

## NARRATIVAS PROCESSUAIS

MICHELE TARUFFO<sup>1</sup>

O Autor parte de um conceito geral de narrativa e aplica-o ao contexto de um processo judicial, distinguindo-o de outros contextos, como o literário. Tendo as "narrativas" como pano de fundo, analisa o conceito de verdade processual e traça uma distinção rigorosa entre juízo de facto e juízo de valor, recorrendo a exemplos sugestivos. No conceito de "facto", faz entroncar uma reflexão sobre a função das provas e a decisão da matéria de facto, que atravessam todo o texto. Compara ainda as diferentes posturas, intenções e modos de narrar dos vários "narradores processuais" — advogados, testemunhas e juizes —, explicando a relação de cada um com a verdade processual. Trata as narrativas nas suas dimensões categorial, linguística, semântica, lógica, social, institucional e cultural, movendo uma crítica contundente ao (ab)uso de máximas de experiência, conhecimentos gerais e outros factos não comprovados, no plano processual. Refere ainda as possíveis relações entre as partes e o todo, na estrutura das narrativas e das provas. Termina com uma reflexão global sobre a diferença entre narrativas boas e más, por um lado, e verdadeiras e falsas, por outro, a propósito da qual lança um olhar crítico sobre o sistema de decisão da matéria de facto através de júri.

### 1. CREDULIDADE OU INCREDELIDADE

Na primeira das suas *Siete Noches*, que é um comentário fascinante à *Divina Comédia* de Dante, Jorge Luis Borges cita Coleridge quando este afirma que uma condição necessária para ler poemas é a "suspensão da incredulidade"<sup>2</sup>. Este agudo comentário encontra apoio em duas premissas implícitas, embora evidentes: a) que a incredulidade deve caracterizar a nossa aproximação à normal experiência quotidiana como necessária postura crítica dirigida a evitar que formemos ou compartilhemos crenças falsas; b) que temos que ser crédulos para sermos capazes de captar, entender e desfrutar fantasias, metáforas, ambiguidades, imagens, sentimentos, emoções e todas as outras particulares qualidades que se consideram típicas da poesia.

O alcance das palavras de Coleridge poderá ser facilmente alargado, mas não propriamente generalizado, uma vez que — num certo sentido —

---

<sup>1</sup> Tradução de Nuno de Lemos Jorge, a partir do texto original.

<sup>2</sup> Cfr. J. L. Borges, *Siete noches*, Buenos Aires 2005, p. 16.

qualquer tipo de experiência estética pode pretender-se baseada num “estado de credulidade”. Por exemplo, a observação solitária de um quadro pressupõe uma atitude de credulidade: apreciar um Vermeer não implica uma postura céptica quanto a saber se a luz de Delft, em meados do século XVII, seria como Vermeer a pintou, mesmo sendo ele famoso pela sua tentativa de atingir uma reprodução fiel da realidade. Mas mais: para apreciar um quadro de Jackson Pollock ou uma escultura de David Smith não se deve indagar se estes representam o que quer que seja: é muito melhor suspender a incredulidade e gozar as formas expressadas em ambas as obras. Uma postura análoga, e também mais profunda, deve adoptar-se ao ouvir música, porque ela é, como chegou a escrever Schopenhauer<sup>3</sup>, a forma de arte suprema, a “catarse estética”. Efectivamente, para apreciar Wynton Marsalis ou Astor Piazzolla, já para não falar de Chopin ou de Brahms, uma orientação do espírito para a não-incredulidade é por demais adequada.

No que toca aos textos escritos, pode dizer-se que uma suspensão da incredulidade pode ser adequada também quando se lê prosa, e não apenas quando se trata de poesia<sup>4</sup>. Por exemplo, ao ler um romance de ficção científica é mais adequado não ser incrédulo, pelo menos para nos colocarmos no contexto da narrativa pelo tempo que durar a leitura do romance. Ser sistematicamente incrédulo — ou seja, céptico — à volta da invasão da terra por parte de criaturas grandes e cruéis de outros mundos poderá ser uma atitude racional, mas não será a melhor maneira de ler H. G. Wells. De uma forma geral, o argumento vale para qualquer tipo de romance, dos policiais às grandes obras da literatura de todos os tempos e lugares. Num certo sentido, então, a distinção entre atitude crédula e incrédula corresponde à distinção entre fantasia e convencimento: quando a fantasia está ou deve estar em jogo, a suspensão da incredulidade é uma condição necessária da experiência humana; quando se trata de crenças, particularmente das crenças verdadeiras sobre acontecimentos do mundo humano e material, uma postura céptica e incrédula é provavelmente mais racional, ainda que seja porventura menos fascinante<sup>5</sup>.

Se, como parece à primeira vista, esta distinção encerra algum sentido, ela pode ser usada como premissa a ter em conta no domínio, em certa medida mais limitado, das narrativas, e em particular das narrativas processuais.

## 2. NARRATIVAS

Uma das expressões mais em voga e mais inflacionadas dos últimos trinta anos é *narratives*. Tornou-se uma espécie de ícone da dita aproximação

<sup>3</sup> Cfr. A. Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Zürich 1988, Band I, § 52, p. 338.

<sup>4</sup> Na sua “quinta noite”, falando da poesia, J. L. Borges diz que pensar que a prosa é mais próxima da realidade do que a poesia é um erro: *ibidem*, p. 116.

<sup>5</sup> Com efeito, a realidade — se bem que misteriosa — é muito mais simples do que a sua descrição literária: cfr. J. L. Borges, *ibidem*, p. 114, 117.

pós-moderna a muitas coisas (talvez demasiadas) como a literatura, a crítica literária e até mesma a teoria do direito<sup>6</sup>. Em virtude do seu emprego extremamente amplo e variável, e da diversidade de domínios em que é usada, é impossível (no contexto presente, e provavelmente em geral) analisar todas as questões relacionadas com as “narrativas”. Não obstante, uma vez que o *narrative turn* se transformou numa espécie de lugar comum também no discurso atinente às provas e ao processo<sup>7</sup>, pelo menos algumas observações esparsas, não sistemáticas e certamente incompletas, podem fazer-se a propósito das narrativas nos contextos processuais e probatórios. Nesta perspectiva, pode ter-se como certa uma ligação — e talvez uma equivalência — entre os discursos sobre as *narratives* e os que dizem respeito ao dito *story-telling*. Em certa medida, os contextos e as implicações culturais dos dois conceitos podem divergir, mas na perspectiva processual pode considerar-se tranquilamente que as “histórias” que se contam em juízo são — ou pelo menos podem ser tratadas como se fossem — “narrativas”<sup>8</sup>.

Concentrar a nossa atenção sobre as narrativas processuais significa deixar de parte uma quantidade de problemas gerais sobre as narrativas. Por exemplo, os ataques pós-modernos contra as ditas *Grandes Narrativas* como a História, o Progresso, a Razão, a Verdade, e outras, não podem aqui discutir-se como mereceriam<sup>9</sup>, e o mesmo vale para o conflito entre “fundacionistas” e “antifundacionistas”<sup>10</sup>. Bastará dizer que, no momento actual, estas discussões parecem bastante triviais e superadas: pelo menos a partir de meados do século XIX, nas primeiras décadas do século XX<sup>11</sup>, e especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, ninguém com um mínimo de cultura acreditava já nas *Grandes Narrativas*. Na verdade, muito tempo antes de Baudrillard<sup>12</sup>, a cultura europeia conhecia Jean-Paul Sartre e Albert Camus, para não falar de Nietzsche e dos irracionais referidos na *Zerstörung der Vernunft* de Lukács. Os intelectuais europeus estavam bem cientes do fim das certezas de oitocentos. Contudo, Baudrillard não constitui o único exemplo de filósofo pós-moderno que descobriu chavões desgastados de senso

<sup>6</sup> Cfr., por exemplo, *Law's Stories. Narratives and Rhetoric in Law*, ed. by P. Brooks & P. Gewirtz, New Haven-London 1996.

<sup>7</sup> Cfr., em particular, W. Twining, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge e. a. 2006, p. 280, 286, 332. Cfr. também R. P. Burns, *Fallacies on Fallacies: A Reply*, in 3 *Int'l Comment. On Evidence* 2005, art. 4, p. 1, também para mais referências. O exemplo mais interessante desta perspectiva é provavelmente B. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside 1988.

<sup>8</sup> Em sentido análogo cfr. Twining, *op. cit.*, p. 291.

<sup>9</sup> Sobre a “morte das *Grand Narratives*” na filosofia pós-moderna cfr. D. E. Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law*, Lawrence, Kansas, 1997, p. 10.

<sup>10</sup> A propósito, cfr. G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at the Century's End*, New York-London 1995, p. 161, 164.

<sup>11</sup> Cfr. a complexa análise desenvolvida por J. W. Burrow, *The Crisis of Reason. European Thought, 1848-1914*, New Haven-London 2000.

<sup>12</sup> Para uma análise crítica alargada do pensamento de Baudrillard, cfr. C. Norris, *What's Wrong with Postmodernism. Critical Theory and the Ends of Philosophy*, Baltimore 1990, p. 164 ss.

comum e os reapresentou num estilo *flamboyant*, como se as torções retóricas e os exageros apocalípticos fossem um sinal de um pensamento novo e profundo.

Por outro lado, limitar o âmbito ao direito pode não ser suficiente para definir um nível de discurso adequado ao objectivo de analisar as narrativas processuais. O movimento *Law and literature*<sup>13</sup> produziu uma série de análises interessantes sobre assuntos jurídicos, mas também uma quantidade de conversa de *cocktail party* académica. Não é raro encontrar concepções particularmente vagas e variáveis de *legal narratives*, nas quais a distinção entre o facto e o direito se perdeu de vista<sup>14</sup> e os factos do processo se perdem num indistinto palavreado “literário” à volta do direito<sup>15</sup>.

Não se quer com isto dizer que a teoria das narrativas, especialmente no âmbito da psicologia social, não tenha nada de significativo a dizer sobre o *story-telling* processual. Muito pelo contrário: como se verá, esta teoria fornece uma série de pistas muito úteis para uma análise aprofundada das narrativas processuais<sup>16</sup>. Estas advertências servem para sublinhar que o *distingue frequenter* característico dos juristas medievais permanece válido: na verdade, são necessárias inúmeras distinções para compreender adequadamente o problema das narrativas processuais.

Falando do *story-telling* jurídico e processual, Twining evidencia repetidamente, e com razão, que as *stories* são, a um tempo, necessárias e perigosas<sup>17</sup>. Histórias e narrativas são necessárias, tanto no contexto do processo como fora dele, uma vez que constituem o instrumento principal com o qual fragmentos de informação esparsos e desgarrados, bem como pedaços de acontecimentos, podem combinar-se e compor-se num conjunto de factos coerente e com senso. As histórias moldam a nossa experiência e fornecem-nos modelos do mundo<sup>18</sup>; podem ser entendidas como “construções interpretativas dos acontecimentos” que dão uma forma possível, um modelo, a um conjunto sem forma de dados<sup>19</sup>. Elas dão-nos uma “heurística”, ou seja um método para descobrir o que verdadeiramente aconteceu<sup>20</sup>. Por outro lado, a sua principal caracterís-

<sup>13</sup> Para uma descrição sintética deste movimento, cfr. G. Minda, *op. cit.*, p. 149 ss. Na literatura italiana v. ultimamente F. Di Donato, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”*, Milano 2008, p. 63 ss.

<sup>14</sup> V. *infra*, par. 2.2.

<sup>15</sup> Parece que isto não respeita apenas às relações entre direito e literatura. Sobre o fenómeno análogo existente a propósito das relações entre ciência e literatura, cfr. S. Haack, *Defending Science — Within Reason. Between Scientism and Cynicism*, Amherst, N.Y., 2007, p. 207 ss.

<sup>16</sup> Um exemplo muito interessante desta análise é de F. Di Donato, *op. cit.*, especialmente p. 107 ss., 119 ss., 151 ss., 183 ss.

<sup>17</sup> Cfr. W. Twining, *op. cit.*, p. 283, 336, 445.

<sup>18</sup> Cfr. em particular J. Bruner, *Making Stories. Law, Literature, Life*, Cambridge, Mass.-London 2002, p. 9, 25.

<sup>19</sup> Cfr. S. Borutti, *Filosofia dei sensi. Estetica del pensiero tra filosofia, arte e letteratura*, Milano 2006, p. 31.

<sup>20</sup> Cfr. R. P. Burns, *ibidem*.

tica é darem-nos *possibilidades*, não importa quão distantes da realidade<sup>21</sup>. São, num certo sentido, como o desenho que se forma, a partir de um monte de vidros coloridos, num mosaico<sup>22</sup>.

Por outro lado, as histórias são “abertas à suspeição”<sup>23</sup> e perigosas porque abrem caminho à imprecisão, à variabilidade e à manipulação na reconstrução dos factos<sup>24</sup>, conforme o ponto de vista, os interesses e as intenções das pessoas que as contam num certo momento e num contexto determinado. Isto é, em geral, verdadeiro<sup>25</sup>, e é-o particularmente no contexto processual. Como se verá adiante, um processo não inclui apenas uma narrativa ou um *story-telling*: é, outrossim, uma situação complexa na qual várias histórias são construídas e contadas por pessoas diferentes, a partir de pontos de vista diferentes e de modos diferentes<sup>26</sup>. São particularmente frequentes e sérios os perigos de erro, insuficiência, manipulação e reconstrução incorrecta dos factos, podendo conduzir a equívocos dramáticos e a erros substanciais na solução final de um caso.

## 2.1. Uma experiência mental

Existe uma grande variedade de narrativas de factos. O género mais comum é constituído pelo romance e, em particular, pelos romances que narram acontecimentos. Um sector da crítica literária, a *narratologia*, ocupa-se de problemas relacionados com a estrutura, os caracteres e a técnica da narração. Mas não é necessário considerar questões tão sofisticadas<sup>27</sup>. Vale mais a pena pegar num exemplo muito simples e ver o que se pode dizer — numa espécie de experiência mental — acerca das narrativas e dos seus perfis *epistemológicos*, tendo em vista acentuar alguns aspectos que parecem característicos das narrativas processuais.

O exemplo — escolhido entre milhares de outros que poderiam funcionar igualmente bem<sup>28</sup> — é o conhecido romance policial de John Grisham *The Broker*. As razões desta escolha são essencialmente as seguintes: a) centenas de milhares ou de milhões de pessoas leram o romance; b) a maior parte da acção decorre em Bolonha, uma cidade que conheço bem.

Quando um Leitor Não Informado (LNI), que nada sabe de Bolonha, lê o romance, encontra descrições de lugares, praças, ruas, restaurantes, igrejas

<sup>21</sup> Cfr. S. Borutti, *ibidem*.

<sup>22</sup> Como se verá adiante, também, as relações entre as partes e o todo nem sempre são simples: v. *infra*, par. 4.

<sup>23</sup> Cfr. J. Bruner, *op. cit.*, p. 43.

<sup>24</sup> Cfr. D. Menashe-M. E. Shamash, *The Narrative Fallacy*, in 3 *Int'l Comment. On Evidence* 2005, art. 3, p. 8.

<sup>25</sup> Cfr. J. Bruner, *op. cit.*, p. 23.

<sup>26</sup> V. com mais desenvolvimentos F. Di Donato, *op. cit.*, p. 107 ss.

<sup>27</sup> Cfr. W. Twining, *op. cit.*, p. 318 ss.

<sup>28</sup> S. Haack, *op. cit.*, p. 210 ss., salienta que vários romances e obras teatrais se situam em lugares reais e incluem eventos reais, dando mais alguns exemplos.

e outros lugares nos quais decorre a acção da história. Estas descrições são geralmente detalhadas e realistas e recriam muito bem a atmosfera da cidade, dos lugares e do estilo de vida dos bolonheses. Na verdade, Grisham mudou-se para Bolonha durante alguns meses para recolher informações e impressões dos lugares que tencionava descrever. Isso confere ao romance um saber de autenticidade, de coerência e de realismo que pode ser apreciado por si mesmo, e não apenas por reforçar a credibilidade das aventuras do *Broker*. Quando um Leitor Informado (LI), que conhece muito bem Bolonha, lê o romance, a sua atitude é diferente, instintivamente, e não apenas devido a uma sensação de “familiaridade” que o LNI não experimenta. O LI pode ser levado a distinguir, nas descrições de Grisham, enunciados que são epistemologicamente diferentes uns dos outros.

