, para a solução tanto de problemas “jurídicos” como de problemas “fáticos” é preciso realizar uma formulação verbal a partir da evidência. E embora as fontes de informação que constituem as evidências que permitirão juízos sobre “fatos” (dados fáticos incontroversos ou notórios, meios de prova e *background knowledge*) e juízos sobre “direito” (as chamadas “fontes do direito”) possam ser de tipos diferentes, isso não implica que não se possa dizer que as questões de fato e de direito sejam epistemologicamente equivalentes.³⁴⁶

Ainda que analiticamente se pudesse divisar uma distinção entre questões de fato e questões de direito, para Allen e Pardo uma distinção analítica *no contexto da decisão jurídica* não seria útil, na medida em que as *decisões* acerca dos fatos no cenário jurisdicional decorrem de *normas* que devem ser aplicadas ao caso. Qualquer fato que possa ser inferido a partir das evidências depende de normas a respeito daquilo que é suficiente para que se possa realizar a inferência.³⁴⁷ E, com efeito, como se trata de decisão a ser tomada no âmbito de processo judicial, trata-se de decisão lastreada pelo direito.³⁴⁸

A ocorrência de um fato puramente físico, quando relevante para a decisão da causa, demanda uma *decisão* acerca de sua ocorrência, de modo que, portanto, passa a ser necessária a afirmação de um fato institucional, no sentido de que então se trata de afirmar a existência de um fato em decorrência de uma decisão que resolve

³⁴⁴ ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. The Myth... Op. cit., p. 1.794.

³⁴⁵ Ibidem, p. 1.795-1.796.

³⁴⁶ Ibidem, p. 1.799.

³⁴⁷ Ibidem, p. 1.805 e capítulo 2, supra.

³⁴⁸ Sobre isto, ver supra, 1.1.1 e cap. 2.

(fundadamente, espera-se) dá-lo por provado e com isso aplicar as consequências jurídicas decorrentes da existência deste fato.

Fatos institucionais³⁴⁹ só existem *enquanto tais* em virtude de um acordo humano, de instituições humanas que lhes conferem um *status* ou poder.³⁵⁰ Quando uma decisão jurisdicional cuida de dar por provado determinado fato, o fato potencialmente ocorrido ganha o *status* de ocorrido, em decorrência da aplicação de normas jurídicas.

Com efeito, para que se possa afirmar a ocorrência de um fato institucional é preciso interpretar os dados (incontroversos, notórios, provas e *background knowledge*) através da referência a um marco normativo.³⁵¹

Bove³⁵² observa que uma distinção lógica entre questão “de fato” e questão “de direito” só seria possível na medida em que houvesse uma dupla racionalização pelo juiz: uma percepção pré-jurídica da realidade e uma subsequente valoração jurídica. Para Bove, porém, nem sempre³⁵³ há um duplo ato mental ao se afirmar a verificação de uma certa *fattispecie* legal.

Bove argumenta³⁵⁴ que mesmo Henke³⁵⁵ e Engisch,³⁵⁶ que sustentam a distinção lógica entre questões de fato e de direito, vislumbraram hipóteses em que o fato é percebido e racionalizado diretamente através do conceito jurídico, dada a falta de conceitos pré-jurídicos suficientemente determinados para descrever tal fato sem a comparação com a *fattispecie* legal. Seria o caso, por exemplo, de “maus tratos”, “deformação”, “rumor”.³⁵⁷ Mas, para Bove, tais autores são muito restritivos ao divisarem o campo em que a distinção entre questão de fato e de direito não é sustentável. Para Bove, a impossibilidade se dá também no caso de sinonimidade,³⁵⁸

³⁴⁹ Mencionados na seção 3.3.1, supra.

³⁵⁰ SUCAR, Germán. Op. cit., p. 60.

³⁵¹ MACCORMICK, Neil. **Instituciones del Derecho**. Tradução Fernando Atria e Samuel Tschorne. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 11-12.

³⁵² BOVE, Mauro. Op. cit., p. 76-77.

³⁵³ Como se verá logo abaixo, é de se perguntar se é possível imaginar algum tipo de situação em que se faça um duplo ato mental (ou pré-jurídico e um jurídico) na apreciação da prova e na decisão acerca da prova.

³⁵⁴ Ibidem, p. 77.

³⁵⁵ HENKE, Horst-Eberhard. Rechtsfrage oder Tatfrage: eine Frage ohne Antwort? Betrachtungen zum Deutschen Revisionsrecht des zivilprozesses. In: IV CONGRÈS INTERNATIONAL D'ATHENES POUR LA PROCÉDURE CIVILE, set. 1967. **Rapports et procès verbaux**. Atenas, 1972.

³⁵⁶ Karl Engisch (ENGISCH, Karl. **Logische Studien zur Gesetzesanwendung**. 3. ed. Heidelberg, 1963, p. 14) descreve a relação entre a realidade fática e as normas jurídicas, na aplicação do direito, como um vagar dos olhos entre lá e cá (*Hin- und Herwandern des Blicks*).

³⁵⁷ BOVE, Mauro. Op. cit., p. 73-74.

³⁵⁸ Ibidem, p. 78-81.

ou seja, quando a lei usa sem ulterior elaboração um conceito pré-jurídico, caso em que não há dupla racionalização dos dados percebidos pelo juiz na premissa menor. Para Bove, a distinção lógica simplesmente é irrealizável no caso de sinonimidade: a valoração é uma só e não há nada que uma segunda etapa agregue à primeira. O autor dá como exemplos de sinonimidade os casos em que a lei usa termos como “obra de arte”, “doença mental”, “homem”.

Analisando criticamente esta argumentação de Bove,³⁵⁹ porém, pode-se dizer que se não há distinção lógica entre questão “de fato” e “de direito” nem quando faltam conceitos pré-jurídicos (e o conceito jurídico é o que diretamente regula a realidade) nem quando o conceito pré-jurídico é sinônimo do jurídico; então não resta situação alguma em que uma distinção lógica entre questão “de fato” e “de direito” seja possível. Recorrendo-se ao princípio lógico do terceiro excluído, ou o conceito jurídico é igual ao pré-jurídico (o que Bove chama de “sinonimidade”), ou ele é diferente (havendo supostamente um conceito pré-jurídico e um diferente conceito jurídico); não é logicamente imaginável uma terceira situação. Em conclusão, não há distinção lógica entre questão “de fato” e “de direito” quando se há de decidir uma questão no contexto jurídico: a decisão sempre dependerá de critérios jurídicos, seja porque diretamente regulam a questão a ser decidida (à falta de um conceito pré-jurídico), seja porque os critérios jurídicos aplicáveis optam por adotar critérios pré-jurídicos.

Contra isto poder-se-ia alegar que há situações em que se pode chegar a uma conclusão adequada a respeito dos fatos independentemente de raciocínios especificamente jurídicos. Poder-se-ia dizer que isso se daria, por exemplo, para se afirmar que determinado veículo em certa ocasião trafegava a velocidade superior a 60 km/h.³⁶⁰ Em verdade, uma afirmação como esta é mais ou menos justificada e mais ou menos segura a depender do contexto em que é feita e das evidências que se tem a suportar a afirmação. No contexto de um laboratório de física, o método e as fórmulas utilizadas poderão justificar (fisicamente) a afirmação de que a velocidade era efetivamente superior a 60 km/h. No contexto estudado no presente trabalho, de

³⁵⁹ Há de se consignar que o mencionado autor ressalva (Ibidem, p. 82) que, ainda que houvesse uma linha segura para a distinção lógica entre questão de fato e de direito, isso não quer dizer que devêssemos concluir pela recepção desta dicotomia pelas normas acerca da cognoscibilidade de questões pelas cortes supremas.

³⁶⁰ Danilo Knijnik (KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5), por exemplo, arguiu que a afirmação de um tribunal de que um motorista dirigia a 120 km/h não implica, até aí, o recurso a um trabalho jurídico, ao passo que afirmar se a velocidade era inadequada levantaria, aí sim, um problema jurídico.

decisão jurisdicional das causas, o que importa é saber se as evidências lícitamente produzidas e submetidas ao contraditório, cotejadas com o *background knowledge* aplicável, justificam a conclusão de que a velocidade era superior à mencionada para o específico fim de se aplicar a consequência jurídica aplicável para o caso de a velocidade ser efetivamente superior a 60 km/h.

O caso de decidir se um veículo trafegava a mais de 60 km/h apenas aparentemente (por ser um caso “fácil”) desafia a ideia de que a decisão jurídica sempre depende de critérios jurídicos.

Com efeito, pode-se pensar em uma hipótese mais “fácil”³⁶¹ em que a finalidade de se decidir acerca da prova da velocidade do veículo é a aplicação ou não de determinada penalidade administrativa para a qual baste o tráfego em via pública a velocidade superior a 60 km/h, havendo o radar apontado velocidade superior a tal e não havendo o cidadão sujeito à penalidade apontado qualquer causa que o isentasse da proibição. Tal caso assim “fácil”, de qualquer sorte, envolve no mínimo a aplicação de um raciocínio entimemático³⁶² pelo qual é suprimida a menção expressa a uma premissa que poderia ser formulada aproximadamente como “apontando o radar determinada velocidade e aplicada a margem de erro indicada pelo fabricante, deve-se concluir pela correção da velocidade apontada”. Em se tratando de um caso assim tão “fácil” (no qual nenhuma tese justificativa é sequer apontada pelo sujeito que recebe a penalidade ou cogitada de ofício pelo julgador), porém, não se vislumbra nem mesmo a problematidade a ser necessariamente exposta como fundamento de um eventual recurso a um tribunal.³⁶³ No entanto, mesmo um caso assim “fácil” se sujeita ao raciocínio argumentativo jurídico pelo qual se testa o acerto da regra de experiência da qual se lança mão, se questiona se seriam ou não aplicáveis outras regras de experiência que pudessem conduzir a conclusão diferente, se comparam as forças das regras de experiência potencialmente aplicáveis.

³⁶¹ A este respeito, é de se lembrar, com MacCormick (MACCORMICK, Neil. **Retórica...** Op. cit., p. 69), que “casos ‘claros’ são aqueles que ninguém problematizou”. O caráter mais ou menos problemático de um caso, como se viu na seção 3.3.1, supra, não é algo ontologicamente dado, mas contextualmente percebido.

³⁶² V. seção 2.2, supra.

³⁶³ E neste caso o que faltaria ao recurso seriam as razões recursais capazes de devolver a apreciação da questão ao órgão julgador *ad quem*, não propriamente a juridicidade inerente à problematidade de qualquer questão que deva ser decidida jurisdicionalmente. Sobre isso, ver nota 334 supra.

Em resumo, o exame das forças das regras de experiência potencialmente aplicáveis é algo que, na decisão jurisdicional das causas, há de ser feito segundo parâmetros jurídicos.

Por mais simples e mais aparentemente pouco jurídica que seja a situação em questão, quando se trata de decidir *juridicamente* uma questão, isso é feito sempre com recurso a critérios jurídicos.

O que se argumentou até aqui é suficiente para se assentar que não importa se uma questão seja dita “de fato” ou “de direito”; para que qualquer questão seja *decidida* juridicamente é preciso recorrer a normas jurídicas, de modo que a questão pela qual se demanda uma decisão jurisdicional será ao menos *também de direito*. Isso é correto, mas não responde integralmente ao argumento de que o cabimento de recursos excepcionais (art. 102, III, e art. 105, III, da Constituição) só se dá em caso de infringência a lei federal ou a tratado internacional ou à Constituição, uma vez que é possível que as normas aplicáveis na decisão a respeito da prova dos fatos³⁶⁴ possam decorrer de fontes diversas de lei federal, tratado ou Constituição. A isto se retornará na seção 3.4, infra, quando vier a ser discutida a confusão entre texto normativo e norma.

3.3.3 O sentido da distinção entre questão “de fato” e questão “de direito” a depender da finalidade para a qual é predisposta normativamente

É fato que sistemas jurídicos atribuem consequências jurídicas diversas (em uma porção de situações) a depender de se tratar de o que é rotulado como “questão de fato” ou como “questão de direito”. Assim, por exemplo, é comum os sistemas jurídicos serem expressos ao definirem como sendo objeto de prova apenas controvérsias a respeito dos fatos e não dos direitos, uma vez que *iura novit curia*, de modo que, portanto, não há de se falar em ônus da prova em relação às controvérsias “de direito”. Além disso, é comum a divisão do trabalho entre júri e juiz togado, ou entre primeiro e segundo grau de jurisdição, ou entre jurisdição ordinária e extraordinária, ser baseada em distinções feitas entre “questões de fato” e “questões

³⁶⁴ Em alemão, *Tatsachenentscheidung*.

de direito”. E, ainda, as teorias a respeito de precedentes costumam mencionar que a *ratio decidendi* a ser firmada como precedente é uma questão “de direito” com força normativa.³⁶⁵

Sendo assim, eventuais diferenças ontológicas, epistemológicas ou mesmo analíticas não contribuem para a tomada de decisão baseada na diferença entre questões de fato ou de direito.³⁶⁶ O que importa para se decidir a respeito da intencionalidade normativa presente no uso de uma distinção normativa entre questões de fato e questões de direito é constatar qual a funcionalidade³⁶⁷ da distinção, qual a finalidade pragmática a que está predisposta tal diferença.³⁶⁸

³⁶⁵ Em linhas gerais neste sentido: ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. *The Myth...* Op. cit., p. 463.

³⁶⁶ Morawski (MORAWSKI, Lech. *Law, Fact and Legal Language. Law and Philosophy*, v. 18, p. 461-473, 1999, p. 467), apesar de admitir que não há estritamente “fatos brutos” nas decisões sobre fatos em processos judiciais (uma vez que em processos judiciais a decisão sobre fatos é baseada em regras jurídicas ou condicionada por regras jurídicas — p. 463), considerando que o ordenamento jurídico pode estabelecer distinções entre questões de fato e questões de direito para vincular-lhes consequências legais distintas, propõe que se faça a distinção entre questão de fato e de direito com base no que chama de “regras de aplicabilidade”, regras que estabelecem critérios de aplicação de termos objeto de textos legais (“*Applicability rules are rules that lay down criteria of application of terms embodied in legal texts*” — p. 466). Com isso, o autor defende como termos puramente jurídicos aqueles cujo significado é definido por normas jurídicas (por exemplo: “contrato”, “propriedade”, “testamento”, “casamento”) e como termos puramente fáticos aqueles cujo significado é definido por critérios extralegais (e ao menos não diretamente definidos por normas jurídicas). O autor dá como exemplo deste tipo de termos os seguintes: “árvore”, “animal”, “planta”, “construção”. A dificuldade deste critério, porém, é que uma questão problemática a respeito de um termo destes *em um processo judicial* faz com que a questão tenha de ser decidida com base em critério jurídico (1.1.1, supra). Assim, se por exemplo o *e-book* é “livro” para fins tributários é uma questão que há de ser resolvida com base na finalidade da norma que estabelece o regime tributário dos livros. Para se responder se determinada obra é “construção” para fim de incidência de tributo, igualmente, há que se atentar para a finalidade da norma instituidora do tributo. Para se decidir se determinada planta é protegida de desmatamento por determinado tipo penal, há de se atentar para as finalidades da norma penal incriminadora e do ordenamento jurídico-penal. Se a compreensão de um termo aparenta ser puramente fática (sendo desnecessário recorrer a qualquer critério jurídico) é porque tal compreensão não é problemática do ponto de vista jurídico; e se ela não é problemática do ponto de vista jurídico, não é nem mesmo uma questão a ser resolvida pelos tribunais. Diferentemente, todas as questões a serem resolvidas pelos tribunais no desempenho de suas funções jurisdicionais em processos judiciais demandam recurso a critérios jurídicos. Diante disso, a distinção proposta por Morawski não oferece utilidade para os fins prático-normativos.

³⁶⁷ ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. *The Myth...* Op. cit., p. 1.771; p. 1.806.

³⁶⁸ Geoffrey Marshall (MARSHALL, Geoffrey. *Provisional Concepts and Definitions of Fact. Law and Philosophy*, v. 18, n. 5, p. 447-460, 1999, p. 451; p. 455) acentua que nenhuma afirmação é tão “bruta” que não inclua uma questão inferencial ou classificatória, de modo que ao se prolatar uma decisão pode surgir uma questão de direito. Para o autor, questões de direito podem surgir das três categorias apontadas como distinguíveis: (1) dos fenômenos primários levados ao processo como evidências; (2) das inferências retiradas destes fatos primários (é jurídica, por exemplo, a questão sobre se se trata de uma inferência juridicamente sustentável) e (3) da classificação jurídica dos fenômenos. Se um problema levanta uma questão de direito, defende o autor, depende das circunstâncias e propósitos para os quais uma afirmação é feita (p. 451). E se acertar os fatos corretamente é uma exigência jurídica, então a questão sobre se os fatos estão corretamente acertados é uma questão de direito (p. 455).

Assim, se o que o ordenamento jurídico pretende, quando determina que as questões de fato estão sujeitas à prova e as questões de direito não estão, é excluir do objeto da prova algo (o direito) a respeito do que não considera haver necessidade de que as partes se esforcem por reunir elementos, presumindo previamente o conhecimento do direito pelo juiz (*iura novit curia*), tem-se que a finalidade desta distinção neste contexto é entregar ao juiz o dever de se inteirar do ordenamento jurídico em vigor, independentemente de qualquer contribuição das partes, o que simultaneamente pode funcionar como uma forma de simplificar o processo, tornando-o mais enxuto e eficiente.³⁶⁹

Quando o ordenamento jurídico-penal distingue entre erro de fato e erro de direito (hoje, graças às confusões com essa nomenclatura geradas, chamados de *erro de tipo* e *erro de proibição*³⁷⁰), o que se intenciona com a distinção é aplicar uma consequência jurídico-penal mais ou menos grave a cada qual das espécies de erro tratadas pelo ordenamento jurídico-penal, em função do grau (maior ou menor) de culpabilidade que o ordenamento jurídico-penal atribui a cada qual destas espécies de erro.³⁷¹

Quando uma distinção entre fatos e direitos é relacionada à soberania das decisões do júri,³⁷² a razão de ser de se tratar diferentemente uma questão de direito e uma questão de fato apenas poderia estar ligada à responsabilidade atribuída ao júri e somente ao júri pelo julgamento dos casos de sua competência, o que se considera uma garantia do cidadão que tem seu caso submetido à jurisdição do júri.

³⁶⁹ É interessante notar, neste ponto, que o Código de Processo Civil brasileiro (tanto o de 1973, em seu art. 337, quanto o de 2015, em seu art. 376) prevê que a parte que alega direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário poderá (“se assim o juiz determinar”, nas palavras do CPC) ter de provar o teor e a vigência do dispositivo legal que sustenta ser fundamento de seu pleito. Tal exigência legal tem por finalidade estabelecer um específico dever de colaboração da parte que afirma direito proveniente de tais fontes. No que diz respeito às normas jurídicas provenientes de tais fontes (municipais, estaduais, estrangeiras ou consuetudinárias), portanto, não prevalece a assunção simplificadora de que o juiz conheça o direito, estabelecendo-se a responsabilidade das partes por contribuírem com o esclarecimento necessário ao conhecimento sobre a existência, conteúdo e vigência de tais espécies normativas.

³⁷⁰ Segundo a disciplina atual do Código Penal, o erro do agente acerca de um dos elementos do crime pode conduzir à conclusão de que agiu sem dolo (art. 20), ao passo que o erro do agente a respeito de a conduta ser lícita ou ilícita pode excluir ou minorar sua culpabilidade (art. 21).

³⁷¹ Nas palavras de Castanheira Neves (CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta...* Op. cit., p. 502, nota 15), “não é a distinção conceitualmente pressuposta de dois objectos de erro que se impõe relevantemente à culpa, mas, muito ao contrário, é a culpa jurídico-criminal que implica (se implicar) e determina a distinção relevante de dois tipos de erro, enquanto momentos jurídico-criminalmente correlativos de distintos momentos de sua ponderação dogmática”.

³⁷² A Constituição brasileira estabelece como direito fundamental, em seu art. 5º, XXXVIII, “c”, a soberania dos veredictos do júri (que tem competência no Brasil, ao menos, para julgamento dos crimes dolosos contra a vida — alínea “d” do dispositivo constitucional mencionado).

Trata-se, com a distinção, de se entregar a decisão de um e outro tipo de questões postas na causa ao órgão jurisdicional institucionalmente responsável por dar a última palavra em cada espécie de questão.³⁷³

No que diz respeito ao objeto do presente trabalho, o ordenamento jurídico positivo brasileiro³⁷⁴ não distingue (para fins de cabimento dos recursos especial e extraordinário) entre questões de fato e questões de direito. O que os artigos 102 e 105 da Constituição estabelecem são as hipóteses de cabimento desses recursos — que, em linhas gerais,³⁷⁵ podem ser descritas como sendo aquelas em que o recurso

³⁷³ Nos Estados Unidos, a 7ª Emenda à Constituição Americana (que se destina apenas a julgamentos civis e a cortes federais) estabelece o direito ao julgamento pelo júri e determina que fatos julgados pelo júri (“*facts tried by a jury*”) não podem ser reexaminados por corte (federal, entende-se) dos Estados Unidos. A 7ª Emenda não faz menção a “apenas questões de fato” ou algo assim (mas apenas a “*facts tried by a jury*”); contudo, a Suprema Corte americana distingue entre o que ela enquadra como questão de fato e questão de direito, para o fim de sustentar que as cortes federais podem revisar questões de direito e não podem apenas reexaminar questões de fato decididas pelo júri. Assim, por exemplo (em *Cooper Industries Inc. v. Leatherman Tool Group*), a Suprema Corte afirma que os valores dos danos compensatórios estabelecidos pelo júri são questões de fato e não podem ser revisados pelas cortes, ao passo que os valores fixados a título de danos punitivos seriam questões de direito e por isso poderiam ser revisados. Allen e Pardo (ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. *The Myth... Op. cit.*, p. 1.774 et seq.) apontam que não há diferença ontológica entre um e outro tipo de dano (compensatório ou punitivo) e que a Corte Suprema não esclareceu porque “*facts tried by a jury*” na 7ª Emenda se referisse apenas a fatos históricos ou preditivos. Além disso, Allen e Pardo (p. 1.775) mencionam que questões morais são tradicionalmente entregues à decisão de jurados, pois representativos da comunidade. Allen e Pardo também argumentam (p. 1.775-1.777) que, embora fosse possível fazer uma analogia entre a excessividade do montante fixado a título de danos punitivos e outras questões já decididas como sendo sujeitas à revisão *de novo* pelas cortes federais, há vários outros conceitos também relativos ao contexto fático e não sujeitos à revisão *de novo* (como “cuidado razoável” e “discriminação”). Para Allen e Pardo (p. 1.777-1.778), a única questão relevante (que é também expressamente exposta pela Corte Suprema, mas ao lado dos outros argumentos criticados por Allen e Pardo) e que é decisiva para permitir a revisão *de novo* ou não (caso em que a possibilidade de revisão em recurso ficaria sujeita a um “*abuse-of-discretion standard*” ou “*deferential review*”) pelas cortes federais dos Estados Unidos é aquela que diz respeito a qual o órgão jurisdicional mais bem situado para decidir o problema. Para os autores (p. 1.782), a mesma razão pragmática (qual o órgão com melhores condições de melhor decidir uma determinada questão) é o que mantém a prática de se atribuir ao júri a competência para decidir sobre “negligência”, mas não sobre direito contratual (embora historicamente os júris não decidissem sobre contratos em razão de muitos jurados serem analfabetos). No que diz respeito a patentes, a Corte Suprema (em *Markman v. Westview Instruments Inc.*) foi expressa ao adentrar em uma avaliação funcional das capacidades dos juízes togados, de um lado, e dos jurados, de outro, concluindo que os juízes estavam mais bem capacitados a apreciar o sentido dos termos da patente (p. 1.783-1.784). E, ainda, da maior importância é a “*constitutional-fact doctrine*”, que permite às cortes realizarem revisões *de novo* em casos que envolvam direitos constitucionais: em *Cromwell v. Benson*, a Corte Suprema americana decidiu que, se a decisão acerca dos direitos constitucionais pertinentes ao caso requer que se examine a prova, então a prova deve ser examinada. Apesar dos termos amplos em que isso foi afirmado em *Cromwell v. Benson*, porém, Allen e Pardo (p. 1.785-1.786) relatam que apenas em algumas (tais como confissões coercitivas, discriminação pelo júri e liberdade de expressão) e não em outras áreas (envolvendo escolas e voto, por exemplo) essa doutrina foi empregada.

³⁷⁴ Arts. 102 e 105 da Constituição da República.

³⁷⁵ Neste sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Op. cit.*, p. 274: “Como se sabe, a afronta à lei ordinária federal e à Constituição Federal são, respectivamente, os únicos possíveis fundamentos do recurso especial e do recurso extraordinário. Temos reiteradamente sustentado, embora não o tenhamos ainda escrito, que os demais ‘fundamentos’, alistados pela Constituição Federal, respectivamente nos arts. 103 e 105, embora lhes tenha o legislador constitucional atribuído *status*

veicula violação (pelas decisões proferidas em única ou última instância) à Constituição ou a tratado ou lei federal.

Quando a jurisprudência das cortes brasileiras diferencia entre questão de fato e questão de direito para o fim de submeter (ou não) a questão à jurisdição das cortes supremas em recursos excepcionais, isso tradicionalmente é retirado da previsão normativa de cabimento restrito dos recursos especial e extraordinário apenas para recursos que veiculem violação à Constituição ou a tratado ou lei federal.³⁷⁶

Sendo assim, a intenção da distinção (entre questão “de fato” e “de direito”) na espécie é realizar uma filtragem de casos e questões a serem submetidos à jurisdição especial ou extraordinária, o que é feito tendo em vista a função a ser desempenhada pelo STJ e pelo STF no julgamento dos recursos especial e extraordinário,³⁷⁷ de acordo com o desenho normativo institucional que tem por primeira fonte a Constituição. Às funções das cortes supremas contemporâneas se retornará no capítulo 4, infra.

O que importa desde já asseverar é que sempre que uma corte desempenha um papel de revisão de julgados prolatados por outras cortes ou juízos, ela desempenha uma determinada função peculiar, que pode ou não ter restrições em termos de matérias revisáveis. Quando há normativamente a exclusão de matérias da possibilidade de revisão de certas cortes, é preciso — para adequadamente compreender o que é passível de revisão e o que não é — se perguntar qual é a intencionalidade da exclusão ou da inclusão de certas matérias. É a função que se espera que tal revisão desempenhe que deve orientar a interpretação da corte acerca daquilo que lhe cabe (e daquilo que não lhe cabe) apreciar.³⁷⁸

O ordenamento positivo brasileiro optou por estabelecer o cabimento de recursos especial e extraordinário com a utilização de uma redação que define quais

equivalente, na verdade são hipóteses de cabimento, de valor praticamente (e perdoem-nos a ousadia...) exemplificativo.”

³⁷⁶ Cf. seção 3.1, supra.

³⁷⁷ É neste sentido a proposta que Wambier (WAMBIER, Teresa Arruda Alvi. Op. cit., p. 276) apresenta para a realização da distinção entre o que se afirma ser “questão de fato” e o que se diz “questão de direito”: “Em conclusão, é interessante observar-se que há se ter em conta um aspecto, umbilicalmente ligado à função dos recursos ditos extraordinários, como apto a abrir uma brecha nessas dificuldades todas, dissipando-as.”

³⁷⁸ Conforme Jaffe (JAFJE, Louis L. Op. cit., p. 1.050): “*Whatever the statutory formula, a court is strongly moved to administer the law according to its idea of the proper function of judicial review.*” Em tradução livre: “Qualquer que seja a fórmula legal, a corte é fortemente movida a administrar o direito de acordo com sua ideia a respeito do bom funcionamento do controle jurisdicional.”

os casos em que tais recursos *cabem*. Ou seja, estão especificadas as hipóteses de cabimento, não as de matérias que gerem exclusões de cabimento de recursos especiais e extraordinários (exceto quanto à exclusão atualmente prevista para o recurso extraordinário — mas não, ao menos não expressamente, para o especial — de que a causa deva ter repercussão geral,³⁷⁹ ficando com isso excluídas causas que não tenham repercussão geral).

Embora a previsão constitucional trate dos casos de cabimento e não dos de não cabimento dos recursos excepcionais, não se nega que os dispositivos constitucionais que preveem as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais devam ser interpretados restritivamente.³⁸⁰ Mas isso não autoriza interpretação que passe por cima do texto constitucional. À relação entre o texto e a norma a ser dele retirada se retornará na seção 3.4, *infra*.

Aqui importa frisar que o par conceitual utilizado (“fato” vs. “direito” ou “questão de fato” vs. “questão de direito”) há de ser compreendido conforme a necessidade problemática esteja a exigir.³⁸¹ Assim, se se quer uma resposta para a existência ou não de fundamento para o recurso extraordinário ou especial, então há de se verificar como os elementos normativos (aqueles decorrentes da interpretação dos art. 102, III, e art. 105, III, da Constituição) estão a funcionar e qual a finalidade institucional das exigências normativas, considerada a finalidade do recurso. Nas palavras de Castanheira Neves, estes conceitos (“questão de fato” e “questão de direito”) são “puramente dogmáticos, ou meras fórmulas designativas e não critérios delimitativos do objeto do recurso”.

É no mesmo sentido, neste ponto, o argumento de Bove,³⁸² para quem, ainda que pudéssemos (o que, para o mencionado autor, não podemos) com segurança fazer uma distinção lógica entre questão “de fato” e “de direito”, isso não quer dizer que devêssemos concluir pela recepção desta dicotomia pelas normas que tratam do cabimento dos recursos pelas cortes supremas.

Os critérios delimitativos do objeto dos recursos especial e extraordinário são aqueles que fazem estar presente uma das hipóteses em que se opera seu cabimento

³⁷⁹ Art. 102, § 3º, da Constituição da República.

³⁸⁰ Tratando-se de recursos excepcionais, não se vê motivo para que a interpretação de seus casos de cabimento não deva ser restritiva. O argumento é particularmente reforçado diante da ideia de que o constituinte buscava tratar de resolver a “crise do Supremo” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 57 et seq.).

³⁸¹ CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta...** Op. cit., p. 523-530.

³⁸² BOVE, Mauro. Op. cit., p. 82.

(art. 102, III, e art. 105, III, da Constituição). Sendo assim, o que se deveria verificar para se admitir recurso especial ou extraordinário não é a presença de “questão de direito” (com isso excluindo-se as supostas “questões de fato”, que, como se viu, são — para fins de decisão acerca da prova dos fatos — também “questões de direito”; ou seja, tal distinção fato vs. direito não traz qualquer luz para o exame da possibilidade de cabimento ou não dos recursos excepcionais, além de obnubilar um critério útil que realmente deva importar), mas de uma questão de violação da Constituição ou de lei federal ou de tratado internacional, *observada a finalidade institucional dos recursos especial e extraordinário e as funções do STJ e STF*. A isto se retornará nos capítulos 4 e 5.

Antes de adentrar na questão das funções das cortes supremas e das finalidades do julgamento dos recursos especial e extraordinário, é preciso aclarar mais uma questão teórica equivocada que pauta decisões que negam o exame de questões probatórias em recursos excepcionais: a confusão entre texto normativo e norma.

3.4 TEXTO VS. NORMA

3.4.1 Recursos de fundamentação vinculada vs. a amplitude da lei federal e da Constituição, especialmente no que tange a normas pertinentes à apreciação da prova

Historicamente e nos dias atuais, o motivo jurídico apontado pelos tribunais supremos brasileiros para a não admissão de recursos excepcionais em que se questiona o exame da prova produzida no processo consiste em serem restritas as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais às cortes supremas, dado que os recursos extraordinário e especial são recursos de fundamentação vinculada,³⁸³ ou

³⁸³ FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins; COSTA, Mauro José Gomes da. **Súmulas do STF**. 5. ed. Salvador: Podivm, 2012, p. 357; FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins. **Súmulas do STJ**. 4. ed. Salvador: Podivm, 2012, p. 530.

seja, a serem admitidos apenas nas hipóteses de cabimento previstas na Constituição (art. 102, III, e art. 105, III).

Alega-se que, por serem *restritas* essas hipóteses, as cortes supremas não haveriam de se debruçar sobre questões que vão além daquelas que autorizam o cabimento do recurso. Este último argumento não merece reparo: são mesmo restritas as hipóteses de cabimento de recursos excepcionais e portanto é só na presença destas hipóteses excepcionais que devem ser admitidos os recursos especial e extraordinário. Com efeito, como o constituinte tinha motivos para se preocupar em encontrar formas de resolver o que se chamava “crise do Supremo”,³⁸⁴ é de todo defensável que os casos de cabimento dos recursos especial e extraordinário sejam interpretados *restritamente*.

Ocorre que os casos de cabimento dos recursos especial e extraordinário (violação de tratado ou de lei federal ou da Constituição da República) não são em si exatamente estritos (em especial na temática probatória, objeto do presente trabalho), uma vez que a Constituição (art. 102, III, da Constituição) e a lei federal (art. 105, III, da Constituição) disciplinam temas que são em maior ou menor medida relacionados a decisões que deverão ser tomadas a respeito de questões concernentes à apreciação das provas, ao estabelecimento (e à decisão sobre o preenchimento) do *standard* de prova aplicável e à distribuição do ônus da prova.

A lei federal, no Brasil, se ocupa do tratamento de uma diversidade de questões probatórias, dentre elas uma extremamente ampla, consistente na distribuição do ônus da prova. Como se viu no capítulo 2, há lei federal disciplinando a distribuição ordinária³⁸⁵ do ônus da prova, estabelecendo casos específicos³⁸⁶ de distribuição do ônus da prova e até mesmo dispondo que o ônus da prova pode ter de ser adequado diante de circunstâncias³⁸⁷ a serem constatadas nos casos em concreto, sendo certo que este último resultado (a chamada “inversão do ônus da prova”) poderia ser obtido até mesmo por uma leitura constitucional do ordenamento jurídico (a partir da determinação constitucional de acesso à justiça,³⁸⁸ enquanto

³⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 57 e ss.

³⁸⁵ Art. 373 do Código de Processo Civil de 2015 e art. 333 do Código de Processo Civil de 1973.

³⁸⁶ Tais como, por exemplo, os disciplinados no art. 429 do novo Código de Processo Civil e no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor.

³⁸⁷ Art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 e art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

³⁸⁸ Art. 5º, XXXV, da Constituição.

acesso à ordem jurídica justa, correspondente às promessas o ordenamento jurídico material, a serem efetivamente entregues ao cidadão).

Além disso, como se viu na seção 2.3, *standards* e ônus da prova são perspectivas do mesmo problema de distribuição dos riscos de erro nas decisões sobre as hipóteses fáticas consideradas, compartilhando de razões subjacentes similares para que se decida por um *standard* de prova mais ou menos exigente (bem como para que haja maior ou menor rigor na apreciação do preenchimento do *standard*) e pela atribuição do ônus da prova em um ou outro sentido.

Ainda que não houvesse disciplina legal (federal) expressa sobre a possibilidade de derrota de normas decorrentes de leis federais sobre a distribuição do ônus da prova, como já exposto na seção 1.1.4, há sempre uma cláusula implícita de derrotabilidade em todo preceito normativo, de modo que a leitura global do ordenamento jurídico — considerados outros preceitos decorrentes de lei federal ou da Constituição ou de outras fontes — poderia determinar que um determinado preceito específico fosse derrotado sob certas circunstâncias.

Desse modo, uma vez que a *lei federal* dispõe sobre a distribuição entre as partes do ônus da prova e sobre a apreciação motivada da prova,³⁸⁹ será sempre em tese possível à parte que sucumbiu nas instâncias ordinárias por questões probatórias *afirmar* que sucumbiu porque a justiça ordinária interpretou equivocadamente a disciplina legal a respeito da distribuição do ônus da prova (impondo indevidamente ao sucumbente o ônus da prova) ou porque (segundo afirmará o recorrente no recurso excepcional) se desincumbiu de seu ônus da prova mas a justiça ordinária não apreciou adequadamente a prova produzida (ou seja: o tribunal local não avaliou de acordo com o direito legislado federal ou de acordo com a disciplina constitucional o ponto do ônus da prova, o que é o mesmo que o *quanto* de prova era preciso produzir, isto é, o *standard* de prova aplicável³⁹⁰).

A decisão acerca da prova será sempre relacionada com a leitura que se dá ao ordenamento jurídico a respeito do quanto de prova era preciso produzir para se dar por provado determinado fato controverso. Conforme assentado no capítulo 2, qualquer inferência necessária para a realização do juízo probatório há de se socorrer de um *background knowledge* no qual se incluem fatos notórios e regras da

³⁸⁹ Art. 373 do Código de Processo Civil de 2015 e art. 131 do Código de Processo Civil de 1973.

³⁹⁰ Sobre a relação entre ônus e *standard* de prova, ver seção 2.3, supra.

experiência comum e técnica que funcionam como premissas maiores no raciocínio probatório.

A consideração equivocada de uma proposição acerca de fato inócua como se fosse fato notório pode conduzir a uma decisão infundada. A consideração de uma regra da experiência que não reflita a realidade, igualmente, pode ensejar decisão injustificada a respeito do acerto dos fatos. Uma regra de experiência, apesar de refletir a realidade, pode também conduzir a uma decisão injustificada a respeito do acerto dos fatos, considerado o conjunto da prova e a aplicabilidade ao caso de outra regra de experiência da qual se tenha olvidado. A falta de consideração (ou a subconsideração) de uma regra de experiência aplicável pode implicar uma decisão injustificada.³⁹¹

Pode ocorrer de os fatos dados por provados na decisão não estarem suficientemente suportados de acordo com a prova apresentada e o *background knowledge*; pode também ocorrer de estarem suportados e a decisão deixar de dá-los por provados. Pode ocorrer de a prova ser considerada pela decisão como suficientemente inclusiva sem que o *background knowledge* autorizasse; ou pode ocorrer de ser considerada incompleta quando o *background knowledge* autorizava que se concluísse por sua compreensibilidade. A segurança individual das provas pode haver sido equivocadamente (contrariando o *background knowledge*) super ou subavaliada.

Em todos esses casos há um recurso equivocado ao *background knowledge* aplicável, que pode conduzir a uma decisão injustificada. Importa saber, para fim de cabimento dos recursos especial e extraordinário, se essa falha justificatória da decisão infringe a Constituição (art. 102, III, da Constituição) ou lei federal ou tratado internacional (art. 105, III, da Constituição).

³⁹¹ Bove (BOVE, Mauro. Op. cit., p. 201 et seq.) examina as posições doutrinárias que consideram as máximas da experiência como fatos e as que a consideram como direito. Qualquer que seja a posição adotada, todavia, o controle *do uso* das máximas poderá estar sujeito a um controle a respeito da motivação utilizada na decisão. Na medida em que a livre — mas motivada — apreciação da prova é objeto de norma legal (assim na Itália como no Brasil), a alegação de vício de motivação na apreciação da prova pode sujeitar a decisão a controle pelas Cortes Supremas. E, conforme acentua Wróblewski (WRÓBLEWSKI, Jerzy. Op. cit., p. 175), o controle da livre valoração da prova é um controle da justificação da decisão da prova.

Veja-se que a Constituição estabelece um Estado de Direito,³⁹² garante a legalidade,³⁹³ a segurança,³⁹⁴ a igualdade,³⁹⁵ o direito a que as decisões jurisdicionais sejam fundamentadas,³⁹⁶ o direito ao devido processo legal³⁹⁷ etc. A lei federal reafirma o dever de fundamentação das decisões,³⁹⁸ estabelece que o juiz apreciará a prova indicando as razões da decisão³⁹⁹ — o que nada mais é que o reflexo do direito das partes à apreciação racional e justificada da prova —, define quem arca com o ônus da falta de prova,⁴⁰⁰ expressa que o juiz deve aplicar as regras da experiência⁴⁰¹ etc.

Ao definir quem arca com o ônus da insuficiência de prova,⁴⁰² a lei — federal — simultaneamente trata da suficiência da prova. Desse modo, a decisão sobre ser a prova suficiente ou insuficiente para dar os fatos por provados (ou para aplicar o efeito jurídico decorrente de eles não estarem suficientemente provados) envolve a interpretação e aplicação de lei federal, sempre lida sob a luz da Constituição.

3.4.2 O texto e a norma que é construída a partir dele

Observe-se que não teria sentido algum a Constituição afirmar o cabimento de recurso especial e extraordinário em caso de violação de *texto* de lei federal ou de *texto* de tratado ou de *texto* da Constituição. O texto não tem, por si só, valor semântico algum. É preciso atividade interpretativa para conferir significado ao texto, com o que se chega a uma norma.

Com efeito, o I Wittgenstein, autor do *Tractatus*, tomava a palavra como detentora de um “significado em si”. Já o II Wittgenstein, das *Investigações Filosóficas*, passa a encarar a linguagem de outra forma. Desde então a filosofia passa a compreender a palavra segundo seu modo concreto de uso, ou seja, só se pode

³⁹² Art. 1º da Constituição.

³⁹³ Art. 5º, *caput*, e art. 37, *caput*, da Constituição

³⁹⁴ Art. 5º, *caput*, da Constituição.

³⁹⁵ Art. 5º, *caput*, da Constituição.

³⁹⁶ Art. 93, IX, da Constituição.

³⁹⁷ Art. 5º, LIV, da Constituição

³⁹⁸ Art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015.

³⁹⁹ Art. 371 do Código de Processo Civil de 2015.

⁴⁰⁰ Art. 373 do Código de Processo Civil de 2015.

⁴⁰¹ Art. 375 do Código de Processo Civil de 2015.

⁴⁰² Art. 373 do Código de Processo Civil de 2015.

concluir a respeito de como uma determinada palavra é usada no âmbito de um determinado jogo de linguagem, de modo que compreender um enunciado não consiste mais em saber o que ele “retrata”, mas sim em compreender em que função ele é utilizado naquele contexto em que foi empregado.⁴⁰³

Destarte, quando a Constituição (art. 102, III, e art. 105, III) estabelece o cabimento de recursos especial e extraordinário em casos de violação de lei federal ou de tratado ou da Constituição, isto só pode ser adequadamente compreendido como casos de violação *de normas decorrentes da interpretação* de lei federal ou de tratado ou da Constituição, normas construídas a partir do texto, mas que levam em consideração não apenas o texto, porém também elementos extratextuais e elementos textuais decorrentes de outras disposições normativas a serem também levadas em consideração.

Tais normas não advêm simples e automaticamente do texto de lei federal ou de tratado ou da Constituição. Para ser possível a compreensão do sentido do programa da norma é preciso acorrer ao âmbito da norma, ou seja, é preciso relacionar a ideia normativa orientadora com aquela parcela da realidade disciplinada pelo texto.⁴⁰⁴ E a norma não repousa em si nem preexiste à realidade normatizada, ela é coconstituída pela realidade normatizada.⁴⁰⁵ Com isso, a norma não equivale a sua forma linguística, ela apenas se torna inteligível (ou seja, apenas é compreensível aquilo que a norma prescreve) com recurso à realidade normatizada.

Assim sendo, olvida da virada linguística filosófica a defesa da ideia de que, porque os recursos excepcionais só cabem em caso de violação da Constituição ou de tratado ou lei federal (segundo dispõem o art. 102, III, e o art. 105, III, da Constituição), eles só fossem cabíveis no caso de violação do texto *puro* da Constituição ou do texto de tratado ou do texto de lei federal.⁴⁰⁶

Esses textos só podem ser compreendidos de forma “impura”, ou seja, prestando-se atenção a outros elementos que estão além do texto e que são

⁴⁰³ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 190-191.

⁴⁰⁴ Idem. **Teoria estruturante do Direito**: v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 15.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 16.

⁴⁰⁶ É nesse sentido que Bulygin (BULYGIN, Eugenio. La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas. In: BULYGIN, Eugenio; ATIENZA, Manuel; BAYÓN, Juan Carlos. **Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho**. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 9-26, p. 22) afirma que “*la obligación del juez de decidir un caso en un determinado sentido no proviene de la proposición normativa, sino de la norma que regula los deberes del juez*”. Em tradução livre: “a obrigação do juiz de decidir um caso em um determinado sentido não provém da proposição normativa, mas da norma que rege os deveres do juiz.”

coconstitutivos do sentido dos dispositivos legais federais e constitucionais. Estes outros elementos são tanto a porção de realidade normatizada pelo texto como elementos normativos que simultaneamente fazem parte do ordenamento jurídico e que concorrem na formação do sentido das normas decorrentes de leis federais e da Constituição.

Recorde-se que o direito, como ensina Grau,⁴⁰⁷ não pode ser interpretado em tiras. O modo como deve ser compreendido um artigo de lei federal ou da Constituição não decorre integralmente de sua literalidade (sua simples literalidade não contém em si qualquer significado), mas de uma leitura que considera o ordenamento jurídico como um todo, que, para sua compreensão, demanda o estabelecimento de conexão com a realidade normatizada.⁴⁰⁸

Observe-se, ademais, que uma questão veiculada através de recurso especial ou de recurso extraordinário formula uma pretensão de que o direito seja interpretado de tal forma a ser obtido o resultado jurídico pleiteado pelo recorrente. Esta pretensão de que seja dada uma certa interpretação ao direito, caso envolva a interpretação da Constituição ou de tratado ou de lei federal, poderá ensejar o cabimento de recurso extraordinário ou especial (conforme art. 102, III e 105, III, da Constituição).

Essa ideia traz ao debate a seguinte pergunta central: caberá recurso especial ou extraordinário sempre que o pleito formulado pelo recorrente *envolver* (em qualquer medida e a par de quaisquer outros elementos) a interpretação de qualquer dispositivo de lei federal ou da Constituição?

No que diz respeito ao recurso extraordinário, além de existir atualmente o importante filtro consistente na necessidade de que a questão versada ostente repercussão geral,⁴⁰⁹ o STF já havia anteriormente pacificado o entendimento no sentido de que, se a ofensa ao ordenamento jurídico consistisse *diretamente* em uma ofensa da legislação ordinária e apenas *indiretamente* em ofensa à Constituição, então não estava autorizada a interposição de recurso extraordinário.

⁴⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴⁰⁸ Nas palavras de Grau (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do Direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 55): “O intérprete, ao empreender a produção prática do direito, compreende e apreende, além dos *textos*, a *realidade* — no momento histórico no qual se opera a interpretação — em cujo contexto serão eles aplicados.”

⁴⁰⁹ § 3º do art. 102 da Constituição.

Tal entendimento culminou com a aprovação do verbete 636 da Súmula do STF, nos seguintes termos: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.”

A motivação do STF na aprovação desse verbete sumular era pautada tanto por limitar o cabimento do recurso extraordinário (e conseqüentemente o volume de trabalho do STF) quanto pela defesa de que a última palavra, jurisdicionalmente, a respeito da interpretação de leis infraconstitucionais fosse dada pelos tribunais constitucionalmente responsáveis por isso.⁴¹⁰

Com efeito, em um dos julgados que funcionaram como precedentes à aprovação deste verbete (AI 134736 AgR), o Ministro relator argumenta que, se o STF acolhesse a tese de que a má-interpretação da lei viola o princípio constitucional da legalidade (e apreciasse o mérito do recurso extraordinário), isso conduziria a *baralhar* as competências repartidas entre STF, tribunais superiores e tribunais locais (estes últimos no que diz respeito à interpretação do direito local).

A despeito disso, o STF não descarta que, ainda que a questão diretamente veiculada no recurso extraordinário possa ser a violação à lei infraconstitucional, uma violação — ainda que indireta — à Constituição possa estar presente e merecer apreciação pelo STF nos casos em que a *transgressão à lei salte aos olhos*. Foram estas (aqui em itálico) as palavras usadas pelo Ministro relator em outro julgado (AI 157990 AgR) também apontado como precedente para a aprovação do verbete sumular n. 636 do Supremo Tribunal Federal. Nesta medida, a interpretação e aplicação da lei de modo a ultrapassar os limites admitidos pela Constituição poderá dar ensejo a recurso extraordinário, na medida em que viola o mandamento constitucional de observância à legalidade (art. 5º, II, da Constituição).

Na temática das provas, além da violação à legalidade, outra relevante questão que analogamente pode ser indireta e que eventualmente poderia autorizar a apreciação de seu mérito pelo STF seria a relativa à violação do dever de motivação das decisões.⁴¹¹ Da mesma forma como o conteúdo da lei é estabelecido por lei

⁴¹⁰ Sobre a divisão do trabalho entre corte constitucional e as demais cortes do sistema, ver meu: TRENTO, Simone. Tutela da Constituição e tutela do restante do ordenamento jurídico: o que incumbe à Corte Constitucional. **Revista de Processo**, v. 232, p. 169-183, 2014. Republicado em CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Doutrinas essenciais**: Direito Constitucional: v. 10: processo constitucional. São Paulo: RT, 2015, t. 1, p. 255-270.

⁴¹¹ Note-se que, como se está a defender no presente trabalho, a questão relevante a ser respondida quando se pergunta pela prova em um processo judicial é se o fato principal deve ser *dado* por ocorrido

(evidentemente a ser interpretada com recurso a elementos extratextuais) e a observância à legalidade é determinada pela Constituição (art. 5º, II), também o dever de fundamentar as decisões tem disciplina na lei⁴¹² e *status* constitucional.⁴¹³

Nessa medida, se o núcleo essencial⁴¹⁴ do direito decorrente diretamente da Constituição resultar violado autonomamente (independentemente do conteúdo da disciplina da lei infraconstitucional), então poderá ser cabível a definição da questão por meio de recurso extraordinário.

De qualquer sorte, na maior parte das vezes o exame das questões probatórias não envolverá ofensa direta à Constituição (exceto quando a questão problemática for relativa à licitude ou ilicitude de certa prova utilizada), mas à interpretação que parte de dispositivos constantes da ampla (seção 3.4.1, supra) lei federal que trata da apreciação livre, mas motivada, da prova.

Com a constatada amplitude de dispositivos legais federais (seção 3.4.1, supra) que tratam da apreciação da prova, só se pode concluir que a resolução de qualquer questão probatória problemática sem se levar em consideração aquilo que vem disposto em lei federal, sem dúvida, viola o dever de observância da lei federal.

É certo que a norma que deflui do texto da lei não se confunde com o próprio texto da lei, mas é, isso sim, resultado de interpretação em que se consideram necessariamente elementos extratextuais.

No entanto, em havendo texto legal federal (como há, conforme exposto na seção 3.4.1, supra) disciplinando amplamente a apreciação da prova, prescindir por completo de recurso ao texto de lei em vigor para realizar a interpretação e aplicação

para fins de decisão jurisdicional. Dessa forma, decidir questões probatórias é decidir se há razões suficientes para a tomada de decisão em determinado sentido, concedendo-se a devida consideração e fundamentação em relação às razões que determinariam a prolação de decisão em sentido contrário. Em sendo assim, questões probatórias são intrinsecamente (e não apenas reflexamente) questões de fundamentação.

⁴¹² Art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

⁴¹³ Art. 93, IX, da Constituição: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”

⁴¹⁴ A expressão, neste contexto e defendendo a mesma conclusão que se defende no presente trabalho, foi utilizada por Talamini (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo, RT, 2005, p. 411-413).

do direito probatório consistiria em afronta ao dever de observância à lei, imposto pelo Estado de Direito.

3.4.3 A desconsideração da amplitude da lei federal e da Constituição e das normas delas retiráveis na aplicação tradicional dos verbetes 279 da Súmula do STF e 7 da Súmula do STJ

Como se viu na seção 3.2.1, supra, a redação do verbete 7 da Súmula do STJ se inspirou na redação do verbete 279 da Súmula do STF, que por sua vez tinha fundamento na ideia de que apenas seria o caso de *cabimento* do recurso extraordinário se o caso fosse de *provimento* do recurso.

Disso decorre que o adjetivo “simples” usado na redação do verbete sumular (“Para *simples* reexame de prova não cabe recurso extraordinário”) podia ser entendido como qualificando a hipótese em que o recorrente *apenas alegava* a violação da lei federal ou da Constituição, mas sem que tivesse razão; com isso, a falta de infringência efetiva de lei federal ou da Constituição na decisão recorrida fazia com que não “coubesse” o recurso extraordinário.

Entretanto, como já se viu na seção 3.2.1, supra, a orientação jurisprudencial que apenas conhecia do recurso excepcional em caso de dar-lhe provimento foi expressamente superada com o julgamento do RE 298.695, em 2003. Com isso, a forma mais literal de se compreender os verbetes sumulares em questão passou a ser a de que o “simples” reexame da prova que não autorizava o conhecimento dos recursos excepcionais era aquele em que as instâncias ordinárias haviam feito o exame da prova sem acorrerem à disciplina legal.

Tal forma de serem compreendidos tais verbetes sumulares, no entanto, olvida das colocações feitas na seção 3.4.2, supra.

Note-se que os recursos especial e extraordinário vêm predispostos na Constituição (art. 102, III, e art. 105, III) com a finalidade de dar guarida a casos de violação da adequada *concretização* das normas decorrentes da interpretação da lei federal positiva e de dispositivo da Constituição.

Partindo-se da ideia de que as normas decorrentes de leis federais e da Constituição são construídas, simultaneamente, a partir do texto de tais dispositivos e

também a partir de outras fontes normativas e de dados da realidade normatizada, resulta não existir campo para decisão que perfaça um “simples” exame de prova que *não* envolva normas a respeito da apreciação da prova decorrentes em alguma medida da Constituição ou, ao menos, de leis federais.

Como se viu no capítulo 2, por mais simples que seja a inferência realizada para que se chegue a uma conclusão a respeito de provas, sempre se recorre no mínimo a uma regra de experiência que funciona como premissa maior no raciocínio probatório. E este recurso à regra de experiência é determinado por norma decorrente (dentre outros elementos) de dispositivo de lei federal que determina que o juiz deve aplicar as regras da experiência⁴¹⁵ (apenas as justificadamente aplicáveis ao caso e não as justificadamente inaplicáveis) e da norma que determina que o juiz aprecie a prova indicando as razões da decisão⁴¹⁶ e justificando a decisão,⁴¹⁷ bem como em concretização do devido processo legal⁴¹⁸ e do Estado de Direito.⁴¹⁹

A aceitabilidade da hipótese fática dada (ou da não dada) por ocorrida na decisão jurisdicional se submete ao teste de sua justificabilidade diante de todos os fatores a serem considerados na concretização das normas que tratam da apreciação da prova, das normas que determinam que a decisão seja justificada⁴²⁰ e da observância dos preceitos decorrentes do Estado de Direito.⁴²¹

Como se viu na seção 3.2.3, supra, a aplicabilidade tradicional dos verbetes 7 da Súmula do STJ e 279 da Súmula do STF sofreu certas distinções com o passar do tempo, para o fim de se apartarem casos em que se vislumbrava violação ao direito no exame da prova de casos em que não se vislumbrava. Assim, no RE 84.699⁴²² se afirmou que os erros das instâncias ordinárias capazes de ensejar recurso excepcional seriam apenas aqueles que violassem regras legais estabelecidas de provas tarifadas ou de exclusões de determinadas provas, concluindo-se que a violação de norma mais genérica que tratasse de questões probatórias não autorizava a interposição de recurso excepcional.

⁴¹⁵ Art. 375 do Código de Processo Civil de 2015.

⁴¹⁶ Art. 371 do Código de Processo Civil de 2015.

⁴¹⁷ Art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015.

⁴¹⁸ Art. 5º, LIV, da Constituição

⁴¹⁹ Art. 1º da Constituição.

⁴²⁰ Art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015.

⁴²¹ Art. 1º da Constituição.

⁴²² Como se viu na seção 3.2.3, este RE foi apontado como precedente no julgamento do AgRg no Ag 499, que por sua vez é um dos precedentes apontados como conducentes à aprovação do verbe 7 da Súmula do STJ.

Tal argumentação, no sentido de que a violação — pelos tribunais locais — das normas jurídicas mais genéricas que regem a prova desautoriza o conhecimento dos recursos excepcionais pelas cortes supremas, aparenta estar ligada a uma época (anterior à década de 1970, segundo avaliação de Taruffo) em que os juristas “não falavam das provas, mas das pequenas regrinhas processuais sobre a prova”.⁴²³

De fato, o acórdão proferido no RE 84.699 não explicita o motivo pelo qual regras processuais mais fechadas, uma vez violadas, poderiam ensejar recursos excepcionais, enquanto normas processuais mais abertas a respeito da apreciação da prova não poderiam. Concretamente, o acórdão não explica por que o julgado recorrido — a recorrente alegara que o julgado do tribunal local avaliara equivocadamente a prova produzida, chegando tal tribunal local a uma conclusão probatória alegadamente em desacordo com a disciplina estabelecida pela lei federal — não estava a violar a norma decorrente do art. 335 do Código de Processo Civil de 1973,⁴²⁴ segundo a qual o juiz deve decidir a causa através da aplicação de regras de experiência aplicáveis.

Não há diferença entre uma situação (violação de regra mais específica, de prova tarifada ou excluída por norma mais fechada) e outra (violação de norma mais aberta, como, por exemplo, a decorrente do art. 335 do CPC de 1973) que autorize o cabimento do recurso em um caso e não em outro. Pelo contrário, se se quer com o recurso excepcional bem desempenhar a função constitucionalmente atribuída à Corte,⁴²⁵ a concretização de regras mais genéricas e abertas pode ser ainda mais importante, do ponto de vista de orientar jurisdicionados e juízes em casos futuros, do que a correção de más concretizações de regras mais específicas e fechadas.

Essa concepção mais restrita de que *norma* de direito probatório pudesse advir apenas de regras que estabelecem o valor específico (tarifado) de certa prova ou a exclusão de certa prova não mais prevalece na jurisprudência de nossos tribunais

⁴²³ TARUFFO, Michele. [Entrevista]. Entrevistador J. F. Beltrán, 04 maio 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=L5XYox7QYek>>. Acesso em: 21 maio 2014.

⁴²⁴ “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

⁴²⁵ E isso foi mencionado no RE 84.699, em que o Ministro relator do acórdão afirma que a função do Supremo no julgamento dos recursos extraordinário é (ao menos era antes de advir o STJ) a de velar pela unidade da lei federal. Mas a consequência disto retirada pelo Ministro relator não é a de que pudesse ser adequada a apreciação de questões que envolvessem a violação de preceitos legais mais genéricos e sim a de que, porque se intenta dar unidade ao *direito* federal, então apenas as supostas questões *de direito* e não as *de fato* poderiam ser objeto do recurso extraordinário. A dicotomia fato vs. direito já foi objeto de crítica na seção 3.3, supra.

supremos, a qual atualmente sustenta a possibilidade de revisão em recursos excepcionais de *certas* questões probatórias, não necessariamente decorrentes de *regras* probatórias específicas, mas também de *princípios do direito probatório*.⁴²⁶

No entanto, ainda que a jurisprudência atual de nossos tribunais supremos não defenda que apenas viole direito probatório decorrente de lei federal ou da Constituição a decisão recorrida que concretizar equivocadamente regras legais mais específicas sobre o valor (pré-tarifado) da prova ou sobre a exclusão de certa prova, mas também a decisão que concretizar equivocadamente *princípios do direito probatório*, a confusão entre texto e norma permanece até os dias atuais a (des)orientar a jurisprudência de nossas cortes de vértice a respeito do assunto.

Com efeito, a jurisprudência atual de nossos tribunais supremos permanece a referir em seus julgados a aplicação dos verbetes 279 da Súmula do STF e 7 da Súmula do STJ e com isso a sustentar o vigor de tais verbetes sumulares, porém atualmente o adjetivo “simples” usado na redação dos verbetes (o “simples” exame da prova que não autoriza recurso excepcional) não mais se refere a situações em que o *mérito* do recurso não procede (como quando da aprovação do verbe 279 da Súmula do STF, em 1963), mas sim a situações que os julgados atuais de nossas cortes de vértice qualificam como aquelas que, segundo esses julgados, *não envolveriam a aplicação de direito probatório* (proveniente de regra ou de princípio probatório). Assim, o “simples” exame da prova não dependeria do direito, ao passo que, de outro lado, o exame “complexo” ou “qualificado” da prova envolveria a aplicação do direito e por isso tornaria cabível o recurso excepcional.

Com isso nossos tribunais de vértice, nos dias atuais, apartam, de um lado, situações que envolveriam a aplicação de direito probatório e, de outro, situações probatórias que supostamente seriam resolvidas pelas instâncias ordinárias *independentemente da aplicação de direito probatório*.

São neste sentido diversos julgados do STJ que afirmam que autoriza recurso especial “a contrariedade a princípio ou regra jurídica do campo probatório” e que, de outro lado, não autoriza recurso especial a pretensão de “reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados”.⁴²⁷ Pergunta-se, então, qual seria o critério (supostamente alheio ao direito) utilizado pelas instâncias

⁴²⁶ A expressão foi usada, por exemplo, no AgRg no REsp 420.217, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 04 jun. 2002.

⁴²⁷ AgRg no REsp 420.217, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 04 jun. 2002.

ordinárias na apreciação da prova que faria com que a decisão (supostamente proferida sem considerar o direito) proferida pelas instâncias ordinárias ficasse impassível de revisão em sede de recurso especial ou extraordinário.

A ideia de que as instâncias ordinárias pudessem proferir decisão adotando critério alheio ao direito contraria premissas adotadas no presente trabalho (seção 1.1, supra) no sentido de que *qualquer* decisão tomada pelo Poder Judiciário (e é disso que se trata nas decisões que são objeto de recurso aos tribunais de vértice) tem de ser tomada sob o ponto de vista jurídico.

Para se conferir às palavras do texto de lei o sentido usado correntemente na linguagem comum, há que se recorrer a considerações axiológicas ou pragmáticas,⁴²⁸ o que faz com que os juízes tenham de lançar mão de regras e princípios não jurídicos para definir o sentido do direito.⁴²⁹ Na medida em que os juízes têm de recorrer a considerações axiológicas nas decisões, parece absurdo que a teoria *do direito* não deva abordá-las.⁴³⁰

Esta conclusão parece estar vinculada a dois modos diversos de se compreender o direito: um modo de compreender o direito adotado pela jurisprudência tradicional de nossas cortes supremas e ligado a concepções positivistas do direito e outro proposto por concepções pós-positivistas. O primeiro desses modos de compreender o direito o vê como um sistema normativo, apenas. As concepções pós-positivistas, para além disso, concebe o direito como um sistema, mas também como uma prática, uma atividade dinâmica pautada pela coerência na colmatação de lacunas aparentes, caracterizada não pela discricionariedade ou liberdade do juiz ao decidir, mas sim pela *responsabilidade* de decidir justificadamente.⁴³¹

Na medida em que se concebe o direito como uma prática em que aquilo que *deve ser* é pautado pela responsabilidade do Estado-juiz em afirmar o conteúdo do direito, os elementos a serem considerados ao se justificar o direito fazem parte daquilo sobre o que deve se debruçar a teoria do direito e a prática jurisdicional do direito. É de direito, portanto, que se trata (inclusive quando se vão decidir questões probatórias pertinentes à decisão de causa), não de algo alheio ao objeto do direito.

⁴²⁸ NINO, Carlos S. Op. cit., p. 93.

⁴²⁹ Ibidem, p. 94-95.

⁴³⁰ Ibidem, p. 98.

⁴³¹ ATIENZA, Manuel. Sobre "Creación judicial del derecho" de Eugenio Bulygin. In: BULYGIN, Eugenio; ATIENZA, Manuel; BAYÓN, Juan Carlos. **Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho**. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 95-123.

Conforme se conceba o direito também como uma prática, a identificação das normas a partir de textos normativos não depende apenas de convenções linguísticas que conferem significados a tais textos. Dependerá de forma decisiva das práticas argumentativas ou interpretativas aceitas e em especial das convenções a respeito dos recursos a princípios e razões subjacentes.⁴³²

Além disso, se uma decisão é tomada pelas instâncias ordinárias com o uso de critérios alheios ao direito, então parece que haverá ainda mais razão para se apreciar recurso dirigido às cortes de vértice, na medida em que uma tal decisão, ao prescindir do direito, viola o Estado de Direito. Suponha-se que uma decisão acerca das provas produzidas seja prolatada em certo sentido sob o único fundamento de que o magistrado prolator da decisão sonhara que estaria correta a decisão naqueles termos, independentemente das evidências colacionadas aos autos: a arbitrariedade contida em tal imaginária decisão viola o Estado de Direito. E não se pode dizer que tal decisão não infringiu a Constituição ou a lei federal.

Parece conveniente obviar, neste ponto, que o entendimento que aparta (como critério para conhecer ou não conhecer recurso excepcional) situações probatórias reguladas por regras e princípios jurídicos de situações probatórias que supostamente não seriam reguladas por regras ou princípios jurídicos parece pressupor que estas últimas situações probatórias (supostamente não reguladas nem por regras nem por princípios jurídicos) seriam aquelas que não teriam sido expressa e diretamente objeto de qualquer enunciado jurídico-positivo federal em vigor a respeito da questão probatória veiculada naquela situação.

Poder-se-ia argumentar que uma tal distinção estaria apoiada na ideia, consolidada no âmbito do STF,⁴³³ de que não se admite recurso extraordinário em caso de ofensa apenas “reflexa” da Constituição, ou seja, para aqueles casos em que, embora se pudesse dizer que a Constituição foi violada, de forma mais direta a violação aduzida — se presente — teria sido a norma decorrente de dispositivo presente na legislação infraconstitucional.

No entanto, o argumento de que certas situações probatórias *não* seriam diretamente reguladas por regras ou princípios jurídicos decorrentes de *lei federal* é

⁴³² BAYÓN, Juan Carlos. Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas. In: BULYGIN, Eugenio; ATIENZA, Manuel; BAYÓN, Juan Carlos. **Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho**. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 27-73, p. 49.

⁴³³ Assim se decidiu, por exemplo, no ARE 876982 RG, no ARE 867326 RG, no RE 855026 RG.

difícilmente imaginável diante da realidade processual positiva brasileira, em que é a lei federal (e não a estadual ou a municipal ou, em lugar de lei, atos normativos de outra espécie, como decretos, regulamentos ou portarias ou regimentos) que disciplina — ainda que com preceitos muitas vezes genéricos — a apreciação da prova.

O fato é que nossa Constituição analítica e nossa inflacionada legislação federal contêm dispositivos dos quais se retiram normas de grande amplitude e que emitem mandamentos direcionados a todas as situações probatórias que reclamam solução judicial e que podem suscitar divergência entre aqueles que têm legitimidade recursal. É certo, de outro lado, que fortes razões de ordem pragmática e sistemática apoiam a ideia de que nem todas essas situações podem tornar admissíveis os recursos excepcionais (sob pena até mesmo de eles nem mais poderem ser chamados de excepcionais).

No entanto, as distinções operadas em nossa jurisprudência atual para o fim de apartar casos de “simples” exame da prova (aqueles em que supostamente não há necessidade de recurso ao direito para a solução dos casos) de casos de “reavaliação” da prova (aqueles em que é preciso recorrer ao direito para a resolução das questões probatórias) não observam construções teóricas seja no âmbito da teoria das provas (no sentido de que a *decisão* a respeito das questões probatórias há de considerar necessariamente a disciplina dada pelo *direito* probatório), sejam as construções mais gerais de teoria do direito (com a confusão entre texto e norma). Com isso, tais distinções não se fazem claras seja ao estudioso do direito, seja, menos ainda, ao jurisdicionado.

As distinções contidas no discurso oficial de nossa jurisprudência tradicional, que procuram divorciar casos que demandam recurso ao direito para serem solucionados de casos supostamente “decididos” independentemente do direito, apresentam ainda um outro problema, de ordem jurídico-político-filosófica: uma tendência a um particularismo insustentável no Estado de Direito. Este problema começou a ser tratado em um dos pressupostos teóricos adotados pelo presente trabalho (seção 1.1.5, supra) e será mais especificamente relacionado com nossa jurisprudência tradicional na seção 3.5, a seguir.

3.5 OS PRESSUPOSTOS PARTICULARISTAS CONTIDOS NO ARGUMENTO DE QUE CORTES SUPREMAS NÃO DEVAM APRECIAR QUESTÕES “DE FATO” E DE PROVA

Ao fundamentar suas decisões no sentido de que recursos excepcionais não devem dedicar-se à análise de matérias de fato e de prova, os tribunais brasileiros argumentam como se a análise dos elementos de prova constantes (ou ausentes) dos autos fosse algo sempre apenas particular ao caso analisado e não extensível a qualquer outro caso análogo. Adota-se, ainda que implicitamente, uma versão radical de particularismo, segundo a qual a tomada de decisão a respeito da prova dos fatos é feita sem recurso a qualquer conteúdo normativo geral ou generalizável.