- a) Alguns (na verdade, muitos) destes enunciados são verdadeiros. Por exemplo, quando Grisham escreve que, no centro de Bolonha, existem duas torres medievais chamadas Asinelli e Garisenda, o enunciado é verdade, uma vez que na Bolonha que existe no mundo da realidade empírica aquelas torres existem e têm aqueles nomes. Também a afirmação de que na Rua Zamboni, n.º 22, existe um palácio onde se encontra a Faculdade de Direito da Universidade de Bolonha é verdadeira. Até aqui, nenhum problema. Estas afirmações, como muitas outras, soam verdadeiras ao LI porque refletem a realidade material dos lugares descritos. Ao LNI, estes soam creíveis, e tanto lhe basta.
- b) Quando Grisham escreve que no edifício da Faculdade de Direito estão os gabinetes dos professores, faz uma afirmação que soa *verosímil*, porque em muitos casos — ou na maioria dos casos — os gabinetes dos professores se localizam nos edifícios principais das faculdades. Assim esta afirmação é verosímil porque corresponde ao que acontece “normalmente”<sup>29</sup>. O problema é que, neste caso particular, o enunciado é verosímil mas falso, porque os gabinetes dos professores da Faculdade de Direito da Universidade de Bolonha não se encontram naquele edifício. Nada de surpreendente nisto: muitas coisas que parecem verosímeis apenas porque correspondem ao *id quod plerumque accidit* não existem realmente. No entanto, isto não é relevante para o LNI: para ele, a verosimilhança da asserção relativa aos gabinetes dos professores é suficiente para assegurar a coerência do relato. A situação do LI é diferente: ele com-

<sup>29</sup> Sobre o conceito epistemológico de verosimilhança e as suas relações com o conceito de verdade, cfr. principalmente I. Niiniluoto, *Truthlikeness*, Dordrecht e.a. 1987. A ideia de verosimilhança de um enunciado de facto como correspondência deste com o que acontece normalmente está aprofundada in M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano 1992, p. 158 ss. Quanto à ambiguidade do que é “normal” cfr. I. Hacking, *The Taming of Chance*, Cambridge 2002, p. 161.

preende que a coerência do relato se mantém porque a asserção é verosímil, mas percebe que a narrativa se afasta da descrição da realidade rumo à invenção e à fantasia, porque sabe que a realidade é diferente da descrição de Grisham.

- c) Quando Grisham escreve que no edifício da Faculdade de Direito se encontra também o gabinete do professor Rudolph Viscovitch, faz uma afirmação que é descritivamente falsa mas que não pretende ser nem deve ser tida por verdadeira, nem sequer verosímil. De facto, qualquer leitor, informado ou não, sabe já que o professor Rudolph Viscovitch não existe. É apenas uma personagem criada pelo autor: isto resulta claro da descrição do primeiro encontro entre o *Broker* e o professor num café, que se encontra nas primeiras páginas. De facto, a coerência narrativa do relato está assegurada, porque o professor Viscovitch é descrito como um homem de meia idade, com barba, muito “normal”, que corresponde a um tipo humano bastante comum, que pode muito bem corresponder à imagem de um professor, e não como um homenzinho verde vindo de Marte.

Do ponto de vista da coerência narrativa, não há qualquer diferença entre as posições do LNI e do LI: ambos podem apreciar a ordem e a ligação dos acontecimentos que são descritos. No entanto, o LNI apercebe-se apenas da coerência da narrativa e da verosimilhança uniforme dos acontecimentos, enquanto que o LI sabe que algumas partes da narrativa são verdadeiras, não apenas verosímeis, enquanto outras são falsas, embora verosímeis. Ele pode apreciar o esforço levado a cabo por Grisham para inserir a sua história num contexto verosímil, mas não deixará de sentir um movimento contínuo e repetido da realidade para a ficção e novamente da ficção para a realidade. Em suma: o LNI e o LI lêem a mesma narrativa a partir de duas posições epistemologicamente diversas. O LNI não sabe o que é verdadeiro e o que é falso na história contada por Grisham, mas não lhe interessa sabê-lo: afinal, está a ler um romance, e ninguém espera que este seja uma descrição verdadeira do que quer que seja. Também o LI lê um romance e não espera que a narrativa seja verdadeira, precisamente porque se trata de um romance; no entanto, ele sabe o que é verdadeiro e o que é falso na narração de Grisham.

Ora, abandonando o *Broker* ao seu destino, imagine-se que o *New York Times* anuncia que “um certo professor Rudolph Viscovitch foi assassinado no seu gabinete da Faculdade de Direito da Universidade de Bolonha, na Rua Zamboni, n.º 22, por um estudante furioso com uma reprovação”, e acrescenta que esta afirmação se encontrava numa acusação do Procurador de Bolonha, nas declarações de uma testemunha e ainda na sentença que condenou o estudante à pena mais grave possível (porque matar os professores de direito é o pior dos crimes, mesmo para os alunos reprovados). Quer o LNI quer o LI, ao lerem esta notícia, não poderão evitar uma forte sensação de embaraço



e — em suma — de incredulidade. Eles sabem que — salvo uma improvável homonímia — o professor Rudolph Viscovitch não existe fora do romance de Grisham. Ressalvado algum erro na notícia do *New York Times*, ambos deverão chegar à conclusão que a narração do assassinato do professor Viscovitch é falsa, ainda que possa parecer coerente, plausível e — por isso — credível. Por isso, deverão concluir que se trata de um clamoroso erro judiciário, fundado numa acusação falsa, num testemunho falso e numa decisão errada.

As razões pelas quais o LNI e o LI reagem de forma diferente quando lêem Grisham e o *New York Times* são muito claras: lendo Grisham suspenderam a sua incredulidade porque sabiam que estavam a ler um romance, e ninguém espera que os romances sejam verdadeiros nas suas descrições. Mesmo quando, como no caso do LI, se sabe que alguns enunciados incluídos no romance são verdadeiros porque o que lá se diz corresponde à realidade dos lugares efectivamente existentes em Bolonha, tal acrescenta um tom realista à narrativa. Também o LNI, que não percebe o tom realista, pode apreciar completamente a plausibilidade e o “realismo verosímil” da história. Mas quando o leitor sabe que não está a ler um romance, mas antes a narração de factos que dizem respeito a um caso judicial concreto, a sua atitude é completamente diferente: ele parte do princípio de que a narração destes factos deve ser verdadeira (e não apenas verosímil) e portanto não pode se não ficar incrédulo, quando lê uma narrativa processual que sabe ser falsa. O ponto fundamental é que, quando não se espera que uma narrativa seja verdadeira, ainda que pelo menos em parte o seja, a circunstância de ela ser descritivamente falsa (no todo ou em parte) não é relevante: uma história pode ser narrativamente boa quando é coerente, credível, normal, familiar e verosímil e — por isso — persuasiva. Não é necessário que uma boa narrativa seja verdadeira<sup>30</sup>. Pelo contrário, às vezes espera-se que uma narrativa seja verdadeira e o leitor permanece incrédulo até se convencer que tal corresponde à verdade dos factos. São contextos e narrativas diferentes. Afinal, o LNI e o LI não devem esquecer que o direito não é literatura<sup>31</sup>, e que aquilo que pode ser uma boa narrativa na literatura pode simultaneamente ser uma má narrativa no direito. Na base desta questão encontra-se um problema fundamental relacionado com o conceito de verdade: a definição de verdade depende do contexto em que é formulada. Por isso, contextos diferentes podem conter diferentes conceitos de verdade, e é a diversidade dos contextos que determina a diversidade das definições da verdade<sup>32</sup>. É, pois,

<sup>30</sup> Cfr. W. Twining, *op. cit.*, p. 283, 293, 337. Sobre a relação entre verdade/falsidade e qualidades narrativísticas das narrativas, v. também *infra*, par. 5.

<sup>31</sup> Cfr. P. Gewirtz, in *Law's Stories*, cit., p. 5.

<sup>32</sup> A concepção relativista da verdade é fonte de problemas muito complexos que não podem ser tidos aqui em consideração. Sobre o assunto cfr. ultimamente P. Marconi, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino 2007, e A. Goldman, *Knowledge in a Social World*, Oxford 1999, p. 42; M. Lynch, *True to Life. Why Truth Matters*, Cambridge, Mass.-London 2004, p. 21, 69.



com base no contexto que decidimos se um enunciado descreve o mundo na sua realidade empírica, e então pretende ser verdadeiro, ou se a história pretende criar um mundo de fantasia, no qual não se levanta qualquer questão de verdade empírica e se pode apenas pensar numa verdade “interna” do universo fictício<sup>33</sup>. No contexto processual, procura-se a realidade empírica; no contexto do romance, a “verdade narrativa” é vista como algo que diz respeito ao mundo fictício criado pelo escritor. Grisham, como muitos romancistas, mistura os contextos, usando enunciados que são empiricamente verdadeiros, mas trata-se apenas de técnica literária; em qualquer caso, ali está um conceito diferente de verdade, ou seja a verdade “interna” da história romaneada do *Broker*.

## 2.2. Narrativas e factos

O discurso habitual sobre a narrativa e o *story-telling* costuma abranger, mesmo quando diz respeito ao contexto processual, todos os aspectos do caso, misturando num todo indistinto quer os aspectos jurídicos quer os factuais da situação<sup>34</sup>. Para tal podem existir várias razões. Uma delas pode ser que os juristas se inclinam mais para falar do direito do que dos factos. Outra razão pode ser que a prática da narrativa jurídica, e também da processual, tende a negligenciar muitas distinções, como aquelas entre facto e direito e entre facto e valor<sup>35</sup>. Uma terceira razão pode ser que a distinção facto/direito é um problema antigo e sem resposta não apenas nos ordenamentos de *common law*, nos quais traça sobretudo a separação de funções entre o juiz e o júri<sup>36</sup>. A distinção entre facto e direito é, todavia, incerta e problemática e tem diferentes significados em contextos também diferentes, mesmo nos sistemas de *civil law*, onde é usada para definir os limites dos poderes dos tribunais supremos<sup>37</sup>. Uma quarta e importante razão é que definir um “facto” pode suscitar uma série de questões filosóficas, o que pode levar a que uma pessoa tenda a não falar apenas de “factos”. Não causa

<sup>33</sup> Cfr. S. Prandi, *Metafore e verità*, in *Confini della filosofia. Verità e conoscenza nella filosofia contemporanea*, a cura di S. Borutti e F. Papi, Como-Pavia 1994, p. 165.

<sup>34</sup> Cfr. p. ex. W. Twining, *op. cit.*, p. 290, 296.

<sup>35</sup> Cfr. W. Twining, *op. cit.*, p. 336.

<sup>36</sup> Cfr. p. ex. P. Tillers, in J. H. Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. I, rev. 3<sup>rd</sup> ed., Boston-Toronto 1983, p. 2; S. A. Weiner, *The Civil Jury Trial and the Law-Fact Distinction*, in 54 *Cal. L. Rev.* 1966, p. 1867; Id., *The Civil Non-Jury Trial and the Law-Fact Distinction*, *ibidem*, 55, 1968, p. 1020. Sobre a regra tradicional “*ad quaestionem facti non respondent iudices; ad quaestionem juris non respondent iuratores*”, cfr. J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston 1898 (repr. New York 1969) p. 183.

<sup>37</sup> Cfr. p. ex. G. Marty, *La distinction du fait et du droit. Essay sur le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation sur les juges du fait*, Paris 1929. Cfr. também os ensaios de P. Foriers, T. Ascarelli, J. Rivero, H. Buch e G. Roland no volume *Le fait et le droit. Etudes de logique juridique*, Bruxelles 1961, p. 51, 113, 149, 175.

por isso espanto que as teorias correntes do *story-telling* não tenham em consideração a distinção entre facto e direito.

É necessário ter na devida conta todas estas dificuldades quando se fala de narrativas processuais. Em todo o caso é claro que as narrativas processuais têm que ver também com os aspectos jurídicos da controvérsia, mas isso não significa que não seja possível pensar naquelas que dizem respeito a *factos*. Não haja dúvida de que — para citar ainda William Twining — que os factos devem “ser levados a sério”<sup>38</sup>. Muitas causas se ganham e perdem por causa dos factos, conforme o autor tenha ou não sucesso na prova dos factos que fundamentam a demanda; muitos *hard cases* são *hard* porque os factos são muito complexos e difíceis de subsumir a uma regra clara de direito; ademais, no processo os factos são o ponto de referência de todo o mecanismo da prova e da sua admissibilidade. Por isso, excluir a possibilidade de falar especificamente de “narrativas de factos” não tem qualquer sentido para quem tenha um mínimo de experiência da prática dos procedimentos judiciais. Pode, por isso, presumir-se razoavelmente que os factos do caso podem distinguir-se dos aspectos jurídicos da controvérsia, ainda que seja claro que as duas dimensões se encontram estreitamente ligadas. Por outro lado, facto e direito, para poderem estar ligados, devem conceber-se como sendo distintos, ou, pelo menos, distinguíveis. Na realidade, os factos do caso podem ser isolados como tal, ou seja, separados da dimensão jurídica da controvérsia<sup>39</sup>. Obviamente que não se referem os factos na sua existência material e empírica: as narrativas podem incluir apenas “enunciados de facto”. Um enunciado de facto é aquele em que um evento é descrito como tendo acontecido “assim e assim”, no mundo real (que, obviamente, se pressupõe existente e não apenas imaginado ou sonhado)<sup>40</sup>. Na medida em que descreve algo que se diz ter acontecido na realidade, este enunciado é *apofântico*: tanto pode ser verdadeiro como falso<sup>41</sup>.

Então há pelo menos um sentido em que a distinção entre facto e direito é necessária, e logo é também possível. Esta distinção é inevitável quando se trata de estabelecer aquilo que pode e deve ser provado num processo. O princípio geral comumente aceite é que o direito não pode ser “provado” no sentido próprio e específico do termo: *jura novit curia*, e cabe ao juiz conhecer o direito que deve aplicar para decidir a controvérsia. Por isso, apenas os factos (ou seja: os enunciados sobre factos) são objecto de prova. Os enunciados relativos aos aspectos jurídicos da controvérsia podem ser

<sup>38</sup> Para esta clara alusão a Dworkin cfr. W. Twining, *op. cit.*, p. 14, 417. Cfr. também F. Di Donato, *op. cit.*, p. 81 ss.

<sup>39</sup> Para uma análise mais aprofundada deste problema, cfr. M. Taruffo, *op. cit.*, p. 67, 71.

<sup>40</sup> Este pressuposto assenta numa série de condições filosóficas, epistemológicas e até éticas, que não podem ser discutidas aqui. Em termos gerais, cfr. A. Goldman, *Knowledge in a Social World*, Oxford 1999, p. 3, 41, 69. Sobre o regresso a uma concepção “correspondentista” da verdade, v. *infra*, Cap. III, par. 1.

<sup>41</sup> Sobre esta característica dos enunciados factuais, v. também *infra*, par. 5.

objecto de escolha, de interpretação, de argumentação e de justificação, mas não podem ser *provados*. Também os enunciados relativos aos factos podem ser objecto de escolha, de interpretação, de argumentação e de justificação, mas acima de tudo pode provar-se que eles são verdadeiros ou falsos. A relevância da prova, ou seja, a condição fundamental para a sua admissão no processo, resulta delimitada por referência aos enunciados que dizem respeito aos factos principais da controvérsia, e não por referência aos argumentos de direito apresentados pelas partes para definir os aspectos jurídicos dessa mesma controvérsia. Esta distinção entre facto e direito não carece de análise mais aprofundada: os princípios que regem a admissibilidade e a valoração das provas fornecem uma base suficiente para perceber aquilo que se deve considerar “facto” numa controvérsia.

Quando se pensa nos factos de que se trata num processo, não há necessidade de mergulhar numa espiral de questões filosóficas e epistemológicas<sup>42</sup>. Na verdade, os factos que são relevantes na administração da justiça são *tranches de vie*, ou seja, acontecimentos ou conjuntos de acontecimentos que dizem respeito à vida das pessoas. Isto significa que por regra eles vêm determinados num nível “macro”: mesmo quando se envolvem a microfísica ou a genética, a finalidade última é ainda a de provar um “facto da vida” e normalmente estes factos vêm definidos de um modo muito específico, fazendo referência às situações jurídicas dos sujeitos interessados.

Há, todavia, na definição de “factos da causa”, alguns aspectos que merecem ser tidos em consideração. Antes de mais, os factos são seleccionados e determinados com base na sua *relevância* para a controvérsia. As circunstâncias irrelevantes não são tidas em consideração quando se trata de estabelecer que factos devem ser provados. O critério para avaliar a relevância encerra duas vertentes. Numa vertente, o facto é *juridicamente relevante* (no jargão norte-americano: *material*), quando corresponde ao tipo de facto definido pela norma jurídica (escrita ou baseada em precedentes) que é tida em consideração como possível critério jurídico de decisão. As normas definem factos-tipo, e os factos concretos são relevantes (como *fact-tokens*) quando correspondem a estes factos-tipo<sup>43</sup>. Deste modo, os factos relevantes definem-se por referência à norma de aplicação hipotética como critério para a decisão final: estes factos são os *facts probanda* fundamentais, ou seja o principal objecto de prova, e representam o conteúdo dos enunciados de facto mais importantes<sup>44</sup>. Noutra vertente, o facto é *logicamente relevante* se, não sendo principal, pode ainda assim ser usado como uma premissa, como um

<sup>42</sup> Sobre algumas destas questões, cfr. M. Taruffo, *op. cit.*, p. 67, 71.

<sup>43</sup> Esta ligação representa um ponto bem notado e largamente analisado na teoria do direito, assim que referência bibliográfica seriam impossíveis. Veja-se, porém, pelo menos o texto clássico na matéria, ou seja K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2. Aufl., Heidelberg 1960, p. 19, 37, 83. Para mais indicações v. também M. Taruffo, *op. cit.*, p. 74.

<sup>44</sup> Mais desenvolvidamente quantos aos problemas que respeitam à determinação dos factos que são objecto da decisão final, v. *infra*, Cap. V, par. 2.

ponto de partida para inferências que possam conduzir a conclusões relativas à verdade ou falsidade de um enunciado relativo a um facto principal. Um facto logicamente relevante pode, então, ser provado quando o seu conhecimento é útil para estabelecer, através de inferências, a verdade ou falsidade de um facto principal<sup>45</sup>.

Os factos podem ser simples, como sucede quando um único acontecimento envolve uma ou duas pessoas num momento específico, ou assumir diversos graus de complexidade, por exemplo quando diversos acontecimentos relacionados entre si envolvem várias pessoas, e podem até ser extremamente complexos, quando uma série de acontecimentos se estendem no tempo e envolvem centenas, milhares ou milhões de pessoas<sup>46</sup>. Daí resulta que, por vezes, eles podem descrever-se através de um ou poucos enunciados simples, enquanto outras vezes apenas podem ser descritos através de narrações longas e complexas. No entanto, tal como acontecimentos complexos podem ser condensados e analisados como sendo compostos por grupos de circunstâncias concretas, as narrativas complexas são compostas por uma série de enunciados concretos. Por exemplo, se o facto é uma cadeia causal complexa como “ $A \rightarrow B \rightarrow C \rightarrow D$ ”, há que buscar a prova para A, B, C e D, e para todas as conexões causais que as interligam<sup>47</sup>. Os factos podem dizer respeito não apenas a acontecimentos verificados na realidade material, como os acidentes de viação, mas também a atitudes ou condições psicológicas, como a intenção ou o dolo, e podem ainda ser compostos por factores materiais e psicológicos. Estes suscitam uma série de dificuldades, mas ainda assim devem ser provados: o que significa que os enunciados que os descrevem devem ser demonstrados como verdadeiros ou falsos<sup>48</sup>.

### 2.3. Narradores de histórias

Um aspecto que surge frequentemente subvalorizado na apreciação das narrativas processuais é que o contexto do processo não compreende apenas *uma* narração homogénea. Um olhar mais orientado para uma perspectiva da narrativa processual mostra que, na verdade, ele se compõe de um número variável de histórias contadas por pessoas diferentes, de maneiras diferentes,

<sup>45</sup> A relevância lógica é o critério fundamental para decidir se um meio de prova deve ser admitido ou recusado, tendo por base a regra pela qual *frustra probatur quod probatum non relevat*. Sobre este princípio geral cfr., também para mais indicações, M. Taruffo, *op. cit.*, p. 338; *Id.*, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova 1970. V. ainda *infra*, Cap. IV, par. 2. 1.

<sup>46</sup> Na realidade, a “complexidade factual” é um dos factores principais da *complex litigation*, como nos casos das *mass torts* e das *class actions*. Cfr. o *Manual for Complex Litigation. Fourth*, Federal Judicial Center 2004, p. 242, 341.

<sup>47</sup> Para uma análise mais ampla da prova das conexões causais, cfr. M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2006, p. 101.

<sup>48</sup> Quanto à prova destes particulares tipos de factos, cfr. M. Taruffo, *La prova*, cit., p. 121.

com fins diferentes<sup>49</sup>. Não se trata apenas da diferença entre pessoas que falam a partir de diferentes pontos de vista<sup>50</sup> e em perspectivas particulares<sup>51</sup>. No processo, as histórias surgem narradas pelos advogados de um modo *adversarial* e contrapõem-se uma à outra<sup>52</sup>. O contexto processual tem a estrutura de uma controvérsia e os advogados apresentam esquemas de organização dos factos alternativos e contrários<sup>53</sup>. Parte-se do princípio que, depois, o juiz escolhe uma das possíveis histórias relativas aos factos da causa. A peculiaridade das histórias que são narradas no processo requer, no entanto, mais algumas observações, especialmente do ponto de vista dos principais e típicos “narradores” processuais.

a) *Os advogados*. Concentrando a sua atenção sobre as histórias narradas pelos advogados, Twining sublinha que a técnica da defesa eficaz implica não usar argumentação racional e inclui técnicas para excluir informação relevante, depurar os factos e explorar instrumentos de persuasão não racional<sup>54</sup>, e que tudo isto se faz porque a função essencial do advogado é persuadir o juiz a decidir em favor do seu cliente<sup>55</sup>. Consequentemente, as histórias que são narradas pelos advogados tendem a incluir manipulações dos factos, orientadas para o fim de obter ganho de causa<sup>56</sup>. Outros autores partilham esta visão crítica e céptica do modo como os advogados constroem e apresentam as suas narrativas e sublinham que estas são frequentemente enganadoras e tendenciosas<sup>57</sup>: a *story* construída pelo advogado vem confeccionada de modo a ter o máximo efeito persuasivo sobre o auditório, jogando com pré-juízos deste, e contém uma narrativa que surge em favor da posição do cliente, não uma versão verdadeira dos factos<sup>58</sup>. Não por acaso, no plano epistemológico a actividade do advogado é reconduzida à *advocacy*, realçando que a argumentação é orientada à demonstração de

<sup>49</sup> Para uma observação análoga, cfr. B. Jackson, *op. cit.*, p. 85. A propósito, v. em particular F. Di Donato, *op. cit.*, p. 107 ss.

<sup>50</sup> Cfr. W. Twining, *op. cit.*, p. 130, 132; P. Gewirtz, *op. cit.*, p. 8.

<sup>51</sup> Cfr. J. Bruner, *op. cit.*, p. 23.

<sup>52</sup> Cfr. J. Bruner, *op. cit.*, p. 43; P. Gewirtz, *op. cit.*, p. 7; R. P. Burns, *op. cit.*, p. 2.

<sup>53</sup> Cfr. A. G. Amsterdam-J. Bruner, *Minding the Law*, Cambridge, Mass. - London 2002, p. 173.

<sup>54</sup> Cfr. W. Twining, *op. cit.*, p. 24.

<sup>55</sup> Cfr. W. Twining, *op. cit.*, p. 288. Analogamente, cfr. P. Gewirtz, *op. cit.*, p. 5. No mesmo sentido quanto à finalidade das narrativas dos advogados, cfr. F. Di Donato, *op. cit.*, p. 162, 173.

<sup>56</sup> Cfr. W. Twining, *op. cit.*, p. 289, 297, 305. Quanto às modalidades através das quais o advogado contrói uma narrativa manipulando as informações que recebe do cliente, cfr. em particular F. Di Donato, *op. cit.*, p. 119, 151.

<sup>57</sup> Cfr. ad es. P. Gewirtz, *op. cit.*, p. 9; A. M. Dershowitz, *Life Is Not a Dramatic Narrative*, in *Law's Stories*, cit., p. 99. Quanto ao reduzido nível de veracidade das narrativas dos advogados, cfr. também R. Coloma Correa, *Vamos a contar mentiras tra la rá... O de límites a los dichos de los abogados*, in *Rev. De Derecho*, XIX, n. 2, 2006, p. 41.

<sup>58</sup> Cfr. J. Hunter, *Battling a Good Story: Cross-examining the Failure of the Law of Evidence*, in *Innovations in Evidence and Proof. Integrating theory, Research and Teaching*, Oxford-Portland, Ore. 2007, p. 272.

uma tese e pode implicar a exclusão de provas relevantes<sup>59</sup> e a sobrevalorização das provas favoráveis à tese que o advogado pretende sustentar, e aquela distingue-se da *inquiry*, que ao advogado não interessa e visa a descoberta da verdade objectiva<sup>60</sup>. Vale particularmente para as narrativas dos advogados, pois, a afirmação de que as *stories* são “excellent vehicles for cheating”<sup>61</sup>. Se, como parece, estas imagens retratam a realidade da prática da advocacia na narração dos factos, surgem questões que será oportuno mencionar.

Uma primeira questão diz respeito à ética profissional dos advogados, e é se — e em que medida — a omissão voluntária ou a distorção dos factos relevantes por parte de um advogado é legítima e justificada pela finalidade de obter vencimento de causa. Pode perguntar-se se não deve existir uma “ética da narração” que impeça o advogado de apresentar uma narrativa que tenha por falsa<sup>62</sup>. No entanto, a questão de saber se o advogado está ou não obrigado a dizer a verdade quando narra os factos é muito complexa: o estudo mais recente e autorizado sobre a ética profissional do advogado faz apenas uma breve alusão ao assunto, dizendo que este dever existe no processo civil, mas com limitações de relevo<sup>63</sup>. O dito estudo sublinha, porém, que os princípios da ética profissional contrastam, por vezes, com os princípios comumente acolhidos pela moral civil<sup>64</sup>. Provavelmente, isto é particularmente verdadeiro para a obrigação de dizer a verdade: a moral civil é talvez a favor de que as pessoas digam a verdade<sup>65</sup>, mas não parece concebível que os advogados tenham um dever geral de dizer a verdade, e muito menos de dizer “toda” a verdade. Quando muito, eles podem ser obrigados a não usar provas ou declarações de outras pessoas que sabem ser falsas, mas isso não equivale a afirmar que têm um dever moral de dizer a verdade. Como já se realçou de forma realista, ninguém presume que o Autor num processo acredite no que quer que seja quanto à sua demanda, muito menos que seja verdadeira<sup>66</sup>. Tal resulta confirmado, por exemplo, na *Rule 11* das *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos: esta norma conheceu uma emenda com o fim de reforçar a responsabilidade dos advogados, mas

<sup>59</sup> Sobre o facto de o advogado fazer referência apenas às provas favoráveis à posição do seu cliente, cfr. F. Di Donato, *op. cit.*, p. 163.

<sup>60</sup> Cfr. S. Haack, *On Truth, in Science and Law*, in 73 *Brookl. L. Rev.* 2008, p. 564; Id., *Defending Science*, cit., p. 169, 339. Um outro epistemólogo observa, analogamente, que apenas os advogados escondem ou camuflam a verdade em vez de clarificá-la: cfr. A. Goldman, *op. cit.*, p. 296.

<sup>61</sup> Cfr. W. Twining, *The Great Juristic Bazaar: Jurists' Texts and Lawyers' Stories*, Aldershot 2002, p. 12.

<sup>62</sup> O problema é apresentado p. ex. por P. Gewirtz, *op. cit.*, p. 9.

<sup>63</sup> Cfr. G. C. Hazard-A. Dondi, *Legal Ethics. A Comparative Study*, Stanford 2004, p. 114 e n. 2 a p. 327. Não são todavia especificadas as limitações ao dever de verdade do advogado no processo civil.

<sup>64</sup> Cfr. G. C. Hazard-A. Dondi, *op. cit.*, p. 114.

<sup>65</sup> Sobre o valor moral e social da verdade v. *infra*, Cap. III, par. 3.

<sup>66</sup> Cfr. A. G. Amsterdam-J. Bruner, *op. cit.*, p. 174.

não prevê qualquer obrigação clara e explícita relativamente à verdade do que o advogado diz. Ele deve apenas atestar que, tendo por base a sua consciência, a informação de que dispõe e a sua consciência formada após uma indagação razoável segundo as circunstâncias, as alegações e outras afirmações de facto que apresenta têm um suporte probatório ou é provável que venham a tê-lo após uma oportunidade razoável de mais indagações<sup>67</sup>. Uma norma deste género é claramente dirigida a sugerir que as alegações dos factos devem ser feitas de forma séria e de boa fé, mas não exigem que elas sejam verdadeiras.

Em alguns ordenamentos, impõe-se aos advogados um *duty of candor*, e parece que o mesmo deverá incluir também a obrigação de proferir afirmações verdadeiras<sup>68</sup>. Um exemplo significativo é-nos oferecido pelo sistema inglês, uma vez que a Rule 22.1 das *Civil Procedure Rules* introduzidas em 1999 exige que o conteúdo factual dos actos processuais seja confirmado por uma “declaração de veracidade” ajuramentada pela parte e pelo seu defensor, sob pena de condenação por *contempt of court* no caso de falsidade<sup>69</sup>. Uma norma de algum modo semelhante encontra-se no § 138 n.1 da *Zivilprozessordnung* alemã, segundo a qual as partes têm a obrigação de dizer a verdade nas suas asserções relativas aos factos da causa<sup>70</sup>.

Em Itália, o artigo 14 do Código Deontológico Forense prevê para o advogado um dever de verdade, afirmando que “as declarações feitas em juízo relativamente à existência de factos objectivos, que sejam pressuposto específico de uma decisão do magistrado, e das quais o advogado tenha conhecimento directo, devem ser verdadeiras”. Trata-se também, como é fácil de constatar, de uma formulação muito restritiva, que não inclui os factos alegados num acto processual, dos quais o advogado *não tenha* conhecimento directo, como acontece frequentemente porque obviamente ele toma conhecimento dos factos através de outras pessoas, designadamente do seu cliente. Acresce que tal dever não tem uma sanção correspondente, e a ele não há referência no Código de Processo Civil<sup>71</sup>.

No entanto, normas deste género não existem em todos os ordenamentos e — pelo contrário — muitos há que não prevêm qualquer obrigação de verdade para as partes e seus advogados. Por outro lado, em regra é muito duvidosa a efectividade da aplicação concreta do *duty of candor* do advo-

<sup>67</sup> Para referências às emendas à Rule 11, e alguns comentários, cfr. *Federal Rules of Civil Procedure. Abridged Editino As Amended to May 13, 2005*, p. 50.

<sup>68</sup> Cfr. G. C. Hazard-A. Dondi, *op. cit.*, p. 234.

<sup>69</sup> Cfr. Ch. J. Miller, *Contempt of Court*, Oxford 2000, p. 630.

<sup>70</sup> Cfr. P. Murray-R. Stürner, *German Civil Justice*, Durham, NC, 2004, p. 159. Cfr. ainda G. Scarselli, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1998, p. 102 ss., também para mais indicações bibliográficas.