Esta ideia foi explicitada no RE 84.699, mencionado na seção 3.2.3,⁴³⁴ que exerceu influência sobre o estado atual desta problemática em nossos tribunais de vértice. O acórdão proferido neste RE afirma como “erro de direito” aquele “quanto ao valor da prova *abstratamente considerado*”, como se tal valor abstrato não houvesse de ser concretizado na decisão do caso. O acórdão afirma que o recurso excepcional só pode ser conhecido se se trata de ofensa em abstrato ao direito federal, mas não de “*ofensa (se mal julgada a causa) ao direito da parte*”.

Ao argumentar como se a decisão acerca de estarem ou não provados os fatos objeto de prova no processo não fosse uma decisão jurídica (por ser, como se argumenta, “questão de fato” e não “questão de direito”), o que fazem tais cortes é sustentar a validade de decisões (sobre a suficiência ou não dos elementos de juízo verificados no processo para o fim de se considerarem provados ou não provados determinados fatos) não sujeitas nem a controle jurisdicional nem ao caráter universalizável.

Com efeito, se a decisão sobre questão apontada como sendo “de fato” é uma decisão que diz respeito apenas às partes e não precisa ser dotada de critérios universalizáveis, então as instâncias ordinárias não precisariam, na apreciação das

⁴³⁴ Neste recurso extraordinário (julgado antes da Constituição atual e portanto quando o STF ainda julgava o que hoje é hipótese para cabimento do recurso especial) se decidiu que *apenas* casos em que a lei federal estabelece hipóteses de provas tarifadas ou exclui meio de prova é que seriam situações probatórias capazes de violar a lei federal. Com isso, casos de inobservância de determinações mais genéricas decorrentes do ordenamento jurídico positivo a respeito da apreciação da prova estariam fora da possibilidade de exame do recurso extraordinário.

questões probatórias, observar um mínimo de isonomia no tratamento de casos similares. Como se verifica, o argumento padece de um particularismo incompatível com o Estado de Direito.⁴³⁵

O argumento de que as cortes supremas, na medida em que têm a função de fixar precedentes (apenas) nas matérias de sua competência, não deveriam apreciar questões relativas aos fatos objeto do processo e à prova destes fatos, contém implicitamente⁴³⁶ um pressuposto particularista. Qual seja: pressupõe-se (equivocadamente) que decidir como os fatos objeto do processo se passaram e como deve ser compreendida a prova produzida no processo são decisões únicas, aplicáveis apenas a casos particulares e incapazes de desafiar a interpretação da Constituição e de leis federais. E mais: pressupõe-se, também equivocadamente, que tais decisões sobre como os fatos objeto do processo se passaram e sobre como deve ser compreendida a prova produzida no processo, por serem únicas e aplicáveis apenas ao caso particular decidido, não devam ter de observar as exigências (demandadas das decisões jurisdicionais) de serem universalizáveis e justificáveis.

Este argumento implicitamente particularista é não só adotado nas decisões tomadas na *praxis* de nossas cortes de vértice, mas é também defendido em elaboradas construções doutrinárias que buscam solução para o problema da cognoscibilidade das questões pelas cortes supremas.

Com efeito, Bove⁴³⁷ opõe, de um lado, casos em que uma questão funciona como exemplo para outros casos, por ser diretiva, e, de outro lado, casos em que apenas o caso é resolvido, sem ser capaz de funcionar como exemplo. O autor exemplifica: se se trata de um acidente na direção de veículo por um trabalhador em obra com pouca visibilidade, há repetibilidade. Mas se se trata de averiguar se a velocidade é compatível com as circunstâncias, diferentemente, não haveria repetibilidade, por serem muito diversas e variáveis em medida as circunstâncias a serem consideradas.

Tal distinção não parece compartilhar de ideias defendidas no presente trabalho, no sentido de que *qualquer* decisão judicial sobre as questões probatórias requer necessariamente a adoção de critério jurídico (1.1.1, *supra*) e de que a justificabilidade das decisões acerca das questões probatórias é sempre norteadas por

⁴³⁵ Sobre isso, cf. seção 1.1.5, *supra*.

⁴³⁶ Ou até explicitamente, como ocorreu no RE 84.699, acima mencionado.

⁴³⁷ BOVE, Mauro. Op. cit., p. 109-112.

parâmetros jurídicos (2.2.2 e 2.2.3, supra), os quais dificilmente não estarão incluídos nas normas presentes em nossa analítica Constituição ou em nossa abrangente legislação federal (3.4.1, supra).

Não se nega que os fatos do caso serão sempre fatos específicos de um caso particular. Mas isso não altera a ideia universalista de que qualquer decisão jurisdicional deve se pautar por critérios passíveis de universalização.

Como as decisões sobre questões probatórias são tomadas pelo Estado-juiz, inserido em um Estado de Direito, também elas devem sempre (sob pena de serem injustificadas) pautar-se por critérios universalizáveis.⁴³⁸

Por mais particular que um caso pareça ser, a solução a ele dada, para ser considerada juridicamente fundada, precisa ser passível de extensão a outro eventual futuro caso análogo a ele. Relembre-se que a House of Lords⁴³⁹ — ao decidir se deveria ser autorizada cirurgia que causaria a morte de uma das gêmeas siamesas, permitindo a sobrevivência da outra — afirmou que, por mais raro que um caso desses seja, sua solução criava um precedente que fazia com que o mesmo tratamento jurídico fosse impositivo na solução de eventual futuro caso dotado de semelhantes particularidades.

As particularidades de um caso, assim, sempre poderão vir a se fazer presentes novamente em um caso vindouro. Daí porque na solução de qualquer caso, por mais particular que ele pareça, a resposta jurisdicional a ser dada deve ser passível de universalização a caso similar que venha a se apresentar no futuro.

Só uma decisão que possa ser universalizada para casos similares é juridicamente sustentável em um Estado de Direito. Em razão disso, não se pode concordar com a afirmação de que uma decisão jurisdicional sobre certa questão probatória diga respeito apenas às partes. Ela sempre dirá respeito também aos concidadãos que poderão vir a se encontrar no futuro diante de situação similar à decidida.

Se uma situação como a das gêmeas siamesas, decidida pela House of Lords, tornava justificada a cirurgia proposta e autorizada, então, do ponto de vista do Estado

⁴³⁸ É neste sentido a conclusão de Atienza (ATIENZA, Manuel. **Las razones...** Op. cit., p. 115), já transcrita na nota 76, supra.

⁴³⁹ Cf. nota 71, supra.

de Direito, será também justificada a mesma cirurgia em outros casos que compartilhem das mesmas características.⁴⁴⁰

Analogamente, nas particulares questões probatórias que pareçam tão únicas que dificilmente se possa imaginar repetíveis, também a solução jurídica a ser a elas dada goza de uma condição que não autoriza a conclusão de que tal solução possa dizer respeito estritamente às partes.

Assentado isso, será preciso verificar em que medida o conhecimento pelas cortes supremas do mérito de recursos excepcionais que digam respeito a questões probatórias está de acordo com as funções atribuídas pelas Constituições e sociedades contemporâneas às suas cortes supremas. Será preciso verificar se as implicações que o não conhecimento, em hipótese alguma, de recursos que levariam questões relacionadas à prova dos fatos à apreciação das cortes supremas está ou não de acordo com o exercício, por tais cortes, da função de fixação de precedentes a serem observados pelos juízes e jurisdicionados. Nesse estudo, será preciso considerar que o acerto dos fatos, a fixação dos *standards* de prova e a atribuição do ônus da prova envolvem questões em que é enorme a demanda pela segurança jurídica e a busca por parâmetros objetivos que, quiçá, ao menos em parte, precedentes sejam capazes de prover.

⁴⁴⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica...** Op. cit., p. 120.

**PARTE III – AS QUESTÕES PROBATÓRIAS E AS CORTES DE VÉRTICE
BRASILEIRAS: UMA PROPOSTA DE RECONSTRUÇÃO CRÍTICA**

4 AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS E SUAS LIMITAÇÕES

No capítulo 3, supra, argumentou-se (seção 3.3) que a distinção entre questão “de fato” e “de direito” não permite que se chegue a uma solução sustentável para distinguir os recursos excepcionais que devem ter o mérito apreciado pelas cortes supremas daqueles que não devem, uma vez que nunca será totalmente apenas “de fato” uma questão a ser decidida jurisdicionalmente.

Pelos mesmos motivos, também uma solução “tricotômica”,⁴⁴¹ com uma categoria intermediária entre as questões “de fato” e “de direito” (as chamadas questões “mistas”), não seria capaz de oferecer boa solução para a definição da cognoscibilidade de questões em sede de recursos excepcionais.⁴⁴²

Argumentou-se supra (seção 3.5), ainda, que a proposta de que as cortes supremas apreciem apenas casos com potencial para funcionar como ocasião para fornecer um princípio ou um exemplo aplicativo⁴⁴³ também não se afigura totalmente satisfatória, na medida em que qualquer caso que venha a ser apreciado pelo Poder Judiciário de um Estado de Direito deve ser capaz de ser universalizável e, portanto, tem algum potencial para funcionar como exemplo para a decisão de casos similares futuros.

Defendeu-se, ademais (seção 3.4), a importância de que não se confundam texto normativo e norma e de que o direito não seja interpretado em “tiras”, mas sim de forma sistemática e coerente, com atenção à parcela da realidade disciplinada pelo texto.⁴⁴⁴ Esta ideia se alia à de que, para fins de *decisão* jurisdicional a respeito da prova dos fatos, a pergunta relevante⁴⁴⁵ é o que deve ser *justificadamente*⁴⁴⁶ *aceito como provado*⁴⁴⁷ ou *tido como verdadeiro*⁴⁴⁸ *para fins de tomada da decisão*.⁴⁴⁹

⁴⁴¹ KNIJNIK, Danilo. **O Recurso...** Op. cit.

⁴⁴² Neste sentido: Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. Op. cit., 2013, p. 90), para quem não é necessário nem apropriado recorrer à dicotomia entre fato e direito ou à tricotomia proposta por Knijnik. Qualquer questão a ser decidida no processo é sempre ao menos em parte “de direito”; assim, saber se a questão a ser decidida é de direito ou de fato ou mista não resolve o problema da cognoscibilidade da questão por corte de vértice.

⁴⁴³ BOVE, Op. cit., p. 252-253.

⁴⁴⁴ MÜLLER, Friedrich. **Teoria...** Op. cit., p. 15.

⁴⁴⁵ V. 2.2, supra.

⁴⁴⁶ V. 1.3.1, supra, sobre o situar dessas questões no contexto de *justificação*.

⁴⁴⁷ LAUDAN, Larry. **Aliados...** Op. cit., p. 110.

⁴⁴⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad...** Op. cit., p. 73-78.

⁴⁴⁹ V. 1.2.1 e 1.2.2, supra.

Daí não fazer sentido, a nosso ver, uma distinção⁴⁵⁰ entre um controle direto das questões de fato e um controle indireto, através da motivação, dessas questões. Isto porque o problema acerca de como se deve decidir dar por provados (ou *não* dar por provados) os fatos controvertidos no processo será sempre um problema de se os dados a considerar (evidências, nelas contidos os meios de prova propriamente ditos, os fatos incontroversos e notórios e o *background knowledge*) são seguros e completos o bastante para suportarem suficientemente a conclusão a que se chega.⁴⁵¹

Diante desse quadro, há de se procurar, então, uma solução para o problema da limitação da cognoscibilidade de questões pelas cortes de vértice em recursos excepcionais, levando-se em conta, justamente, que tais recursos são *excepcionais* e não destinados a funcionar ordinariamente como mais uma instância para nova reapreciação⁴⁵² das causas e, além disso, que tais recursos vêm predispostos na Constituição como aqueles em que as cortes de vértice exercerão suas funções principais, aquelas funções que as definem como cortes de vértice do sistema jurisdicional em relação às matérias que lhes são respectivamente confiadas.⁴⁵³

4.1 AS FUNÇÕES DAS CORTES SUPREMAS E A DECISÃO DE QUESTÕES PROBATÓRIAS

4.1.1 Checar o acerto da decisão recorrida vs. promover a unidade do direito

Do ponto de vista teórico, as funções que podem ser atribuídas a uma corte suprema variam entre duas concepções teoricamente opostas⁴⁵⁴: de um lado, está a

⁴⁵⁰ A distinção é feita por Bove (BOVE, Mauro. Op. cit., p. 193 et seq.).

⁴⁵¹ V. 2.2.3, supra.

⁴⁵² E veja-se que aqui não há pleonasma em *nova reapreciação* da prova, uma vez que, em segunda instância, a apreciação da prova já poderá haver sido refeita, de modo que a apreciação da prova por corte suprema funciona como uma apreciação da prova pela terceira vez.

⁴⁵³ Como já se afirmou na seção 3.1, supra, a par do controle abstrato de constitucionalidade, assim, pode-se dizer que *é através do julgamento de recursos especiais e extraordinários que o STJ e o STF exercem suas funções institucionalmente mais importantes.*

⁴⁵⁴ SILVESTRI, Elisabetta. Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: CENTRO STUDI GIURIDICI E POLITICI DELLA REGIONE UMBRIA; CENTRO INTERNAZIONALE MAGISTRATI "LUIGI SEVERINI". **Le Corti Supreme**. Atti. Perugia, 5-6 maio 2000. Milano: Giuffrè, p. 105-116, 2001, p. 105-106.

concepção (“privada”) de que o papel da corte é de garante da justiça e do acerto das decisões tomadas *nos casos concretos*; de outro, a concepção (“pública”) de que o papel da corte deve ser conferir unidade à interpretação das normas vigentes, com isso atendendo aos interesses públicos de manter a unidade do ordenamento vigente e fazer atuar o princípio da igualdade na aplicação das normas. De função “pública” de uma corte suprema pode-se falar tendo em mente, do ponto de vista temporal, dois fenômenos: um estático e outro dinâmico.⁴⁵⁵ Em sentido estático, pode-se referir a valores tais como o da “exata interpretação” da lei, que garante unidade na solução de casos futuros. Neste caso, a tutela do caso concreto (*ius litigatoris*) é feita em segundo plano e tem no máximo uma função instrumental da tutela do *ius constitutionis*. Além deste sentido, pode-se pensar nas atividades da corte em um sentido dinâmico ao longo do tempo, de modo que sua função pública será a de promover a evolução do direito e sua contínua criação.

Não se trata, porém, de que as cortes de vértice de um sistema tenham de optar entre adotar uma concepção “privada” ou uma concepção “pública” no desempenho de suas atividades. Afinal, há aspectos “privados” inerentes a um sistema recursal: a) é a parte (sucumbente) interessada que, tendo interesse recursal, poderá manifestar recurso à corte; b) normalmente⁴⁵⁶ se admite a desistência do recurso; c) a falta de observância de certas formalidades pelo recorrente (tais como preparo, tempestividade etc.) faz com que não se conheça do recurso (o que não ocorreria se se tratasse de uma “ação de pura defesa da lei”⁴⁵⁷).⁴⁵⁸ Por outro lado, as cortes de vértice são mantidas substancialmente⁴⁵⁹ com recursos públicos, de modo

⁴⁵⁵ SILVESTRI, Elisabetta. Op. cit.. p. 109-114.

⁴⁵⁶ Contudo, uma exceção a esta regra geral vem prevista, por exemplo, no art. 976, § 3º, do novo Código de Processo Civil: “A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente [de resolução de demandas repetitivas]”. Normas como a que decorre deste dispositivo legal apontam para um fortalecimento da concepção de que as cortes devam voltar suas energias mais ao exercício de suas funções públicas ao dar unidade ao direito do que à função privada ao ocuparem-se em resolver o mérito da controvérsia particular em questão.

⁴⁵⁷ Observe-se, nesta linha, que um dispositivo como o constante do art. 1.029, § 3º, do novo Código de Processo Civil (“O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”), ao prever a possibilidade de os tribunais relevarem irregularidades formais para o fim de conhecerem de recurso especial ou extraordinário, pode ser compreendido como uma opção do legislador por fortalecer uma concepção mais “pública” das funções das cortes supremas.

⁴⁵⁸ Estes e diversos outros aspectos são enumerados em: FÁBREGA PONCE, Jorge. La falacia de la función nomofilática de la cassación. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coords.). **El papel de los tribunales superiores**: 2. parte. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 49-56.

⁴⁵⁹ Embora haja custas processuais a serem recolhidas pelas partes, na maioria das vezes elas não são suficientes a arcar com todos os custos de manutenção do tribunal. Observe-se, porém, que isso não se passa apenas com os tribunais de vértice, mas com o sistema de justiça como um todo.

que dificilmente se poderia sustentar que elas estão completamente à disposição das partes.

O exercício de uma concepção “privada” não necessariamente exclui o exercício também de uma concepção “pública” e vice-versa. E, de fato, como assinala Oteiza, normalmente se deposita nas cortes supremas tanto a responsabilidade de definir temas de importância institucional e jurídica quanto a de exercer uma ampla função revisora.⁴⁶⁰

Mitidiero, na linha dessas duas concepções antitéticas das funções das cortes de vértice, delinea dois grandes modelos de cortes de vértice: um é o modelo que o autor chama de cortes “superiores” e o outro é o modelo que o autor chama de cortes “supremas”. O primeiro modelo⁴⁶¹ é devedor das concepções jurídicas provenientes da cultura europeia dos Setecentos e dos Oitocentos e que orientaram a criação das cortes de cassação francesa e italiana.⁴⁶² Este modelo adota uma particular concepção da separação dos poderes, assumindo a interpretação como meramente declaratória do sentido previamente determinado da lei. Tal modelo pressupõe o isolamento entre fatos e direitos e a ausência de implicação recíproca entre fatos e direito,⁴⁶³ acreditando no recurso ao silogismo como capaz de apresentar concretamente os resultados unívocos previamente presentes no ordenamento jurídico e meramente enunciados pelo juiz “boca da lei”.

Já o modelo que Mitidiero chama de cortes “supremas” adota pressupostos teóricos advindos principalmente da segunda metade dos Novecentos: separa texto e norma (entende norma como outorga de significado a elementos textuais e não textuais da ordem jurídica) e reconhece como normas as regras, os princípios e os

⁴⁶⁰ OTEIZA, Eduardo. Introdução. In: OTEIZA, Eduardo (Coord.). **Cortes supremas: funciones y recursos extraordinários**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 9-13, p. 9.

⁴⁶¹ MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 34-37.

⁴⁶² Um interessante contraponto a esta visão é oferecido por Fábrega Ponce (FÁBREGA PONCE, Jorge. Op. cit., p. 50). O autor observa que, quando do começo das atividades da Cassação francesa, sua missão era muito mais a de resolver as disputas entre a Assembleia Nacional e o Poder Judiciário francês. Com isso, a original Cassação francesa estava mais predisposta a estabelecer o equilíbrio entre os Poderes constituídos do que a resolver as controvérsias particulares submetidas ao Poder Judiciário francês. Atente-se, a este respeito, para o fato de que a Cassação francesa original não integrava o Poder Judiciário francês. Nessa linha, a Cassação francesa original não resolvia as controvérsias postas nos processos; ela, se fosse o caso, cassava a decisão prolatada pelo Poder Judiciário, para que outra viesse a ser prolatada. Neste aspecto, as atividades da Cassação original eram muito mais voltadas ao interesse público que ao particular, ao qual a Cassação não dava diretamente qualquer satisfação.

⁴⁶³ MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 41.

postulados; vê a interpretação como lógico-argumentativa e reconhece a necessidade de coordenação entre jurisdição e legislação para a produção do direito.⁴⁶⁴

Na leitura de Taruffo,⁴⁶⁵ porém, já em 1920 Calamandrei⁴⁶⁶ sustentava que a *nomofilaxis* a ser exercida pela Cassação italiana havia de se conectar com atividade consistente em dar unidade à jurisprudência, de modo que as decisões emanadas da Cassação haveriam não só de fornecer a interpretação “exata” do direito, mas também de servir como cânone para a decisão de casos futuros. Calamandrei, com isso, antecipava o que viria a ser a principal função dos tribunais supremos: a “*nomofilaxis* através do precedente”, ou seja, a prolação de decisões universalizáveis projetadas para o futuro.⁴⁶⁷

Defendendo a atual prioridade do exercício das funções “públicas” pelas cortes de vértice, Taruffo⁴⁶⁸ sustenta que o que importa para mensurar a adequação da interpretação contida em uma decisão de cortes de vértice não é tanto a adequação da interpretação para resolver aquele caso particular que se está a decidir, mas a capacidade de aquela interpretação servir futuramente para resolver casos idênticos ou similares. Assim, em uma interpretação universalizável aplicada ao caso resolvido pela corte se efetiva a função de *nomofilaxis*.

Há numerosas confirmações para a tese de que a função fundamental das modernas supremas cortes é formular regras universalizáveis.⁴⁶⁹ Não é que a função “privada” de resolver controvérsias específicas tenha fracassado, mas a função “pública” de criar e interpretar o direito, com o estabelecimento de regras com potencial generalizável em função do princípio da igualdade, é a função mais importante da mais recente experiência das supremas cortes.

É neste sentido que Mitidiero⁴⁷⁰ constata que, embora o STF e o STJ pendam — de fato — mais para o modelo de cortes superiores (que dão guarida aos direitos das partes em concreto e buscam uniformizar a jurisprudência) do que para o de cortes supremas (as quais têm uma função menos reativa e mais proativa, buscando

⁴⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 53-54.

⁴⁶⁵ TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 557-570, p. 567-568.

⁴⁶⁶ CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile**. Torino: Fratelli Bocca, 1920.

⁴⁶⁷ TARUFFO, Michele. Precedente... Op. cit., p. 567-568.

⁴⁶⁸ TARUFFO, Michele. Le corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: CENTRO STUDI GIURIDICI E POLITICI DELLA REGIONE UMBRIA; CENTRO INTERNAZIONALE MAGISTRATI “LUIGI SEVERINI”. **Le Corti Supreme**: Atti. Perugia, 5-6 maio 2000. Milano: Giuffrè, p. 95-104, 2001, p. 96-97.

⁴⁶⁹ Ibidem, p. 97-100.

⁴⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 12.

dar unidade ao direito através do precedente), esta tendência fática de nossas cortes de vértice se coloca na contramão da história, na medida em que não permite que elas se utilizem de técnicas hábeis a promover — como o Estado Constitucional exige — a igualdade, a segurança jurídica e a tutela efetiva dos direitos.

A experiência das cortes supremas que efetivamente trabalham como cortes de precedentes mostra que a força dos precedentes é inversamente proporcional ao seu número.⁴⁷¹ Efetivamente, tem muito maior força um precedente que não é *overruled* e é seguido por décadas do que uma razão de decidir adotada em certo caso por uma corte suprema que, decidindo pressionada pelo volume de casos a apreciar e não havendo apreciado todos os principais⁴⁷² argumentos relativos à questão jurídica posta no caso concreto levado à análise, é facilmente deixada de ser observada.

No Brasil, no contexto que antecedeu a aprovação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que introduziu a necessidade de haver repercussão geral⁴⁷³ para a apreciação do mérito do recurso extraordinário, vinha-se difundindo a ideia de que eram amplas demais as possibilidades para os litigantes lançarem mão do recurso extraordinário. Um movimento semelhante, conforme dá conta Barbosa Moreira,⁴⁷⁴ havia culminado em previsão na Constituição de 1969 de que o Supremo Tribunal Federal pudesse, em seu regimento interno, limitar o cabimento do recurso extraordinário.

Embora o STF, sob a égide da Constituição de 1969, tenha exercido esse poder regulamentar com moderação, tal forma de limitação regimental não ficou infensa a duras críticas da doutrina. Criticou-se principalmente o fato de que as decisões do Supremo sobre a “relevância da questão federal” eram tomadas em

⁴⁷¹ TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: ANNUARIO DI DIRITTO COMPARATO E DI STUDI LEGISLATIVI. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, p. 11-36, 2011, p. 29-30.

⁴⁷² Observe-se que, segundo ensina Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010, p. 215-216), uma das condições que uma decisão judicial precisa observar para que se configure como um precedente é a de que enfrente *todos os principais argumentos* relativos à questão jurídica posta no caso concreto levado à análise.

⁴⁷³ Com a introdução do § 3º ao art. 102 da Constituição, com a seguinte redação: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁴⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reforma da Constituição Brasileira e o Supremo Tribunal Federal. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coords.). **El papel de los tribunales superiores**: parte 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 555-569, p. 559.

seções secretas, após as quais o resultado da deliberação do Supremo não vinha acompanhado de razões que observassem a tradição brasileira de que todas as decisões judiciais fossem motivadas. Uma tentativa de dar vazão a tais críticas adveio com alteração subsequente no regimento interno do STF, que passou a prever critérios para que uma questão federal fosse considerada “relevante”: seria “relevante” a questão federal que, “pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”. Como bem observado por Barbosa Moreira,⁴⁷⁵ tal previsão sofria do defeito da circularidade, pelo seguinte: (i) o STF só deveria conhecer de questões *relevantes* e (ii) só seriam consideradas questões relevantes aquelas que justificassem o conhecimento do recurso pelo STF. Não se explicitava, com isso, o que justificava a apreciação do Supremo ou o que tornava relevante uma questão.

Na sistemática atual, instituída pela Constituição de 1988 e mesmo com a inclusão (com a EC n. 45, de 2004) da necessidade de repercussão geral para o recurso extraordinário, o Supremo não recebeu a atribuição de restringir o cabimento do recurso extraordinário em seu regimento interno. O mesmo pode ser dito a respeito do STJ. Além disso, entende-se que a exigência constitucional de publicidade não autoriza a deliberação em sessão secreta e o dever constitucional de fundamentação de todas as decisões jurisdicionais não encontra exceção para a decisão acerca da presença ou ausência de repercussão geral.⁴⁷⁶

Como o texto constitucional remete à legislação o que haveria de ser compreendido como gozando de repercussão geral, o Código de Processo Civil de 1973 sofreu um acréscimo⁴⁷⁷ para definir como sendo questões de repercussão geral aquelas que sejam “relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Semelhante redação foi adotada pelo Código de 2015, que estabelece que “Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.⁴⁷⁸ Trata-se, como se verifica, de norma aberta que inclui a apreciação de

⁴⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reforma... Op. cit., p. 560.

⁴⁷⁶ Ibidem, p. 561.

⁴⁷⁷ Art. 543-A, parágrafo 1º, do CPC de 1973, incluído por lei em 2006.

⁴⁷⁸ Art. 1.035, parágrafo 1º, do CPC de 2015.

valores variáveis em grau e que, em última análise,⁴⁷⁹ terão o grau de importância de sua transcendência (econômica, política, social ou jurídica) apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, que decidirá se o grau de transcendência da questão é tamanho a ponto de se dever considerar que a questão tem repercussão geral que autorize a apreciação do mérito do recurso extraordinário.

Não se afasta totalmente, assim, a objeção de circularidade⁴⁸⁰: (i) o Supremo apreciará no mérito os recursos extraordinários que versem questões de repercussão geral e (ii) são de repercussão geral aquelas questões que tenham transcendência a ponto de merecerem ser apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Uma tal objeção de circularidade, porém, é dificilmente passível de ser afastada por qualquer filtro qualitativo⁴⁸¹ que se possa imaginar, uma vez que os filtros para a apreciação de recursos por cortes de vértice têm em vista justamente promover a seleção de casos em que seja conveniente a prolação de uma decisão de mérito da corte de vértice. E este tipo de casos dificilmente caberá completamente em uma definição legal mais fechada.

É certo que poderão ser formuladas “presunções” legais de hipóteses em que esteja presente repercussão geral. É o que ocorre quando o § 3º do art. 543-A, do Código de Processo Civil de 1973 estabelece que “Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. Mas dificilmente (e com prejuízo para a seleção das questões a terem seu mérito apreciado pelas cortes de vértice) todas essas hipóteses poderiam vir listadas de forma exaustiva e fechada na legislação.

⁴⁷⁹ E em última instância, na medida em que o Código de Processo Civil de 1973, com a redação recebida em 2006, confiou ao Supremo que tal decisão fosse impassível de recurso: “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, *em decisão irrecorrível*, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.” O mesmo se dá com o Código de 2015: “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, *em decisão irrecorrível*, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.”

⁴⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reforma... Op. cit., p. 560.

⁴⁸¹ Não assim para um filtro quantitativo, que estabeleça, por exemplo, que só serão conhecidos recursos que veiculem causa de valor superior a um dado montante. Tal espécie de filtro, porém, não é adotada pelo direito positivo brasileiro e, nos ordenamentos em que é adotada, sofre consideráveis críticas doutrinárias, justamente porque pode deixar de fora da apreciação das cortes de vértice questões de transcendência, que pudessem conduzir à formação de importantes precedentes, ou porque podem retirar da apreciação das cortes supremas questões de pouca expressão econômica, mas de grande repercussão social, política ou jurídica.

No CPC de 2015, além da hipótese em que o extraordinário impugne decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do STF,⁴⁸² o legislador determinou⁴⁸³ que se “presumisse” haver repercussão geral para o fim de cabimento de recurso extraordinário nos casos em que a decisão recorrida tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal, ou seja, pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal recorrido ou dos membros de seu respectivo órgão especial.

Note-se, no ponto, que a redação original do CPC de 2015⁴⁸⁴ previa ainda a “presunção” de repercussão geral em casos em que o acórdão recorrido houvesse sido proferido em julgamento de casos repetitivos, o que aumentaria sensivelmente o volume de feitos remetidos à apreciação do STF sem que necessariamente houvesse efetiva repercussão geral e sem que se constatasse substancial transcendência realmente presente a determinar a formação de precedente pelo Supremo. Tal previsão legal, porém, não chegou a entrar em vigor.

Observe-se, no ponto, que “presunções” legais como a de que se reconheça artificialmente repercussão geral a todos os recursos extraordinários em que se impugne acórdão que contrarie a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal, tornam a fazer do Supremo um tribunal mais de *controle* das decisões proferidas pelos outros tribunais do que de formação de *precedentes* a serem ulteriormente observados.

Note-se que nem sempre seria (do ponto de vista da otimização do trabalho) conveniente que o Supremo *controlasse* a correção das decisões proferidas pelos outros tribunais que alegadamente (consoante a versão do recorrente) estivessem em desacordo com a jurisprudência dominante do STF. Isto porque o caso concreto veiculado através do recurso extraordinário pode merecer um *distinguishing* em relação aos casos que conduziram à aprovação do verbete da Súmula ou à formação da jurisprudência dominante. E, ao afirmar isso em sua decisão sobre o mérito do recurso extraordinário, é possível que o STF destine tempo e recursos materiais e humanos em quantia desproporcional à efetiva repercussão do caso.

⁴⁸² Inciso I do § 3º do art. 1.035 do novo CPC.

⁴⁸³ Inciso III do mesmo § 3º do art. 1.035.

⁴⁸⁴ No inciso II do mesmo § 3º do art. 1.035, revogado ainda antes de o CPC de 2015 entrar em vigor, pela Lei 13.256, de 4 de fevereiro de 2016.

O fato é que se o legislador se ocupa de tornar compulsório à Corte admitir o recurso excepcional quando é afirmada pela parte a infringência à “jurisprudência dominante do Tribunal” (§ 3º do art. 543-A, do Código de Processo Civil de 1973 e inciso I do § 3º do art. 1.035 do novo CPC), tem-se um quadro institucional em que se demanda que a corte suprema não apenas crie, revogue, modifique e atualize precedentes, mas que também exerça o controle do respeito de seus próprios precedentes pelas cortes ordinárias. Diante de um quadro institucional tal, em que se desconfia que as cortes ordinárias estejam a descumprir precedentes das cortes supremas, atribui-se às cortes supremas uma quantidade descomunal de trabalho, que pode colocar em xeque tanto a prestação jurisdicional em tempo razoável quanto a possibilidade de que os precedentes das cortes de vértice tenham a qualidade argumentativa que deveriam ter.⁴⁸⁵

O presente trabalho, ao voltar-se especificamente às questões probatórias, procurará expor como, no tratamento dessas questões, as cortes supremas brasileiras têm entabulado desgastes (seção 5.2, infra) em sua jurisprudência tradicional para permitir aberturas hábeis a encontrar algum equilíbrio entre o *controle* de decisões de cortes ordinárias e o exercício da missão de formar e atualizar *precedentes*.

4.1.2 A tônica nas funções “públicas” ou nas “privadas” vs. as questões probatórias

Há quem, apoiado na ideia de que as cortes supremas devam priorizar suas funções “públicas”, sustente que, como a geração de precedentes depende de que as

⁴⁸⁵ É interessante a proposta apresentada por Nieva Fenoll (NIEVA FENOLL, Jordi. El modelo anglosajón en las Cortes Supremas: ¿solución o elusión del problema de la casación? In: OTEIZA, Eduardo (Coord.). **Cortes supremas**: funciones y recursos extraordinarios. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 69-90, p. 69-90) para que uma corte suprema possa desempenhar a contento tanto a atividade de estabelecer precedentes quanto a de controlar a observância de seus precedentes. O autor propõe que uma corte suprema tenha um órgão julgador “oficial”, de dimensões reduzidas, com não mais que 9 magistrados e, a par deste órgão julgador “oficial”, uma câmara “de apoio” com aproximadamente 20 magistrados. De acordo com a proposta do autor, o órgão “oficial” julgaria apenas os casos mais difíceis, em torno de 5% do total de casos, enquanto a câmara “de apoio” julgaria os casos restantes, de solução mais simples, seguindo estritamente os precedentes firmados pelo órgão “oficial”. A proposta tem como grande ponto positivo o de que a corte poderá se dedicar a produzir precedentes de qualidade, sem abrir mão de efetuar o controle de seus próprios precedentes. Como pontos negativos, no entanto, tem-se que uma tal distribuição de tarefas criaria uma espécie de uma instância suplementar, com relação à qual se poderia questionar a possibilidade de mais um recurso. Além disso, ficaria afastada do órgão “oficial” do tribunal a possibilidade de superar seus próprios precedentes ou de realizar juízo acerca de se tratar de caso de *distinguishing* ou não.

cortes supremas analisem um pequeno número de casos e não uma infinidade deles, então, para a finalidade de melhor se dedicar à fixação de precedentes, tais cortes não deveriam decidir acerca da matéria relativa à prova dos fatos.