<sup>71</sup> Não por acaso, o maior comentador do código deontológico define em termos muito vagos o conteúdo do dever em questão, e a casualística relativa a tais hipóteses de violação do dito dever é quando muito reduzida e fragmentária: cfr. R. Danovi, *Commentario al codice deontologico forense*, Milano 2001, p. 216, 224.



gado<sup>72</sup>. É por isso razoável pensar que em linha geral — e com limitações parcas e excepcionais — os advogados não são obrigados a dizer a verdade. Ainda assim, têm a obrigação de evitar distorções, manipulações e lacunas nas suas alegações de facto. Se existissem efectivamente obrigações deste género, por outro lado, em princípio daí resultaria que de cada vez que uma versão de um facto relevante fosse desmentida pela prova ou não fosse atendida pelo juiz, o advogado que a houvesse alegado deveria sofrer sanções por ter apresentado enunciados de factos não verdadeiros. Isto é claramente absurdo, pelo menos atento o estado actual das coisas na generalidade dos ordenamentos, o que confirma que, na realidade, o advogado é livre — com limitações avulsas e marginais — de trazer ao processo aquilo que tem por mais vantajoso para os interesses do seu cliente.

Uma segunda questão pode ser colocada nos seguintes termos: se as histórias narradas pelo advogado são parciais, fragmentárias, manipuladas e tendenciosas, fundadas em omissões e instrumentos não racionais de persuasão — logo, por definição, não verdadeiras — nada disto está de acordo com a ideia tradicional — amplamente partilhada nos sistemas de *common law* mas também muito popular nos sistemas de *civil law* — segundo a qual o juiz deveria formar a sua decisão operando apenas entre as duas histórias alternativas apresentadas pelas partes num contexto *adversarial*<sup>73</sup>. Se, como parece, ambas as histórias narradas pelas partes são “histórias más”, com o fim de enganar e desviar o juiz para prevalecer sobre o adversário, a situação em que o juiz se encontra ao ter que escolher uma delas — ou seja, por assim dizer, a “menos má” — não é certamente uma situação agradável e afortunada. Deste ponto de vista a posição do juiz nos processos de *civil law* é um pouco menos infeliz, pois normalmente admite-se e exige-se que ele proceda a uma reconstrução autónoma dos factos da causa quando nenhuma das narrativas seja credível<sup>74</sup>.

Uma terceira questão passa pelas modalidades através das quais os advogados narram as suas histórias à volta dos factos da causa.

Antes de mais, é necessário considerar que estas histórias assumem uma estrutura diferente de acordo com a disciplina dos actos iniciais do processo. Os sistemas processuais de *civil law* caracterizam-se por aquilo que na terminologia anglo-saxónica se chamaria *fact pleading*, ou seja a regra de que a demanda deve conter uma alegação específica, detalhada e na medida do possível completa dos factos da causa<sup>75</sup>. Acresce que, com o fim de

<sup>72</sup> Cfr. G. C. Hazard-A. Dondi, *op. cit.*, p. 237.

<sup>73</sup> Sobre esta afirmação, tradicional na concepção do processo inglesa, cfr. J. A. Jolowicz, *The Active Role of the Court in Civil Litigation*, in M. Cappelletti-J. A. Jolowicz, *Public interest Parties and the Active Role of the of the Judge in Civil Litigation*, Milano-New York 1975, p. 188. Cfr. anche P. Gewirtz, *op. cit.*, p. 6; W. Twining, *Rethinking Evidence*, cit., p. 295, e ainda v. *infra*, Cap. V, par. 1.

<sup>74</sup> Sobre a reconstrução dos factos por parte do juiz v. *infra*, par. 2. 3, neste Capítulo, e ainda Cap. V, par. 3.

<sup>75</sup> V. *infra*, Cap. III, par. 5.1.

fornecer um quadro completo da situação de facto que está na base da controvérsia e visando também fornecer ao juiz o quadro de referência para a admissão das provas relevantes, normalmente são indicadas também as circunstâncias que “circundam” os factos principais (ou seja, os chamados factos secundários logicamente relevantes). Nestes sistemas, então, o processo começa, desde o primeiro momento, com uma narrativa proposta pelo autor, na qual se presume que os factos são descritos em termos detalhados e completos. Correspondentemente, há regras semelhantes, no essencial, para o réu: ele pode contestar no todo ou em parte a narrativa do autor<sup>76</sup>, mas em todo o caso deve apresentar a sua narrativa dos factos relevantes, que pode ser uma versão negativa daquela que apresentou o autor ou uma versão dos factos completamente diferente. No entanto, também a narração do réu deve fundar-se numa alegação detalhada e completa dos factos.

A situação difere no plano processual, mas é equivalente na substância, quando nos encontramos perante um sistema que se funda na chamada *notice pleading*, como acontece com as *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americanas. Neste sistema, a formulação inicial da demanda não incluiu necessariamente uma narração completa dos factos da causa. Estes podem ser descobertos, a cada passo, por meio da *discovery*; daí que só aquando da conclusão da fase de *pre-trial* ambas as partes estejam em condições de traçar um quadro completo da situação de facto em que se funda a controvérsia<sup>77</sup>. Daí decorre que a construção e a redacção das narrativas das partes são mais longas, fragmentárias e complexas do que aquelas que normalmente vemos nos sistemas de *civil law*. Todavia, também nos sistemas fundados na *notice pleading* chega o momento em que as partes são forçadas a apresentar as suas histórias completas sobre os factos da causa.

Para lá das diferenças que se referiram, estas histórias apresentam algumas características que merecem atenção.

Antes de mais, elas encerram uma *pretensão de verdade*. Não são conversas entre o advogado e o juiz: quando um advogado alega factos, implicitamente ou explicitamente, afirma que eles são verdadeiros<sup>78</sup>. Efectivamente, não faria sentido, para um advogado, alegar um facto que coloca como fundamento da sua demanda e ao mesmo tempo dizer ou sugerir que o enunciado referente ao facto é falso. Se telefono à minha mulher e lhe digo que o meu voo de Nova Iorque está com cinco horas de atraso, mas ao mesmo tempo lhe confidencio que tal afirmação é falsa, ela conseguirá adi-

<sup>76</sup> Cfr. por exemplo, para além do art. 163 n. 4 cod. proc. civ. italiano, o § 130 n. 3 da *Zivilprozessordnung* alemã, os art. 6 e 62 do *code de procédure civile* francês e o art. 399 n. 3 da *Ley de enjuiciamiento civil* espanhola.

<sup>77</sup> Sobre estes aspectos dignos de nota do sistema processual norte-americano, cfr. p. ex. F. James-G. C. Hazard-J. Leubsdorf, *Civil Procedure*, 4th ed., Boston-Toronto-London 1992, p. 145 ss.; J. H. Friedenthal-M. K. Kane-A. R. Miller, *Civil Procedure*, StPaul, Minn., 1985, p. 252 ss.

<sup>78</sup> Sobre a natureza da alegação v. mais em detalhe *infra*, Cap. III, par. 5.

vinhar quantos *gin and tonic* terei bebido. Brincadeiras à parte, há que recordar que um dos princípios fundamentais de uma conversa correcta é a convicção de dizer a verdade<sup>79</sup>.

Assim sendo, uma pretensão de verdade é típica das narrativas dos advogados, como de muitas outras, independentemente de os factos serem verdadeiros ou falsos. Mas uma vez que uma pretensão de verdade não equivale à verdade de um enunciado, a história que o advogado narra em relação a um facto da causa não é mais do que teoria *hipotética* sobre o mesmo facto. Esta hipótese apresenta-se “como verdadeira”, mas não passa de uma hipótese: se ela é verdadeira ou falsa será estabelecido mais tarde, no decurso do processo e na decisão final. Nos termos da teoria dos actos linguísticos, estas histórias pertencem à categoria dos *actos ilocutórios*, caracterizados por uma função *assertiva ilocutória*. Com efeito, eles são constituídos por *asserções*, ou seja enunciados que visam afirmar proposições verdadeiras que descrevem factos com uma *word-to-world direction or fit*<sup>80</sup>.

No caso das histórias trazidas pelas partes, a função que desempenham tem ainda duas vertentes. Uma delas relaciona-se com a circunstância de o objectivo do advogado ser o de obter ganho de causa, e por isso a história que narra ser construída para persuadir o juiz de que o seu cliente o merece<sup>81</sup>. Nesta perspectiva, a narração do advogado tem também uma outra função ilocutória de carácter *directivo*, uma vez que se dirige a justificar um pedido que pode ser acolhido ou rejeitado<sup>82</sup>. Outro aspecto, que não é tido em consideração pela teoria do *story-telling*, mas que é relevante do ponto de vista jurídico, diz respeito ao ónus da prova. Na realidade, o advogado não conta a sua versão hipotética com o objectivo de informar o juiz e as demais partes. Quando apresenta a sua narrativa, o advogado assume o ónus da prova dos factos. A não ser que no caso em questão operem presunções legais, e a não ser que o juiz distribua de forma diversa o ónus probatório entre as partes, o princípio fundamental é o de que *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Quem afirma a verdade de um facto tem o ónus de demonstrar a verdade da sua afirmação. Esta regra vale em geral em muitas áreas de experiência: no âmbito do processo, ela significa que satisfazer o ónus probatório assumido ao alegar os factos é uma condição necessária para obter ganho de causa<sup>83</sup>.

No decurso do processo podem verificar-se alterações das narrações factuais da partes, nos limites admitidos pelas diversas disciplinas processuais,

<sup>79</sup> Cfr. P. Grice, *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Mass.-London 1989, p. 27.

<sup>80</sup> Sobre o conceito de função ilocutória dos actos linguísticos, cfr. J. R. Searle, *Mind, Language and Society. Philosophy in the Real World*, New York 1999, p. 137, 140, 148; Id., *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge 1980, p. 23, 29, 65.

<sup>81</sup> Cfr. A. G. Amsterdam-J. Bruner, *op. cit.*, p. 174; F. Di Donato, *op. cit.*, p. 173.

<sup>82</sup> Sobre o conceito de função ilocutória *directiva*, cfr. J. R. Searle, *Mind.*, cit., p. 148.

<sup>83</sup> O tema do ónus da prova não pode ser adequadamente discutido nesta sede. Em geral, cfr. R. H. Gaskins, *Burden of Proof in Modern Discourse*, New Haven-London 1992, e v. mais amplamente *infra*, Cap. V, par. 5.

e em função do andamento da causa<sup>84</sup>. Exaurida a produção das provas, e antes da decisão, normalmente os advogados apresentam a versão final das suas narrativas relativas aos factos. Esta pode ser no todo ou em parte diferente da versão inicial, ou coincidir com esta, conforme o que tenha acontecido no processo, designadamente o resultado da prova produzida. Todavia, a versão final apresenta, na substância, os mesmos caracteres da versão inicial. Ela é, na verdade, *parcial*, na medida em que é dirigida a sustentar as razões da parte que o advogado representa. No entanto, tem, por sua vez, uma *pretensão de verdade*. Esta pretensão pode ser de algum modo reforçada, se o advogado estiver em condições de extrair da prova elementos de confirmação da veracidade da sua versão dos factos, e puder por isso afirmar ter dado satisfação ao ónus probatório que assumiu, ou enfraquecida, se o resultado das provas não tiver sido favorável. Em qualquer dos casos, porém, as versões finais dos factos que ambos os advogados propõem têm ainda natureza hipotética, uma vez que não lhes compete estabelecer definitivamente se tais hipóteses são verdadeiras ou falsas. O que eles fazem, na realidade, é propor ao juiz hipóteses de decisão, indicando quais são — do seu ponto de vista — os elementos que o juiz deve ter em consideração para estabelecer qual das narrativas se apresenta como verdadeira.

b) *As testemunhas*. Num certo sentido, a testemunha é o típico narrador. Supõe-se que tenha conhecimento de alguns factos da causa, e espera-se que “narre” aquilo que conhece. A testemunha pode desenvolver a sua função de narrador de vários modos: por vezes, pede-se que conte o que sabe num discurso contínuo; mais frequentemente, é interrogado — pelo juiz ou pelos advogados das partes, ou por todos, conforme o sistema probatório — por meio de uma série de perguntas específicas. Neste caso, a narração testemunhal emerge das respostas que dá, não sendo um texto espontâneo e contínuo: a história é fragmentária e o testemunho fornece peças diversas e separadas de um mosaico<sup>85</sup> que devem posteriormente ser combinadas num desenho complexo. Muitas vezes, o facto está descrito na alegação que lhe é apresentada, e a testemunha limita-se a responder “sim” ou “não”. Para além disso, esta espécie de diálogo pode ter estruturas diversas: na maior parte dos sistemas processuais de *civil law*, quem interroga é o juiz, o qual por regra dirige às testemunhas perguntas específicas relativas a factos previamente indicados pelas partes. Nos sistemas que adoptam a *direct* — e a *cross-examination*, quem interroga são os advogados e o interrogatório pode ser articulado em duas ou mais fases, nas quais eles formulam as suas perguntas pela ordem que tenham por mais eficaz para obter o depoimento pretendido. Não obstante esta forma essencialmente dialógica e interactiva

<sup>84</sup> Para uma análise estrutural mais aprofundada destas questões, cfr. M. Taruffo, *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*, in Id., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2002, p. 235.

<sup>85</sup> Cfr. P. Gewirtz, *op. cit.*, p. 7; R. P. Burns, *op. cit.*, p. 2.

do interrogatório, e a variedade de modos em que se pode desenvolver, podemos concluir que a testemunha narra uma história, e que por isso ela pode reconstruir-se a partir dos registos do seu depoimento.

As histórias contadas pelas testemunhas têm dois aspectos relevantes que merecem ser realçados. Elas têm uma *forte pretensão de verdade*, muito mais forte do que a pretensão que — como se viu — é típica das narrações dos advogados. Enquanto que o advogado não tem a obrigação de dizer a verdade, a testemunha tem-na: ela jura dizer a verdade, e a falsidade é punida por lei penal. Isto não significa, obviamente, que as testemunhas nunca mentem, mas implica que existe pelo menos uma presunção *prima facie* a favor da veracidade daquilo que a testemunha conta. Há, todavia, um aspecto que pode ser considerado problemático, pelo menos em alguns sistemas processuais. Nos ordenamentos de *civil law* as testemunhas são geralmente indicadas pelas partes; por vezes, o juiz tem o poder de determinar oficiosamente a inquirição<sup>86</sup>. Em ambos os casos, no entanto, espera-se que a testemunha seja imparcial, uma vez que a sua função é contar *ao juiz* uma história credível quanto aos factos que conhece. Ela não é *party-centered* ou *party-oriented*, e a história que conta é considerada como uma “verdadeira” narração dos factos. Também no sistema norte-americano as testemunhas são indicadas pelas partes (uma vez que os tribunais raramente fazem uso do poder conferido pela Rule 614 (a) das *Federal Rules of Evidence*), mas elas são substancialmente *party-centered*, uma vez que são escolhidas e previamente instruídas e treinadas, pela “sua” parte. Supõe-se que estas testemunhas dizem a verdade, e elas juram nesse sentido, mas espera-se também que digam uma verdade que sustenta a posição processual da “sua” parte. Caso contrário, tornam-se testemunhas “adversas” e são interrogadas como tal; e mesmo neste caso não se espera que sejam neutras e imparciais, uma vez que são *party-oriented* em sentido favorável ou desfavorável. Pode, pois, existir uma forte tensão entre a obrigação de dizer a verdade e a tendência da testemunha para contar a história mais favorável à parte que a chamou a depor.

Por outro lado, geralmente o interrogatório da testemunha inclui perguntas que são especificamente dirigidas a aferir a sua credibilidade. Isto acontece nos sistemas de *civil law*, nos quais o juiz, e em certa medida também as partes, podem confrontar a testemunha com perguntas sobre a sua credibilidade pessoal e a fiabilidade da sua reconstrução e narração dos factos. Tal sucede também — e provavelmente de forma mais eficaz — nos sistemas de *common law*, nos quais a *cross-examination* visa tipicamente atacar, e possivelmente destruir, a credibilidade da testemunha e a fiabilidade das respostas dadas na *direct-examination*. Neste sentido, percebe-se bem a famosa afirmação de Wigmore, que nos diz que a *cross-examination* “is

<sup>86</sup> Cfr. M. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Le prove nel processo civile*, Milano 2007, p. 53, também para mais referências.

*beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth*<sup>87</sup>. Naturalmente que aqui se refere àquilo que pode ser considerado o funcionamento fisiológico da *cross-examination*. Um problema completamente diferente surge quando os advogados abusam deste instrumento com o fim de ocultar ou distorcer a verdade e visam destruir o testemunho, independentemente do facto de ter sido ou não dita a verdade<sup>88</sup>. Ao que parece, os abusos são bastante frequentes, a tal ponto que alguns ordenamentos de *common law* passaram a incluir normas destinadas a proteger as testemunhas das agressões dos advogados no decurso da *cross-examination*<sup>89</sup>. Não por acaso, já se disse que em muitos casos a vitória de quem conduziu o contra-interrogatório é a vitória de um “trained curial assassin ambushing an easy target”<sup>90</sup>.

O ponto essencial é, no entanto, o seguinte: o interrogatório de uma testemunha é — ou deveria ser — conduzido precisamente com o fim de procurar a verdade daquilo que o depoente conhece sobre os factos da causa. Não se espera que a testemunha conte uma história para entreter o tribunal, os advogados ou o público. O que se espera — e está obrigada a fazer — é que narre uma história verdadeira. Também esta narração pertence à categoria dos actos ilocutórios assertivos, sendo constituída por asserções relativas a descrições de factos e tem por função fornecer ao juiz informações verdadeiras e fiáveis.

c) *O juiz*. O juiz que decide a matéria de facto é o último, definitivo e, por isso, mais importante narrador no âmbito do processo. No fim dos procedimentos, ele tem que lidar com várias histórias que são narradas por testemunhas e pelos advogados: por regra, estas histórias são de várias formas divergentes e contrastantes. A função principal do juiz é estabelecer qual de entre as diversas narrativas dos factos é relativamente “melhor”, escolhendo uma das histórias já narradas ou construindo uma outra original, se tiver poder para tal e não estiver convencido por nenhuma das histórias narradas pelas partes<sup>91</sup>. A narrativa apresentada pelo juiz na sua decisão final tem pelo menos três características de relevo: 1) é também ela um acto *ilocutório assertivo*, sendo constituída por uma série de enunciados que descrevem factos; 2) é neutral e não de uma parte (e não competitiva): o juiz não tem qualquer objectivo particular a prosseguir, a não ser o de proferir

<sup>87</sup> Cfr. J. H. Wigmore, *op. cit.*, vol. V, rev. 3rd ed., Boston-Toronto 1974, p. 32.

<sup>88</sup> Cfr. p. ex. W. Freedman, *Professional Responsibility of the Criminal Defense Lawyer: The Three hardest Questions*, in 65 *Mich. L. Rev.* 1966, p. 1474, onde se diz que o bom advogado deve usar a *cross-examination* para destruir a testemunha adversa, especialmente quando sabe que esta disse a verdade. Cfr. ainda J.W. Ehrlich, *The Lost Art of Cross-Examination*, New York 1970, p. 18; J. H. Appleman, *Cross-Examination*, Fairfax, Virg., 1965, p. 6.

<sup>89</sup> Cfr. J. Hunter, *op. cit.*, p. 262 ss.

<sup>90</sup> Assim, J. Hunter, *op. cit.*, p. 271.

<sup>91</sup> Sobre as características da narrativa do juiz, v. F. Di Donato, *op. cit.*, p. 183 ss. Sobre a estrutura desta narrativa, v. *infra*, Cap. V, par. 3.

uma decisão justa e adequada. Ele não tem qualquer particular interesse pessoal a realizar, nem determinadas pessoas para proteger ou tutelar. A sua posição típica é, nas palavras de Norbert Elias, a do *distacco*: a sua narração dos factos é e deve ser destacada da competição das partes sobre os factos da causa<sup>92</sup>. A função desta narrativa é apenas a de afirmar que alguns factos surgem confirmados de modo objectivo. 3) Por fim, mas com importância, esta narrativa é *verdadeira*, não apenas no sentido de ter uma pretensão de veracidade, mas porque o juiz afirma que ela é verdadeira com base na confirmação resultante das provas produzidas e valoradas. No contexto do processo um enunciado de facto considera-se verdadeiro quando é confirmado pelas provas: “verdadeiro” equivale a “provado”<sup>93</sup>. Assim, a narrativa apresentada pelo juiz é verdadeira porque as provas demonstraram que é verdadeira.

Há, porém, que distinguir conforme os factos são decididos pelo júri ou por um juiz (ou colectivo de juízes), como acontece por regra nos sistemas de *civil law* e no processo civil inglês<sup>94</sup>. Muitos dos discursos sobre o *story-telling* baseiam-se no júri, mas — paradoxalmente — os jurados na realidade não narram qualquer história: o veredicto não é acompanhado por uma motivação ou qualquer texto oral ou escrito que explique ou mesmo justifique a decisão tomada sobre os factos da causa. Por isso, na melhor das hipóteses poder-se-á tentar adivinhar quais as narrativas construídas pelos jurados nas suas mentes e que discutiram no segredo da *jury room*, mas concretamente não se pode descobrir coisa alguma quanto a estas histórias. Na realidade, trabalha-se com a fantasia, ou pouco mais. Esta fantasia pode encontrar algum apoio directo ou indirecto, mas ninguém pode ler ou escutar as narrações dos membros do júri, e nunca se conhece directamente como o jurado individual ou todo o júri elaboraram uma ou mais narrativas dos factos da causa. Assim, nunca se está em condições de estabelecer se o júri escolheu uma das narrativas apresentadas pelas partes ou elaborou uma reconstrução autónoma e original dos factos.

A situação é completamente diferente para o juiz de *civil law*. Ele tem a obrigação, frequentemente reforçada por normas constitucionais, de redigir uma fundamentação na qual a decisão das questões de direito deve ser justificada através de argumentação jurídica adequada, e a decisão da matéria de facto deve fundar-se logicamente sobre as provas produzidas em juízo<sup>95</sup>. Existe pois uma narrativa dos factos, tal como eles são dados

<sup>92</sup> Para uma análise mais profunda da posição de *distacco* do juiz, em contraposição ao envolvimento dos advogados no âmbito das provas, cfr. M. Taruffo, *Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence*, in *The Eyes of Justice*, ed. by R. Kevelson, New York e.a. 1993, p. 267 ss.

<sup>93</sup> Cfr. em geral J. Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona 2002, p. 61; R. Coloma Correa, *op. cit.*, p. 33; M. Taruffo, *La prova*, cit., p. 35, 50, 143.

<sup>94</sup> Sobre esta distinção, e sobre algumas das suas consequências, v. mais desenvolvimentos *infra*, Cap. IV, 6.

<sup>95</sup> Sobre a matéria, v. *infra*, Cap. V, par. 6.



como fixados pelo juiz. Esta narrativa pode corresponder no todo ou em parte à que foi apresentada por uma das partes, na medida em que esta tiver sucesso na prova dos “seus” factos<sup>96</sup>. Todavia, quando o juiz concluir que nenhuma das narrativas propostas pelas partes foi confirmada através de provas adequadas, construirá uma história diferente fundada numa reconstrução autónoma dos factos da causa, justificando com base nas provas que teve em consideração. Se as provas produzidas não atingirem o *standard* que a lei exige para uma fixação “positiva” dos factos, o juiz redige uma narração “negativa”, dizendo que os factos relevantes não ficaram fixados e que — por isso — os enunciados relativos a tais factos não podem ser considerados como verdadeiros<sup>97</sup>. Assim, nestes sistemas existe na realidade uma narração dos factos enunciada pelo juiz. Ela pode ser analisada, criticada e confrontada com outras histórias contadas no decurso do processo.

### 3. CONSTRUIR NARRATIVAS

A narrativa dos factos não é em caso algum, especialmente num processo, qualquer coisa já pronta e confeccionada que cai do céu sobre a mesa de um advogado ou de um juiz. Pelo contrário: as narrativas são *construídas* pelos seus autores, frequentemente por meio de actividades criativas complexas e sofisticadas. Esta construção não é uma descrição dos factos passiva, abstracta ou neutral: como se disse, as narrativas *constroem os factos* que são relatados<sup>98</sup>. Num certo sentido, pois, a construção de uma narrativa por parte do seu autor é também a construção dos factos contados por ele<sup>99</sup>. Noutros termos: o autor constrói *a sua versão* dos factos. Construindo a sua narrativa, o autor “dá forma à realidade”<sup>100</sup>. Por estas razões, pode ser interessante ter em consideração pelo menos alguns dos aspectos mais importantes da construção das narrativas, tratando alguns conceitos gerais da teoria da narrativa mas tentando concentrar a atenção sobre as narrativas processuais. Nesta perspectiva, podem distinguir-se alguns “tipos de construção”, embora estes se combinem e entrelacem entre si na formulação de qualquer narrativa processual.

a) *Construção categorial*. Como evidenciam Amsterdam e Bruner, as categorias estão por todo o lado e são inevitáveis na utilização do pensa-

<sup>96</sup> Sobre a tendência do juiz para decidir escolhendo uma das narrativas trazidas pelas partes, cfr. também F. Di Donato, *op. cit.*, p. 202.

<sup>97</sup> Sobre os *standards* de prova v. mais desenvolvidamente *infra*, Cap. V, par. 4.

<sup>98</sup> Cfr. A. G. Amsterdam-J. Bruner, *op. cit.*, p. 111.

<sup>99</sup> A propósito, cfr. em particular F. Di Donato, *op. cit.*, p. 107 ss., 159 ss., 196 ss.

<sup>100</sup> Cfr. A. G. Amsterdam-J. Bruner, *op. cit.*, p. 135.

mento<sup>101</sup>, uma vez que são o instrumento principal que usamos para interpretar e para organizar a realidade, assinalando significados e colocando acontecimentos num contexto específico<sup>102</sup>, e assim construindo narrativas. As categorias são numerosas: elas mudam no tempo e no espaço e não têm uma forma e um conteúdo estáveis<sup>103</sup>; por outro lado, cada um tem as suas categorias, que fazem parte da sua cultura individual<sup>104</sup>. Uma vez que a construção das narrativas se funda na actividade de *categorização*, a consequência óbvia é que se constroem narrativas diferentes quando se usam categorias diferentes, ou quando uma categoria é usada em versões ou com significados diferentes. Não cabe aqui desenvolver uma análise aprofundada do emprego das categorias<sup>105</sup>; qualquer exemplo pode ser suficiente para demonstrar como as narrativas podem variar quando se empregam categorias diferentes.

Também fazendo referência à ideia mais vulgar de *tempo*, e sem entrar nas complicações filosóficas que dizem respeito àquele conceito, ou em conceitos ainda mais complicados como o do espaço-tempo, é claro que diferentes categorizações temporais implicam diferenças relevantes na construção das narrativas. Uma coisa é dizer, por exemplo, que o facto F2 aconteceu um segundo ou cinco minutos depois do facto F1, e uma coisa completamente diferente é dizer que F2 se verificou seis meses, um ano ou dez anos depois de F1. Serão narrativas completamente diferentes sobre a verificação daqueles factos. Analogamente, uma coisa é dizer que F1 e F2 ocorreram em certo *lugar*, mas uma coisa completamente diferente será dizer que F2 ocorreu a um metro, um quilómetro ou a dez mil quilómetros de F1. A variação das distâncias conduz à narração de histórias completamente diferentes.

Um outro exemplo interessante, que se verifica habitualmente no contexto processual, é o que respeita à *causalidade*. O conceito de causa é um dos que se usam com mais frequência, no direito<sup>106</sup> como em todas as demais áreas do saber, e há muitos séculos que é objecto de discussões filosóficas e científicas que naturalmente não podem aqui ser tidas em conta. Na perspectiva da construção de narrativas, é provavelmente mais interessante considerar a causalidade como um modelo mental<sup>107</sup> ou como um “modelo cognitivo idealizado”<sup>108</sup>, ou seja como um esquema psicológico que é usado

<sup>101</sup> Cfr. Idd., *op. cit.*, p. 19.

<sup>102</sup> Cfr. A. G. Amsterdam-J. Bruner, *op. cit.*, p. 28.

<sup>103</sup> Cfr. A. G. Amsterdam-J. Bruner, *op. cit.*, p. 37.

<sup>104</sup> Cfr. A. G. Amsterdam-J. Bruner, *op. cit.*, p. 27.

<sup>105</sup> Para esta análise cfr. sobretudo A.G. Amsterdam-J. Bruner, *op. cit.*, p. 19, e também os exemplos ali analisados, p. 55.

<sup>106</sup> Cfr. p. ex. o clássico estudo de H. L. A. Hart e T. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford 1959, e em particular F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano 1990.

<sup>107</sup> Cfr. Ph. N. Johnson-Laird, *Causation, Mental Models and the Law*, in 65 *Brookl. L. Rev.* 1999, p. 67.

<sup>108</sup> Cfr. S. L. Winter, *A Clearing in the Forest. Law, Life and Mind*, Chicago-London 2001, p. 88, 93, 105.

geralmente com o fim de dar forma à conexão entre acontecimentos. Não obstante, se dissermos que o comportamento de A provocou um dano corporal a B, estamos a falar numa causalidade directa e específica, já que descrevemos dois acontecimentos particulares e individuais, e afirmamos que um deles é causa efectiva, concreta e imediata do outro<sup>109</sup>. Já se dissermos que o facto F1 pode fazer aumentar em certa medida a probabilidade de acontecimentos do tipo F2 numa dada população, falamos da dita causalidade geral, que é um conceito de causalidade completamente diferente e que — na melhor das hipóteses — pode exprimir-se apenas em termos de probabilidade de verificação de F2 na presença de F1<sup>110</sup>. Trata-se de narrações completamente diferentes: a primeira assenta exactamente na categoria de causa, vista como uma conexão directa entre dois acontecimentos, enquanto que a segunda deve ser mais correctamente exprimida em termos de probabilidade estatística. Formular a segunda em termos de causalidade específica seria errado e enganador, uma vez que seria sugerir a impressão de uma forte conexão entre factos específicos que na realidade não existe. Formular a primeira em termos de probabilidade estatística também seria enganador, porque seria sugerir que existe apenas uma mera conexão provável entre dois eventos, em vez de uma causalidade directa. Se, pelo contrário, os acontecimentos do tipo F1 e do tipo F2 se verificam numa dada população, mas não se descobre qualquer ligação particular entre eles, tal significa que a mera conexão entre si não pode ser descrita com propriedade nem em termos de probabilidade nem — muito menos — em termos de causalidade<sup>111</sup>: descrições em tais termos distorceriam o significado dos dados fornecidos pela ciência, e seriam por isso falsas.

Se se combinarem todas as possíveis variações de conexões temporais, espaciais, causais e não-causais, o que resulta claramente é a existência de um grande número de narrativas possíveis relativamente à verificação do conjunto de F1 e F2. Algumas destas narrativas podem ser mais coerentes e plausíveis do que outras; umas podem ser verdadeiras e outras falsas. Em todo o caso, o uso diferente das categorias produz necessariamente narrativas diferentes.

b) *Construção linguística, semântica e lógica.* Naturalmente, a qualidade de uma narrativa assenta no uso correcto da linguagem em que ela é formu-

<sup>109</sup> Sobre o conceito de causalidade específica ou individual, cfr. M. Taruffo, *La prova del nesso causale*, cit., p. 107; F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano 2003, p. 339; M. D. Green-D. M. Freedman-L. Gordis, *Reference Guide on Epidemiology*, in *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Judicial Center 2000, p. 381.

<sup>110</sup> Sobre o conceito de causalidade geral, cfr. M. Taruffo, *ibidem*; Stella, *op. ult. cit.*, p. 291; M. D. Green-D. M. Freeman-L. Gordis, *op. cit.*, p. 374, 383.

<sup>111</sup> Sobre o conceito de mera conexão cfr. D. H. Kaye-D. A. Freedman, *Reference Guide on Statistics*, in *Reference Manual*, cit., p. 91, 94; D. L. Rubinfeld, *Reference Guide on Multiple Regression*, *ivi*, p. 183, 185; M. D. Green-D. M. Freeman-L. Gordis, *op. cit.*, p. 336.

lada: uma história mal contada, cheia de erros de gramática e sintaxe, pode ser até impossível de compreender. Também evidente é a necessidade de correcção semântica: há regras elementares, que não carecem de análise mais profunda, que impõem, por exemplo, usar as palavras com o seu significado apropriado e evitar modificar esse significado durante a narração. O mesmo se pode dizer a propósito das regras de coerência lógica, como aquelas segundo as quais se deve evitar contradições, lacunas na argumentação e na descrição de acontecimentos relacionados, e também o uso de inferências não justificadas. Se pensarmos num texto de literatura experimental, podemos admitir que algumas destas regras, ou todas, sejam postas de parte, mas elas devem ser seguidas num texto que pretenda ser uma narração descritiva de um facto ou de um conjunto de factos.