Para Santos,⁴⁸⁶ por exemplo, a função de *ius constitutionis* conferida à Cassação (espanhola) como primordial impede que ela tenha de realizar a revisão fática. Para este autor, é preciso que se tenha obtido na primeira instância um bom sistema de fixação dos fatos, com aplicação certa das regras de ônus da prova para os fatos dúbios; e é também na primeira instância que é preciso que se admitam as provas de fatos pertinentes e úteis e não a de fatos impertinentes, que se produzam as provas com imediação e sob o contraditório, e que sua valoração observe os parâmetros legais e da “sana crítica”. O autor conclui que, para corrigir erros graves, há uma segunda instância e que é pouco razoável pensar que a Cassação chegará a juízo mais acertado sobre os fatos.

Como acentua Taruffo, se se quer que uma corte suprema seja capaz de exercer bem sua função de dar unidade ao direito com vistas ao futuro, praticando a “*nomofilaxis* por precedentes”, então se deve providenciar que a corte tenha a decidir não mais que um número razoável de casos e, assim, possa decidir com maior coerência, alcance, cognoscibilidade e autoridade.⁴⁸⁷

Daí a condição aparentemente paradoxal da tese sustentada neste trabalho. Com efeito, se se está de acordo (e este trabalho está de acordo com isto) em que as cortes supremas de um sistema devem priorizar o exercício de sua função *pública* de conferir unidade ao direito e garantir sua aplicação imparcial, promover a criação do direito e sua evolução, então tais cortes haveriam de se dedicar a um número *pequeno* de casos e questões, a fim de que possam desempenhar com qualidade e coerência suas atribuições, com isso permitindo que seus precedentes passassem a ser fundados, conhecidos e respeitados. E como controvérsias acerca do resultado da prova normalmente se fazem presentes em muitíssimos dos processos judiciais submetidos às instâncias ordinárias, se as cortes supremas se lançassem a decidir questões a respeito daquilo que deve ser dado por provado nos processos em geral,

⁴⁸⁶ OLIVA SANTOS, Andrés de la. Un modelo de casación civil eficaz para el tribunal supremo de España. In: ANUARIO DI DIRITTO COMPARATO E DI STUDI LEGISLATIVI. Nápoles: Scientifichè Italiane, p. 249-280, 2011, p. 265-266.

⁴⁸⁷ TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 93-106, p. 97; p. 106.

então o número de casos e questões a serem apreciados pelas cortes de vértice seria enorme, inviabilizando a formação de precedentes refletidos e coerentes.

Poder-se-ia argumentar que permitir que as cortes supremas se dedicassem a decidir questões acerca de se dever ou não considerar provados os fatos controvertidos objeto de prova nos processos particulares implicaria assentir que estas cortes se desviassem de sua função *pública* de conferir unidade ao Direito.

O que neste trabalho se propõe, porém, *não* é simplesmente que os casos concretos mereçam ter suas provas reapreciadas pelas cortes supremas por uma questão de *justiça do caso concreto* (o que realmente poderia implicar que as cortes supremas funcionassem como uma espécie de terceira instância ordinária).

O que se propõe nesta tese é que *apenas alguns dos casos* em que se discute o acerto da decisão do tribunal recorrido a respeito de questões probatórias sejam apreciados em recursos excepcionais dirigidos às cortes supremas. Propõe-se que tais casos não sejam aleatórios, mas definidos pela finalidade do recurso em questão e pela condição institucional da corte à qual ele é dirigido. Considerada a finalidade do recurso, será preciso que o acerto ou desacerto da decisão a respeito de questão probatória tenha sido o motivo pelo qual é cabível o recurso (no caso do STJ, é preciso que esteja em questão a correta interpretação e aplicação de tratado ou de lei federal; no caso do STF, há de estar em questão a correta interpretação e aplicação da Constituição). Além disso, levando-se em consideração a posição institucional desses tribunais no desenho institucional constitucional, é preciso que a apreciação do mérito de tais recursos permita a esses tribunais o desempenho de sua finalidade institucional: estabelecer precedentes na matéria, precedentes que haverão de ter relevância e transcendência substanciais a ponto de tornar justificada a apreciação do mérito da questão pela corte suprema.

Para que o número de casos e questões a terem o mérito apreciado por cortes supremas não seja grande a ponto de inviabilizar o exercício de suas funções institucionais, porém, será preciso que *não* se admitam recursos excepcionais ante a *mera alegação* de que o modo como os fatos foram acertados nas vias ordinárias tenha violado a Constituição ou tratado ou lei federal.

Ao lado de especificar as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais dirigidos a suas cortes supremas, um ordenamento comprometido com a viabilidade de que suas cortes supremas efetivamente promovam a unidade do direito e produzam precedentes efetivos tem de ser (ao menos minimamente) seletivo na

admissão de causas e de questões, com filtros que habilitem as cortes supremas a prolatar decisões de qualidade.⁴⁸⁸

Como se vem defendendo neste trabalho, as decisões acerca de questões probatórias são decisões *jurisdicionais* que demandam parâmetros *jurídicos*. Uma vez que tais parâmetros, em sendo necessário, venham a ser estabelecidos em decisões jurisdicionais proferidas por cortes de vértice de um sistema, poderão ganhar a dimensão de precedentes capazes de orientar decisões futuras.

É nessa medida que Stürner menciona⁴⁸⁹ que, na Alemanha, regras especiais de ônus da prova em casos de má-prática médica, por exemplo, são resultado do *case law* da suprema corte.

Não é diferente no Brasil, em que foram importantes, por exemplo, os precedentes produzidos no Superior Tribunal de Justiça sobre a valoração a ser dada à negativa de suposto pai a se submeter a exame de DNA (seção 5.2.2, *infra*) e no Supremo Tribunal Federal, por exemplo, sobre a licitude da gravação ambiental feita em local público.⁴⁹⁰

Nessa medida, decidir determinadas questões probatórias, produzindo precedentes em relação a tais questões, pode ser atividade aliada ao exercício de uma tarefa das cortes supremas que é muito mais ligada à ideia de conferir unidade ao direito do que à de controlar a correção das decisões das cortes ordinárias.

⁴⁸⁸ No Brasil, a necessidade de “repercussão geral” para a admissão do recurso extraordinário foi estabelecida por Emenda à Constituição da República em 2004, com o acréscimo do parágrafo 3º ao art. 102: “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, há Proposta de Emenda Constitucional acrescentando a mesma exigência para a admissibilidade do recurso especial.

⁴⁸⁹ STÜRNER, Rolf. The New Role of Supreme Courts in a Political and Institutional Context from the German Point of View. In: ANNUARIO DI DIRITTO COMPARATO E DI STUDI LEGISLATIVI. Nápoles: Scientifiche Italiane, p. 335-358, 2011, p. 345-347.

⁴⁹⁰ Isto foi reafirmado, por exemplo, na questão de ordem assim ementada: “EMENTA: AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro.” (RE 583937 QO-RG. Rel. Min. Cezar Peluso, . 19 nov. 2009. Repercussão Geral: mérito, DJe-237, divulg. 17 dez. 2009, publ. 18 dez. 2009. Ement. v. 02387-10, p. 01741. RTJ v. 00220, p. 00589. RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194). O STF, ademais, recentemente decidiu pela repercussão geral da questão relativa à licitude da gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?tipo=AC&numeroTemaInicial=&numeroTemaFinal=&txtTituloTema=prova&acao=acompanhamentoPorTema&botão>>. Acesso em 12 jun. 2015.

4.1.3 Fazer precedente vs. corrigir erro grave ou decisão manifestamente arbitrária ou absurda

Tratando do estado atual da questão acerca da cognoscibilidade das questões probatórias por cortes de cassação, Ledesma⁴⁹¹ distingue três possibilidades: (1) uma primeira, rígida ou tradicional, de acordo com a qual qualquer questão relativa à apreciação da prova contida na decisão recorrida fica excluída do exame da cassação; (2) uma segunda, que opera uma flexibilização fraca da primeira, de modo que em princípio ficam excluídas da apreciação da cassação as questões probatórias, ficando, porém, ressalvados casos excepcionais em que é *manifesta* a arbitrariedade ou o *absurdo*⁴⁹² da valoração operada pela decisão recorrida; (3) uma terceira, cética, segundo a qual as questões de fato e as de direito são indistinguíveis, de modo que a revisão de qualquer questão de direito ingressa em questões fáticas. De acordo com a autora, é a segunda destas possibilidades a que tem prevalecido na jurisprudência da Corte da Província de Buenos Aires e na do Tribunal Superior de Córdoba.

Landoni Sosa⁴⁹³ dá conta dos conceitos de “arbitrariedade” e de “abuso evidente”, utilizados pela doutrina e pela jurisprudência para argumentar pela admissão excepcional de questões probatórias em sede cassacional, quando a apreciação da prova pela decisão recorrida implica clara inadequação em relação aos parâmetros da “sana crítica”. E menciona um caso decidido em 2005 pela Suprema Corte uruguaia em que se assentaram expressamente quais os casos excepcionais em que a jurisprudência da corte admitia examinar o quadro fático, quais sejam: a) casos em que violada regra legal expressa que prevê uma certa eficácia probatória ou que exclui um certo meio de prova; b) casos em que a conclusão da decisão recorrida sobre o quadro fático é arbitrária ou notoriamente absurda.

Taruffo⁴⁹⁴ relata que a Cassação italiana nega a revisão de juízos de fato, porém realiza tal revisão, excepcionalmente, de forma sub-reptícia, utilizando-se do

⁴⁹¹ LEDESMA, Ángela Ester. Algunas reflexiones sobre da función de los tribunales de casación. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coords.). **El papel de los tribunales superiores**: 2. parte. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 57-74, p. 70-71.

⁴⁹² Itálicos no original.

⁴⁹³ LANDONI SOSA, Ángel. El recurso de casación y el acceso a la justicia en el Derecho uruguayo. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coords.). **El Papel de los tribunales superiores**: 2. parte. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 157-190, p. 179-180.

⁴⁹⁴ TARUFFO, Michele. Una riforma della cassazione civile? In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coords.). **El papel de los tribunales superiores**: 2. parte.

argumento de que está realizando a revisão da motivação da decisão recorrida. Para o autor, seria mais claro e mais coerente com o sistema admitir a revisão de questões probatórias, desde que diante da presença de um sistema de seleção (semelhante à *grundsätzliche Bedeutung*⁴⁹⁵ exigida pela Revisão alemã) que permitisse à corte suprema debruçar-se sobre um número limitado de questões, especificamente aquelas questões que *mereçam* ser decididas por uma corte suprema.

Acerca da via utilizada pela Cassação italiana para excepcionalmente admitir a revisão de questões relativas às provas dos fatos, Chiarloni⁴⁹⁶ explica sua divergência em relação à posição de Ferrajoli: este último autor provavelmente se pautava pelas preocupações inerentes ao processo penal, de modo que, preocupado com o alto valor da liberdade (em comparação com o da propriedade em sentido amplo, que normalmente está em jogo no processo civil), Ferrajoli defendia uma abertura maior da revisão pela Cassação em razão de déficit de motivação. Diferentemente, diante da preocupação do processualista civil em evitar que a Cassação se transforme em uma terceira instância, menos inquieto com o *jus litigatoris* e mais com o *jus constitutionis*, o controle da motivação pela Cassação deve se restringir ao mínimo.

Observe-se que, de qualquer sorte, se bastasse ao recorrente *afirmar* que a decisão recorrida incidu em arbitrariedade para que o tribunal *ad quem* houvesse de apreciar o mérito do recurso (como se se tratasse de um direito subjetivo da parte que faz tal afirmação), então um recurso que haveria de ser excepcional passa a funcionar como uma via de acesso a uma ordinária terceira instância.⁴⁹⁷

Por isso é que há, na prática, uma combinação entre, de um lado, o uso de teorias que sustentam a admissão *excepcional* de recursos dirigidos às cortes de vértice, que veiculem pretensões à correção de manifesta arbitrariedade, com a realização, de outro lado, de um juízo de admissibilidade que em ampla medida fica a

Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 15-48, p. 40.

⁴⁹⁵ Em tradução livre: significação fundamental.

⁴⁹⁶ CHIARLONI, Sérgio. **Función nomofiláctica y valor del precedente**. In: OTEIZA, Eduardo (Coord.). **Cortes supremas: funciones y recursos extraordinarios**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 33-53, p. 42.

⁴⁹⁷ É nesse sentido a percepção de Lázzari (LÁZZARI, Eduardo Néstor de. La denegación de recursos extraordinarios que versan sobre cuestiones insustanciales o carentes de transcendencia. In: OTEIZA, Eduardo (Coord.). **Cortes supremas: funciones y recursos extraordinarios**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 93-105, p. 94) sobre o que se passou com o uso da teoria da arbitrariedade ou do absurdo na Argentina.

critério da corte, semelhante a um juízo sobre a repercussão geral ou sobre a significação fundamental da decisão a ser prolatada pela corte de vértice.

Como observa Stürner⁴⁹⁸ ao tratar da experiência da Corte Constitucional alemã, erros *graves* na interpretação e aplicação do direito por outras cortes *podem* ganhar dimensão constitucional: isto *pode* ser visto como violação ao direito constitucional de ficar livre de ação *arbitrária* do Estado. O mesmo pode ocorrer no exercício das funções da Corte Suprema alemã, que exerce as funções de vértice do sistema quanto à unidade do direito infraconstitucional.

Como explica Cabral,⁴⁹⁹ o sistema recursal alemão dispõe de dois diferentes filtros. Para a reclamação constitucional⁵⁰⁰ há a necessidade de que haja significação geral (*allgemeine Bedeutung*). Para os recursos em geral,⁵⁰¹ inclusive para as cortes ordinárias, exige-se significação fundamental (*grundsätzliche Bedeutung*). Para Cabral,⁵⁰² a “significação geral” privilegia a capacidade de a decisão influir em uma pluralidade de outros casos, o que se baseia na difundida concepção de que a reclamação constitucional tem caráter subsidiário, ao passo que a “significação fundamental” abarca decisões sobre questões importantes, ainda que sem probabilidade de multiplicação.

A despeito disso (dessa ideia de que para haver significação geral é preciso que a decisão a ser tomada seja capaz de influir em uma pluralidade de outros casos), o autor relata que na Alemanha se considera atendida a exigência de significação geral (*allgemeine Bedeutung*) se há “prejuízo grave e inevitável” para a tutela dos interesses do reclamante.⁵⁰³ E não há dificuldade intransponível em se compreender a razão de ser disso: se qualquer decisão jurisdicional em um Estado de Direito precisa, para estar justificada, ser dotada da característica de ser universalizável⁵⁰⁴ (ou seja, de poder ser extensível a eventuais pendentes ou futuros casos similares),

⁴⁹⁸ STÜRNER, Rolf. Op. cit., p. 342.

⁴⁹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 71-85.

⁵⁰⁰ Que, segundo expõe o autor (*Ibidem*, p. 74), pode ser entendida como um sucedâneo recursal excepcional ou como um mandado de segurança *per saltum*, ou seja, é uma via de acesso direto à Corte Constitucional, sob o argumento de que decisão judicial (não necessariamente de última instância) violou a Constituição. Para se poder lançar mão da reclamação constitucional, no entanto, a par desta alegação, é preciso haver significação geral (*allgemeine Bedeutung*).

⁵⁰¹ Embora haja previsão de “significação fundamental” tanto para a apelação como para a *Revision*, entende-se que a significação fundamental deve ser interpretada de acordo com a condição estrutural-teleológica de cada qual desses recursos. *Ibidem*, p. 80-81.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 75.

⁵⁰³ *Ibidem*.

⁵⁰⁴ V. seção 1.1.5 *supra*.

então uma resposta de mérito da corte a uma violação aberrante a um determinado direito de um cidadão em particular poderá ser necessária para produzir uma significação geral, ainda que em casos que tendencialmente se possa imaginar pouco repetíveis.⁵⁰⁵

Se para a significação geral (*allgemeine Bedeutung*), que tende a exigir repetitividade, a constatação de prejuízo “grave e inevitável” aos direitos constitucionais do reclamante pode autorizar a reclamação, então com mais razão em casos de decisões manifestamente arbitrárias que violem direito do jurisdicionado se pode concluir que poderá haver significação fundamental (*grundsätzliche Bedeutung*) a autorizar a interposição de recurso.

E, com efeito, se, por um lado, no sistema recursal alemão se entende que não há significação fundamental (*grundsätzliche Bedeutung*) quando há baixa probabilidade de êxito do recurso,⁵⁰⁶ por outro, admite-se que pode haver significação fundamental (*grundsätzliche Bedeutung*) quando é preciso desenvolver o direito ou dar-lhe unidade em matérias regradas muito recentemente, nas relações jurídicas dinâmicas; nas alegações de violação tal de princípios processuais fundamentais que tenha acarretado ofensa “incisiva” a valores fundamentais; ou quando há contrariedade da decisão recorrida em relação à jurisprudência superior.⁵⁰⁷

Semelhantemente, o Tribunal Constitucional espanhol já teve a oportunidade de elencar, advertindo não se estar diante de hipóteses exaustivas, algumas das hipóteses em que poderá haver transcendência que autorize o recurso excepcional. Dentre tais hipóteses encontram-se: casos novos, casos em que pode haver mudança da jurisprudência do tribunal, contrariedade à Constituição que o Tribunal considera que deva ser corrigida, casos em que os tribunais ordinários vêm decidindo certa questão de forma contraditória, negativa manifesta da decisão recorrida a acatar a jurisprudência do Tribunal, e até mesmo um *grave* prejuízo a um direito em concreto.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ Pode-se pensar, por exemplo, no caso das gêmeas siamesas (seções 1.1.5 e 3.5, supra): por menos que o caso pudesse vir a se repetir, a decisão da corte suprema tinha uma significação geral que exigia que a corte se posicionasse, pois, se caso com circunstâncias semelhantes viessem a se repetir, a decisão do caso subsequente haveria de ser influenciada pelo precedente da corte suprema.

⁵⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., p. 77. E se não há “significação fundamental”, o parágrafo 526 da ZPO autoriza a decisão monocrática pelo relator.

⁵⁰⁷ Ibidem, p. 79-80.

⁵⁰⁸ LÁZZARI, Eduardo Néstor de. Op. cit., p. 97-98.

Como se verá na seção 5.2, infra, os desgastes que vêm sendo operados pelas cortes supremas brasileiras em sua jurisprudência tradicional que explicitava estar vedado em qualquer hipótese o exame de questões probatórias em recursos excepcionais vêm sendo realizados por motivos bastantes similares a estes.

Os casos de arbitrariedade manifesta no exame da prova pelas instâncias ordinárias, nessa linha, podem ser em alguma medida compreendidos como casos em que a afirmação ou a reafirmação de precedente para o controle de decisões grosseiramente equivocadas não consistirá simplesmente em um controle milimétrico da exatidão da decisão recorrida, mas sim em uma definição do conteúdo de seus precedentes e em uma afirmação da autoridade dos precedentes da corte suprema.

4.2 A AUTORIDADE DE PRECEDENTE PROVENIENTE DE CORTE DE VÉRTICE

Nos poucos casos em que uma contemporânea corte suprema (mais orientada a conferir unidade ao Direito que a realizar o controle da justiça da decisão prolatada pelas instâncias ordinárias) haverá de se posicionar a respeito de questões envolvendo a prova dos fatos objeto de acerto no processo, para o sistema de justiça será em certa medida secundário o resultado que o julgamento produzirá em relação às partes em concreto.

O interesse das partes que levaram o processo à apreciação da corte suprema não é totalmente secundário nem pode ser assim tratado, uma vez que o sistema de justiça conta com a participação das partes (movidas por seus interesses) para que se possa produzir precedentes a orientarem a vida em sociedade e a solução de casos similares pendentes e futuros. E nessa medida o resultado que poderá advir às partes haverá de ser estimulante a ponto de conduzi-las (se for o caso) a dirigir suas pretensões às cortes de vértice formadoras dos precedentes de maior importância no interior do sistema de justiça.

Uma vez feita esta observação quanto ao estímulo a ser oferecido pelo sistema de prestação de tutela jurisdicional às partes que podem levar questões às cortes vértice, o que mais importará nas decisões das cortes supremas a respeito das questões probatórias (no desempenho das funções inerentes à condição de corte suprema, ou seja, na realização da *nomofilaxis* através do precedente) serão: os

fundamentos pelos quais se concluiu quais os fatos que estavam ou não suficientemente provados; por quais motivos expressamente expostos se concluiu que foi ou não suprido o *standard* de prova aplicável ao caso; porque era um determinado (e não outro) o *standard* aplicável a um caso com determinadas características (explicitando-se quais as características consideradas); e por quais razões a distribuição do ônus da prova haveria de dar-se da forma como se decidiu adequada.

E isso se dá porque a fixação de precedentes fortes em um sistema jurídico depende da força argumentativa das regras contidas nesses precedentes ou deles extraíveis.

Partindo-se da ideia de que cortes supremas que têm obtido mais êxito na construção e desenvolvimento de uma justiça coerente, eficiente e confiável são aquelas que melhor se revelam capazes de realizar a *nomofilaxis* através do precedente,⁵⁰⁹ uma questão importante a ser aqui discutida é a que diz respeito à força dos precedentes (especialmente daqueles emitidos pelas cortes supremas de um sistema).

A este respeito, deve-se inicialmente observar que argumentos baseados em precedentes operam substancialmente como argumentos baseados em regras: a autoridade da regra (decorrente do precedente como a decorrente de outras fontes) confere a ela um peso independente,⁵¹⁰ uma espécie de razão excludente.⁵¹¹

O que distingue o raciocínio baseado em regras daquele baseado em precedentes é a demanda, na construção do raciocínio baseado em precedentes, pela construção de uma generalização acerca do antecedente normativo,⁵¹² que, no caso das regras enunciadas de forma canônica, já existe.⁵¹³

Schauer⁵¹⁴ dá como exemplo os casos *Donoghue v. Stevenson* e *MacPherson v. Buick*, em que se considerou que o fabricante de refrescos engarrafados era responsável perante o consumidor caso o refresco contivesse restos de caracol em decomposição. Schauer se pergunta o que ocorreria em um caso subsequente em que houvesse restos de aranha em uma garrafa de água gaseificada. A dificuldade surge porque os casos precedentes não tratavam de uma categoria (como as regras

⁵⁰⁹ TARUFFO, Michele. *Las funciones...* Op. cit., p. 93-106.

⁵¹⁰ SCHAUER, Frederick. Op. cit., p. 245.

⁵¹¹ RAZ, Joseph. Op. cit., p. 54-57.

⁵¹² Sempre que A (antecedente normativo), então B (consequente normativo).

⁵¹³ SCHAUER, Frederick. Op. cit., p. 245.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 246.

em formato canônico costumam fazer), mas de um acontecimento específico. Deste modo, origina-se uma necessidade de generalizar quando se está diante de um caso subsequente ao qual possivelmente se deva decidir com base no precedente. E o fato determinante da regra de similitude, a regra de relevância, é em certo sentido estabelecido pelo tribunal que vem a decidir o caso subsequente, o qual tem de estabelecer a generalização, uma vez que o caso precedente não a estabeleceu. Schauer ressalta,⁵¹⁵ porém, haver um enfoque que considera que os precedentes estabelecem não só quais os acontecimentos que conduziram à decisão prolatada, mas também a descrição que o tribunal precedente fez desses fatos. Nestes casos, a argumentação baseada em precedentes é bastante similar à baseada em regras. Assim, no exemplo de Schauer, se o tribunal precedente decide o caso do caracol na garrafa esclarecendo que o faz *porque* não deve haver substâncias nocivas em produtos consumíveis e descreve explicitamente o fato de haver restos de caracol na bebida como um exemplo de substância nociva em produto consumível, então a generalização já estará contida no precedente. De qualquer sorte,⁵¹⁶ haverá sempre restrições ao julgador do caso subsequente para determinar quais acontecimentos se assemelham a quais outros acontecimentos, a demonstrar que nada há nas restrições baseadas em precedentes que as diferencie univocamente daquelas restrições baseadas em regras (cuja formulação pode conter termos mais ou menos canônicos, mais fechados ou mais abertos, mais determinados ou mais indeterminados).

Observada a semelhança entre o raciocínio aplicável às regras positivadas (desde aquela disposição normativa que tem a formulação mais canônica até aquela formulada de maneira mais aberta e indeterminada) e o raciocínio aplicável às regras formuladas através de decisões habilitadas a funcionar como precedentes, há que se tratar da força dos precedentes e, na sequência, da relação entre a força dos precedentes e o tema objeto deste trabalho.

O argumento baseado em precedentes é baseado na autoridade da decisão precedente — não apenas no fato da experiência de se haver decidido um caso precedente de uma determinada maneira.⁵¹⁷ Assim é que tanto maior será a força vinculante de um precedente quanto maior for a autoridade dele para se firmar como paradigma. Tal autoridade não decorre simplesmente do fato de o precedente haver

⁵¹⁵ SCHAUER, Frederick. Op. cit., p. 248.

⁵¹⁶ Ibidem, p. 249-250.

⁵¹⁷ Ibidem, p. 245.

sido emanado de um tribunal que esteja no alto da hierarquia do Poder Judiciário, mas, talvez principalmente, da capacidade da decisão precedente de sustentar argumentativamente a correção da decisão para aquele tipo de caso que foi decidido no precedente. É por isso que, para Bustamante,⁵¹⁸ o principal fundamento para o dever de respeitar precedentes não é a autoridade (baseada na posição hierárquica do órgão prolator) do precedente, mas a exigência de que eles sejam universalizáveis.

Em verdade, a disputa entre mais importar (para sua respectiva capacidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e juízes) a autoridade ou a capacidade de universalidade do precedente não é produtiva, na medida em que autoridade e a característica de ser universalizável são condições amplamente relacionadas uma com a outra, se por autoridade não se entende apenas a posição hierárquica do órgão prolator da decisão, mas também a força argumentativa das razões apresentadas na decisão precedente.

Não só as cortes supremas, também os tribunais locais podem proferir julgados que funcionem como precedentes (caso decididos em última instância) nos locais onde exercem jurisdição. Em locais ou para situações sujeitas à jurisdição de outro tribunal local, não se pode dizer que se trate propriamente de precedentes (ao menos não de precedente vertical, mas apenas horizontal⁵¹⁹). No entanto, as razões de decidir contidas em um julgado paradigma são fatores a serem considerados quando decisão em caso análogo houver de ser proferida em local não sujeito à jurisdição do tribunal prolator da decisão paradigma. Isto porque se trata dos principais argumentos⁵²⁰ concernentes às questões submetidas à decisão judicial subsequente, os quais, uma vez já havendo sido objeto de uma decisão judicial capaz de se firmar como precedente (ainda que em outra localidade), merecem enfrentamento explícito na decisão subsequente que também tenha a pretensão de se firmar como precedente.

⁵¹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 267.

⁵¹⁹ TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 541-556, p. 544-545.

⁵²⁰ Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes...** Op. cit., p. 215-216) ensina que só se pode falar em precedente quando se está diante de uma decisão dotada de algumas características reunidas: 1. Capacidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e juízes; 2. Tratar-se de uma decisão acerca de matéria de direito e não de matéria de fato; 3. A decisão apta a gerar precedente tem de enfrentar *todos os principais argumentos* relativos à questão jurídica posta no caso concreto levado à análise.

Nesta linha, também um caso definitivamente decidido em primeira instância (por exemplo, a respeito de uma questão nova, introduzida com uma alteração legislativa recente), enfrentando a sentença os principais argumentos inerentes ao caso analisado, trará a um caso futuro análogo um ônus argumentativo a fim de que, para se decidir de forma diversa, se apresentem razões fortes o bastante para superar as razões de decidir do caso anterior. Embora incomum, o hipotético caso de sentença definitiva que seja a única a haver enfrentado um caso que venha a se repetir gera, em uma cultura de respeito a precedentes e à jurisdição, um ônus argumentativo adequado à autoridade decorrente da força de seus fundamentos e da completude com que os principais argumentos oponíveis a ela foram enfrentados.

Para gozar de *status* de precedente, a decisão jurisdicional tem de portar uma alta dose de autoridade. Esta autoridade será tanto maior quanto mais importante for o órgão jurisdicional prolator da decisão no funcionamento do sistema judicial, de modo que terá maior força o precedente emanado do tribunal que tenha a função, no sistema jurisdicional, de dar a última palavra sobre o assunto decidido.⁵²¹ Ao lado disso, a força do precedente dependerá da força argumentativa da decisão.⁵²² Trata-se de dois fatores que, juntos, exponenciam a força do precedente firmado.

Grimm⁵²³ destaca que, embora muito mais ativista que a Corte Suprema americana, a corte constitucional alemã goza de alta aquiescência por parte do Estado e da classe política, o que, para o mencionado autor, provavelmente tenha algo a ver com a confiança da sociedade na corte. A confiança da sociedade e a consciência por parte da corte constitucional alemã de seu papel, porém, não produziria os efeitos que produziu em termos de aceitação de suas decisões e força dos precedentes pela corte criados se suas decisões não detivessem uma fundamentação minuciosa e de elevado nível técnico.

Caponi,⁵²⁴ a este respeito, conclui que há uma radical diferença entre os ordenamentos da Itália e da Alemanha: é a diferença do impacto jurídico e social em

⁵²¹ TARUFFO, Michele. Le funzioni... Op. cit., p. 27-28.

⁵²² Ibidem, p. 27-28; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Op. cit., p. 270. É neste sentido também o entendimento de Marinoni. De acordo com este autor, os precedentes têm “autoridade pelo simples fato de serem editados pelo órgão que, no Judiciário, tem poder para definir o sentido do direito”. Mas eles “dependem de justificativa, e essa, quanto mais adequada for, maior autoridade dará ao precedente” (MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ**... Op. cit., p. 111).

⁵²³ GRIMM, Dieter. The German Constitutional Court. In: PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara (Orgs.). *Come Decidono le Corti Costituzionali (e Altri Corti): How Constitutional Court Make Decisions*. Milano, 25-26 maio 2007. **Atas**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 41-57, p. 55-57.

⁵²⁴ CAPONI, Remo. “Ciò que non fa la legge, lo fa il giudice, se capace”: l’impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana. In: ANNUARIO DI DIRITTO COMPARATO E DI

cada um desses dois países das decisões de sua respectiva corte constitucional. Para o autor, a corte constitucional da Alemanha dialoga com os cidadãos mais que com o poder político e ela não teme tratar dos problemas que afligem a sociedade nem desequilibrar-se, porque suas atuações são pautadas pela notável força da argumentação jurídica.

Neste ponto, é interessante notar que o número de decisões proferidas pela Corte de Cassação italiana é muito superior ao número de decisões da Revisão alemã. E isso não apenas considerando-se as decisões da corte como um todo, mas também considerando-se o número de decisões por magistrado integrante da corte, o que confirma a ideia de que a qualidade das decisões (e respectiva autoridade dos precedentes) tende a ser tanto maior quanto menor o número de decisões proferidas (e, subsequentemente, quanto mais a Corte e cada um de seus magistrados consegue se dedicar à qualidade argumentativa da decisão).

Com efeito, Carpi⁵²⁵ dá conta de que em 2008 a Corte de Cassação italiana contava com 351 magistrados (com uma população de 60 milhões de habitantes, o que resultava o número de um magistrado na Cassação para cada 170.940 habitantes) enquanto a Alemanha contava com 127 magistrados em sua corte de Revisão (com uma população de 82 milhões de habitantes, havia um magistrado na Revisão para cada 645.669 habitantes). Enquanto naquele ano a Cassação italiana julgou 79.111 processos (252 por magistrado), a Revisão alemã julgou 11.442 (90 por magistrado).

Os números brasileiros são ainda mais expressivos. A população brasileira é estimada⁵²⁶ em aproximadamente 205 milhões de habitantes; contando o STJ com 33 Ministros, há um Ministro no STJ para cada 6.212.121 habitantes. No ano de 2014 aportaram ao STJ 325.855 casos novos. Foram proferidas naquele ano 390.052 decisões terminativas,⁵²⁷ o que equivale a quase 5 vezes o número de processos julgados pela Cassação italiana no ano de 2008 e a 34 vezes o número de processos

STUDI LEGISLATIVI. Nápoles: Scientifiche Italiane, 2011, p. 225-226, p. 225-226.

⁵²⁵ CARPI, Federico. **El acceso a la corte de casación**. In: OTEIZA, Eduardo (Coord.). **Cortes supremas: funciones y recursos extraordinários**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 17-32, p. 21-25.

⁵²⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

⁵²⁷ Estes dois últimos números são do Relatório “Justiça em Números 2015”, referente ao ano de 2014. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2015: ano-base 2014**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 04 jan. 2016).

julgados pela Revisão alemã em 2008. Considerando-se que o STJ conta com 33 Ministros, tem-se uma média de 11.879 decisões por magistrado no ano de 2014. Este número de decisões por magistrado integrante do STJ equivale a 47 vezes a produtividade do magistrado integrante da Cassação italiana e a aproximadamente 132 vezes a produtividade do magistrado integrante da Revisão alemã. Ou seja: no tempo que o magistrado integrante da Cassação italiana destinou à resolução de 1 processo, um ministro do STJ se dividiu na prolação de decisões terminativas em 47 processos. E, no tempo que o magistrado integrante da Revisão alemã destinou à reflexão acerca de uma controvérsia e à elaboração da respectiva decisão, um ministro do STJ prolatou em média 132 decisões terminativas.

Uma situação como a italiana, em que é muito alto o número de magistrados integrantes da Cassação e em que de cada um desses magistrados é exigido um número muito alto de decisões (e, considerados os números supra, mais acentuada ainda — 47 vezes mais acentuada — é a condição brasileira), finda por gerar um círculo vicioso,⁵²⁸ na medida em que, ao aumentarem os recursos (que chegam à corte e que são julgados), aumentam também os contrastes entre as decisões proferidas. Nas palavras de Chiarloni, “quanto mais a jurisprudência da corte se assemelha a um supermercado onde o sucumbente também encontra precedentes que lhe são favoráveis, mais aumentam os recursos”.⁵²⁹

Daí se vê que a respeitabilidade dos precedentes gerados por uma corte tem relação direta com a qualidade da fundamentação explicitada em seus julgados. Quanto mais bem-acabada a fundamentação a respeito de cada um dos argumentos que em tese fossem capazes de enfraquecer um precedente, tanto maior será sua força e sobrevida. Assim, o precedente se previne de distinções (*distinguishings*) inaplicáveis e de superações (*overrulings*) precipitadas.