Há, porém, um aspecto da construção linguística e semântica que exige mais algumas observações. Twining salienta que as narrativas apenas negligenciam a distinção entre facto e valor<sup>112</sup>. Esta, porém, é uma das questões mais importantes da construção das narrativas processuais: segundo a Grande Distinção que remonta a Hume, os enunciados que descrevem factos devem ser rigorosamente distinguidos dos juízos de valor, e uns não podem decorrer dos outros<sup>113</sup>. Esta distinção é inevitável, e não apenas pelas razões de carácter filosófico, embora possa ser de difícil aplicação prática, seja porque o direito define frequentemente os factos em termos valorativos<sup>114</sup>, seja porque também frequentemente as pessoas não apreendem a diferença entre facto e valor. No entanto, há que ter sempre presente que os enunciados descritivos são *apofânticos*, ou seja verdadeiros ou falsos, e assim podem ser provados como verdadeiros ou falsos. Os enunciados que exprimem juízos de valor são *não-apofânticos*: eles podem ser acolhidos e justificados, ou criticados e rejeitados, mas não se pode provar a sua veracidade ou falsidade. Em termos jurídicos e processuais isto significa que apenas enunciados que descrevem factos, ou seja, apenas as partes factuais de uma narrativa, podem ser objecto de prova. Por exemplo: uma coisa é dizer que a velocidade de um veículo era “excessiva”, e uma coisa diferente é dizer que ela “excedia o limite de 50 quilómetros por hora”. Este segundo enunciado é “factual” e pode ser objectivamente verificado com um aparelho que meça a velocidade, enquanto o primeiro enunciado exprime uma valoração puramente subjectiva, que pode ser partilhada por várias pessoas, mas que não pode ser objectivamente verificada. O segundo enunciado é objecto de prova; o primeiro é

<sup>112</sup> Cfr. W. Twining, *Rethinking Evidence*, cit., p. 312, 335.

<sup>113</sup> Na vasta literatura existente sobre o assunto cfr. em particular B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica: saggio sulla legge di Hume*, Torino 1994.

<sup>114</sup> Sobre este problema, v. com mais desenvolvimento M. Taruffo, *La prova*, cit., p. 105; Id., *Value Judgments in the Judgment of Fact*, in *Archivum Juridicum Cracoviense*, XVI, 1985, p. 45. Cfr. também J. Wroblewski, *Facts in Law*, in Id., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, 2<sup>nd</sup> ed., Helsinki 1983, p. 108.

objecto de valoração<sup>115</sup>. Na medida em que uma narrativa pretende ser verdadeira, merece ser tida como verdadeira ou deve ser considerada verdadeira porque é confirmada por prova bastante, a diferença entre enunciados descritivos e enunciados valorativos é claramente pressuposta. Esta diferença é importante, no contexto processual, de muitos pontos de vista: por exemplo, geralmente a testemunha comum (que não é um perito) não pode exprimir as suas valorações pessoais sobre os factos que narra. Mais em geral, então, a relevância das provas estabelece-se com base na possibilidade de elas fornecerem informações relativas à verdade ou à falsidade de um enunciado, o que implica que as provas devam referir-se a factos e não a valores. Consequentemente, narrar um evento em termos valorativos em vez de descritivos significa narrar um evento diferente: um evento que não pode ser objecto de prova.

c) *Construção social ou institucional*. Se não é necessário partilhar em toda a sua extensão o ataque conduzido por Ian Hacking contra a “construção social” do que quer que seja<sup>116</sup>, há que reconhecer que em inúmeras situações, na vida quotidiana como no processo, há que lidar com factos materiais. Um acidente de viação, um ferimento ou a morte de uma pessoa são acontecimentos sociais “em bruto” antes de serem o fundamento jurídico de um pedido de indemnização, e antes de serem “construídos” de qualquer outro modo<sup>117</sup>. Acontece frequentemente, todavia, que os factos da experiência quotidiana, e em particular os tratados num processo, são *institucional* ou *socialmente construídos*, embora sejam habitualmente assentes em acontecimentos “em bruto” que se colocam logicamente antes da sua qualificação institucional<sup>118</sup>. No exemplo bem achado de Searle, o bocado de papel com impressão a verde é uma nota de 100 dólares, não em função da sua realidade empírica mas em função das convenções sociais, jurídicas, institucionais e organizativas em virtude das quais ele é “tido como” uma nota de 100 dólares<sup>119</sup>. Considerações análogas podem fazer-se a propósito de muitos factos que relevam num processo: por exemplo, se pensarmos na transferência de derivados financeiros, ou nas transacções através da internet, pensamos em factos que podem ter relevância jurídica — e por isso devem ser fixados em juízo — mas que têm uma base empírica redu-

<sup>115</sup> Uma velocidade de 30 quilómetros por hora pode ser considerada excessiva por alguém, em circunstâncias particulares, ainda que o limite fixado seja de 50 quilómetros por hora.

<sup>116</sup> Cfr. I. Hacking, *The Social Construction of What?*, Cambridge, Mass.-London 1999.

<sup>117</sup> Para uma discussão crítica das teorias que afirmam que os factos não são mais do que construções sociais, cfr. I. Hacking, *op. cit.*, p. 23, 80.

<sup>118</sup> Em geral sobre a distinção entre factos “em bruto” e factos “institucionais” cfr. J. R. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, tr. it. Milano 1996, p. 36; N. McCormick-O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht 1986. Para uma teoria geral dos factos institucionais cfr. J. R. Searle, *ivi*, p. 130. Sobre a prioridade lógica dos factos “em bruto” cfr. J. R. Searle, *cit.*, p. 67, 138.

<sup>119</sup> Cfr. J. R. Searle, *ivi*, p. 38, 41, 47, 93.

zidíssima, admitindo que a têm. Nestas situações, descrever e narrar um facto exige necessariamente que sejam determinadas também as suas dimensões sociais e institucionais, ainda que tal signifique andar muito longe da sua realidade empírica.

d) *Construção cultural*. Numa acepção muito geral, a construção de uma narrativa é em si mesma *cultural*: categorias, linguagem e construções sociais são parte da cultura de cada narrador. Há todavia um sentido mais específico no qual a construção de uma narrativa é cultural: qualquer narrativa assenta sobre uma cultura e é construída por meio de uma cultura, entendida como uma consciência do mundo. Assim, a coerência de uma narrativa pode ser definida em termos de correspondência entre ela e os modelos narrativos que existem no *stock on knowledge* que constitui o conteúdo daquela cultura<sup>120</sup>. Como realça Twining, as narrativas fazem contínua referência ao *stock of knowledge* que representa o substrato cultural de cada narrador<sup>121</sup>. Num certo sentido, este *stock of knowledge* pode ser entendido como equivalente ao senso comum ou à cultura média<sup>122</sup>, ou ainda ao que Umberto Eco definiu como Enciclopédia Média, aludindo a todos os conteúdos que pertencem a uma certa cultura<sup>123</sup>. Trata-se, de qualquer forma, de um “conjunto de coisas” muito vago, indeterminado, variável e incerto. É evidentemente impossível defini-lo, sobretudo devido ao carácter vago e variável dos seus conteúdos; no entanto, alguns aspectos dos “conhecimentos” que ali se compreendem merecem mais algumas observações.

Antes de mais, há que salientar que entre este conjunto desordenado de “conhecimentos” há muitas coisas que não são propriamente conhecimentos. Segundo Twining, trata-se de um conjunto de “ill-defined agglomerations of belief” que consistem tipicamente numa “complex soup of more or less well-grounded information, sophisticated models, anecdotal memories, impressions, stories, myths, proverbs, wishes, stereotypes, speculations and prejudices”<sup>124</sup>. Esta não é composta por proposições particulares, empiricamente verificadas e bem articuladas<sup>125</sup>. Esta *soup* inclui alguns ingredientes que exigem uma consideração mais profunda. Antes de mais: os *preconceitos*. O senso comum está repleto de preconceitos sexuais, raciais, religiosos, étnicos e até profissionais que — segundo Shauer — são convencimentos injustificados sobre pessoas, geralmente assentes em generalizações estatís-

<sup>120</sup> Para esta definição, cfr. B. Jackson, *op. cit.*, p. 59.

<sup>121</sup> Cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 310, 335, 443.

<sup>122</sup> Sobre estas noções, v. mais desenvolvidamente M. Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in Id., *Sui confini*, cit., p. 121.

<sup>123</sup> Cfr. U. Eco, *Dall'albero al labirinto. Studi storici sul segno e sull'interpretazione*, Milano 2007, p. 77.

<sup>124</sup> Cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 338.

<sup>125</sup> Cfr. W. Twining, *ibidem*.

ticas sem qualquer fundamento<sup>126</sup>. Eles podem incidir consideravelmente sobre a construção das narrativas, e são particularmente perigosos sobretudo porque podem ser eficazes ao torná-las especialmente coerentes e credíveis para aqueles que partilham os mesmos preconceitos. Deste modo, os factos podem ser substancialmente distorcidos e manipulados, mas a narrativa pode parecer muito parecida a um público igualmente *biased*<sup>127</sup>.

A *soup* é composta também por “enredos” (*scripts*). Estes incorporam as expectativas e práticas que são consideradas normais numa certa cultura e exprimem os modos normais de comportamento das pessoas, na vida quotidiana comum<sup>128</sup>. Muitos aspectos do conhecimento de base de uma cultura são organizados em enredos, que frequentemente são ocultos no interior da narrativa e são implícitos, mais do que explícitos<sup>129</sup>. Assim, os enredos exprimem a ideia de “normalidade” que existe numa dada cultura: eles são usados para organizar os factos segundo esquemas normais de acontecimentos ou de comportamentos. Trata-se também aqui de instrumentos que podem ser muito eficazes para manipular os factos: eles não são narrados como tendo sido efectivamente verificados, antes são “reconduzidos à normalidade” porque deste modo podem parecer surgir mais familiares a um público que partilha a mesma concepção do que é normal e do que é anormal. Isto não implica apenas que os acontecimentos sejam organizados numa sequência pré-definida; eles são também interpretados segundo um modelo pré-determinado e — uma vez que a referência à normalidade é mais prescritiva do que descritiva<sup>130</sup> — têm também o efeito de induzir uma espécie de juízo moral: aquilo que se apresenta como normal é bom e o que se apresenta como anormal é mau. Não se trata, assim, de um meio de informar um destinatário quanto à verdade do que quer que seja: trata-se de um instrumento para condicionar a razão do destinatário<sup>131</sup>.

Outros ingredientes importantes da *soup* são os *estereótipos* e os *perfis*<sup>132</sup>. Segundo Schauer, eles dizem respeito sobretudo a pessoas, como “a mulher fiel”, “o marido infiel”, “o polícia corrupto”, “o motorista negro”<sup>133</sup>, “o violador negro”, “o contrabandista de droga sul-americano”<sup>134</sup>, “o terrorista islâmico”<sup>135</sup> e afins. Estereótipos e perfis assentam normalmente em generalizações

<sup>126</sup> Cfr. F. Schauer, *Profiles, Probabilities and Stereotypes*, Cambridge, Mass.-London 2003, p. 15.

<sup>127</sup> Cfr. D. Menashe-M. E. Shamash, *op. cit.*, p. 11.

<sup>128</sup> Cfr. A. G. Amsterdam-J. Bruner, *op. cit.*, p. 121; D. Menashe-M. E. Shamash, *op. cit.*, p. 13.

<sup>129</sup> Cfr. A. G. Amsterdam-J. Bruner, *ibidem*.

<sup>130</sup> Cfr. em particular I. Hacking, *The Taming*, cit., p. 160 ss., 163.

<sup>131</sup> Cfr. F. Di Donato, *op. cit.*, p. 174, que salienta justamente a natureza retórica deste instrumento.

<sup>132</sup> Estes dois ingredientes podem ser considerados em conjunto uma vez que constituem dois aspectos do mesmo fenómeno: na verdade, a actividade chamada *profiling* pode produzir perfis ou estereótipos. Sobre este assunto cfr. em particular F. Schauer, *op. cit.*, p. 138, 155.

<sup>133</sup> Cfr. F. Schauer, *op. cit.*, p. 191.

<sup>134</sup> Cfr. F. Schauer, *op. cit.*, p. 167.

<sup>135</sup> Cfr. F. Schauer, *op. cit.*, p. 181.



grosseiras, e padecem, quase sempre, de inúmeras falhas. Por vezes, as generalizações que constituem a base dos estereótipos e dos perfis são justificadas e podem por isso ser úteis — ao menos em alguma medida — para orientar decisões e avaliações<sup>136</sup>. Estes estereótipos ou perfis podem ser, depois, correctamente usados para construir narrativas. Em muitos casos, porém, e talvez na maior parte dos casos — em particular naqueles que têm que ver com a raça, o género e as tendências sexuais — os estereótipos são tipicamente baseados em generalizações estatísticas incorrectas<sup>137</sup>, e assim não correspondem a qualquer realidade concreta. De facto, eles não se destinam a fornecer um retrato fiel de uma pessoa concreta; são outrossim usados como meio para reconduzir pessoas ou comportamentos específicos a “tipos” bem conhecidos, ou seja como instrumentos que reduzem a especificidade das pessoas e dos comportamentos para simplificar a compreensão e a descrição da realidade. Empregar os estereótipos, com efeito, equivale a usar uma espécie de cama de Procusto, ou seja, esticar as pernas das pessoas baixas e cortar as das pessoas altas, para fazê-las corresponder a uma estatura pré-definida<sup>138</sup>. Quando tal acontece, quem relata os factos cai numa “falácia narrativa”, porque os distorce, forçando-os para dentro de uma estrutura narrativa culturalmente familiar<sup>139</sup>. Não é de estranhar, pois, que o termo “estereótipo” tenha uma conotação negativa<sup>140</sup>. Assim, na medida em que uma narrativa se funda num estereótipo, provavelmente não pode ser considerada uma descrição fiel de acontecimentos reais: ela tende mais a tornar-se numa espécie de idealização de personagens típicas que se comportam de modos típicos, como na *commedia dell’arte*.

Talvez os ingredientes mais importantes e problemáticos da *soup* sejam as generalizações de senso comum ou de *background*. Elas são necessárias em cada etapa do juízo sobre as provas e sobre os factos, uma vez que, em muitos casos, constituem as premissas das inferências que ligam as informações e os factos. Como diz David Schum, elas são a “cola” que mantém uno o raciocínio dedutivo<sup>141</sup>. O problema é que o *status* epistemológico destas generalizações é habitualmente vago e indeterminado: na realidade, elas podem ser racionais ou irracionais, boas ou más, conforme tenham ou não uma base cognitiva adequada<sup>142</sup>. Em alguns casos raros, são vulgarizações de leis científicas ou de generalizações válidas produzidas pela ciência. Nestes casos — assumindo que a tradução da ciência para o senso comum não alterou ou distorceu o conhecimento científico original — elas são gerais<sup>143</sup> e

<sup>136</sup> Cfr. F. Schauer, *op. cit.*, p. 76.

<sup>137</sup> Cfr. F. Schauer, *op. cit.*, p. 22, 138, 144, 151.

<sup>138</sup> Cfr. F. Schauer, *op. cit.*, p. 199.

<sup>139</sup> Cfr. D. Menashe-M. E. Shamash, *op. cit.*, p. 17, 19, 20, 27.

<sup>140</sup> Cfr. F. Schauer, *op. cit.*, p. 17.

<sup>141</sup> Cfr. D. A. Schum, *Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, Evanston, Ill., 1994, p. 82, 109.

<sup>142</sup> Sobre estas distinções cfr. p. ex. F. Schauer, *op. cit.*, p. 7, 132.

<sup>143</sup> Cfr. F. Schauer, *op. cit.*, p. 7.

podem ser acolhidas em grande medida. Na maior parte dos casos, porém, as generalizações não têm realmente um carácter geral<sup>144</sup>. Elas podem ter uma base estatística válida, e neste caso podem ter um grau apreciável de acolhimento. Na maior parte dos casos, porém, não têm uma base estatística fiável, assentando apenas no senso comum. Dito de outro modo, são generalizações *espúrias*<sup>145</sup>, porque se fundam naquilo que foi eficazmente definido como “*fireside inductions*” para realçar que não têm qualquer fundamento empírico, e emergem mais de conversas junto da lareira<sup>146</sup>. Isto significa que elas não são justificadas, que o seu significado é vago, que o seu sentido geral é dúbio e que podem ser contraditadas por outras generalizações de senso comum ou por uma série de casos particulares<sup>147</sup>.

Em algumas áreas da cultura jurídica europeia, existe, há tempos, uma tendência para conceptualizar a noção de generalização de senso comum, visando atribuir-lhe um *status* epistemológico menos vago, apelando à “experiência” sobre a qual ela deve assentar. O conceito fundamental a este propósito é o de “máxima de experiência”, originariamente formulado por Friedrich Stein no âmbito de uma concepção silogística do juízo de facto<sup>148</sup>. Este conceito difundiu-se em algumas áreas da cultura processualística, como a Itália, a Alemanha e em alguma medida a Espanha, mas parece ser mais enganador do que útil: ele tende, na verdade, a sugerir a impressão de que as máximas de experiência exprimem generalizações universais, ou pelo menos fundadas sobre *id quod plerumque accidit*, e que por isso podem basear inferências aptas a produzir conclusões dedutivamente certas ou, pelo menos, próximas da certeza. Esta impressão é, todavia, falaciosa, porque em muitos casos as noções que se formulam nas máximas de experiência não exprimem uma generalização assente em qualquer base cognitiva, exprimindo outrossim nada mais do que lugares comuns, preconceitos e estereótipos consolidados de alguma forma no senso comum, mas que não correspondem ao conhecimento efectivo do que quer que seja<sup>149</sup>. O conceito de máxima de experiência nasce da confusão entre generalidade e generalização e tende a atribuir um carácter de generalidade — e por vezes de universalidade — a meras generalizações, que, na maior parte dos casos, não têm fundamento.

Por fim, um outro ingrediente importante e muito usado é constituído por *quantificações estatísticas* ou *probabilísticas* não justificadas e não verificadas.

<sup>144</sup> Cfr. F. Schauer, *op. cit.*, p. 9.

<sup>145</sup> Sobre este conceito, cfr. F. Schauer, *op. cit.*, p. 11.

<sup>146</sup> Cfr. J. McEwan, *Reasoning, Relevance and the Law Reform: the Influence of Empirical Research on Criminal Adjudication*, in *Innovations in Evidence and Proof. Integrating Theory, Research and Teaching*, ed. by P. Roberts and M. Redmayne, Oxford-Portland, Ore. 2007, p. 194.

<sup>147</sup> Cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 335.

<sup>148</sup> Cfr. F. Stein, *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig 1893, p. 16 ss.

<sup>149</sup> Sobre o conceito de máxima de experiência, v. mais desenvolvidamente, e para mais referências, M. Taruffo, *Senso comune*, cit., p. 140; Id., *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá 2008, p. 189.

Quando os dados estatísticos são usados correctamente e as probabilidades (bayesianas ou não bayesianas) são calculadas de modo apropriado, não surgem especiais problemas e os factos podem ser fixados por meio de deduções válidas<sup>150</sup>. As dificuldades surgem quando, talvez na tentativa de parecerem “científicas”, se exprimem em termos de frequência e de probabilidade, atribuindo valores numéricos e percentuais a qualquer coisa numa série de situações sobre as quais, realmente, não há quantificações numéricas ou frequências estatísticas atendíveis. Sabe-se bem, sobretudo depois da análise fundamental de Nisbett e Ross<sup>151</sup>, que os seres humanos são normalmente incapazes de quantificar correctamente a sua experiência: probabilidades erradas e frequências estatísticas inventadas são a fonte mais importante e mais frequente de falácias eurísticas no discurso comum. Tal erro verifica-se quando uma máxima de experiência é formulada em termos estatísticos ou probabilísticos<sup>152</sup> (talvez de forma vaga, do tipo “a maior parte das pessoas faz assim”) sem que haja qualquer fundamento para tal quantificação.

Deste modo, as generalizações de senso comum são necessárias mas perigosas<sup>153</sup>. No entanto, elas podem ser mais ou menos perigosas, ou não o serem de todo, em função do tipo de narrativa em que são usadas e do modo em que são usadas. É possível que, num romance histórico, se refira a experiência (de pessoas que viveram em outra época) do sol que gira à volta da Terra, mas seria por demais estranho referir a mesma experiência numa narrativa processual dos nossos dias. Os sinais de feitiçaria podem ser descritos num romance medieval, mas seria bastante insólito falar deles numa narrativa processual moderna (o adjetivo “moderna” é necessário porque, durante muitos séculos, ou nos Estados Unidos pelo menos até 1693, com o processo das bruxas de Salem, as narrativas processuais encontravam-se repletas de bruxas, ou seja, personagens criadas pela cultura do tempo)<sup>154</sup>.

Em suma, o *stock of knowledge* que constitui a base inevitável para a construção cultural das narrativas apresenta vários aspectos que merecem extremo cuidado e atenção na construção e na valoração das ditas narrativas. Naturalmente, esta cautela é necessária quando se tem em conside-

<sup>150</sup> O uso de provas estatísticas e de deduções probabilísticas constitui um tema complexo que não pode discutir-se nesta sede. Cfr., por todos, B. Frosini, *Le prove statistiche nel processo penale e nel processo civile*, Milano 2002.

<sup>151</sup> Cfr. R. Nisbett-L. Ross, *L'inferenza umana. Strategie e lacune del giudizio sociale*, tr. it. Bologna 1989, p. 91, 123.

<sup>152</sup> Cfr. p. ex. H.-J. Koch-H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München 1982, p. 285, 308, 332.

<sup>153</sup> Cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 334. A inevitabilidade do recurso a generalizações em qualquer tipo de decisão, e em particular na decisão judicial, é a tese fundamental de F. Schauer, exposta in *op. cit.*

<sup>154</sup> Cfr. p. ex. os casos aturadamente analisados por P.Ch. Hoffer, *The Salem Witchcraft Trial. A Legal History*, Lawrence, KA, 1997, e por G. G. Merlo, *Streghe*, Bologna 2006.

ração as narrativas processuais partindo do pressuposto de que elas devem ser orientadas para descrição de acontecimentos reais; é evidente que esse cuidado não é necessário quando se pensa nas narrativas literárias.

O primeiro destes aspectos deriva do facto de — como se disse — muitos dos conhecimentos compreendidos no *stock* não serem propriamente conhecimentos, mas mitos, preconceitos e generalizações infundadas considerados conhecimentos. A utilização de qualquer coisa trazida pelo senso comum para a construção de narrativas pode ser vantajosa para construir um romance plausível, mas não é um método fiável para construir narrativas processuais. A credibilidade destas narrativas depende do facto de assentarem em conhecimentos válidos. Naturalmente, um relativista poderia dizer que um conhecimento é válido apenas dentro de um específico contexto cultural, mas poder-se-ia responder-lhe que então o problema é escolher o contexto cultural adequado. Se escolhermos um contexto cultural no qual a bruxaria existe, podemos encontrar-nos facilmente fora da cultura ocidental moderna, o que traria problemas se voltássemos a queimar bruxas com base em decisões judiciais.

Um outro aspecto relevante é que o *stock* está muito longe de ser um conjunto claro, ordenado e coerente de conhecimentos. É precisamente o contrário: na *soup* existe um número infinito de coisas que se contradizem umas às outras. Provérbios, mitos e afins não formam em caso algum uma composição coerente: no imenso armazém do conhecimento comum, qualquer um pode encontrar o que quer. Isto significa que do dito *stock* se podem levar materiais diversos que servem para construir um número indeterminado de histórias diferentes e mesmo contraditórias relativamente aos mesmos factos. Muita da indeterminação do *stock* deriva do facto de este se alterar com o tempo, frequentemente, de modo substancial e por vezes muito rapidamente. Provavelmente, poucos pessoas partilham aquilo que já foi a convicção geral de a Terra ser plana<sup>155</sup> ou sobre a existência e os hábitos das bruxas. Felizmente, o estereótipo do italiano que come apenas pasta e pizza enquanto toca bandolim vai rareando, como o do pequeno chinês que vende gravatas junto à estrada. Até estereótipos muito influentes, como “Bush o Grande Líder”, vão desaparecendo rapidamente do panorama político. Por outro lado, novos ingredientes da *soup* emergem e difundem-se à escala global: basta pensar na internet, na cozinha chinesa e, mais recentemente, no *sushi*, nos telemóveis, na “oximorónica” *new age*, na moda étnica e afins<sup>156</sup>.

Ainda outro aspecto interessante é que, se apenas por um momento se pensasse a existência de apenas um *stock* de conhecimentos, tal seria uma

<sup>155</sup> Sobre a variabilidade histórica da Enciclopedia Média que inclui os conteúdos de uma cultura cfr. p. ex. U. Eco, *op. cit.*, p. 78, que refere este exemplo.

<sup>156</sup> Em geral quanto a estes fenómenos, cfr. L. Friedman, *The Horizontal Society*, New Haven-London 1999.

abstracção. Sempre existiram diferentes contextos culturais e cada cultura teve e ainda tem o seu próprio *stock* de conhecimentos. É por isso verdade que na “sociedade horizontal” de que fala Friedman existem forças muito poderosas, que criam camadas de uma cultura globalizada bastante uniforme, mas é também verdade que muitas sociedades actuais são multiétnicas e multiculturais. Diferentes culturas existem no mesmo lugar ao mesmo tempo e cada uma delas tem os seus valores, as suas regras, os seus estereótipos, os seus mitos e as suas formas de conhecimento. Em cidades como Londres ou Nova Iorque, como em muitas cidades europeias, nenhum sociólogo seria capaz de individualizar uma só cultura. Na realidade, para imaginar a imensa riqueza e variedade do que uma sociedade moderna conhece, seria talvez necessário pensar num *stock* composto por vários *stocks* de conhecimentos<sup>157</sup>.

Há, por fim, um outro aspecto que merece ser notado, a propósito dos perigos que implica o uso pouco cuidado do *stock of knowledge*. Deriva do facto de neste existirem esquemas narrativos, como estereótipos, *scripts*, máximas de experiência e afins, que são “hegemónicos”, na medida em que são produzidos e impostos, no âmbito do senso comum, pela opinião pública, por grupos de poder cultural, económico, político ou religioso que sejam hegemónicos num dado contexto social. Os esquemas narrativos hegemónicos têm como efeito impor como “normais” as situações, os comportamentos e os critérios de valoração que se configuram como positivos e dignos de aprovação pelos grupos sociais que os partilham e impõem, e fazer considerar como “anormais”, e por isso a valorar negativamente, todas as situações ou os comportamentos que não correspondam a estes esquemas. Daí decorre que uma sua aplicação crítica pode determinar uma falácia narrativa que consiste em adoptar critérios e modalidades de reconstrução e de interpretação dos factos que implicam uma manipulação também substancial da realidade: o êxito desta manipulação pode consistir em excluir a consideração de factos relevantes, por não corresponderem aos esquemas hegemónicos, ou ter em consideração factos que não existem mas são impostos por referência aos ditos esquemas, ou ainda uma mistura de ambas as coisas. Parece, por isso, evidente que a incidência dos esquemas hegemónicos se traduz numa distorção também ela relevante dos factos narrados.

<sup>157</sup> Para considerações análogas, cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 444. Umberto Eco, referindo-se em parte a Putnam, imagina uma espécie de Enciclopédia Maximalista em que várias Enciclopédias Especiais descrevem órbitas de extensão diversa à volta de um núcleo central constituído por uma Enciclopédia Média, onde porém — no centro do núcleo, devemos também “imaginar um enxame de Enciclipédias Individuais que representam de modos variados e imprevisíveis os conhecimentos enciclopédicos de cada indivíduo” (cfr. U. Eco, *op. cit.*, p. 77). A imagem é sugestiva mas talvez demasiado simplista, uma vez que se deve considerar a existência não apenas de uma Enciclopédia Média, mas sim de várias, cada uma pertencente a uma cultura diferente.

#### 4. AS PARTES E O TODO

A conexão necessária entre as partes (palavras, frases, parágrafos) e o todo de um texto é um tema clássico da hermenêutica. A transição dialéctica continua das partes para o texto integral e do texto integral para as partes — o dito círculo hermenêutico — é a dinâmica fundamental de cada interpretação, como já havia esclarecido Schleiermacher e como foi depois analisado por Gadamer no clássico *Wahrheit und Methode*<sup>158</sup>. Os princípios gerais da hermenêutica podem ser obviamente aplicados também na interpretação das narrativas jurídicas, e em particular das narrativas processuais. Assim, o significado das várias partes de uma história pode ser determinado apenas por referência ao texto da história tomado no seu conjunto, e o significado complexo da história pode ser interpretado apenas fazendo referência a todas as suas partes. Usando ainda a metáfora do mosaico, pode dizer-se que o significado das várias peças de vidro é determinado pela sua posição no desenho complexo, mas também se afirma que o significado do mosaico no seu conjunto é determinado pelas cores e posições de cada porção.

Com alguns pequenos ajustamentos, o que se disse acerca da interpretação de um texto pode dizer-se também da sua redacção. Um escritor sabe que o significado de cada parte do que escreve depende do conjunto do texto e que o significado complexo do texto é determinado pelas suas partes<sup>159</sup>. Estas observações muito banais podem ser afirmadas também nas narrativas processuais: a pessoa que constrói uma narrativa dos factos da causa compõe as diversas partes do evento num texto no qual as partes (enunciados relativos a acontecimentos, acções e circunstâncias específicas) assumem um significado que é determinado também pelo contexto da narração no seu conjunto, que — por sua vez — é uma combinação ordenada e coerente dos enunciados particulares. Como se disse antes, uma narrativa é construída precisamente para atribuir significado a um conjunto fragmentário de pedaços de discurso.

O tema da “história integral” está na base da concepção *holística* das narrativas processuais, que é proposta, em contraste com as orientações *analíticas* ou *atomísticas* em matéria de prova, sobretudo no âmbito da psicologia social e fazendo especificamente referência ao modo pelo qual se supõe que os jurados formulam as suas conclusões quanto aos factos. Os estudos empíricos, conduzidos em particular por Bennett e Feldman<sup>160</sup> e por

<sup>158</sup> Cfr. H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1972, p. 188, 194, 296.

<sup>159</sup> Assim, a vontade do autor, e a sua interpretação do texto, não relevam para o significado do texto, o qual é determinado apenas por interpretação. O autor não é um intérprete privilegiado e a sua interpretação não é vinculativa. A propósito, cfr. por todos H.-G. Gadamer, *op. cit.*, p. 196.

<sup>160</sup> Cfr. W. L. Bennett-M. S. Feldman, *Reconstructing Reality in the Courtroom*, New Brunswick 1981. Cfr. também B. Jackson, *op. cit.*, p. 61.

Pennington e Hastie<sup>161</sup>, parecem confirmar a conclusão de que os jurados não levam a cabo análises detalhadas dos factos e das provas que lhes dizem respeito, mas usam com frequência “histórias” com o objectivo de organizar os elementos de prova apresentados durante a audiência<sup>162</sup>. Então, os jurados atingem as suas conclusões sobre factos valorando a plausibilidade de “histórias complexas” relativas aos mesmos factos<sup>163</sup>, sem desenvolver qualquer raciocínio analítico sobre circunstâncias específicas e sobre específicos elementos de prova. Por outras palavras, os jurados norte-americanos estabelecem a “verdade” dos factos essencialmente construindo e confrontando narrativas, mais do que avaliando criticamente as informações decorrentes das provas<sup>164</sup>. Alguém disse já que isto não só é o que acontece mas também é — realmente — um método positivo e recomendável para a formação das decisões sobre factos<sup>165</sup>.