Destarte, pode-se encaminhar a conclusão deste tópico com o assentamento da ideia de que a força dos precedentes decorre da sua autoridade, autoridade esta que advém de dois fatores primordiais, os quais, juntos, exponenciam a força do precedente: (1) a qualidade da argumentação neles contida e (2) a posição hierárquica

⁵²⁸ Denunciado por CHIARLONI, Sérgio. Op. cit., p. 37.

⁵²⁹ Tradução livre de “*Y cuanto más la jurisprudencia de la Corte se asemeja a un supermercado donde el perdidoso en el juicio de mérito también encuentra precedentes que le son favorables, tanto más aumentan los recursos*”. (Ibidem).

do órgão prolator da decisão, sendo máxima a posição das cortes supremas naquelas matérias em que têm competência para dar a última palavra.

Com autoridade proveniente tanto da legitimidade argumentativa quanto de sua condição hierárquica no sistema jurisdicional, as cortes supremas são capazes de fixar precedentes que gerem a máxima cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade na interpretação e aplicação do direito também nas questões (jurídicas, como acima se defende) relativas: às inferências capazes de conduzir ao acerto de fatos em situações semelhantes àquela que funcionou como uma situação paradigma; aos *standards* de prova aplicáveis a casos análogos aos casos paradigma; e à distribuição do ônus da prova em casos que se assemelhem ao paradigma.

Pode-se afirmar que, tendencialmente, quanto mais tiver uma corte suprema capacidade de voltar seus esforços à qualidade argumentativa (e à publicidade efetiva) de certo precedente seu, tanto maior será de fato a autoridade deste precedente e tendencialmente maior será a observância dele pelas instâncias ordinárias.

Isto é patente para aqueles que observam na prática forense brasileira o respeito comparativamente superior que se dá aos precedentes firmados em julgamento sob o rito de demandas repetitivas, previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e agora nos arts. 1.036 a 1.041 do Código de 2015. De acordo com tal rito, ficam sobrestados processos similares, pode ser admitida participação de *amici curiae* e há manifestação do Ministério Público. No caso do STJ, há previsão regimental para que recursos afetados ao julgamento sob o rito dos repetitivos sejam apreciados pela Seção (que reúne as Turmas com competência na matéria). Tudo isso faz com que o debate seja mais intenso e com que a qualidade argumentativa da decisão proferida seja tendencialmente superior, resultando uma autoridade superlativa dos precedentes firmados em sede de recursos julgados sob tal rito.⁵³⁰

⁵³⁰ O respeito na prática jurídica a tal espécie de precedente é tamanho que o STJ firmou o entendimento de que não cabe agravo ou reclamação ao STJ (cabera apenas agravo regimental ao próprio tribunal *a quo*) contra a decisão de tribunal *a quo* que não admite recurso especial interposto contra acórdão cuja orientação coincide com a decisão que veio a ser tomada no julgamento em regime de demandas repetitivas. Tal entendimento foi firmado em questão de ordem, na qual constou do voto do Ministro relator o seguinte trecho: “Não se perca de vista que a redução de processos idênticos permite que o Superior Tribunal de Justiça se ocupe cada vez mais de questões novas, ainda não resolvidas, e relevantes para as partes e para o País. Assim, criado o mecanismo legal para acabar com inúmeros julgamentos desnecessários e inviabilizadores de atividade jurisdicional ágil e com qualidade, os objetivos da lei devem, então, ser seguidos também no momento de interpretação dos dispositivos por ela inseridos no Código de Processo Civil e a ela vinculados, sob pena de tornar o

Como, ao lado disso, os tribunais (possivelmente confiantes na qualidade argumentativa da decisão tomada mais refletidamente) conferem ampla publicidade a estes julgados, é notório que as instâncias ordinárias conferem a tais precedentes um *status* especial.

esforço legislativo totalmente inócuo e de eternizar a insatisfação das pessoas que buscam o Poder Judiciário com esperança de uma justiça rápida.” (QO no Ag 1154599/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha. Corte Especial, j. 16 fev. 2011, DJe 12 maio 2011). A negativa de admissibilidade pelo tribunal *a quo* ao REsp interposto contra acórdão que esteja em conformidade com decisão prolatada pelo STJ no regime de julgamento de recursos repetitivos se mantém no CPC de 2015 (art. 1.030, I, b), sendo agora expresso que contra esta decisão cabe apenas agravo interno no tribunal de origem e não agravo ao STJ. Com efeito, de acordo com o art. 1.030, § 2º: “Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III *cabará agravo interno*, nos termos do art. 1.021” e, de acordo com o art. 1.042: “*Cabe agravo* contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, *salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.*” (Grifos nossos).

5 O DESGASTE DA DISTINÇÃO FATO VS. NORMA E A PROPOSTA DE UMA DISTINÇÃO ANCORADA NAS FUNÇÕES DAS CORTES E DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Sendo as cortes de vértice de um sistema aquelas responsáveis por decidir determinadas questões de forma a conferir unidade ao ordenamento, não poderiam elas — sob pena de com tal atitude inviabilizarem o bom exercício da função que lhes foi confiada — apreciar toda e qualquer questão objeto de recurso a elas destinado por ação da parte que sucumbiu nas instâncias ordinárias.

Com isso, resulta que a *mera alegação* da parte sucumbente de que foi violado certo dispositivo da Constituição ou de tratado ou de lei federal não pode permitir que as cortes de vértice vertam seus recursos econômicos e humanos à apreciação do mérito da questão, sob pena, frise-se, de não serem capazes de apreciar em tempo razoável⁵³¹ o mérito daquelas questões que efetivamente estão exigindo tratamento unitário.

E veja-se que, na problemática objeto do presente trabalho — a cognoscibilidade das questões afetas à prova dos fatos —, fica ainda mais patente que a *mera alegação* da parte sucumbente de que foi violada norma decorrente de certo dispositivo da Constituição ou de tratado ou de lei federal que disciplina a apreciação da prova poderia fazer com que praticamente qualquer insatisfação em relação às decisões das instâncias ordinárias a respeito da apreciação da prova houvesse de ser apreciada em seu mérito pelas cortes de vértice.

Isso porque, a despeito de serem os recursos especial e extraordinário de fundamentação vinculada (uma vez que as hipóteses de cabimento são estritamente aquelas previstas nos art. 102, III, e art. 105, III, da Constituição), como já se sublinhou na seção 3.4.1, supra, tais casos de fundamentação vinculada são em verdade bastante largos, dada a abrangência de nossa legislação federal e a analiticidade de nossa Constituição.

⁵³¹ E o direito à razoável duração do processo é objeto de garantia constitucional expressa desde a inclusão, em 2004, do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, com a seguinte redação: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

O fato de serem abrangentes as hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário previstas na Constituição torna a questão que aqui se coloca ainda mais complexa, uma vez que se poderia sustentar que, *alegada* a presença no recurso em concreto de uma das hipóteses previstas nos art. 102, III, ou art. 105, III, da Constituição, então se estaria diante de um *direito subjetivo* do recorrente de ver seu recurso apreciado no mérito pela corte suprema à qual o recurso foi dirigido. Afinal, como ensina Müller,⁵³² a interpretação encontra seu limite no texto e, se o texto constitucional estabelece claramente hipóteses em que o recurso excepcional cabe, então seria inviável interpretação no sentido de que não cabe.

Pretende-se argumentar, porém, que especialmente as hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário previstas nas alíneas “a” dos incisos III dos artigos 102 e 105 da Constituição não são absolutamente claras e, com isso, admitiriam interpretações divergentes, de modo que, para se eleger entre uma delas como mais sustentável que as demais, será preciso recorrer a razões subjacentes. Uma dessas possíveis interpretações será apresentada como sendo mais defensável que outra, diante especialmente das finalidades institucionais da apreciação dos recursos excepcionais por nossas cortes de vértice (seção 5.1, *infra*).

Pretende-se argumentar, ademais, que esta interpretação, que será apresentada como sendo a mais defensável, vem encontrando respaldo, ainda que muitas vezes não de maneira expressa, em decisões de nossas cortes supremas, em que vêm sendo desgastados os fundamentos tradicionalmente apresentados para a não apreciação de matéria atinente à prova dos fatos em sede de recursos excepcionais (seção 5.2, *infra*).

Quer-se sustentar, ainda, que a apreciação de *algumas* questões atinentes à apreciação das provas — *mas não todas* as que de alguma forma estejam disciplinadas por tratados, lei federal ou pela Constituição — devem ser julgadas no mérito por nossas cortes supremas e, mais, que o problema de *quais* são essas questões que merecem tratamento unitário a ser dado pelas cortes de vértice do sistema é um problema passível de receber tratamento teórico sistemático, o qual poderá guiar as decisões de nossas cortes ao decidirem (e fundamentarem, tornando isso compreensível e aceitável para o jurisdicionado e para o cidadão) quais questões

⁵³² MÜLLER, Friedrich. **Métodos...** Op. cit., p. 75-76.

terão e quais questões não terão seu mérito apreciado em sede de recurso excepcional (seção 5.3, *infra*).

5.1 O ARGUMENTO DO DIREITO SUBJETIVO AO RECURSO VS. O DIREITO A UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO E DO DIREITO

Como se vem sustentando no presente trabalho, o ordenamento jurídico reclama uma interpretação que lhe confira sentido harmônico, sem submissão irrestrita e injustificada a certo valor em detrimento dos demais.

É nessa linha que, a nosso ver com razão, Caponi⁵³³ sustenta que a garantia a ter *sempre* acesso à Cassação italiana (prevista no artigo 111, 7º, 7, da Constituição italiana) deve ser contrabalançada com o direito à igualdade e com a garantia ao justo processo. E a garantia de ter um processo justo na atualidade, observa Caponi, é chamada a encontrar um ponto de equilíbrio entre a composição justa da controvérsia individual, de um lado, e, de outro, a gestão eficiente da massa de processos e a exigência de conferir unidade ao direito.

Com efeito, a presença no ordenamento jurídico das normas que determinam conferir aos cidadãos tratamento igualitário⁵³⁴ e gerir eficientemente⁵³⁵ a jurisdição faz com que se torne inviável permitir *sempre* recurso às cortes de vértice, uma vez que não se pode priorizar sempre a observância indiscriminada de uma norma em detrimento da completa bancarrota de outra e, menos ainda, da falência do sistema de prestação jurisdicional como um todo.

Mitidiero⁵³⁶ observa que a compreensão dos recursos especial e extraordinário como direito subjetivo da parte (*ius litigatoris*) é ligada às concepções inerentes ao modelo de corte voltada à justiça do caso concreto (e não à formação de

⁵³³ CAPONI, Remo. **La modifica dell'art. 360, 1º comma n. 5 c.p.c.**: aula magna della Corte di Cassazione, 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/2117693/Remo_Caponi_2012_La_modifica_dellart._360_1_comma_n._5_c.p.c>. Acesso em: 21 maio 2015.

⁵³⁴ De acordo com o artigo 5º, *caput*, da Constituição: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, [...]”.

⁵³⁵ De acordo com o artigo 37, *caput*, da Constituição: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

⁵³⁶ MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 33.

precedentes). Neste modelo, a corte superior põe-se a apreciar todos os recursos a ela dirigidos, bastando que o recorrente *afirme* violação à lei para que a corte superior se coloque a examinar o recurso.⁵³⁷ Com isso, a corte superior “não tem o controle de sua própria atuação”.⁵³⁸ Já no modelo de cortes de vértice voltadas a conferir unidade ao ordenamento jurídico, o objeto da atenção da suprema corte não parte de uma (teoricamente impraticável) separação entre questão de fato e questão de direito, mas sim de um critério teleológico que tem em vista a função da corte de vértice (de formação de precedentes) na ordem jurídica. Com isso, o recurso excepcional à corte suprema responde mais à função de dar unidade ao direito (*ius constitutionis*) que ao direito da parte (*ius litigatoris*), permitindo autocontrole da corte em relação a sua atuação.⁵³⁹

Na Constituição brasileira, o direito ao tratamento igualitário decorre tanto do direito à igualdade (decorrente do preâmbulo e do *caput* do art. 5º) quanto, no que diz respeito especificamente ao trabalho das cortes de vértice, da função do STF de promover a “guarda da Constituição” (art. 102, *caput*) e da competência do STJ de julgar os recursos especiais interpostos contra decisões (proferidas em única ou última instância pelos tribunais ordinários) que contrariem tratado ou lei federal (art. 105, III, “a”). E, de acordo com o art. 37, *caput*, da Constituição, a administração pública de qualquer dos Poderes deve obediência ao princípio da eficiência.

Entender o trabalho de nossas cortes de vértice como voltado à prestação jurisdicional igualitária e eficiente em favor dos jurisdicionados em concreto e em potencial faz com que se deva entender que nossos tribunais supremos devam decidir causas de modo a orientar a compreensão do direito de forma similar em casos similares pendentes e potencialmente futuros. Isto se dá em especial quando se cuida de decidir recursos excepcionais, nos quais, como se defendeu na seção 3.1, supra, nossas cortes supremas desempenham suas funções institucionalmente mais importantes, quais sejam, aquelas consistentes em promover a unidade da interpretação da Constituição e de tratados e leis federais.

E como a decisão no mérito de *todo e qualquer* recurso que aportasse a nossas cortes de vértice prejudicaria a eficiência da prestação jurisdicional (pois outros casos que efetivamente reclamam interpretação unitária estariam a aguardar

⁵³⁷ MITIDIÉRO, Daniel. Op. cit., p. 46.

⁵³⁸ Ibidem, p. 47.

⁵³⁹ Ibidem, p. 70-71.

por prazo não razoável) e a igualdade de tratamento (na medida em que, sem a orientação das cortes de vértice, poderiam persistir indevidamente desorientados acerca da interpretação e aplicação do direito os jurisdicionados, juízes e potencialmente cidadãos titulares de demandas ainda não jurisdionalizadas), é preciso que nossas cortes supremas se voltem a decidir — em recursos excepcionais — *apenas* aquelas causas e questões em que é *maior*⁵⁴⁰ a necessidade de um guia seguro a ser fornecido pela corte suprema na interpretação e aplicação do direito no que diz respeito às matérias a ela confiadas.

Isto porque, se não forem *apenas* estas, mas também outras as causas (as de menor necessidade de orientação) a terem seu mérito apreciado em sede de recursos excepcionais, então ficará prejudicada não só a eficiência na prestação jurisdicional, mas também, com a ineficiência, a capacidade dos tribunais de afirmarem o direito de modo unitário e igualitário.

Poder-se-ia arguir que afirmar que os recursos excepcionais devam ter o mérito apreciado apenas quando for *maior* a necessidade de estabelecimento de um guia pelas cortes supremas nas matérias a elas confiadas deixa em aberto quais são as questões de maior ou de menor necessidade de orientação pelas cortes de vértice.

⁵⁴⁰ Observe-se que Mitidiero (MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 97-98) — com quem se há de compartilhar da ideia de que o STF e STJ devam assumir de fato as funções constitucionalmente a eles confiadas — bem defende que o STF e STJ só devem se pronunciar em RE e REsp quando a decisão a ser por eles prolatada for capaz de promover a unidade do direito. Quer-se aqui, porém, precisar dois pontos em que possivelmente aparentemente não há total coincidência entre a posição expressa por Mitidiero e as teses defendidas no presente trabalho. O primeiro ponto é que Mitidiero parece encarar como sendo uma questão de *tudo ou nada* algo que no texto se acaba de defender como sendo uma questão de *grau*. Com efeito, ao menos aparentemente (da leitura das p. 97-98 do livro aqui citado), Mitidiero parece defender que a decisão a ser prolatada em RE ou REsp ou será capaz ou não será capaz de conferir unidade ao direito, ao passo que aqui se defende que a decisão poderá conferir maior ou menor grau de unidade ao direito. Sendo prolatada pela corte suprema uma decisão universalizável, antecipa-se a possibilidade de, em vindo a ocorrer quadro fático relevantemente similar no futuro, ficar reafirmada a posição (o precedente) da corte suprema. A capacidade de esta decisão precedente vir a funcionar como guia não simplesmente existe ou inexistente; ela existe em certa medida. E na presente tese se defende que uma corte suprema só deve apreciar o mérito de questões em que a capacidade de a decisão vir a funcionar como precedente ultrapasse certa medida. Espera-se que a defesa aqui feita de que se trata de uma questão de grau fique mais clara na seção 5.2, infra. Outro ponto em que possivelmente a presente tese vá além da posição Mitidiero consiste em que Mitidiero bem observa que o ordenamento jurídico positivo passou a prever o filtro da repercussão geral para recursos extraordinários (art. 102, § 3º, da Constituição e 543-A do CPC), propondo o autor a introdução de filtro semelhante para os recursos especiais (p. 97-98). De acordo com a tese aqui defendida, embora a introdução de um tal filtro positivo expresso e regulamentado seja praticamente interessante, a leitura sistemática das funções a serem desempenhadas pelo STJ no julgamento dos REsp, a partir da Constituição (e de seus mandamentos de igualdade e eficiência) já permite que não se entenda o recurso especial como um direito subjetivo da parte. Como se procurará deixar claro também na seção 5.2 infra, o próprio STJ não encara mais a correção de qualquer mínima violação à lei federal (especialmente nas questões relativas à apreciação da prova) como causa suficiente para conhecimento de REsp.

Trata-se, afinal, de uma questão de grau, que não é definido de forma clara e indiscutível.

O fato de esta questão não ser definida de forma clara e indiscutível, porém, é reflexo do fato de nossa Constituição haver adotado princípios abertos no que diz respeito à admissibilidade dos recursos excepcionais.

Com efeito, se nosso ordenamento jurídico positivo houvesse optado por estabelecer regras fechadas acerca de quais os recursos excepcionais admissíveis (dispondo, por exemplo, que apenas seriam admissíveis recursos em processos cujo valor da causa superasse certa quantia em dinheiro), então haveria bastante força no argumento de que estaríamos vinculados por uma tal regra limitadora do cabimento dos recursos.

Mas as normas que tratam da admissibilidade dos recursos excepcionais no ordenamento positivo brasileiro não são exatamente fechadas (e isso se evidencia na instabilidade da jurisprudência que às vezes admite e às vezes não admite recurso excepcional em casos aparentemente bastante semelhantes, como se verá na seção 5.2, infra), de modo que a solução mais honesta é admitir essa abertura argumentativa e buscar clareza na argumentação, no estabelecimento de padrões e na sujeição a esses padrões.

Como bem observa Caponi,⁵⁴¹ em última análise, o controle último da adequada harmonização dessas normas de ordem constitucional (acesso às cortes de vértice, igualdade e eficiência na administração da justiça) há de ser feito pela corte suprema que exerce o controle constitucional.

Não obstante, todos os tribunais e juízes têm também o dever de interpretar e aplicar a Constituição naquilo que é pertinente às suas atividades jurisdicionais e administrativas. Sendo assim, também o STJ, ao examinar se apreciará ou não o mérito dos recursos especiais a ele dirigidos, há de realizar um juízo acerca da adequada leitura do ordenamento jurídico a ser feita no caso concreto.

No presente trabalho, destarte, defende-se que a ideia de que se deva admitir (como se fosse direito subjetivo da parte⁵⁴²) qualquer recurso especial ou

⁵⁴¹ CAPONI, Remo. **La modifica...** Op. cit.

⁵⁴² Supostamente decorrente dos artigos 102, III, "a" ("Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição") e 105, III, "a" ("Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

extraordinário que contenha *mera alegação*⁵⁴³ (por parte do recorrente) de violação (pela decisão recorrida) da Constituição ou de tratado ou lei federal é insustentável se se pretende uma leitura coerente do ordenamento jurídico.

Em lugar de tal ideia em franco desacordo com os princípios da igualdade e da eficiência e com as funções de nossas cortes de vértice (de darem unidade à interpretação da Constituição e de tratados e leis federais), aqui se defende, como já exposto supra nesta mesma seção, que nossas cortes supremas se dediquem a decidir — em recursos excepcionais — *apenas* causas e questões em que é *maior* a necessidade de um guia⁵⁴⁴ seguro a ser fornecido pelas cortes supremas no que diz respeito às matérias sobre as quais lhes incumbe proferir decisão capaz de conferir unidade na interpretação e aplicação do direito.

5.2 O DESGASTE DOS FUNDAMENTOS TRADICIONALMENTE APONTADOS PARA NÃO SEREM CONHECIDOS RECURSOS EXCEPCIONAIS QUE VERSAM QUESTÕES PROBATÓRIAS

Pretende-se argumentar, nas linhas que seguem, que a interpretação apresentada na seção 5.1, supra, como sendo a mais defensável acerca da admissibilidade de recursos excepcionais vem encontrado algum respaldo, embora muitas vezes de maneira não expressa, em decisões de nossas cortes supremas, em

a) contrariar tratado ou lei federal”), da Constituição.

⁵⁴³ Ainda que acrescida das demais exigências para a admissibilidade recursal, tal como a exigência de prequestionamento, o preparo, a tempestividade, a representação regular, a ofensa direta e não apenas reflexa à Constituição em caso de RE, a dialeticidade etc.

⁵⁴⁴ A proposta de Wambier (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 277), embora não se desvencilhe completamente da distinção entre *questão de fato* e *questão de direito*, trata do cabimento dos recursos especial e extraordinário como uma questão a ser solucionada de acordo com a capacidade de a decisão a ser proferida poder vir a servir como um guia proveniente de corte suprema: “Com isso, quer-se dizer que, apesar de às vezes se estar diante de questões que, tecnicamente, poderiam considerar-se questões de fato, o Tribunal Superior pode reformar (ou não) a decisão, examinando o recurso no mérito, se se trata de hipótese em que deve, deste Tribunal, emanar orientação para os demais. Exemplo disso foram as decisões (anteriores à primeira lei que disciplinava a matéria) acerca da união estável.” A autora, porém, parece tratar como uma questão de *tudo ou nada* (haver ou não haver potencial de funcionar a decisão como guia) o que neste trabalho se procura defender como sendo uma questão de *grau* (maior ou menor potencial de funcionar como guia). É o que aparenta dos seguintes trechos: “Todavia, corrigir decisão em que se tenha aplicado norma que, por exemplo, contenha a expressão ‘bom pai de família’ não tem função paradigmática, como regra geral” (p. 277) e “Tantos aspectos há, respeitantes às situações fáticas complexas, peculiaridades inúmeras, inclusive relativas ao estado emocional e psíquico das partes, que a decisão só tem valor casuístico” (p. 278, itálico nosso).

que se vêm desgastando os fundamentos oficial e tradicionalmente apresentados (v. capítulo 3, supra) para a não apreciação de matéria atinente à prova dos fatos em sede de recursos excepcionais.

Um precedente é desgastado quando a corte passa a usar em suas decisões mais recentes fundamentos incompatíveis com aqueles que haviam sido usados para determinados precedentes.⁵⁴⁵ Quando uma corte, em casos similares, nega (apesar de não pronunciar expressamente a revogação de um precedente) a aplicação de um precedente e utiliza fundamentos incongruentes com aqueles que haviam norteado a elaboração do precedente, ela opera uma distinção inconsistente, o que funciona como uma indicação de que o precedente tem boa chance de vir a ser revogado.⁵⁴⁶

No âmbito do *common law*, não basta, para a superação de um precedente consolidado, que a doutrina que lhe dá sustentação seja socialmente incongruente (distanciada da nova realidade social ou técnica/tecnológica que se apresenta no presente) ou sistemicamente inconsistente (contraditória com o conjunto das demais decisões).⁵⁴⁷ Ou seja, não basta que o precedente seja ultrapassado (por haver uma nova concepção social, jurídica ou tecnológica que implique julgamento diverso) ou equivocado (confrontante com a concepção do direito como um todo sistemático), segundo a nova visão que a corte está em vias de adotar. Estas razões de justiça (*substantive reasons*) têm de ser sopesadas com as razões de segurança jurídica (*authority reasons*) que justificam o próprio *stare decisis*,⁵⁴⁸ quais sejam: confiança que os cidadãos depositavam no precedente anterior; isonomia entre os jurisdicionados; consequências que a alteração do precedente traz à administração da justiça e à sua eficiência e, ainda, o impacto (que poderá ser positivo ou negativo) que a alteração do precedente trará sobre a credibilidade do tribunal.

Uma das principais razões para que estivesse justificado postergar a revogação de um precedente, destarte, seria evitar a quebra de confiança daquele que agiu apoiando-se *justificadamente* na confiança que depositava na manutenção do precedente. No problema aqui tratado, porém, não há motivo para se pensar em proteger a confiança de qualquer pessoa em que um recurso não fosse admitido.⁵⁴⁹

⁵⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes...** Op. cit., p. 405.

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 406-407.

⁵⁴⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes:** o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 238.

⁵⁴⁸ EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law.** Cambridge: Harvard University, 1988, p. 104-105.

⁵⁴⁹ Observe-se, por oportuno, que os recursos especial e extraordinário, como regra, não têm efeito

Deste modo, uma vez sendo reconhecida por nossos tribunais superiores a inconsistência entre os fundamentos de suas próprias decisões ao, em casos bastante similares, por vezes conhecerem e por vezes não conhecerem de recursos que pleiteiam a adequada interpretação e aplicação das questões probatórias, a alteração dos precedentes traria impacto positivo à credibilidade dos tribunais, uma vez que os fundamentos apresentados estariam condizentes com contemporâneas teorias da prova e da decisão e poderiam versar expressa e fundamentadamente sobre a intencionalidade normativo-constitucional das funções dos recursos excepcionais às cortes de vértice.

Esse esclarecimento dos critérios que poderiam conduzir à apreciação de questões probatórias em recursos excepcionais seria, assim, um fator de legitimação da atuação das cortes de vértice, gerando um impacto positivo na credibilidade dos tribunais supremos. Haveria também impacto positivo em termos de isonomia, uma vez que o esclarecimento dos critérios e sua subsequente adoção para casos similares aumentaria a força dos precedentes firmados e tendencialmente provocaria uma maior observância pelas cortes ordinárias. No que diz respeito à eficiência da administração da justiça, há de se buscar um ponto de equilíbrio entre não admitir em hipótese alguma qualquer recurso que verse questão probatória e sempre admitir recurso com alegação de violação de norma de direito probatório. Este ponto de equilíbrio vem sendo buscado pela jurisprudência mais recente de nossas cortes de vértice. Procura-se apresentar uma proposta consistente para tal ponto de equilíbrio na seção 5.3, infra.

5.2.1 As distinções inconsistentes presentes em julgados que tratam da prova do elemento subjetivo

Vários dos casos que nossos tribunais supremos qualificaram como sendo casos de “reavaliação jurídica dos fatos” (que não seriam casos de “simples” reexame da prova e que portanto não encontrariam óbice nos verbetes 7 da Súmula do STJ e 279 da do STF) veiculavam divergência entre as partes acerca de se dever considerar

suspensivo, nos termos do art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990.

(ou não) provado determinado elemento subjetivo necessário à consequência jurídica pretendida por uma das partes. Com efeito, foram admitidos recursos excepcionais para se decidir que em “racha” — diante das circunstâncias do caso concreto — há dolo e não apenas culpa;⁵⁵⁰ para se decidir como provada a finalidade de traficar para fim de se condenar o acusado por tráfico e não apenas por “uso” de entorpecente;⁵⁵¹ para se concluir que em direção de veículo sob o efeito de álcool há apenas culpa porque o dolo não pode ser presumido a partir de simples embriaguez se não for provado que a embriaguez foi preordenada.⁵⁵²

A prova do elemento subjetivo, porém, não é ontologicamente diferente da prova de fatos mais diretamente apreensíveis pelos sentidos.⁵⁵³ Um fato ocorrido no mundo físico também pode ter de ser provado através de provas indiretas ou indiciárias. Assim como o *animus necandi* pode ser provado pelas circunstâncias em que certos fatos se passaram, também a autoria dos disparos que causaram a morte da vítima pode ter de ser provada desta forma. Deste modo, não se vê fundamento para que a reapreciação da prova de fatos objetivos esbarrasse nos verbetes 7 da Súmula do STJ e 279 da Súmula do STF e a reapreciação da prova de fatos subjetivos/psicológicos não esbarrasse.

Andrés Ibáñez⁵⁵⁴ (criticando a postura do tribunal) dá conta de que também na Espanha o Tribunal Supremo diferencia a prova dos fatos psicológicos da prova dos demais fatos, com a finalidade de estender o controle cassacional à decisão sobre a prova dos fatos psicológicos. Possivelmente uma tal postura reflete a maior preocupação do tribunal espanhol com as (maiores) arbitrariedades praticadas nas instâncias ordinárias com relação à prova dos fatos psicológicos.

A mesma preocupação, possivelmente, foi o que o fez com que os tribunais de vértice brasileiros apreciassem o mérito de recurso excepcional que impugna a

⁵⁵⁰ HC 82219, apontando como paradigma o REsp 198.473. Também neste sentido é o HC 101698.

⁵⁵¹ HC 95282.

⁵⁵² HC 107801.

⁵⁵³ González Lagier (GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. La prueba de la intención y la explicación de la acción. *Isegoría*, n. 35, p. 173-192, 2006, p. 175) expõe didaticamente dois tipos de posturas acerca da prova da intenção: de um lado há o que o autor chama de concepções *cognoscitivistas* ou *descriptivistas*, segundo as quais as intenções são uma espécie de realidade que é possível conhecer; de outro lado, há as concepções *adscriptivistas* ou *normativistas*, para as quais os estados mentais não são passíveis de serem conhecidos e, portanto, a prova dos estados mentais não tende a descobrir qualquer realidade, mas a qualificar certas ações como portadoras de certos estados mentais. O autor é partidário da primeira destas concepções, argumentando (p. 180) que negar a possibilidade de conhecer as intenções implica negar a possibilidade de explicar satisfatoriamente as ações, pois só podemos explicar uma ação se pudermos apontar a razão pela qual o agente agiu como agiu.

⁵⁵⁴ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Op. cit., p. 267.

avaliação da prova de elementos subjetivos feita nas instâncias ordinárias. Com efeito, muitas das vezes, é mais difícil a apreciação das evidências relativas à vontade dos sujeitos do que daquelas relativas aos fatos não psicológicos controvertidos no processo, na medida em que os “rastros” deixados pela vontade dos sujeitos são normalmente mais sutis que as evidências físicas que mais claramente puderam ser documentadas, testemunhadas ou periciadas.

Os fatos psicológicos, contudo, têm existência no mundo empírico e, portanto, não podem ser afirmados simplesmente pelo subjetivismo do juiz, mas devem ser afirmados (se caso) diante das evidências (dos fatos conhecidos por serem incontroversos ou notórios, das provas produzidas e do *background knowledge*), *da mesma forma como os demais fatos*.

Ainda que se possa apartar para fins didáticos a prova de elementos objetivos da prova de elementos subjetivos, ou a prova de fatos provados por indícios da prova de fatos provados por evidências mais diretas, as hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário (art. 102, III, e art. 105, III, da Constituição) não sugerem diretamente a possibilidade de se realizar tal distinção para o fim de cabimento destes recursos, uma vez que tanto em uma como em outra situação é possível a violação de lei federal e da Constituição.

Atente-se para o fato de que os julgados de nossos tribunais de vértice a respeito do assunto são incoerentes com os próprios julgados que afirmam como sendo seus precedentes. Com efeito, no HC 107801 o STF afirmou que era cabível o especial porque “A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório” e que, no caso, se trataria apenas de revalorar “fatos postos nas instâncias inferiores” e não de revolver a prova, com o que era correto o STJ decidir em recurso especial que não havia dolo, mas apenas culpa, pois o dolo não pode ser presumido a partir de simples embriaguez se não for provado que a embriaguez em direção de veículo foi preordenada. Para isso, porém, o STF apontou como precedentes o RE 122.011 e o RE 99.590.⁵⁵⁵ Contudo, no RE 122.011 o que se decidiu foi que *não* cabia em recurso extraordinário *reinterpretar* os elementos do caso (dados por provados nas instâncias ordinárias) para concluir que o fato (dado por provado) de o recorrido ter patrimônio “X” pudesse implicar que ele tivesse meios de efetuar o pagamento da dívida. E o que o STJ fez

⁵⁵⁵ Dos quais já se tratou supra, na seção 3.2.3.3.

no REsp que foi objeto do HC 170801 foi exatamente *reinterpretar* os elementos do caso para concluir que, na situação em que as instâncias ordinárias deram por provado o dolo, provado ele não estava.

Reitere-se que a prova de elementos subjetivos se faz de forma semelhante à prova de elementos objetivos: apreciando-se evidências trazidas ao processo e cotejando-as com conhecimentos presentes no *background knowledge* (regras de experiência e fatos notórios), avaliando-se completude das provas, segurança individual de cada uma das provas e a suportividade que as evidências fornecem para a proposição que se cuida de dar por provada.⁵⁵⁶ É levando isto em consideração que se conclui (no REsp que foi objeto do HC 170801) por não provada a intenção de matar a vítima diante da simples embriaguez não preordenada do condutor do veículo automotor e da falta de outros elementos (nos autos e do *background knowledge*) que conduzissem à conclusão suficientemente suportada de que estivesse presente a intenção do agente de matar a vítima. Em termos claros, o que o STJ decidiu no REsp que foi objeto do HC 170801 foi que era equivocada a regra de experiência usada pelas instâncias ordinárias, segundo a qual “a embriaguez (ainda que não preordenada) é suficiente para suportar a conclusão de que o condutor do veículo assumiu o risco de matar a vítima”, afirmando (o STJ), em seu lugar, a regra de experiência segundo a qual “simples embriaguez (não preordenada) *não* é suficiente para suportar a conclusão de que o condutor do veículo assumiu o risco de matar a vítima”.

Note-se que a distinção feita entre “reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores” e “revolvimento do conjunto fático-probatório” é de nenhuma utilidade. Isto porque a reconformação jurídica que pode ser pretendida em recurso excepcional e que leva nossos tribunais de vértice a admitir alguns recursos excepcionais (AgRg no REsp 420.217, HC 107801, HC 96820, HC 82219, REsp 198.473, HC 101698, HC 95282) é sempre o que afinal o recorrente pretende quando seu recurso manifesta alguma insatisfação a respeito da apreciação da prova: o interesse recursal se verifica não porque o requerente quer, por algum preciosismo, que se altere algo no julgado que não terá qualquer efeito prático em sua esfera jurídica; o que o recorrente pretende é que a decisão a ser proferida no julgamento do recurso altere alguma consequência jurídica proveniente do julgado recorrido. Ou

⁵⁵⁶ Ver supra, seção 2.2.3.

seja: o recorrente pretende que o tribunal dê por provado algo que as instâncias ordinárias não deram (porque quer obter o efeito prático decorrente daquele fato) ou que o tribunal considere não provado o que as instâncias ordinárias consideraram provado (porque quer evitar a consequência que se aplicaria caso estivesse provado o fato). Em termos ainda mais claros: o que o recorrente pretende não é simplesmente “revolver” provas, mas obter *decisão* jurisdicional diversa daquela adotada na decisão recorrida. Efetivamente, não se pode imaginar qualquer situação em que o recorrente pudesse pretender um “simples” reexame da prova sem com isso obter também a reconformação jurídica do quadro probatório.

No julgamento do HC 101698, o STF foi mais explícito naquilo que pretendeu distinguir de “revolvimento da prova” e qualificar como “valoração das provas”. Conforme constou da ementa:

A conclusão externada nas instâncias originárias no sentido de que o paciente participava de “pega” ou “racha”, empregando alta velocidade, momento em que veio a colher a vítima em motocicleta, impõe reconhecer a presença do elemento volitivo, vale dizer, do dolo eventual no caso concreto. A valoração jurídica do fato distingue-se da aferição do mesmo, por isso que o exame da presente questão não se situa no âmbito do revolvimento do conjunto fático-probatório, mas importa em mera reavaliação dos fatos postos nas instâncias inferiores, o que viabiliza o conhecimento do habeas corpus.

Como se vê, a decisão supratranscrita afirma que o fato de que o paciente participava de “racha” no momento da colisão, fixado pelas instâncias ordinárias, não pode ser “revolvido” nas instâncias extraordinárias. Diferentemente, de acordo com a decisão supratranscrita, as conclusões a serem retiradas a partir deste fato fixado pelas instâncias ordinárias (que o paciente participava de “racha” no momento da colisão) podem ser reelaboradas nas instâncias extraordinárias. Com isso, se concluiu que é possível ao STJ afirmar que houve dolo do agente (e não culpa, como havia sido afirmado nas instâncias ordinárias). Diferentemente, então, pelo que se fundamenta na decisão supratranscrita, não seria possível ao STJ afirmar que *não* havia “racha”.

Tal conclusão, porém, não resiste à reflexão a partir da teoria das provas. Com efeito, o elemento subjetivo necessário à pronúncia (o dolo) no feito examinado no HC 101698 era algo que dependia de evidências a serem conjugadas com *background knowledge* (fatos notórios e regras de experiência). O STJ considerou que se havia de concluir que, tomado como certo que o acusado participava de “racha”, então o

acusado agiu com dolo. Ou seja, o lançar mão de uma regra de experiência (segundo a qual quem participa de “racha” normalmente assume o risco de matar vítimas em potencial) foi o que permitiu a aferição de um fato (o agir *doloso*), como ocorre no juízo acerca da prova de qualquer fato, seja ele objetivo ou subjetivo. Da mesma forma como o dolo é assim considerado comprovado, também a própria participação em “racha” por ocasião da colisão é algo a que se chega a partir da avaliação (submetida às regras de experiência aplicáveis) daquilo que testemunhas presenciais desinteressadas contaram sobre o que viram, da avaliação das marcas de aceleração e frenagem constatadas em auto de constatação feito na sequência da colisão, da velocidade estimada do veículo por ocasião da colisão etc.

Não se verifica, assim, qualquer diferença entre (a) apreciar as evidências que podem permitir decidir que havia *dolo* e (b) apreciar as evidências que podem permitir decidir que havia “racha”. Em ambas as situações se “valora a prova” e em nenhuma delas haveria simples “revolvimento da prova” sem a finalidade de “reavaliação das provas”.

Observe-se que, nos três casos aqui apontados exemplificativamente em que se admitiu que o STJ, em recurso especial, apreciasse a prova do elemento subjetivo do ato jurídico, reformando decisão adotada nas instâncias ordinárias (para decidir que em “racha” há dolo,⁵⁵⁷ para dar por provada a intenção de traficar,⁵⁵⁸ para considerar que o dolo não pode ser presumido a partir de simples embriaguez não preordenada⁵⁵⁹), operou-se distinção inconsistente com os fundamentos tradicionalmente apontados para a não apreciação da prova em sede de recursos excepcionais.⁵⁶⁰

Com efeito, no RE 122.011 (apontado como precedente inclusive no HC 170801) se decidiu que *não* cabia em recurso extraordinário *reinterpretar* os elementos do caso (dados por provados nas instâncias ordinárias) para inferir destes elementos conclusão diversa daquela a que se chegou nas vias ordinárias. No entanto, o que o STJ fez no REsp que foi objeto do HC 170801 foi exatamente *reinterpretar* os elementos do caso para concluir que, na situação em que as instâncias ordinárias afirmaram que havia dolo na direção alcoolizada, dolo não havia.

⁵⁵⁷ HC 82219, REsp 198.473, HC 101698.

⁵⁵⁸ HC 95282.

⁵⁵⁹ HC 107801.

⁵⁶⁰ V. capítulo 3.

No HC 101698 se admitiu que o STF *reinterpretasse* a circunstância de haver “racha”, para a partir disso concluir estar presente o dolo. No HC 95282 se admitiu que o STJ *reinterpretasse* as evidências dos autos para a partir delas concluir que — diferentemente do que se decidiu nas instâncias ordinárias — o ânimo de traficar estava presente.

Diante do quadro aqui apresentado, verifica-se que nossos tribunais supremos admitiram recursos excepcionais que impugnavam a apreciação da prova de elementos subjetivos, apresentando, para tanto, fundamento inconsistente com os fundamentos tradicionalmente apresentados (v. seção 3.2) para o não conhecimento de recursos excepcionais que versam questões probatórias.

Com isso, nossos tribunais supremos têm, ainda que implicitamente, reconhecido que não são todos, mas *apenas alguns casos de questões probatórias* que merecem ser apreciados pelas cortes de vértice. Ao que tudo está a indicar e como ficará mais claro nas seções seguintes, a verdadeira razão de ser de se admitir a revisão da prova de elementos subjetivos (enquanto muito mais excepcionalmente se admite a revisão da prova de elementos objetivos) se encontra na notável maior complexidade de se concluir por suficientemente provada a vontade dos sujeitos. Ou seja, questões relativas à prova de fatos psicológicos são questões em que, a princípio, é *maior* a necessidade de um guia seguro a ser fornecido pela corte suprema para proporcionar unidade na interpretação e aplicação do direito.

5.2.2 A prova da paternidade por exame de DNA

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito da prova da paternidade em casos de negativa da parte em se submeter ao exame hematológico de DNA é bastante elucidativa da efetiva posição em que a Corte se coloca no fornecimento de orientação para jurisdicionados e juízes.

Com efeito, em 2004 o STJ chegou a aprovar o verbete 301 de sua súmula, segundo o qual “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.⁵⁶¹ O enunciando teve

⁵⁶¹ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=232>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

enorme repercussão na prática das varas de família e o próprio STJ deu muita publicidade à tese nele firmada. No sítio do STJ se noticiou que a tese estava em vias de virar lei,⁵⁶² o que efetivamente veio a ocorrer com a Lei n. 12.004, em 2009.

Também no informativo de jurisprudência do STJ se deu enorme repercussão à questão, noticiando-se em detalhes o que o STJ, no REsp 397.013, havia decidido sobre como as causas que versassem a questão deveriam ser decididas em uma série de situações. Nos termos do que foi noticiado no mencionado informativo:

O teste de DNA tem um alto grau de precisão (superior a 99%), contudo, a valoração dessa prova pericial, em conjunto com os demais meios de prova admitidos em direito, deve observar os seguintes critérios: a) se o teste de DNA for contrário às demais provas produzidas, não se afasta a conclusão do laudo, mas converte-se o julgamento em diligência para que novo teste seja feito, em outro laboratório, a fim de minimizar a possibilidade de erro resultante, seja da técnica em si, seja de equívoco na coleta e manuseio do material necessário ao exame; b) se o segundo teste de DNA confirmar o resultado do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas e acolher-se suas conclusões; e c) se o segundo teste de DNA contradisser o primeiro, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas.

O exame dessa questão pelo STJ, porém, não se operou sem que houvesse votos vencidos de Ministros que procuravam afirmar os fundamentos tradicionalmente apontados para o não conhecimento de questões probatórias em recursos especiais.

Com efeito, no REsp 97.148, julgado em 1997, o relator original não conheceu do recurso, sob o argumento de que o que se queria era “reexaminar” e não “revalorar” a prova⁵⁶³ (o Tribunal de Justiça local decidiu por afastar a conclusão de não paternidade do exame de DNA *post mortem*, que tinha probabilidade — segundo indicado em trecho da perícia — de aproximadamente 7/8, sob o fundamento de que as fotografias e testemunhos eram prova bastante da paternidade). Em voto-vista, porém, o novo relator sustenta que o Tribunal de Justiça interpretou equivocadamente o laudo, uma vez que, para o novo relator, o laudo afirmou que estimava ter sido capaz de reconstituir 87,5% (7/8) das impressões digitais de DNA do pai biológico — pois o exame foi feito a partir do sangue de três supostos filhos do suposto pai da autora. No entanto, frisa o novo relator, para o resultado negativo — como o que se deu — a chance de acerto é superior a 99,99%. O relator para o acórdão defende que o juiz,

⁵⁶² Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92016>. Acesso em: 10 jun. 2015.

⁵⁶³ Também no REsp 141689, um dos ministros, vencido, deixa de conhecer do recurso, “por entender que é caso da Súmula 7”.

tendo em vista o atual estágio da ciência, deve apreciar a prova com o temperamento necessário, pois “a prestação jurisdicional não pode agredir a realidade da prova científica”. Para o relator, foi equivocada a conclusão do Tribunal local de que o laudo não oferece certeza, pois não foi isso o que afirmou o perito. Para o relator, houve violação ao art. 131⁵⁶⁴ do Código de Processo Civil, pois os motivos revelados no acórdão não são compatíveis com a realidade dos autos. Ao fim do voto, o relator para o acórdão afirma superar “a barreira da Súmula n. 7”, pois “tenho por violado os arts. 131 e 145⁵⁶⁵ do CPC”. Foi dado, com isso, provimento ao REsp, para o fim de se determinar novo exame de DNA, se possível com material genético do suposto pai, morto. Um dos ministros vota também no sentido de se afastar o verbete 7 da Súmula do STJ, aduzindo que “se está cuidando de um tema de direito probatório e não propriamente de reexame da prova”.

Também no REsp 397.013, já acima mencionado, a relatora afirma que a “violação aos arts. 131 e 145 do CPC restou devidamente prequestionada” e, após essa afirmação, passa a apreciar o mérito do recurso. Após mencionar precedentes no âmbito do STJ sobre apreciação do valor do exame de DNA, a relatora afirma que “A discussão que aqui se encerra, evidentemente, não induz a reexame de prova, mas à valoração da prova que, no atual estágio de evolução da Ciência, se possa validamente fazer entre o teste de DNA e as demais (provas) admitidas em Direito”.

Ora, como se espera já tenha ficado claro neste trabalho, o “exame da prova” é exatamente o grande tema do “direito probatório”. Examinar a prova em um processo judicial é valorá-la juridicamente, para o fim de se saber se está ou não justificado decidir dar ou não dar por provado certo fato. E o equívoco da jurisprudência tradicional que negava isso acaba sendo desgastado pelos julgados em que se afirma que as seguintes questões são questões de avaliação jurídica da prova: (i) apreciar a recusa em realizar exame de DNA⁵⁶⁶ ou (ii) a necessidade de um novo exame de DNA

⁵⁶⁴ “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Tal artigo encontra equivalente no art. 371 do CPC de 2015: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

⁵⁶⁵ “Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito”. No CPC de 2015 há de se conjugar a interpretação do art. 371 com a do art. 479, que tem a seguinte redação: “Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.”

⁵⁶⁶ Verbetes 301 da Súmula do STJ e seus precedentes, tais como o AgRg no Ag 498398.

ser feito diante da falta de suportividade da prova para uma certa conclusão⁵⁶⁷ ou (iii) apreciar o cotejo do exame (ou de dois exames) de DNA com o restante da prova.⁵⁶⁸

Em verdade, a avaliação da prova pericial consistente em exame de DNA não se diferencia da avaliação de outras provas periciais, a serem cotejadas com o restante das provas, a terem avaliadas sua segurança individual, a completude do conjunto da prova (considerando-se atualmente, no caso de controvérsia sobre a paternidade, necessário o exame de DNA, quando possível, para que o conjunto da prova seja suficientemente completo) e a suportividade⁵⁶⁹ que as evidências dão à conclusão. Em qualquer desses casos se deve observar, ao decidir, o mandamento decorrente dos arts. 371 e 479 do Código de Processo Civil de 2015 (que encontravam equivalentes nos arts. 131 e 145 do Código de Processo Civil de 1973), segundo o qual a prova deve ser apreciada prudentemente, acompanhada de fundamentação lastreada no Estado de Direito, na razão, na lógica, no devido processo legal.

O que se pode sustentar ser diferente na avaliação pelos tribunais do exame de DNA (ou da negativa injustificada a se submeter ao exame) é a *novidade* que o método representou na ciência e a conseqüente *maior* exigência de que haja unidade jurisdicional na interpretação de seus resultados.

Nas questões relativas à prova da paternidade, desde que há respaldo científico para tal prova por exame de DNA e desde que a realização de tal exame é acessível em processos judiciais, o STJ afirmou contundentemente sua condição de intérprete responsável por conferir unidade ao ordenamento jurídico federal.

Tanto assim que o STJ utilizou das oportunidades em que recursos especiais versavam estas questões não só para reformar decisões injustas (o que seria próprio de uma simples terceira instância), mas também para reafirmar a correção dos fundamentos adotados nas instâncias ordinárias,⁵⁷⁰ o que fez com o que a decisão final fosse da corte de vértice responsável pela unidade da interpretação da lei federal, gerando um precedente com a força disso decorrente. Em outras oportunidades, o STJ, embora expressamente afirme não caber o recurso especial,⁵⁷¹ aproveita a

⁵⁶⁷ REsp 97.148.

⁵⁶⁸ REsp 397.013.

⁵⁶⁹ V. seção 2.2.3.

⁵⁷⁰ Isso se deu, por exemplo, no AgRg no Ag 498.398.

⁵⁷¹ Foi o que se deu, por exemplo, no REsp 460.302, em que o ministro relator afirma que questões decididas em definitivo em agravo de instrumento interposto contra decisão saneadora eram suficientes para sustentar a decisão impugnada pelo recurso especial.

oportunidade para afirmar o acerto do mérito da decisão recorrida, ao concluir que a não submissão a exame de DNA foi corroborada pela prova testemunhal.

E mais, em outras oportunidades, como no REsp 397.013, o STJ fornece à comunidade jurídica um guia sobre como se deve decidir diante de uma série de quadros probatórios,⁵⁷² atuando como corte formadora de precedentes naquelas matérias à corte confiadas e reconhecendo que a apreciação das provas de acordo com o direito federal é questão incluída nessas matérias.

5.2.3 A revisão do valor da indenização por danos morais e do valor dos honorários advocatícios sucumbenciais irrisórios ou excessivos

Como é consabido, o valor da indenização por danos morais depende, dentre outros fatores, da dimensão do dano moral sofrido.⁵⁷³ Já os honorários sucumbenciais devem ser arbitrados em quantia proporcional à quantidade e ao grau de dificuldade do trabalho desempenhado pelo advogado, bem como à responsabilidade que lhe é exigida pela causa.⁵⁷⁴

Diante disso, para arbitrar o valor dos honorários advocatícios e a indenização por dano moral, é preciso que o juiz avalie a dimensão do dano moral sofrido e o trabalho desempenhado pelo advogado que defendeu a parte vencedora.

A dimensão dos danos morais é algo de complexa apreciação, semelhantemente ao que se passa com os fatos psicológicos (seção 5.2.1, supra). Para diversos casos, diante de tal dificuldade e considerando-se a força de regras de experiência aplicáveis ao assunto, assentou-se até mesmo que a prova ou a incontrovérsia de certos fatos (morte de filho, por exemplo) autorizam a conclusão, independentemente de outra evidência, de que ocorreu dano moral (no exemplo, ao

⁵⁷² Segundo constou do voto da relatora do acórdão: “(a) se o segundo teste de DNA confirmar a conclusão do primeiro teste, as demais provas devem ser desconsideradas; e (b) se o segundo teste de DNA contraditar o primeiro, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas.”

⁵⁷³ De acordo com o art. 927 do Código Civil, aquele que ilicitamente causa dano a outrem (ainda que apenas moral, conforme art. 186 do mesmo código) é obrigado a reparar *tal dano*.

⁵⁷⁴ Conforme art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, a fixação do valor dos honorários deve levar em conta “o grau de zelo profissional”, “o lugar da prestação do serviço”, “a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”. Nesse ponto é idêntica a redação do art. 85, § 2º, do CPC de 2015.

pai ou à mãe).⁵⁷⁵ Resta saber, de qualquer sorte, a dimensão do dano a ser indenizado.

Em diversas oportunidades o STJ já reiterou que sua jurisprudência “é pacífica no sentido de que a revisão do valor da indenização somente é possível, em casos excepcionais, quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”,⁵⁷⁶ seja para manter o valor fixado pelas instâncias ordinárias,⁵⁷⁷ seja para adequá-lo aos parâmetros que o STJ pretende unificar como aplicáveis.⁵⁷⁸

Observe-se, porém, que, para concluir se o valor fixado pelas instâncias ordinárias chega a ser ínfimo ou excessivo, é preciso ao STJ apreciar as circunstâncias do caso. Assim, apreciando o valor da indenização a ser paga por inscrição e manutenção indevida de nome de cidadão em cadastro de devedores inadimplentes, o STJ estimou que o valor fixado pelas instâncias ordinárias não era ínfimo nem excessivo diante do modo como se operou a inscrição e do tempo que ela perdurou.⁵⁷⁹

Também para apreciar se são ínfimos ou excessivos os honorários advocatícios arbitrados, o STJ precisa verificar as circunstâncias da causa e questionar-se se elas foram razoavelmente consideradas na fixação do valor dos honorários.

No REsp 1.047.123,⁵⁸⁰ por exemplo, o Tribunal de Justiça havia fixado os honorários em R\$ 1.500,00, quantia que o STJ considerou irrisória, majorando para R\$ 21.000,00. A ministra relatora observou circunstâncias já observadas pela justiça ordinária (valor atualizado da causa, interposição de exceção de incompetência e agravos, trabalho realizado pelos advogados e tempo com isso despendido, bem como o percentual de êxito dos recorrentes), mas considerou que elas não foram adequadamente consideradas, ou seja, que o trabalho exigido dos advogados para uma causa com aquele valor foi em muito subavaliado pela decisão recorrida.

⁵⁷⁵ Para outros exemplos, v. nota 112, supra.

⁵⁷⁶ REsp 1069996, publicado em 2009.

⁵⁷⁷ AgRg no REsp 1060856, REsp 1069996, REsp 1109303, REsp 435157.

⁵⁷⁸ REsp 1137708, Ag 727.915.

⁵⁷⁹ No AgRg no Ag 344.673, constou do voto do ministro relator o seguinte: “o montante da indenização pela abertura de conta corrente em nome do autor e entrega de talonário de cheques a terceiro falsário, com a posterior inscrição em entidades de controle creditício, e sua manutenção em cadastro negativo por mais de um ano e meio (fl. 193), colocou-se em parâmetros razoáveis (100 salários mínimos), não justificando a excepcional intervenção do STJ para podar qualquer excesso.”

⁵⁸⁰ Julgado em 2010.

Pergunta-se, porém, qual seria a diferença se, no caso tratado pelo REsp 1.047.123, o tribunal local houvesse arbitrado os honorários em R\$ 15.000,00. Se o valor que o STJ considera acertado é o de R\$ 21.000,00, então a decisão que os arbitrasse em R\$ 15.000,00 também não ofereceria a *melhor* interpretação do direito federal. Observe-se que entre revisar para R\$ 21.000,00 o que havia sido fixado em R\$ 1.500,00 ou o que havia sido fixado em R\$ 15.000,00 não há diferença de espécie, mas apenas diferença de *grau* do equívoco que poderá merecer reparo.

Ao prestar deferência a decisões das instâncias ordinárias que não decidem a causa da *melhor* maneira juridicamente sustentável, mas que também não chegam a resultados de todo desproporcionais, nossas cortes de vértice demonstram que não estão dispostas a funcionar como terceiras instâncias.

Ao restringir-se a apreciar apenas grandes infringências ao direito no que diz respeito a indenização por dano moral e ao valor de honorários advocatícios sucumbenciais (deixando sem rever infringências menores, que não arbitrem nem valores ínfimos nem excessivos), o STJ novamente se coloca perante a sociedade como corte revisora *apenas* daquelas questões em que considera ser *maior* a necessidade de sua atuação.

5.2.4 A revisão de casos em que se considera patente o equívoco das instâncias ordinárias e de casos em que se afirma que a decisão das instâncias ordinárias não é manifestamente equivocada

No REsp 282.728 se tratava da responsabilidade penal dos acusados pela prática de delito de tráfico de entorpecentes. O acórdão recorrido havia desclassificado o delito de tráfico para o de posse com a finalidade de uso da substância entorpecente. O Superior Tribunal de Justiça, porém, considerou que

A reavaliação de prova especificamente admitida e delineada no v. acórdão reprochado, sendo, de *per sí*, suficiente para amparar a pretensão recursal, não implica em mero reexame, vedado *ex vi* Súmula n. 07-STJ. O lapso da adequação típica, aí detectado, configura *error iuris* e não *error facti*.

E, no voto condutor, se acentuou que: “A decisão judicial não pode escapar da prova colhida e admitida e nem ferir o senso comum. Nestes limites, existe o campo para o *livre convencimento que deve ser corretamente fundamentado*.” (Grifo no original).

Independentemente de estarmos ou não de acordo com o mérito da decisão prolatada neste caso pelo STJ, o que importa aqui ressaltar é que o Superior Tribunal procurou novamente deixar claro que só estava a reformar a decisão proferida pelas instâncias ordinárias porque a conclusão a que chegou tal decisão estava a “ferir o senso comum” no que dizia respeito à apreciação das provas e do *background knowledge* aplicável.⁵⁸¹

Norteados pelas mesmas ideias, no REsp 856.706, julgado em 2010, por maioria,⁵⁸² o STJ decidiu que, em processo em que o Tribunal de Justiça local absolvera o réu (policia) da acusação de tortura de preso, “a partir da análise dos dados transcritos do v. acórdão vergastado exsurge, de forma incontestada, que a intenção do recorrido foi sim, ao contrário do que restou decidido, a de impor sofrimento à vítima”. Com isso, o STJ chega a conclusão a respeito do resultado das evidências exatamente oposta àquela a que chegara o tribunal local (para o STJ estava provado que o réu tinha a intenção de impor sofrimento à vítima,⁵⁸³ ao passo que para o tribunal local a intenção do réu não era esta, mas a de acalmar a vítima e evitar que ela causasse danos a terceiros).

O mais importante aqui é sublinhar que o STJ não reformou a decisão da justiça ordinária apenas porque a conclusão a que se chegou na decisão proferida

⁵⁸¹ Embora neste REsp se tenha afirmado que “A *quaestio* levantada no apelo excepcional versa sobre bem delineado *error iuris in iudicando* e não sobre *error facti in iudicando*. É hipótese de valoração jurídica e nunca de reexame do material cognitivo”, como já se defendeu do ponto de vista teórico especialmente nas seções 1.1, 2.2, 2.3 e 3.3, qualquer apreciação jurisdicional de qualquer questão probatória é feita sob o ponto de vista jurídico e com recursos a critérios jurídicos. Qualquer inferência probatória recorre (ainda que implicitamente, quando estiver justificado o uso de entimemas) a regras de experiência presentes no *background knowledge* aplicável (seções 2.2 e 2.3) e é *jurídica* a avaliação que no processo judicial se faz sobre o adequado recurso a corretas e mais ou menos fortes regras de experiência.

⁵⁸² A ministra que restou vencida expressou em seu voto que era favorável à aplicação do verbete 7 da Súmula do STJ, com o conseqüente não conhecimento do REsp, sob o fundamento de que a prova foi bem analisada (de forma “percuciente”) pelas instâncias ordinárias. Como se vê, portanto, no presente caso a discordância entre os ministros era mais quanto ao fato de a prova haver sido bem ou (muito) mal apreciada pelas instâncias ordinárias.

⁵⁸³ No acórdão do STJ se argumenta: “Tanto que a violência somente teve início quando o recorrido passou a ser por aquela ofendido e não quando a vítima agredia os demais detentos [...]. Revela-se, desse modo, nítida a intenção de aplicar um ‘corretivo’ ao detento”. Ou seja, o peso que o STJ atribuiu a certas circunstâncias comprovadas foi diferente do peso atribuído pelo tribunal local, com o recurso a regras de experiência não aplicadas pela justiça local.

pela justiça ordinária era simplesmente equivocada, mas sim porque a conclusão era “de forma inconteste” equivocada.

No REsp 695.000, julgado em 2007, se discutia a responsabilidade civil de casa noturna por agressão física entre clientes em seu interior. O recorrente alegava violação dos artigos 131, 332, 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil, pois “o v. aresto recorrido incorreu em manifesta valoração equivocada das provas carreadas nestes autos”. O STJ, porém, afirmou não ser o caso nos autos, em que “houve exame detalhado de todas as provas produzidas, incluída a pericial, sendo certo que o fato de testemunhas terem amizade com o autor por si só não as desqualifica quando se sabe que também estavam no local em que ocorreu o evento danoso”.⁵⁸⁴ Com isso, como não se estava diante de apreciação manifestamente equivocada da prova pelas instâncias ordinárias, o STJ deixou, neste ponto, de exercer o controle.

A mesma ideia também já norteou o STF em algumas oportunidades. No AI 751.585, julgado em 2010, por exemplo, se discutia se era constitucional a retenção de imposto de renda na fonte quando o contrato social prevê a disponibilidade pelos sócios do lucro apurado. Na decisão prolatada pelo STF se afirma que o TRF constatou que os contratos sociais das empresas recorrentes previam a disponibilidade imediata dos resultados positivos. Ao lado disso, o ministro relator asseverou que

A violência ao devido processo legal não pode ser tomada como uma alavanca para alçar a este Tribunal conflito de interesses cuja solução se exaure na origem. A tentativa acaba por se fazer voltada à transformação do Supremo em mero revisor dos atos dos demais tribunais do País. Na espécie, o Colegiado de origem procedeu a julgamento fundamentado de forma consentânea com a ordem jurídica.

Neste julgado se verifica que nossas cortes supremas formulam expressamente não serem cortes predispostas a funcionar como terceira instância e, se a avaliação das evidências pelas instâncias ordinárias foi realizada “*de forma consentânea com a ordem jurídica*”, ou seja, sem chegar a conclusões completamente desarrazoadas no contexto, então não cabe refazer a avaliação da prova em instâncias excepcionais.

Via de regra, nossos tribunais supremos consideram que, quando a prova não é apreciada de forma totalmente infundada, então não é necessário às instâncias

⁵⁸⁴ Trecho constante da ementa.

excepcionais reelaborar a argumentação efetuada pelas instâncias ordinárias. No entanto, em algumas situações específicas, em que nossas cortes supremas entenderam por bem firmar entendimento que poderia servir a guiar jurisdicionados e juízes na interpretação unitária do direito, percorreram novamente o itinerário argumentativo que até mesmo acertadamente havia sido elaborado pelas instâncias ordinárias.

Com efeito, foi o que se deu, por exemplo, em alguns casos de prova de paternidade após já popularizada a possibilidade de realização de exame de DNA. Isso se deu, por exemplo, no REsp 460.302, julgado em 2003, em que o STJ reafirma o que já havia sido assentado nas instâncias ordinárias: que a não submissão do investigado ao exame de DNA foi corroborada pela prova testemunhal e, portanto, que com isso era correta a declaração da paternidade biológica.

Outras questões probatórias já foram também apontadas por nossas cortes supremas como merecedoras de apreciação em recursos excepcionais. Um exemplo disso foi a recente apreciação em sede de recursos repetitivos (tema n. 926)⁵⁸⁵ de dois recursos especiais em que o STJ decidiu se a violação de direito autoral pode ser comprovada por perícia. Segundo descrito pelo ministro relator:

Cinge-se a controvérsia em saber se a materialidade do crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal pode ser comprovada mediante laudo pericial feito por amostragem do produto apreendido, se a falsidade pode ser atestada por meio das características externas desse material e se é necessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados.

Submetida a questão a julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, chegou-se à conclusão de que:

É suficiente, para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, a perícia realizada, por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente.⁵⁸⁶

Outra questão probatória que recentemente o STJ afirmou que apreciará em REsp também já afetado para julgamento por ser a questão repetitiva (tema n. 927) é

⁵⁸⁵ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/relatorio2.asp?area=>>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

⁵⁸⁶ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/relatorio2.asp>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

a referente “à aplicação da pena de confissão prevista no art. 359 do CPC [dar por verdadeiros os fatos que se queria comprovar com o documento ou coisa não levada a juízo] quando a parte deixa de exhibir documento ou coisa no curso da ação de conhecimento”.⁵⁸⁷

Outra questão probatória, objeto de apreciação no mérito no REsp 1.385.621, já decidida pelo STJ em sede de recurso repetitivo (tema n. 924)⁵⁸⁸ é aquela em que o STJ fixou a tese de que “A existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônica não torna impossível, por si só, o crime de furto cometido no interior de estabelecimento comercial”, cassando, com isso, a decisão absolutória proferida pelo tribunal local (sob o fundamento de que o crime era impossível), e determinando que o Tribunal de Justiça prosseguisse no julgamento da apelação.⁵⁸⁹

5.3 PROPOSTA: QUE AS CORTES DE VÉRTICE SÓ APRECIEM O MÉRITO DE RECURSO EXCEPCIONAL CUJA SOLUÇÃO VERSE QUESTÃO DE SUBSTANCIAL RELEVÂNCIA E TRANSCENDÊNCIA

Diante destas situações exemplificativas apresentadas na seção 5.2, supra, verifica-se que nossas cortes supremas encontram-se conscientes de que não estão predispostas no sistema constitucional a funcionarem como terceiras instâncias. Ao mesmo tempo, são também conscientes do papel que devem desempenhar em conferir unidade na interpretação da Constituição e de tratados e leis federais e, ademais, de que questões probatórias por vezes podem demandar, em grau considerável, tal interpretação unitária.

Questões probatórias podem apresentar *maior* necessidade de interpretação unitária conforme a questão seja nova (como já foram as questões relativas à prova da paternidade por exame de DNA), apresente maior complexidade e conseqüente maior chance de inadmissível arbítrio (como a prova de fatos psicológicos, da

⁵⁸⁷ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201300765192>. Acesso em: 11 jun. 2015.

⁵⁸⁸ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/relatorio2.asp?area=>>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

⁵⁸⁹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201301653240>. Acesso em: 11 jun. 2015.

dimensão dos danos morais e dos elementos a serem considerados na fixação do valor dos honorários advocatícios sucumbenciais) ou apresente divergências não razoáveis entre os tribunais locais (como a possibilidade de se comprovar pericialmente a lesão a direito autoral ou a aplicabilidade da penalidade prevista no art. 359 do CPC quando a omissão da parte se dá no curso de processo de conhecimento).

Quer-se propor, nas linhas que seguem, que questões (e apenas elas⁵⁹⁰) em que é *maior* a necessidade de interpretação unitária (da Constituição ou de tratados ou leis federais) por nossas cortes de vértice devam ter seu mérito apreciado por nossas cortes supremas em sede de recursos especial e extraordinário. Nossa proposta poderia sofrer a crítica de ser demasiado principiológica e divorciada da realidade do texto constitucional no que diz respeito à disciplina do cabimento dos recursos especial e extraordinário, de modo que será preciso levar em devida conta a adequada interpretação do texto constitucional.

No que diz respeito ao STF, a defesa desta tese demanda hoje um menor ônus argumentativo, diante da atual previsão constitucional⁵⁹¹ de que os recursos extraordinários, para serem conhecidos, ostentem repercussão geral, o que a legislação⁵⁹² definiu como sendo aqueles que versem questões constitucionais “relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Não é difícil sustentar-se que questões constitucionais relevantes que ultrapassam os interesses subjetivos envolvidos na causa coincidem com aquelas questões que o STF é *mais* fortemente chamado a apresentar sua interpretação (questões novas, mais abertas ao arbítrio ou objeto de divergências importantes), justamente diante da relevância e transcendência deste tipo de questão.

O que importa aqui deixar claro é que relevância e transcendência é algo que, nas causas em geral, se mede em *grau*. Alguma relevância econômica, social, jurídica ou política qualquer causa sempre tem. Da mesma forma, qualquer causa sobre

⁵⁹⁰ Sob pena de se prejudicar indevidamente o desempenho das cortes de vértice no exercício de suas funções constitucionais, conforme sustentado na seção 5.1, supra.

⁵⁹¹ Art. 102, parágrafo 3º, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

⁵⁹² Art. 543-A, parágrafo 1º, do CPC de 1973, incluído por lei em 2006. Em termos semelhantes, o CPC de 2015 prevê em seu art. 1.035, § 1º, que “Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.

qualquer questão envolve algum grau de transcendência, ou seja, algum grau em que possa servir como exemplo para a decisão de potenciais casos similares.

Como apontado na seção 3.5, supra, há pressupostos particularistas insustentáveis implicitamente contidos no argumento de que cortes supremas com função de dar unidade ao direito não devam apreciar questões “de fato” e de prova, como se os tribunais estivessem autorizados a decidir com personalidade as questões postas no processo, de maneira não extensível a qualquer outra causa similar.

Como defendido na seção 1.1.5, supra, há um imperativo jurídico (decorrente do Estado de Direito, da legalidade e da igualdade) de que as decisões judiciais sejam sempre passíveis de universalização. Com isso, se poderia imaginar que a exigência de que os recursos extraordinários “*ultrapassem os interesses subjetivos da causa*” não acrescenta qualquer exigência.

Não é esta, porém, a leitura mais acertada que se pode dar ao dispositivo legal⁵⁹³ que veio a regulamentar Emenda Constitucional⁵⁹⁴ que, por sua vez, adveio em momento em que se buscava filtrar com qualidade⁵⁹⁵ os recursos extraordinários que viriam a ter seu mérito apreciado pelo STF.

Sob o contexto em que advieram tais inovações restritivas do cabimento do recurso extraordinário, a exigência de que as questões constitucionais relevantes versadas no extraordinário ultrapassem os interesses subjetivos da causa deve ser entendida como estando a exigir que tais questões ultrapassem *substancialmente* os interesses subjetivos envolvidos no processo objeto do RE em concreto.

Nessa linha, o STF já afirmou, por exemplo, que não há relevância nem transcendência que permitam conhecer de RE quando a alegação é de uma violação apenas indireta à Constituição⁵⁹⁶ ou quando o recorrente formula alegação de inconstitucionalidade que seja manifestamente improcedente.⁵⁹⁷

⁵⁹³ Art. 543-A, parágrafo 1º, do CPC, incluído por lei em 2006, que encontra equivalente, no CPC de 2015, no art. 1.035, § 1º.

⁵⁹⁴ Art. 102, parágrafo 3º, da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

⁵⁹⁵ É neste sentido que Marinoni e Mitidiero (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008, p. 565) afirmam que a função da repercussão geral é selecionar os recursos que devem ser conhecidos pelo Supremo, “porque somente a partir desses casos pode o Supremo desempenhar sua função de outorga de unidade ao direito mediante a compreensão da Constituição”.

⁵⁹⁶ RE 584.608 RG, Ministra Ellen Gracie, DJe 13 mar. 2009.

⁵⁹⁷ ARE 868457 RG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16 abr. 2015, Processo Eletrônico DJe-077, Divulg. 24 ab. 2015, publ. 27 abr. 2015. No caso, o STF afirmou ser manifesta a improcedência de alegação de ofensa ao art. 97 da Constituição (que exige reserva de plenário *nos tribunais*) por Turma Recursal de Juizados Especiais.

Se para o STF houve inovação explícita no direito positivo no sentido da tese aqui sustentada, no âmbito do STJ, ao menos até o presente momento, não há instituto positivado similar à repercussão geral, que autorizasse expressamente deixar o STJ de conhecer de recurso especial por falta de relevância transcendente das questões impugnadas a respeito de aplicação e interpretação de tratados e leis federais.

No que diz respeito ao STJ, portanto, verifica-se ser maior o ônus argumentativo do qual se deve desincumbir uma tese (como a presente) que pretenda que se conheça *apenas* dos recursos especiais que veiculem questões cuja solução será capaz de permitir que o STJ desempenhe *em grau substancial* seu papel de conferir unidade ao direito no que diz respeito à compreensão de tratados e de leis federais.

Como sustentado na seção 5.1, *supra*, o STJ, como os demais juízos e tribunais do país, deve realizar uma leitura do ordenamento jurídico a partir da Constituição, nisso incluindo-se os direitos constitucionalmente garantidos à igualdade de todos perante a lei, à eficiente administração de todos os Poderes e ao desempenho pelo STJ da missão constitucional de conferir unitária interpretação dos tratados e leis federais. Essa ideia permite ao STJ promover uma leitura harmônica da integridade da Constituição no que diz respeito ao cabimento do recurso especial. Em contrapartida, não lhe permite vulnerar o teor literal do texto constitucional definidor das competências do STJ.⁵⁹⁸

Com efeito, se a Constituição atribuiu ao STJ até mesmo competências que não dizem diretamente com sua missão de intérprete de tratados e de leis federais (como por exemplo para homologar sentenças estrangeiras ou funcionar como foro de julgamento de certas autoridades),⁵⁹⁹ não se pode defender — tendo o STJ competências além daquela institucionalmente mais importante — que no recurso especial o STJ se abstenha de apreciar aquilo que claramente lhe tenha sido submetido pela norma constitucional.

Sendo assim, cumpre verificar as hipóteses constitucionalmente elencadas em que ao STJ cumpre julgar recursos especiais. Nos termos da disciplina constitucionalmente vigente:

⁵⁹⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos...** Op. cit., p. 75-76.

⁵⁹⁹ Art. 105, I, “a” e “i” da Constituição.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Na temática que aqui importa (de possibilidade de conhecimento de questões *probatórias* por nossas cortes de vértice), a previsão da alínea “b” do retrotranscrito dispositivo constitucional não apresenta maior importância. Com efeito, trata-se da possibilidade de o STJ apreciar em recurso especial apenas *atos* (e não leis) locais contestados em face da lei federal.⁶⁰⁰ E os atos de governos locais contestáveis em face da legislação federal não seriam capazes de introduzir qualquer problemática na avaliação de questões probatórias. Ademais, também não consta que os recursos especiais fundados nesta alínea “b” representem um grande problema na gestão dos processos pelo STJ.

Passa-se, então, às alíneas “a” e “c” do retrotranscrito dispositivo constitucional. Da leitura destes dispositivos constata-se que a questão fulcral, no contexto ora examinado, é a de se saber se qualquer contrariedade, por *mínima* que seja, a tratado ou lei federal (alínea “a”) ou (alínea “c”) qualquer *mínima* divergência entre tribunais na interpretação de lei federal autoriza a apreciação do recurso especial. A resposta que aqui se propõe é negativa.

Veja-se que esta resposta negativa se revela de especial importância na solução teórica da problemática envolvendo as questões probatórias. Como já examinado supra (seção 3.4.1) neste trabalho, a legislação federal brasileira é muito abrangente acerca das normativas que tratam da apreciação da prova, contendo tanto preceitos mais específicos como preceitos mais genéricos, que tratam da livre porém motivada apreciação da prova, que remetem a um *background knowledge* nem sempre tranquilamente compartilhado, que permitem derrotabilidade de preceitos que distribuem o ônus da prova etc.

⁶⁰⁰ A redação desta alínea “b” foi alterada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que acrescentou na competência do STF conhecer em recurso extraordinário (e apenas quando presente repercussão geral, conforme acrescentado pela mesma Emenda Constitucional ao § 3º do art. 102 da Constituição) os casos em que a decisão recorrida houver julgado válida *lei* local contestada *em face de lei federal* — art. 102, III, “d”, da Constituição.

Assim sendo, nesta seara das provas, a infindável quantidade de decisões potencialmente apontáveis como violadoras da lei federal faz com que, sendo realistas, não possamos admitir que nossos tribunais de vértice tenham de voltar seus recursos humanos e econômicos à análise de qualquer infringência, por pequena que fosse, a algum preceito normativo para cuja formulação concorre lei federal.

Com efeito, se qualquer mínima violação a preceito de lei federal disciplinador do exame da prova devesse tornar admissível recurso especial, então estaria inviabilizada a possibilidade de prestação jurisdicional minimamente eficiente e igualitária pelo STJ. Se a violação mínima a preceito de lei federal não pode autorizar a apreciação do mérito de recurso especial, com mais razão a *simples alegação* de que tenha havido violação a preceito de lei federal também não pode autorizar o conhecimento do mérito do especial pelo STJ.

Se uma pequena violação (ou divergência) na interpretação-aplicação de tratado ou de lei federal normatizadora das questões probatórias não é capaz de autorizar a admissão de recurso especial, então é de se perguntar *qual a dimensão* que uma violação (ou divergência) na interpretação-aplicação de tratado ou de lei federal normatizadora das questões probatórias precisa ter para que deva ser admitido o recurso especial que veicula tal violação ou divergência.

O que se propõe na presente tese é que a dimensão da violação (alínea “a” do art. 105, III, da Constituição) ou divergência (alínea “c”) seja cotejada com outro fator a ser considerado no exame da admissibilidade dos recursos excepcionais, qual seja: a medida da importância de que o tribunal de vértice manifeste *sua* posição acerca do tema em questão para o fim de que seu precedente passe a servir como guia para jurisdicionados e juízes.

Isso porque, se é certo que o texto das alíneas “a” e “c” do art. 105, III, da Constituição determina a apreciação do mérito de especiais que veiculem violação ou divergência na interpretação de tratado ou lei federal, é também certo que a condição de corte de vértice do STJ é determinante para que tal tribunal exerça o controle daquelas decisões que consistam uma afronta a esta sua condição.

É, afinal, por tal razão que, como se viu na seção 4.3, a Corte Constitucional alemã considera presente o requisito da significação fundamental quando se está

diante de ofensa “incisiva” a valores fundamentais ou quando há contrariedade da decisão recorrida em relação à jurisprudência superior.⁶⁰¹

Nessa toada, se de um lado o exame da *substancial* violação de tratado ou lei federal (alínea “a”) ou da *substancial* divergência na interpretação de tratado ou lei federal (alínea “c”) é mais relacionado ao controle das decisões recorridas pelo tribunal superior, de outro lado, o exame do potencial que terá a decisão do STJ de funcionar como guia para jurisdicionados e juízes é mais ligado à função institucionalmente mais importante atribuída ao STJ, de conferir unidade ao direito decorrente de tratados e de leis federais.

O presente trabalho assume como prioritária a função das cortes supremas de conferirem unidade ao direito, mas nisso compreendendo-se também em alguma medida algum controle da correção das decisões recorridas, na medida em que isso se revele institucionalmente importante para afirmar a autoridade da corte naquela matéria de sua incumbência.

Propõe-se, feitas essas considerações, que as questões probatórias a serem decididas pelo STJ em sede de recurso especial sejam apenas aquelas através das quais o STJ possa exercer seu papel constitucional de intérprete último dos tratados e das leis federais, entendidas tais questões, à luz do todo da Constituição, sem olvidar de seu art. 105, III, “a” e “c”, como sendo aquelas em que, alternativamente:

1. A contrariedade a tratado ou lei federal (ou a negativa de vigência a eles) é patente;
2. A divergência entre os tribunais locais a respeito da interpretação da lei federal supera os limites da razoabilidade;
3. A impugnação formulada pelo recorrente permitirá ao STJ, em casos em que haja uma demanda social grande por seu posicionamento, apresentar *sua* interpretação, que funcionará como um necessário guia na orientação de jurisdicionados, juízes e cidadãos em geral.

Observe-se que aqui se propõe que o exame do mérito se dê *alternativamente* desde que diante de qualquer uma destas três situações e *apenas*⁶⁰² diante da presença de ao menos uma destas três situações.

⁶⁰¹ CABRAL, Antônio do Passo. Op. cit., p. 79-80.

⁶⁰² E isto pelos motivos apresentados na seção 5.1, supra. Marinoni, partindo da ideia de que a função

A teor da posição institucional constitucionalmente deferida ao STJ, poder-se-ia imaginar que apenas no caso “3” devesse o STJ apreciar questões probatórias. No entanto, a redação do art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição não admitiria que se deixasse de conhecer do recurso especial (desde que presentes os demais requisitos para sua admissibilidade, como a tempestividade, a regularidade na representação, o prequestionamento etc.) que veiculasse *patente* violação a tratado ou a lei federal (letra “a”) ou *desarrazoada* divergência entre tribunais (letra “c”).

Esta conclusão (de que se há de admitir o especial que vier fundado nos casos “1” ou “2”), ademais, está de acordo com revisões feitas por nossas cortes de vértice nos valores ínfimos ou excessivos (mas apenas nos ínfimos ou excessivos e não nos simplesmente desacertados) de indenizações por danos morais ou de honorários advocatícios sucumbenciais (seção 5.2.3, supra) e em casos qualificados como de patente violação às normas de apreciação fundada da prova (seção 5.2.4, supra).

Neste ponto, observe-se que, embora o STF tenha superado expressamente a jurisprudência anterior que identificava cabimento e mérito dos recursos excepcionais (seção 3.2.1, supra), o fato é que, ainda assim, o STF e o STJ mantiveram em vigor (e aplicam diuturnamente) os verbetes 279 e 7 de suas Súmulas, para não conhecer da grande massa dos recursos excepcionais que versem “simples” reexame da prova, mas para conhecer dos que versem apreciação da prova qualificada pela necessidade de se aplicar o direito probatório na requalificação das conclusões probatórias (seção 3.2.3.3, supra).

Isso demonstra que — ao menos no que diz respeito às questões probatórias — o STF e o STJ não acreditam sinceramente que qualquer *mínima* infringência na

das Cortes Supremas é a de atribuir sentido ao Direito, defende que a redação atual do art. 105, III, da Constituição já permite uma certa restrição na concepção do cabimento do recurso especial. De acordo com o autor (MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**: RT, v. 103, n. 950, p. 165-198, 2014, p. 183-184): “No Brasil, afirmando-se a adequada compreensão do inc. III do art. 105 da CF, torna-se evidente que o ‘recurso especial’ há de ser admitido apenas nos casos em que a decisão recorrida i) diverge do entendimento da Suprema Corte; aplica precedente ii) desgastado, iii) superado por nova concepção geral acerca do direito, ou excepcionalmente iv) equivocado; e ainda quando a decisão v) diverge da interpretação que lhe deu outro tribunal ou vi) se funda em lei federal cuja interpretação ainda não foi definida pela Suprema Corte ou não gerou divergência entre tribunais de apelação.” No mesmo sentido a opinião do autor já havia sido expressada em: MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ...** Op. cit., p. 173-184. Para além da restrição defendida por Marinoni, defendemos na presente tese, a partir do tratamento das questões probatórias por nossas cortes de vértice, por elas mesmas desgastado, aliado ao quadro teórico traçado neste trabalho, que a restrição no cabimento dos recursos excepcionais há de ser lida como uma questão de *grau*: da medida em que uma infringência à norma decorrente da Constituição, de lei federal ou de tratado (na forma como interpretados pelas cortes de vértice) é substancial a ponto de determinar a apreciação do mérito da questão por nossas cortes de vértice.

interpretação da Constituição ou de tratado ou lei federal possa autorizar o cabimento dos recursos excepcionais. A infringência, para autorizar o exame do mérito da questão probatória invocada no recurso excepcional, há de ser manifestamente arbitrária (seção 5.2.4, supra).

E demonstra também que, da mesma forma (no que diz respeito às matérias probatórias), nossas cortes de vértice não acolhem a ideia de que a simples *alegação* pelo recorrente de infringência à Constituição ou a tratado ou lei federal — desacompanhada de qualquer vínculo com a realidade — possa determinar que se tenha de admitir e processar os recursos excepcionais para enfrentar seu mérito. Em outros termos: há de fato na jurisprudência de nossas cortes de vértice (a respeito das matérias probatórias) a permanência do reconhecimento de que os juízos de admissibilidade e mérito não são totalmente divorciados um do outro, perfazendo-se uma espécie de um juízo de deliberação quanto ao potencial de êxito do recorrente quanto ao mérito já para se admitir ou não o recurso excepcional.

A este respeito, a própria redação do art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição dispõe que o STJ deve julgar os especiais em que a decisão recorrida “contrariar” tratado ou lei federal ou “divergir” da interpretação dada por outro tribunal, com o que se pode concluir que é autorizada pelo ordenamento jurídico positivo a conclusão de que *não basta que o recorrente alegue* (seções 4.1.2 e 5.1, supra) que a decisão contrariou tratado ou lei federal ou divergiu da interpretação dada por outro tribunal. Para que o especial seja “julgado” (segundo expressão da Constituição, que só pode ser lida como “apreciado no mérito”, já que analisada para — no mínimo — não ser admitida qualquer petição dirigida a nossos tribunais será), a Constituição⁶⁰³ (art. 105, III, “a” e “c”) requer que a decisão recorrida efetivamente *contrarie* tratado ou lei federal ou *divirja* da interpretação efetuada por outro tribunal.

Além de que a decisão recorrida efetivamente *contrarie* tratado ou lei federal ou *divirja* da interpretação efetuada por outro tribunal, propõe-se no presente trabalho que, para a apreciação do mérito de recurso especial ou extraordinário que verse infringência a direito probatório, a infringência ou a divergência seja *substancial*. Conclusão em sentido contrário (ou seja, no sentido de que qualquer infringência, por mínima que fosse, autorizasse o conhecimento do mérito do recurso excepcional)

⁶⁰³ E neste ponto tem-se que nenhum teórico do Direito em sã consciência defenderia que a distinção dos processualistas entre cabimento e mérito dos recursos deva prevalecer sobre o texto ou sobre o espírito da Constituição.

conduziria ao funcionamento de nossas cortes de vértice como terceiras instâncias ordinárias, transformando os recursos especial e extraordinário em recursos não mais excepcionais. Isto implicaria que nossas cortes supremas tivessem de enfrentar (e nas questões probatórias isso é evidente) uma quantidade descomunal de trabalho, impeditiva de que desempenhassem as funções para as quais estão predispostas pela Constituição ao apreciarem os recursos excepcionais (de conferir unidade ao Direito).

Embora a redação do art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição pudesse incluir apenas as hipóteses “1” e “2”, supra, não seria admissível, diante da missão constitucionalmente deferida ao STJ, que a corte se abstinhasse de decidir o mérito do REsp em casos em que (embora não havendo na decisão recorrida contrariedade a tratado ou lei federal e não havendo divergência entre tribunais) há uma grande demanda pela apresentação de *sua* interpretação dos tratados e leis federais, mesmo que para confirmar o acerto da decisão recorrida.

É para estes casos que pode ser compreendida a superação expressa pelo STF (seção 3.2.1, supra) da ideia de que o recurso excepcional só pudesse ser admitido para ser provido. Nestes casos em que há uma demanda suficientemente considerável por um precedente *da corte de vértice* na matéria, efetivamente, a missão constitucional de nossas cortes supremas faz com que recursos excepcionais possam ser admitidos e, no mérito, não serem providos.

Foi sob esta perspectiva (de assumir a responsabilidade por, em certo momento histórico, fixar precedentes em certas questões) que, por exemplo, o STJ decidiu uma diversidade de casos que tratavam do exame de DNA na comprovação da paternidade (seção 5.1, supra)⁶⁰⁴ e afetou como representativos de controvérsias recursos especiais em que se discute a aplicabilidade da penalidade do art. 359 do CPC (dar por verdadeiros os fatos que se queria comprovar com o documento ou coisa não levada a juízo) e a possibilidade de se comprovar violação de direito autoral por meio de perícia (seção 5.2.4, supra).

A construção que aqui se propõe procura sistematizar, com fundamentos teóricos expressos, um desenvolvimento jurisprudencial de fato verificado nas cortes brasileiras (com os desgastes operados na jurisprudência tradicional, conforme verificado na seção 5.2, supra). Não se trata apenas de justificar teoricamente uma prática estabelecida, consolidada, assente e indubitosa. Em verdade, os desgastes

⁶⁰⁴ Mesmo que para confirmar o modo como decidido o mérito da causa pela decisão recorrida.

operados por julgados mais atuais na jurisprudência tradicional (seção 5.2, supra) são aparentemente pontuais e, com isso, nem sempre resta claro aos operadores do Direito que raciocínios aplicados nestes casos (examinados na seção 5.2, supra) virão a ser (como deveriam, uma vez que o Estado de Direito demanda que as decisões judiciais sejam universalizáveis) aplicados em casos análogos que venham a se apresentar no futuro.

Na medida em que se tenha fundamentos claros e argumentativamente sustentáveis para que o conhecimento de recursos excepcionais se restrinja a casos excepcionais de substancial relevância e transcendência, seja por manifesta arbitrariedade da decisão recorrida, seja pela necessidade e conveniência de um *guia* a ser fornecido pelo precedente que virá a ser estabelecido pela corte de vértice, então não só o recorrente (movido pelo interesse recursal) saberá argumentar mais eficientemente, mas também nossas cortes de vértice poderão estar em condições de melhor se posicionarem e de mais eficientemente desempenharem suas funções institucionais.

A presente construção, ademais, não é alheia à prática de cortes supremas estrangeiras que, conforme se expôs no capítulo 4, supra, procuram encontrar um meio-termo na admissão do exame de questões probatórias, para admiti-lo sob certas circunstâncias que as próprias cortes não costumam arrolar de maneira taxativa, mas de maneira aberta à argumentação.

A sistematização da medida da cognoscibilidade das questões probatórias e um posicionamento claro de nossas cortes supremas a este respeito têm uma grande importância com a manutenção do duplo juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial (art. 1.030 do Código de Processo Civil de 2015, com a redação alterada — para que seja duplo o juízo de admissibilidade — ainda antes da entrada em vigor do novo Código), ou seja, com um juízo de admissibilidade realizado inicialmente pelo tribunal *a quo* e outro feito (em caso de ser positivo o juízo de admissibilidade do tribunal *a quo* ou em caso de interposição de agravo ao tribunal *ad quem*) pelo tribunal *ad quem*.

Com efeito, na medida em que o tribunal *a quo* esteja devidamente orientado por um posicionamento claro e coerente dos tribunais supremos acerca das diretrizes a serem observadas na admissibilidade dos recursos excepcionais, este primeiro juízo de admissibilidade tenderá a ser mais facilmente acatado pelas partes ou, caso objeto de agravo ao tribunal *ad quem*, de mais ágil apreciação, uma vez que os critérios

jurídicos utilizados para o conhecimento do recurso tenderão a ser compartilhados entre os tribunais.

Não foi outro o móvel que conduziu Ministros do STJ a pleitearem junto ao Congresso Nacional a alteração do Código de Processo Civil de 2015 ainda antes de sua entrada em vigor, para que fosse mantido o sistema atual de duplo juízo de admissibilidade do recurso especial.⁶⁰⁵ Como se viu no capítulo 4 e na seção 5.2, o STJ é consciente da função a ele atribuída — de dar unidade ao direito federal através da elaboração, manutenção e atualização de precedentes — pela Constituição. E, para o desempenho desta função, diante do enorme número de processos endereçados ao STJ, especialmente do número de recursos especiais, conta-se com a cooperação dos tribunais *a quo* na realização do primeiro juízo de admissibilidade dos recursos especiais, com a finalidade de que o STJ possa se dedicar a apreciar o mérito daqueles recursos que efetivamente mereçam ser decididos pela corte suprema, quais sejam, aqueles que ostentem substancial relevância e transcendência.

⁶⁰⁵ FORÇA-TAREFA do STJ no Congresso tentará alterar admissibilidade de recursos do novo CPC. **Migalhas**, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI229882,101048-Forcatarefa+do+STJ+no+Congresso+tentara+alterar+admissibilidade+de>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

CONCLUSÕES

A presente tese de doutorado procurou tratar do problema concernente à cognoscibilidade das questões probatórias por cortes supremas, em especial pelas cortes supremas brasileiras, responsáveis por conferir unidade ao direito no que diz respeito à interpretação e aplicação da Constituição (STF) e de tratados e leis federais (STJ).

Investigou-se se, tratando-se de cortes supremas com a incumbência de conferir unidade ao direito, o STF e o STJ deveriam (e, se sim, em que medida) ou não apreciar questões probatórias veiculadas nos processos em concreto originariamente submetidos à jurisdição ordinária.

A complexidade no enfrentamento do problema que esta tese se propôs a responder decorre da complexidade daquilo que em direito — e em especial no contexto de decisão jurisdicional — se entende por *provar*, por *considerar provado* e por *dever considerar algo provado*. E decorre também da disputa acerca de qual a função a ser desempenhada por cortes supremas de um sistema de justiça e de como melhor desempenhar essa função, ou, havendo mais de uma função a ser desempenhada, quais as funções a serem desempenhadas e, em caso de conflito, como conjugar o desempenho das múltiplas funções.

O defrontar de tal problema pressupôs o “estado da arte” dessas questões junto aos tribunais brasileiros, ou seja, aquilo que de fato se decide nos tribunais de vértice brasileiros a respeito dele: como regra geral, aplica-se o entendimento sumulado (verbetes 7 da Súmula do STJ e 279 da Súmula do STF) segundo o qual não se admitem recursos especial e extraordinário em que se pretenda o “simples” reexame da prova produzida no processo.

Foi preciso então definir em que consiste o exame da prova e estabelecer em que medida isso importa para o processo e para a decisão das causas.

Fixou-se que a decisão acerca de como se passaram os fatos objeto de prova no processo é uma decisão que é preciso tomar incidentalmente, para que seja decidida a causa em questão no processo judicial. Em verdade, decidir sobre como se passaram os fatos objeto de prova nem sempre é absolutamente imprescindível (isso ocorre quando é preciso lançar mão de uma regra de ônus da prova para se decidir a causa ou quando se há de decidir acerca da concessão de tutela de urgência

sem que a evidência seja segura, completa ou apoie com suficiente força a conclusão), mas decidir sobre a atribuição a alguém do bem da vida disputado (diante da proibição de *non liquet*) é imprescindível.

O fato de que esteja de acordo com o direito decidir processos sem que os fatos objeto de prova estejam provados, porém, não autoriza a conclusão de que a decisão a respeito do acerto dos fatos seja uma decisão de menor importância. Pelo contrário: decidir os processos em geral de acordo com os fatos efetivamente ocorridos é uma condição estrutural na manutenção de uma ordem jurídica. Com efeito, manter-se-ia em funcionamento um ordenamento jurídico que não garantisse certos direitos específicos, mas não é capaz de se manter em funcionamento um ordenamento jurídico que em definitivo não se importe com a aplicação do direito aos fatos conforme eles efetivamente tenham se passado.

É certo que há outros valores tutelados pelo ordenamento jurídico a par do valor consistente na averiguação dos fatos operativos, de modo que, portanto, a verdade dos fatos objeto de prova não é um objetivo a ser perseguido a qualquer custo. Contudo, sendo o objetivo do processo instrumentalizar a efetivação do direito material (levando-se em conta tanto o caso concreto como a ordem jurídica como um todo), não se pode subestimar a importância de decidir de acordo com a realidade dos fatos.

Estabelecido este pressuposto, fixou-se como ponto de partida que, no contexto de justificação em que, pela via jurisdicional, são decididas as causas, a pergunta relevante não é simplesmente acerca de como os fatos objeto de prova se passaram. A pergunta relevante nesse contexto é como os fatos *devem ser dados por provados*. E isto porque no contexto de decisão é adotado o *ponto de vista jurídico*, com o que as questões são decididas adotando-se necessariamente critérios *jurídicos*. Ainda que seja preciso acorrer a considerações de natureza não jurídica (considerações provenientes da lógica, da física, do estágio atual da ciência, de contratos etc.), na medida em que essas considerações são adotadas para a decisão jurisdicional das causas, elas têm de passar pelo crivo da abertura que o *sistema jurídico* dá aos conhecimentos de outras naturezas.

O presente trabalho assumiu o caráter argumentativo do direito e, na medida em que as decisões acerca de o que se há de considerar provado (no contexto justificatório de decisão jurisdicional) são decisões jurídicas, assumiu-se o caráter argumentativo das decisões sobre as questões probatórias. Com isso, *dar por provada*

uma hipótese fática consiste em argumentar estarem presentes razões bastantes para tanto, devidamente consideradas as razões que apontavam conclusões em sentido contrário, por tais e quais razões.

Dado o caráter argumentativo do direito, qualquer proposta de solução inicialmente pensada a um problema é derrotável, ou seja, há de ser submetida a testes em que se haverá de considerar se circunstâncias a princípio não cogitadas poderão demandar solução definitiva diferente daquela que *prima facie* se apresentou como defensável.

Isso não implica que cada caso mereça uma solução única e exclusiva. O presente trabalho adotou a posição ancorada no universalismo, segundo a qual o Estado de Direito é comprometido indissolavelmente com o universalismo, de modo que qualquer solução definitiva a um problema jurídico que se apresente há de ser testada considerando-se sua extensibilidade à resolução de eventuais futuros casos análogos. Ou seja, presentes circunstâncias relevantes análogas, casos futuros haverão de receber a mesma solução empregada em casos passados similares. Como consequência, é também pensando-se na capacidade de decisão de hoje de solucionar potenciais futuros casos similares que se tomam as decisões de hoje no Estado de Direito.

A palavra “prova” é utilizada em diferentes sentidos, para se referir a meio ou fonte de prova, a atividade probatória ou ao resultado da atividade probatória. No contexto de justificação em que se desenvolve a decisão sobre as questões probatórias, o foco se dá sobre aquilo que se haverá de considerar como sendo o *resultado* da atividade probatória.

O vocábulo “*evidence*”, utilizado em língua inglesa, é mais adequado à complexa consideração de todos os dados a serem considerados para o fim de se chegar a uma conclusão acerca do resultado da prova. Assim, “*evidence*”, para além de “*proofs*”, inclui fatos tomados por certos independentemente de meios de prova propriamente ditos (fatos incontroversos e notórios), elementos fáticos e elementos normativos presentes no conhecimento de mundo compartilhado (*background knowledge*), considerações sobre o comportamento das partes (*argomenti di prova*, na doutrina italiana).

À conclusão sobre o resultado da prova se chega levando-se em consideração todos esses dados e lançando-se mão de inferências em que funcionam

como premissas dados fáticos e generalizações (normas jurídicas e, na maioria das vezes, regras de experiência comum ou técnica).

Ao lado das abordagens que focam nos processos inferenciais, abordagens explicacionistas adequadamente frisam que à conclusão sobre a melhor explicação dos dados a serem considerados não se chega simplesmente enquadrando-se os dados em generalizações aleatórias. Efetivamente, na formulação das cadeias de inferências não se trata de efetuar um simples enquadramento, mas de se comparar o suporte que os dados são capazes de dar a hipóteses rivais e de se comparar a medida em que cada hipótese rival é capaz de explicar os dados. Tais comparações são explicitamente feitas ocorrendo-se ao conhecimento de mundo compartilhado (*background knowledge*), que, ao ser acessado, principia por testar inicialmente desde já as hipóteses a princípio mais factíveis que sejam capazes de melhor explicar os dados.

Uma proposta mais sofisticada que o explicacionismo é feita por Susan Haack, que defende que o grau de justificabilidade de uma hipótese fática a ser dada por provada é aferido pela apreciação de três dimensões: a *segurança independente* de cada dado a ser considerado; a medida em que os dados reunidos incluem todos os pertinentes (*inclusividade* ou *compreensividade* ou *completude*) e a *suportividade* que os dados oferecem à hipótese e que a hipótese oferece aos dados.

Afirmar que determinada hipótese está provada, no contexto da decisão jurisdicional, consiste em afirmar que a adoção de tal hipótese está *suficientemente justificada* diante dos dados a serem considerados *para fins de tomada de decisão*. E isto faz com que, para além de parâmetros lógicos e epistemológicos, seja imprescindível adotarem-se critérios jurídicos para a aferição desta suficiência.

Isto conduz à questão sobre o *quanto* de prova (*standard* de prova) é suficiente sob determinado contexto, se este quanto de prova foi ou não suprido e, não tendo sido suprido, como se decidirá a causa (distribuindo-se o ônus da falta de prova suficiente).

Considerações jurídicas sobre *standard* de prova e distribuição do ônus da prova são determinadas por considerações sobre a distribuição entre as partes dos riscos inerentes à possibilidade de erro na decisão jurisdicional (entendendo-se por “erro” a atribuição do bem da vida de forma diversa daquela que é determinada pelo direito material). Por sua vez, a distribuição do risco de erro nas decisões sobre provas

depende da lesividade decorrente do erro e das virtudes decorrentes do acerto na prestação jurisdicional.

É conhecida a posição doutrinária que defende que os *standards* de prova sejam fixos e que sejam pré-determinados pelo legislador. De qualquer sorte, a formulação dos termos definidores dos *standards* de prova (prova além de toda dúvida razoável, prova clara e convincente, prova preponderante, verossimilhança etc.) é aberta, o que introduz uma margem de decisão acerca do preenchimento ou não do *standard* e faz com que passe a ser relevante o questionamento acerca das razões subjacentes ao *standard* aplicável.

A decisão sobre em que medida o ordenamento jurídico determina que se evite o erro e sobre em que medida determina que se busque o acerto é dada pela medida em que o direito requer a facilitação da defesa, pela leitura que se haverá de dar à aplicação do princípio da igualdade e pela medida de cooperação que o direito exige das partes.

Na medida em que o ordenamento jurídico admite que a decisão sobre *standard* de prova e a distribuição do ônus da prova seja influenciada pelas razões subjacentes às normas que tratam desse assunto, fica ainda mais acentuado o caráter argumentativo das decisões acerca das questões probatórias.

No desenho institucional efetuado pela Constituição brasileira, o STF e o STJ receberam as missões de dar guarida à interpretação da Constituição (STF) e de tratados e leis federais (STJ). Foram-lhes custodiadas também outras competências, como, por exemplo, para o conhecimento de ações penais que têm como réus alguns agentes públicos com prerrogativa de foro, a homologação de decisões judiciais estrangeiras, o conhecimento de mandado de segurança impetrado contra atos de certas autoridades etc. No entanto, suas funções institucionalmente mais importantes (que as tornam cortes supremas) são as de atuarem como tribunais definidores, em posição de vértice, do sentido da Constituição (STF) e de tratados e leis federais (STJ). E tais funções são exercidas principalmente (a par do controle em abstrato de constitucionalidade feito pelo STF) através de apreciação dos recursos extraordinário e especial.

A redação dos dispositivos (art. 102, III, e art. 105, III) da Constituição de 1988 que tratam dos recursos extraordinário e especial estabelece que cabe ao STF e ao STJ julgarem tais recursos quando a decisão recorrida *contrariar* a Constituição ou tratado ou lei federal. Eram similares, neste ponto, as redações das Constituições

anteriores, que conduziram à aprovação do verbete 279 da Súmula do STF em 1963 (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”), com o que uma das interpretações de tal verbete sumular foi a de que não cabia o recurso excepcional quando as instâncias ordinárias haviam apreciado “cumpridamente” a prova. Tal forma de interpretação, porém, foi expressamente superada por nossas cortes de vértice, que expressaram que o juízo de admissibilidade não se confunde com o juízo de mérito do recurso, sendo possível conhecer-se do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento.

Outra forma de compreender o verbete 279 da Súmula do STF (adotado pelo STJ no verbete 7 de sua Súmula) foi no sentido literal de que, qualquer que fosse a questão probatória arguida, ela não era passível de apreciação por meio de RE ou de REsp. Tal compreensão, no entanto, atribuiu ao verbete sumular o valor de mandamento legal, valor que ele — na condição de súmula de jurisprudência — evidentemente não portava.

A forma mais difundida de se compreender os verbetes 279 da Súmula do STF e 7 da Súmula do STJ foi no sentido de que seria “simples” reexame da prova (que não autorizaria o recurso excepcional) aquele que não envolvesse a interpretação e aplicação do direito decorrente da Constituição (no caso do RE) ou de lei federal (no caso do REsp), uma vez que é a esta finalidade que se destinam tais recursos.

Isso conduziu a que a jurisprudência, na aplicação de tais verbetes sumulares, apartasse questões “de fato” de questões “de direito”. Ainda que fosse possível, no entanto, uma distinção didático-expositiva entre questões “de fato” e “de direito”, *não se pode tomar decisões jurisdicionais sobre questões probatórias independentemente do direito*. Tal ponto (adotado como pressuposto teórico na presente tese), contudo, foi e é olvidado pelas inúmeras decisões de nossas cortes de vértice acerca da aplicabilidade dos supramencionados verbetes sumulares, em que se afirma haver casos em que só se quer “revolver” a prova (e então não é admitido o recurso excepcional) e casos em que se está diante de pretensão de “reavaliação” da prova (e então é admitido o recurso excepcional).

É certo que há normas no ordenamento jurídico positivo que atribuem a algumas questões o *status* de questões de fato e a outras o de questões de direito, para certas finalidades normativas específicas. Assim, por exemplo, quando o ordenamento jurídico estabelece que não serão objeto de prova (de meio de prova)

os pontos controvertidos acerca *do direito* aplicável na solução da controvérsia (pois *iura novit curia*), a intencionalidade normativa é atribuir ao juiz a responsabilidade por inteirar-se do direito vigente, independentemente de se onerar as partes com a necessidade de que realizem atividades processuais com essa finalidade.

Contudo, para o fim de tomada de decisão jurisdicional a respeito das questões probatórias, os art. 102, III, e art. 105, III, da Constituição não fazem qualquer distinção entre questão “de fato” e “de direito”. Tais dispositivos constitucionais também não excluem que questões probatórias possam ser apreciadas em RE⁶⁰⁶ ou em REsp. Os mencionados dispositivos constitucionais não estabelecem os casos em que os recursos excepcionais *não* cabem, mas sim os casos em que eles cabem. Em apertada síntese, esses casos se dão quando a decisão recorrida contrariar a Constituição ou tratado ou lei federal, o que não exclui decisões que tenham apreciado questões probatórias de forma a contrariar a Constituição ou tratado ou lei federal.

Embora os recursos especial e extraordinário sejam recursos de fundamentação vinculada (destinados a atacar decisões proferidas pelos tribunais ordinários que contrariem a Constituição ou tratado ou lei federal), os fundamentos para a sua interposição são de grande amplitude, dado o gigantismo da legislação federal brasileira e a analiticidade da Constituição.

Especificamente no que diz respeito aos dados a serem enfrentadas para a decisão acerca das questões probatórias, a disciplina proveniente *da legislação federal* brasileira é ampla e aberta (basta ter em mente o preceito positivado que determina a apreciação livre, mas motivada, da prova). A disciplina proveniente *de preceitos constitucionais*, embora muitas das vezes seja violada apenas indiretamente — mediante violação direta da lei federal, caso em que se aplica o verbete 636 da súmula do STF —, também pode conduzir ao cabimento de extraordinário quando o núcleo essencial do direito decorrente diretamente da Constituição resultar violado autonomamente (independentemente de qual seja o conteúdo da disciplina da lei infraconstitucional).

O enfrentamento do problema proposto pela presente tese, assim, exigiu que se estudassem as funções a serem desempenhadas por cortes de vértice de um

⁶⁰⁶ Com a EC 45, em 2004, foram excluídas da possibilidade de apreciação em RE (mas não, ao menos não expressamente, em REsp) as causas que não ostentem repercussão geral — conforme passou a constar do § 3º do art. 102 da Constituição.

sistema e que se estudasse, ainda, como — especificamente no enfrentamento das questões probatórias — as cortes não de desenvolver adequadamente essas funções.

Verificou-se que, historicamente, as cortes supremas de diversos países vêm procurando situar-se entre, de um lado, definir o sentido do direito, promovendo sua unidade e evolução, e, de outro, controlar o acerto das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias.

O tema das controvérsias a respeito das questões probatórias é particularmente frutífero no posicionamento das cortes supremas a respeito de suas atribuições. Isto porque, dada a abertura dos preceitos normativos que tratam de questões probatórias e o acentuado caráter argumentativo do direito no tratamento das questões probatórias, resulta que estaria totalmente inviabilizada uma corte suprema — em um país de grandes proporções, com uma justiça de massa e atomizada — que se dispusesse a controlar o acerto de todas as decisões recorridas que *aleadamente* houvessem violado direito probatório.

Uma corte suprema que se dispusesse a tal hercúlea tarefa não seria capaz de, simultaneamente ao controle do acerto das decisões da justiça ordinária, promover a unidade do direito, pois dificilmente seria capaz de tomar decisões suficientemente refletidas para a formação de precedentes dotados da autoridade que um precedente proveniente de corte suprema deve ter.

Por outro lado, simplesmente abrir mão de qualquer controle acerca do acerto ou do erro — por mais grave que fosse — das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias também seria solução extrema que poderia conduzir à bancarrota da autoridade de uma corte suprema.

Daí o surgimento de teses no sentido de que, a par de formar precedentes e mantê-los atualizados, as cortes supremas têm também o dever de efetuar o *controle* acerca de decisões provenientes de tribunais ordinários *que sejam manifestamente arbitrárias*. Tais teses são adotadas por cortes supremas de diversos países e há decisões proferidas pelo STF e pelo STJ que indicam que, ainda que implicitamente, foram também acolhidas por nossas cortes, ao menos em matéria de prova.

Com efeito, ao apreciarem importantes questões sobre estar ou não provado o elemento subjetivo de certos delitos (se havia ou não *animus necandi* em “racha”; se diante de certas circunstâncias estava ou não presente o dolo traficar; se há ou não dolo decorrente do fato de dirigir em estado de embriaguez); ao definirem as conclusões a serem retiradas a partir da negativa do suposto pai a submeter-se a

exame de DNA; ao reverem indenizações por danos morais e honorários advocatícios fixados em valor irrisório ou excessivo (mas não as fixadas em valor nem irrisório nem excessivo); ao reformarem decisões em que se considerou patente o equívoco das instâncias ordinárias e ao manterem decisões das instâncias ordinárias sob o fundamento de não serem decisões manifestamente equivocadas, o STJ e o STF demonstraram estarem conscientes de suas funções de fixarem precedentes em questões probatórias altamente controvertidas ou novas, bem como de realizarem um juízo acerca de arbitrariedades praticadas pelas instâncias ordinárias (mas não mais que um controle sobre arbitrariedades).

A ideia de que houvesse um direito subjetivo à apreciação do mérito de recurso excepcional dirigido a cortes supremas não tem sustentação em uma leitura do ordenamento jurídico que atente para o fato de que as cortes supremas receberam da Constituição a missão de darem guarida à interpretação da Constituição e de tratados e leis federais, em tempo razoável e com eficiência, promovendo a igualdade de todos os cidadãos que têm o direito de receber das cortes de vértice de seu país precedentes capazes de promover uma vida em sociedade minimamente estável, segura e previsível.

Diante disso, apresenta-se a tese de que a *contrariedade* ou *divergência* exigidas pela Constituição para que o STF e o STJ julguem o mérito de recursos extraordinários e especiais não seja qualquer mínima contrariedade ou qualquer pequena divergência entre tribunais locais, mas uma contrariedade ou divergência *substanciais*, que tenham conduzido a uma leitura do ordenamento jurídico patentemente equivocada.

Tal compreensão das hipóteses de cabimento dos recursos especial e extraordinário *não* se encontra fora dos sentidos que se revelam como possíveis ao texto constitucional (art. 102, III, e art. 105, III, da Constituição). Com efeito, o texto constitucional *não* determina o cabimento desses recursos diante da *mera alegação* de violação (alínea “a”) ou de divergência (alínea “c”) na interpretação-aplicação da Constituição, de tratado ou de lei federal. Pelo contrário, de acordo com a redação desses dispositivos da Constituição, os recursos especial e extraordinário devem ser *julgados* (no mérito) quando a decisão recorrida *contrariar* (alínea “a”) a Constituição ou tratado ou lei federal ou quando a decisão recorrida *for divergente* (alínea “c”) de outra proveniente de outro tribunal.

A defesa feita na presente tese de que a *contrariedade* ou *divergência* que autorizam a apreciação do mérito dos recursos especiais e extraordinários sejam apenas aquelas *substanciais* encontra especial ressonância (ainda que implícita) na jurisprudência de nossas cortes supremas no que diz respeito à temática das questões probatórias, tanto nos casos em que (a) são reformadas as decisões recorridas que — na apreciação da prova — incidem em conclusões manifestamente arbitrárias quanto nos casos em que (b) se deixa de adentrar o mérito das decisões recorridas que *não* incidiram em manifesta arbitrariedade na decisão a respeito das questões probatórias.

Ao argumento de que o controle da arbitrariedade das decisões recorridas responde mais a uma concepção *privada* das cortes, preocupada mais com o *ius litigatoris* que com o *ius constitutionis*, replicamos que, em última análise, a realização de algum controle sobre o acerto das decisões dos tribunais ordinários é também exigida daquelas cortes que priorizem sua função pública de dar unidade ao direito naquelas matérias a ela confiadas.

É de se notar, no ponto, que até mesmo a Corte Constitucional alemã, ao apreciar a presença da *significação fundamental* para o cabimento da reclamação constitucional, considera que ela está presente quando há ofensa incisiva a valores fundamentais presentes na Constituição ou quando há afronta à jurisprudência consolidada pelo tribunal *ad quem*.

É nessa linha que defendemos que, ainda que o STF e o STJ devam priorizar sua missão de conferir unidade à interpretação da Constituição e de tratados e leis federais, eles não devem abrir mão de exigir o respeito de sua autoridade de cortes de vértice, o que deve ser feito através do controle das violações e divergências *substanciais* na interpretação do sentido da Constituição e de tratados e leis federais.

Ao lado da correção de decisões manifestamente arbitrárias, defendemos que nossas cortes de vértice voltem-se também e *prioritariamente* à apreciação de questões — mesmo as decididas com acerto pelas instâncias ordinárias — cuja solução pela corte suprema tenha *maior* potencial para servir como um *importante guia* para a solução de eventuais futuros casos análogos.

Ao argumento de que o juízo de admissibilidade não se pode confundir com o juízo de mérito dos recursos, replicamos que, embora admissibilidade e mérito consistam em exames não totalmente coincidentes, também não se trata de exames completamente apartados. Com efeito, se o texto constitucional apenas determina

julgar (o mérito) dos recursos especiais e extraordinários quando as decisões recorridas *contrariarem* ou *divergirem* na interpretação da Constituição ou de tratado ou lei federal, resulta que é lícito, pelo teor do texto constitucional, efetuar, já no juízo de admissibilidade, um prévio juízo de delibação acerca do mérito do recurso.

Tal juízo de delibação sobre como seria julgado o mérito do RE ou do REsp caso ele fosse admitido é particularmente evidente e necessário quando se trata de examinar se houve ou não *substancial* contrariedade (alínea “a”) ou *substancial* divergência (alínea “c”) na decisão recorrida. Contudo, quando se está diante daquelas situações em que se aguarda que o STJ ou o STF manifestem a *sua* posição acerca de determinado tema, com o fim de que a decisão passe a servir como *importante guia* a jurisdicionados e juízes, não será preciso que haja perspectiva de reforma da decisão recorrida. Ou seja, é absolutamente viável e pode ser muito importante para o sistema de justiça que os tribunais de vértice admitam recursos excepcionais e, no mérito, se for o caso, neguem-lhe provimento, mantendo a decisão recorrida, mas então substituindo-a pela decisão proferida pelo tribunal supremo, acompanhada das razões emanadas dos tribunais supremos, com isso formando-se a atualizando-se precedentes que gozam da maior autoridade no sistema de justiça.

Como procurou-se deixar claro desde a apresentação do problema, o modo como a jurisprudência vem argumentando acerca da admissibilidade de questões probatórias em recursos excepcionais não está de acordo com as atuais teorias da prova nem com as atuais teorias da decisão, além de ser possível encontrar-se uma notável falta de coerência na admissão de alguns recursos e não admissão de outros em hipóteses muito similares, o que conduz a certo prejuízo para as cortes em termos de legitimidade argumentativa dessas decisões.

Espera-se que a argumentação e as conclusões a que se chegou no presente trabalho sejam capazes de contribuir para o enfrentamento jurisdicional acerca da admissibilidade de questões probatórias em sede de recursos especiais e extraordinários.

Com a manutenção do duplo juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 1.030), a elaboração de uma compreensão sistematizada dos casos em que haverão de ser admitidos os recursos excepcionais passa a ser demanda com ainda mais vigor.

Com efeito, não só os jurisdicionados esperam que os tribunais supremos sejam claros e coerentes em suas decisões acerca das hipóteses em que serão

admitidos os recursos excepcionais (a fim de que avaliem se irão ou não recorrer e, em recorrendo, restrinjam-se a argumentar eficientemente acerca daquilo que é relevante); também os tribunais *a quo*, ao elaborarem o primeiro juízo acerca da admissibilidade do recurso excepcional, esperam um posicionamento claro e coerente dos tribunais *ad quem*, a fim de que possam exercer um juízo de admissibilidade pautado pelos mesmos critérios que regerão o juízo de admissibilidade feito pelo tribunal *ad quem*, sob pena de os tribunais recorridos pouco poderem colaborar com a prestação jurisdicional ao efetuarem o primeiro juízo de admissibilidade.

O presente trabalho debruçou-se especificamente sobre a cognoscibilidade das *questões probatórias* pelas cortes supremas brasileiras, campo que se mostrou particularmente frutífero à proposta aqui elaborada, uma vez que o exame pela corte suprema de toda e qualquer questão probatória decidida com recurso a norma jurídica decorrente de lei federal evidentemente tornaria inviável a prestação jurisdicional pela corte de vértice. Além disso, diversos julgados de nossas cortes supremas operaram desgastes (seção 5.2) na jurisprudência tradicional, permitindo-se antever um reposicionamento (ainda que não claro e explícito) de nossas cortes supremas ao menos a respeito da cognoscibilidade *de questões probatórias* em recursos excepcionais.

Resta investigar se a proposta apresentada nesta tese de doutorado há de ser estendida para outras questões além das questões probatórias. Por um lado, as hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais no texto constitucional (art. 102, III, e art. 105, III) não distinguem entre questões probatórias e questões de outras naturezas. Embora a possibilidade de se arguir apreciação da prova de forma a violar lei federal ou a Constituição seja dramaticamente grande nos recursos em geral, o enfrentamento do mérito de outras questões também gera uma descomunal carga de trabalho a nossos tribunais de vértice, especialmente ao Superior Tribunal de Justiça, em relação ao qual não foi positivada figura similar à repercussão geral exigida para os recursos extraordinários.

Por outro lado, a restrição de admissibilidade ao especial em relação às questões probatórias se beneficia na prática forense da força inercial decorrente da aplicação rotineira do verbete n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Ainda que tal verbete sumular mereça ser reinterpretado tendo em vista as atuais teorias das provas, as atuais teorias da decisão e uma renovada concepção acerca da admissibilidade dos recursos excepcionais diante das funções a serem

desempenhadas pelas cortes supremas, é certo que a tradicional aplicação de tal verbete sumular, ao já operar uma enorme restrição à admissão dos especiais, torna mais fácil aplicar restrição (ainda que reelaborada) ao cabimento de recursos especiais. Esta força inercial não se aplica para além das questões probatórias.

De qualquer sorte, no tratamento de qualquer questão jurídica (não se restringindo às questões probatórias), a função primordial das cortes supremas consiste em imprimir unidade ao sentido do direito, estabelecendo e atualizando precedentes. O controle do acerto das decisões recorridas, em alguma medida, atende à meta de se conferir unidade ao direito, mas apenas na medida em que se esteja diante de questão de *substancial* relevância e transcendência, que faça com que o tribunal supremo tenha de exigir a observância de sua autoridade nos casos concretos. E nisso, como primeira hipótese, parece não haver distinção entre questões probatórias e questões de qualquer outra espécie.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo, Martins Fontes: 2000.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption: a Structural Comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 433-449, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. Tradução de: **Theorie der Juristischen Argumentation**, 1. ed. 1978.

ALLEN, Ronald J. Burdens of Proof, Uncertainty, and Ambiguity in Modern Legal Discourse. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, v. 17, n. 3, p. 627-646, 1994.

ALLEN, Ronald J. Burdens of Proof. **Law, Probability and Risk**, v. 13, n. 3-4, p. 195-219, 2014.

ALLEN, Ronald J. Explanationism All the Way Down. **Episteme**, v. 5, n. 3, p. 320-328, 2008.

ALLEN, Ronald J. The Nature of Juridical Proof. **Cardozo Law Review**, v. 13, p. 373-422, 1991.

ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. Juridical Proof and the Best Explanation. **Law and Philosophy**, v. 27, p. 223-268, 2008.

ALLEN, Ronald J.; PARDO, Michael S. The Myth of the Law-Fact Distinction. **Northwestern University Law Review**, v. 97, n. 4, p. 1769-1807, 2003.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Analysis of Evidence**. 2. ed. Cambridge: Cambridge, 2005.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 12, p. 257-299, 1992.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. O recurso extraordinário brasileiro e o instituto da repercussão geral (EC 45/2004): notícia de projeto para sua disciplina por legislação ordinária. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coords.). **El papel de los tribunales superiores**: parte 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 301-349.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**. Teorías de la argumentación jurídica. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2005. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=710>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

ATIENZA, Manuel. Sobre “Creación judicial del derecho” de Eugenio Bulygin. In: BULYGIN, Eugenio; ATIENZA, Manuel; BAYÓN, Juan Carlos. **Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho**. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 95-123.

ÁVILA, Humberto. **Indicadores de seguridad jurídica**. In: I CONGRESO BIENAL SOBRE SEGURIDAD JURÍDICA Y DEMOCRACIA EN IBEROAMÉRICA, Girona, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. In: **Temas de Direito Processual**. 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 145-161.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: **Temas de Direito Processual**. 1. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 60-64.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reforma da Constituição Brasileira e o Supremo Tribunal Federal. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coords.). **El papel de los tribunales superiores**: parte 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 555-569.

BAYÓN, Juan Carlos. Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas. In: BULYGIN, Eugenio; ATIENZA, Manuel; BAYÓN, Juan Carlos. **Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho**. Madri: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 27-73.

BENTHAM, Jeremy. **A Treatise on Judicial Evidence**. London: J.W. Paget, 1825.

BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl. Ni deducción ni inducción: abducción. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Coords.). **Prueba y razonamiento probatorio en Derecho**. Granada: Comares, 2014, p. 163-187.

BOVE, Mauro. **Il Sindacato della Corte di Cassazione**: contenuto e limiti. Milano: Giuffrè, 1993.

BULYGIN, Eugenio. La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas. In: BULYGIN, Eugenio; ATIENZA, Manuel; BAYÓN, Juan Carlos. **Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 9-26.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. Requisitos de relevância no sistema recursal alemão. In: FUX, Luiz; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno (Coords.). **A repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 71-85.

CALAMANDREI, Piero. **La Cassazione Civile**. Torino: Fratelli Bocca, 1920.

CALAMANDREI, Piero. **Límites entre jurisdicción y administración**. In: **Estudios sobre el proceso civil**. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, p. 18-50.

CAPONI, Remo. “Ciò que non fa la legge, lo fa il giudice, se capace”: l’impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana. In: ANNUARIO DI DIRITTO COMPARATO E DI STUDI LEGISLATIVI. Nápoles: Scientifiche Italiane, 2011, p. 225-226.

CAPONI, Remo. **La modifica dell’art. 360, 1º comma n. 5 c.p.c.**: aula magna della Corte di Cassazione, 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/2117693/Remo_Caponi_2012_La_modifica_dellart._360_1_comma_n._5_c.p.c.>. Acesso em: 21 maio 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation**. Milano: Giuffrè, 1973.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Tradução Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000. Tradução de: **La prova civile**. 2. ed. Roma: So. Gra. Ro., 1947.

CARPI, Federico. **El acceso a la corte de casación**. In: OTEIZA, Eduardo (Coord.). **Cortes supremas: funciones y recursos extraordinários**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 17-32.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros: v. 1**. Coimbra: Coimbra, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993.

CHIARLONI, Sérgio. **Función nomofiláctica y valor del precedente**. In: OTEIZA, Eduardo (Coord.). **Cortes supremas: funciones y recursos extraordinários**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 33-53.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituzioni di Diritto Processuale Civile: v. 1: i concetti fondamentali: la dottrina delle azioni**. 2. ed. Napoli: Jovene, 1957.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2015: ano-base 2014**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. Tradução de: **Introduction to Logic**, 1. ed. 1953.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **The Best Explanation of Circumstantial Evidence with Abductive Glasses**. Long Paper (LL.M.) – Harvard Law School, Harvard University, 2013.

DE SANTO, Victor. **La prueba judicial: teoría y práctica**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: v. 3**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University, 1988.

ENGISCH, Karl. **Logische Studien zur Gesetzesanwendung**. 3. ed. Heidelberg, 1963.

FÁBREGA PONCE, Jorge. La falacia de la función nomofilática de la cassación. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coords.). **El papel de los tribunales superiores**: 2. parte. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 49-56.

FERNÁNDEZ LOPES, Mercedes. **La carga de la prueba en la práctica judicial civil**. Madrid: La Ley, 2006.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins. **Súmulas do STJ**. 4. ed. Salvador: Podivm, 2012.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins; COSTA, Mauro José Gomes da. **Súmulas do STF**. 5. ed. Salvador: Podivm, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana. In: VÁZQUEZ, C. (Coord.). **Estándares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 21-39.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madri: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2005.

FERRER BELTRÁN, Jordi; RATTI, Giovanni B. Validity and Defeasibility in the Legal Domain. **Law and Philosophy**, v. 29, p. 601-626, 2010.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004. Tradução de: **The law as it could be**. 1. ed. 2003.

FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORÇA-TAREFA do STJ no Congresso tentará alterar admissibilidade de recursos do novo CPC. **Migalhas**, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI229882,101048-Forcatarefa+do+STJ+no+Congresso+tentara+alterar+admissibilidade+de>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en derecho. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Coords.). **Prueba y razonamiento probatorio en Derecho**. Granada: Comares, 2014, p. 43-81.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Cuestiones probatorias**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

GASCÓN ABELLAN, Marina. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GENTILE, Francesco Silvio. **La prova civile**. Roma: Jandi Sapi, 1960.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. La prueba de la intención y la explicación de la acción. **Isegoría**, n. 35, p. 173-192, 2006.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Presunción de inocencia, verdad y objetividad. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Coords.). **Prueba y razonamiento probatorio en Derecho**. Granada: Comares, 2014, p. 85-117.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do Direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRIMM, Dieter. The German Constitutional Court. In: PASQUINO, Pasquale; RANDAZZO, Barbara (Orgs.). *Come Decidono le Corti Costituzionali (e Altri Corti): How Constitutional Court Make Decisions*. Milano, 25-26 maio 2007. **Atas**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 41-57.

HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, C. (Coord.). **Estándares de prueba y prueba científica**: Ensayos de epistemología jurídica. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 65-98.

HAACK, Susan. **Evidence and Inquiry**: a Pragmatist Reconstruction of Epistemology. 2. ed. Amherst: Prometheus, 2009. 1. ed. 1993.

HAACK, Susan. On Logic in the Law: "Something, but not All". **Ratio Juris**, v. 20, n. 1, p. 1-31, 2007.

HAACK, Susan. The Embedded Epistemologist: Dispatches from the Legal Front. **Ratio Juris**, v. 25, n. 2, p. 206-235, 2012.

HAACK, Susan. Warrant, Causation and the Atomism of Evidence Law. **Episteme**, v. 5, n. 3, p. 253-265, 2008.

HARMAN, Gilbert H. The Inference to the Best Explanation. **Philosophical Review**, v. 74, p. 88-95, 1965.

HART, Herbert. The Ascription of Responsibility and Rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**. Londres: Harrison & Sons, v. 49, p. 171-194, 1948.

HENKE, Horst-Eberhard. Rechtsfrage oder Tatfrage: eine Frage ohne Antwort? Betrachtungen zum Deutschen Revisionsrecht des zivilprozesses. In: IV CONGRÈS INTERNATIONAL D'ATHENES POUR LA PROCÉDURE CIVILE, set. 1967. **Rapports et procès verbaux**. Atenas, 1972.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

JAFFE, Louis L. Judicial Review: Question of Fact. **Harvard Law Review**, v. 69, p. 1.020-1.056, 1956.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993. Tradução de: **Die Metaphysik der Sitten**. 1. ed. 1797.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: **Reine Rechtslehre**. 1. ed. 1934.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LANDONI SOSA, Ángel. El recurso de casación y el acceso a la justicia en el Derecho uruguayo. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coords.). **El Papel de los tribunales superiores**: 2. parte. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 157-190.

LAUDAN, Larry. Aliados extraños: la inferencia a la mejor explicación y el estándar de prueba penal. In: **El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 89-115.

LAUDAN, Larry. El contrato social y las reglas de juicio: un replanteo de las reglas procesales. In: **El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 199-309.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. In: **El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 55-86.

LAUDAN, Larry. The Presumption of Innocence: Material or Probatory? **Legal Theory**, v. 11, n. 4, p. 333-361, 2005.

LÁZZARI, Eduardo Néstor de. La denegación de recursos extraordinarios que versan sobre cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia. In: OTEIZA, Eduardo (Coord.). **Cortes supremas: funciones y recursos extraordinarios**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 93-105.

LEDESMA, Ángela Ester. Algunas reflexiones sobre la función de los tribunales de casación. In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coords.). **El papel de los tribunales superiores: 2. parte**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 57-74.

LILLQUIST, Erik. Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability. **U. C. Davis Law Review**, v. 36, n. 1, p. 85-197, 2002.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução de: **Legal Reasoning and Legal Theory**. 1. ed. 1978.

MACCORMICK, Neil. **Instituciones del Derecho**. Tradução Fernando Atria e Samuel Tschorne. Madrid: Marcial Pons, 2011. Tradução de: **Institutions of Law**. 1. ed. 2007.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes; Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de: **Rhetoric and the Rule of Law**. 1. ed. 2005.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **Pour une théorie institutionnelle du Droit**: nouvelles approches du positivisme juridique. Tradução Odile Nerhot; Philippe Coppens. Bruxelles-Paris: Kluwer-LGDJ, 1992. Tradução de: **Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus**. 1. ed. 1985; e de: **An Institutional Theory of Law**: New Approches to Legal Positivism. 1. ed. 1986.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**: RT, v. 103, n. 950, p. 165-198, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: RT, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**: v. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2008.

MARSHALL, Geoffrey. Provisional Concepts and Definitions of Fact. **Law and Philosophy**, v. 18, n. 5, p. 447-460, 1999.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: o desenvolvimento judicial do Direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013.

MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el Proceso Civil**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1998.

MORAWSKI, Lech. Law, Fact and Legal Language. **Law and Philosophy**, v. 18, p. 461-473, 1999.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do Direito**. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: **The Great Legal Philosophers**. 1. ed. 1957.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**: v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 39. ed. São Paulo: Saraiva: 2007.

NIEVA FENOLL, Jordi. El modelo anglosajón en las Cortes Supremas: ¿solución o elusión del problema de la casación? In: OTEIZA, Eduardo (Coord.). **Cortes supremas**: funciones y recursos extraordinários. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 69-90.

NINO, Carlos S. **Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica**. 2. ed. México: Fontanamara, 1995.

OLIVA SANTOS, Andrés de la. Un modelo de casación civil eficaz para el tribunal supremo de España. In: ANNUARIO DI DIRITTO COMPARATO E DI STUDI LEGISLATIVI. Nápoles: Scientifiche Italiane, p. 249-280, 2011.

OTEIZA, Eduardo. Introdução. In: OTEIZA, Eduardo (Coord.). **Cortes supremas**: funciones y recursos extraordinários. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 9-13.

PARDO, Michael S. Estándares de prueba y teoría de la prueba. In: VÁZQUEZ, C. (Coord.). **Estándares de prueba y prueba científica**: ensayos de epistemología jurídica. Madrid; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 99-118.

PAVCHNIK, Marijan. Legal decisionmaking as a responsible intellectual activity: a continental point of view. **Washington Law Review**, v. 72, p. 481-504, 1997.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Tradução de: **The Problems of Jurisprudence**. 1. ed. 1990.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. The Three Faces of Defeasibility in the Law. **Ratio Iuris**, v. 17, n. 1, p. 118-139, 2004.

PRELIMINAR: improbidade administrativa. **Migalhas**, 20 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Pilulas/217595>>. Acesso em: 27 mar. 2015.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Tradução de: **Practical Reason and Norms**. 1. ed. 1975.

SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego**: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Tradução Claudina Orunesu; Jorge L. Rodríguez. Madri: Marcial Pons, 2004. Tradução de: **Playing by the Rules**: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. 1. ed. 1991.

SERBENA, Cesar Antonio. [Palestra]. In: I ENCONTRO INTERNACIONAL DE FILOSOFIA POLÍTICA E JURÍDICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA, 12-16 mar. 2012. Uberlândia-MG, 12 mar. 2012.

SILVESTRI, Elisabetta. Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: CENTRO STUDI GIURIDICI E POLITICI DELLA REGIONE UMBRIA; CENTRO INTERNAZIONALE MAGISTRATI "LUIGI SEVERINI". **Le Corti Supreme**: Atti. Perugia, 5-6 maio 2000. Milano: Giuffrè, p. 105-116, 2001.

STEIN, Alex. **Foundations of Evidence Law**. Oxford: Oxford University, 2005.

STOFFELMAYR, Elisabeth; DIAMOND, Shari Seidman. The Conflict Between Precision and Flexibility in Explaining "Beyond a Reasonable Doubt". **Psychology, Public Policy and Law**, v. 6, n. 3, p. 769-787, 2000.

STÜRNER, Rolf. The New Role of Supreme Courts in a Political and Institutional Context from the German Point of View. In: ANNUARIO DI DIRITTO COMPARATO E DI STUDI LEGISLATIVI. Nápoles: Scientifiche Italiane, p. 335-358, 2011.

SUCAR, Germán. **Concepciones del Derecho y de la verdad jurídica**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo, RT, 2005.

TARUFFO, Michele. [Entrevista]. Entrevistador J. F. Beltrán, 04 maio 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=L5XYox7QYek>>. Acesso em: 21 maio 2014.

TARUFFO, Michele. Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 38, n. 114, p. 1285-1312, 2005.

TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 541-556.

TARUFFO, Michele. El control de la racionalidad de la decisión. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 397-409.

TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. **Revista de Processo**, v. 227, p. 31-46, 2014.

TARUFFO, Michele. **Il vertice ambíguo**: saggi sulla Cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991.

TARUFFO, Michele. La giurisprudenza tra casistica e uniformità. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2014, v. 2, p. 927-937.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução Jordi Ferrer Beltrán. 3. ed. Madrid: Trotta, 2009. Tradução de: **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

TARUFFO, Michele. Las funciones de las cortes supremas. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 93-106.

TARUFFO, Michele. Le corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: CENTRO STUDI GIURIDICI E POLITICI DELLA REGIONE UMBRIA; CENTRO INTERNAZIONALE MAGISTRATI "LUIGI SEVERINI". **Le Corti Supreme**: Atti. Perugia, 5-6 maio 2000. Milano: Giuffrè, p. 95-104, 2001.

TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: ANNUARIO DI DIRITTO COMPARATO E DI STUDI LEGISLATIVI. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, p. 11-36, 2011.

TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 557-570.

TARUFFO, Michele. **Proceso y decisión**: lecciones mexicanas de Derecho Procesal. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**: el juez y la construcción de los hechos. Tradução Daniela Accatino Scagliotti. Madri: Marcial Pons, 2010. Tradução de: **La semplice verità**. Il giudice e la costruzione dei fatti. Laterza: Bari: 2009.

TARUFFO, Michele. Una riforma della cassazione civile? In: BERIZONCE, Roberto Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo David (Coords.). **El papel de los tribunales superiores**: 2. parte. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 15-48.

TRENTO, Simone. O dever de fundamentação e a matéria probatória. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 85-117.

TRENTO, Simone. **Standards de prova e ônus da prova**: efetividade da tutela jurisdicional em matéria probatória. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2015.

TRENTO, Simone. Tutela da Constituição e tutela do restante do ordenamento jurídico: o que incumbe à Corte Constitucional. **Revista de Processo**, v. 232, p. 169-183, 2014. Republicado em CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**: v. 10: processo constitucional. São Paulo: RT, 2015, t. 1, p. 255-270.

TUZET, Giovanni. Usos jurídicos de la abducción. In: GARCÍA AMADO, Juan Antonio; BONORINO, Pablo Raúl (Coords.). **Prueba y razonamiento probatorio en Derecho**. Granada: Comares, 2014, p. 121-147.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Colisão entre normas, ponderação e o parágrafo segundo do artigo 489 do NCP. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **O dever de fundamentação no Novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 341-357.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Hermenêutica jurídica e derrotabilidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **Interpretação do Direito Tributário**: entre a coerência e a consistência. Curitiba: Juruá, 2014.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. Precedentes: entre regras e exceções. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 107-123.

VERDE, Giovanni. **L'onere della prova nel Processo Civile**. Napole: Jovene, 1974.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. **Revista da AJURIS**, n. 74, p. 253-278, 1998.

WARNER, Randall. All Mixed Up About Mixed Questions. **The Journal of Appellate Practice and Process**, v. 7, n. 1, p. 101-149, 2005.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **The Judicial Application of Law**. Dordrecht: Kluwer Academic, 2010. Edição Zenon Bankowski; Neil MacCormick. Tradução de: **Sądowe stosowanie prawa**. 1. ed. 1992.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial.** São Paulo: Saraiva, 2012. Apresentação João Francisco Naves da Fonseca.