O valor descritivo da teoria *holística* não está aqui em discussão e pode ser reconhecido<sup>166</sup>: tudo somado, pode bem acontecer que os jurados se comportem precisamente do modo como a teoria afirma. Tal não significa, todavia, que esta teoria mereça ser tida como um modelo prescritivo para a formulação das decisões sobre factos e muito menos que possa ser considerada como uma teoria geral da decisão judicial<sup>167</sup>.

Por um lado, como já se disse, as narrativas são meios necessários e inevitáveis para compor factos isolados e fragmentários e também elementos de prova, num contexto ordenado e plausível. Em suma: as histórias são necessárias para interpretar as informações disponíveis e para reconstruir a realidade à qual se referem. Se a teoria *holística* for tida neste sentido “mitigado”, acaba por ser aceitável, mas não acrescenta nada de relevante às concepções correntes da decisão judicial: é evidente que o juiz da matéria de facto deve compor os factos e as provas num conjunto de enunciados que respeitem à factualidade da causa<sup>168</sup>, de forma coerente, na medida possível. Todavia, os apoiantes da teoria holística propõem-na como modelo num sentido bastante mais “forte”, segundo o qual a decisão da matéria de facto deve

<sup>161</sup> Cfr. N. Pennington-R. Hastie, *A Cognitive Theory of Juror Decision Making: the Story Model*, in 13 *Cardozo L. Rev.* 1991, p. 519; N. Pennington, *The Story Model for Juror Decision Making*, in *Inside the Juror: The Psychology of Juror Decision Making*, ed. by R. Hastie, New York 1993; R. Hastie-S. D. Penrod-N. Pennington, *Inside the Jury*, Cambridge, Mass., 1983.

<sup>162</sup> Cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 368; M. S. Pardo, *Juridical Proof, Evidence and Pragmatic Meaning: Toward Evidentiary Holism*, in 95 *Northw. L. Rev.* 2000, p. 399.

<sup>163</sup> Cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 334; D. Menashe-M. E. Shamash, *The Narrative Fallacy*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>164</sup> Cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 336.

<sup>165</sup> Cfr. Abu Hareira, *An Early Olistic Conception of Judicial Fact-finding*, in *Jur. Rev.* 1986, p. 79.

<sup>166</sup> Para uma apreciação crítica cfr. todavia B. Jackson, *op. cit.*, p. 65, 71.

<sup>167</sup> Para críticas dirigidas a este propósito cfr. em particular M. Damaška, *Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence: A Comparative View*, in *Comparative and Private International Law. Essays in Honor of J.H. Merryman*, D. S. Clerk ed., Berlin 1990, p. 91; M. Taruffo, *La prova*, cit., p. 281.

<sup>168</sup> Mais desenvolvidamente, a este propósito, cfr. M. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 282.



ser concebida e formulada apenas como uma escolha entre narrativas concorrentes tidas como uma “totalidade”, ou seja, evitando qualquer consideração atomística ou analítica dos factos e qualquer valoração de específicos elementos de prova<sup>169</sup>. Nesta versão, a teoria holística é certamente discutível, sobretudo quando sublinha que as narrativas não são verificáveis em face das situações que descrevem<sup>170</sup> porque os jurados decidem com base na sua plausibilidade e não na sua veracidade. Uma aproximação crítica mostra-se, por isso, ainda mais justificada quando se considera que uma narrativa pode incluir factos inventados ou sem fundamento<sup>171</sup>, e sobretudo quando se lê que a função das histórias é a de *colmatar as lacunas* deixadas por provas incompletas ou insuficientes quanto a factos relevantes<sup>172</sup>. Algo de similar é afirmado por Neil MacCormick quando diz que a coerência da narrativa é útil para estabelecer a verdade ou a probabilidade de um facto do qual não há directa demonstração probatória<sup>173</sup>.

É claro que, nesta perspectiva, as provas empíricas e a análise lógica têm um papel secundário no controlo do carácter pleno e coerente da narrativa<sup>174</sup> e o valor das provas é difícil de determinar<sup>175</sup>. Os perigos do *story-telling* no âmbito do processo incluem também outros aspectos negativos, como, por exemplo, a referência a preconceitos e estereótipos ocultos e o uso de uma linguagem indevidamente emotiva e de analogias inatendíveis<sup>176</sup>. Aqui vale a pena, todavia, realçar os factores que podem conduzir à construção de narrativas que têm pouco ou nada que ver com a verdade dos factos da causa. Estas podem fundar-se sobre factos irrelevantes<sup>177</sup> ou sobre factos que são inventados pelo narrador, sem que para isso haja qualquer fundamento racional ou probatório, e podem ser usadas para afirmar a existência de factos que não estão provados precisamente porque a falta de provas determinou uma lacuna na sequência de acontecimentos narrada. Colmatar as lacunas com o objectivo de construir uma narração “integral” significa, na realidade, que factos que não são verdadeiros, porque não há qualquer prova que demonstre a sua existência, são apresentados como se o fossem apenas porque se inserem de forma coerente nos acontecimentos complexos narrados. Ou seja: se um facto que seria necessário

<sup>169</sup> Quanto a esta versão da teoria em análise, e para mais referências, cfr. M. Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 283.

<sup>170</sup> Neste sentido, cfr. W. L. Bennett-M.S. Feldman, *op. cit.*, p. 33; e em sentido crítico, cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 308.

<sup>171</sup> Cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 336.

<sup>172</sup> Cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 308, 336.

<sup>173</sup> Cfr. N. MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, in *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, ed. by W. Krawietz e.a., Berlin 1984, p. 48. Cfr. também B. Jackson, *op. cit.*, p. 18.

<sup>174</sup> Cfr. ainda W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 308.

<sup>175</sup> Cfr. D. Menashe-M.E. Shamash, *op. ult. cit.*, p. 26.

<sup>176</sup> Cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 336, e analogamente D. Menashe-M.E. Shamash, *op. ult. cit.*, p. 5.

<sup>177</sup> Cfr. W. Twining, *ibidem*.

para o normal desenvolvimento dos acontecimentos “falta”, porque não foi provado, tal acaba por ser simplesmente superado pelo *stock of knowledge* de que o narrador dispõe, e o dito facto insere-se na posição adequada dentro do mosaico. Em consequência, o mosaico dos acontecimentos surge coerente e completo, independentemente de quantas peças falsas contém. Tudo isto significa, em suma, que não se pode esperar que estas narrativas sejam de algum modo respeitadoras da verdade dos factos. A circunstância de serem holisticamente coerentes não acrescenta nada à sua falta de veracidade.

Se isto pode servir de argumento favorável ou contrário ao sistema de júri é um problema que não pode discutir-se nesta sede. No entanto, é lícito duvidar se há verdadeiramente boas razões para sustentar ou para recomendar um sistema em que algumas pessoas, na veste de juizes do facto, constroem narrativas que *a priori* não reflectem a realidade dos factos da causa. A teoria holística tem o mérito de deitar alguma luz sobre certos aspectos das narrativas, mas levanta o problema de a plausibilidade complexiva de uma narrativa ser o único elemento que pode ou deve determinar a sua aceitação no âmbito da decisão.

## 5. NARRATIVAS BOAS E NARRATIVAS VERDADEIRAS

Como Susan Haack salientou recentemente, o mesmo facto pode ser objecto de muitas descrições verdadeiras<sup>178</sup>, mas já antes Borges tinha constatado que “tan compleja es la realidad, tan fragmentaria y tan simplificada la historia, che un observador omnisciente podría redactar un número indefinido, y casi infinito, de biografías de un hombre”<sup>179</sup>. Pode-se acrescentar, então, que do mesmo facto se podem também dar muitas — e talvez mais numerosas — descrições falsas, como da dita personagem se podem escrever muitas — e mais numerosas — biografias fantasiosas. Num certo sentido, isto constitui uma importante confirmação do facto de o mesmo conjunto de acontecimentos poder ser descrito de várias maneiras, verdadeiras e falsas. A observação de Haack é feita em termos epistemológicos gerais, tal como a de Borges se coloca num contexto literário, mas ambas podem valer também no contexto específico do processo: como se viu supra, no processo há diferentes narradores e pode assumir-se que todos narram histórias diferentes à volta do mesmo facto, do mesmo conjunto de factos ou da mesma pessoa. Mas aquela observação implica também que, quando há descrições diferentes do mesmo facto ou conjunto de factos — não importa quantas descrições são —, faz sempre sentido escolher quais são verdadeiras, partindo natural-

<sup>178</sup> Cfr. S. Haack, *Manifesto of a Passionate Moderate. Unfashionable Essays*, Chicago-London 1998, p. 157.

<sup>179</sup> Cfr. J. L. Borges, *Otras inquisiciones*, Madrid 1998, p. 201.

mente do pressuposto de que algumas podem sê-lo. Se tal vale no plano epistemológico geral, não há razões para concluir que não valha no plano do contexto processual, no qual todavia — como se mostrou — há que fazer apelo a um particular conceito de verdade: um enunciado que descreve um facto pode ser considerado verdadeiro se for racionalmente confirmado pelas provas produzidas no processo<sup>180</sup>.

Por outro lado, a teoria do *story-telling* geral e processual não fala de narrativas verdadeiras, mas apenas de narrativas boas<sup>181</sup>. Em geral, a ideia de uma narrativa “boa” é obscura e ambígua, porque ela pode ser boa em função de fins diferentes<sup>182</sup>. Por isso, é muito difícil estabelecer quais são os requisitos de uma boa narrativa processual: é necessário que seja plausível, que seja coerente com o *stock of knowledge* típico do auditório a que se dirige e desse modo seja “familiar” para este, que seja narrativamente coerente<sup>183</sup> e — assim — que seja *persuasiva*<sup>184</sup>. Todavia, uma objecção decisiva a esta teoria — assim como a qualquer teoria da verdade fundada na coerência do texto — é que narrativas coerentes e persuasivas podem ser completamente falsas<sup>185</sup>. Para assim concluir, basta pensar numa testemunha que pode ser narrativamente coerente mas falsa ou numa sentença que pode ser fundamentada em termos coerentes mas não corresponde ao material probatório e, nessa medida, à realidade dos factos: trata-se de exemplos claros da distinção fundamental entre a coerência ou o carácter persuasivo das narrativas e a sua veracidade.

Há, pois, que lidar com algumas distinções que dizem respeito às narrativas dos factos da causa: a distinção entre narrativas verdadeiras e falsas e a distinção entre narrativas boas e más. Estas distinções não são equivalentes; podem entrecruzar-se, obtendo-se um conjunto de quatro situações diferentes. Ao considerar estas situações, podemos partir, para não complicar demasiado o discurso, do pressuposto de que uma narrativa é verdadeira quando todos os enunciados relativos aos factos são verdadeiros e é falsa quando pelo menos um dos enunciados que a compõem não resulta provado

<sup>180</sup> Cfr. J. Ferrer Beltrán, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>181</sup> Numa perspectiva diferente cfr. R. P. Burns, *op. cit.*, p. 2, segundo o qual no processo é possível conseguir uma verdade que se coloca *para lá* das narrativas.

<sup>182</sup> Cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 340, n. 37.

<sup>183</sup> O conceito de coerência, seja no sentido de *consistency* seja no de *coherence* (que não são exactamente equivalentes mas são frequentemente usados como se o fossem) é amplamente discutido no âmbito da argumentação jurídica. Cfr. sobretudo N. McCormick, *op. cit.*; J. Lenoble, *Narrative Coherence and the Limits of the Hermeneutic Paradigm*, in *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, ed. by P. Nerhot, Dordrecht e. a. 1990, p. 138; P. Nerhot, *Interpretation in Legal Science: The Notion of Narrative Coherence*, *ibidem*, p. 204. Per un'ampia analisi del tema cfr G. Pino, *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni*, in *Riv. int. fil. dir.* 1998, p. 84.

<sup>184</sup> Estes termos são uma síntese aproximada das qualificações que são geralmente usadas para definir as características de uma narrativa processual eficaz. Cfr. em particular W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 283, 288, 308, 445.

<sup>185</sup> Cfr. em particular A. Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht e. a. 1989, p. 161.

e, por isso, não corresponde à realidade dos acontecimentos descritos. Neste sentido, “falso” significa total ou parcialmente falso.

a) *Primeira situação.* Uma narrativa pode ser *boa e falsa*. O romance de Grisham, para além de milhares de outros romances, é um exemplo deste género de narrativa: é narrativamente bom mas — pertencendo ao mundo da fantasia e da invenção — não pretende sequer ser verdadeiro. Por definição, um romance — sobretudo se for considerado holisticamente — é descritivamente falso ainda que, como no caso do *Broker*, inclua alguns ou muitos enunciados verdadeiros.

b) *Segunda situação.* Uma narrativa pode ser *má e falsa*. Este é, infelizmente, o caso de muitos romances mal escritos: pretendem narrar acontecimentos mas faltam-lhes os requisitos das boas narrativas. No entanto, trata-se de romances que não pretendem ser verdadeiros, ainda que possam incluir enunciados verdadeiros.

c) *Terceira situação.* Uma narrativa pode ser *boa e verdadeira*. É o caso, por exemplo, de reconstruções históricas que são escritas de modo coerente, plausível e persuasivo, mas que são também descritivamente verdadeiras porque representam fielmente o acontecimento ou conjunto de acontecimentos aos quais se referem. Este pode ser também o caso de uma narrativa processual, se for narrativamente bem construída e, simultaneamente, se fundar de modo adequado nas provas disponíveis, assim correspondendo à realidade dos factos da causa.

d) *Quarta situação.* Uma narrativa pode ser *má e verdadeira*<sup>186</sup>. Este é o caso de uma reconstrução histórica mal escrita porque, por exemplo, não dá uma descrição completa de um conjunto ou de uma concatenação de acontecimentos ou porque trata de circunstâncias incoerentes ou fragmentárias, mas que é descritivamente verdadeira porque reflecte a realidade dos factos de que se ocupa, na medida em que os seus enunciados são confirmados por meios de prova adequadamente controlados. Este também pode ser o caso de uma narrativa processual, que pode não ter os requisitos de uma boa narrativa, por exemplo porque as provas disponíveis não dão apoio bastante para uma reconstrução completa e coerente da concatenação dos factos relevantes, enquanto apenas algumas circunstâncias específicas são confirmadas por provas. Esta má narrativa pode ser, ainda assim, verdadeira, na medida em que se funda sobre elementos de prova que dizem respeito aos factos em questão.

A relevância e a função destes quatro tipos de narrativas são obviamente diferentes em razão do tipo de contexto em que são construídas e usadas. Por exemplo, narrativas do tipo a) e b) relevam no contexto de um concurso literário: se o objectivo é o de obter o prémio para o melhor romance policial do ano, a falsidade da narrativa não é significativa e a qualidade narrativa do

<sup>186</sup> Numa perspectiva diferente, cfr. R. Coloma Correa, *op. cit.*, p. 33, segundo o qual as narrativas boas são aquelas que se fundam nas provas, sendo assim verdadeiras.

romance é o único critério decisivo de valoração. Neste contexto, uma narrativa do tipo *c)* pode ser relevante, mas apenas porque é narrativamente bem escrita, não por ser verdadeira. Num concurso literário, a veracidade da narrativa não tem qualquer importância; pode até mesmo ser contraproducente, se a demonstração da veracidade da história exigir, por exemplo, muitas referências às provas que a confirmam como verdadeira. No mesmo concurso, naturalmente, as narrativas do tipo *b)* são descartadas imediatamente: um evento mal contado configura, desde logo, uma má narrativa, e não pode merecer nenhum prémio pela simples circunstância de ser verdadeiro.

A perspectiva é diferente se se tratar de avaliar a qualidade de uma reconstrução histórica, porque, neste caso, a veracidade da narrativa torna-se um dos *standards* principais de avaliação. Daí que narrativas do tipo *c)* sejam certamente mais apreciadas, mas também narrativas do tipo *d)* poderão ser tidas em consideração, pese embora não serem boas do ponto de vista literário, na medida em que sejam verdadeiras.

Se se atentar no contexto do processo, parece claro que as narrativas do tipo *a)* são importantes, sobretudo para os advogados. Como se viu já, o advogado não tem qualquer obrigação de procurar a verdade e a história que narra destina-se apenas a obter ganho de causa. Assim, uma história narrativamente boa pode ser útil, ainda que seja descritivamente falsa, se o seu objectivo final for o de persuadir um juiz “holístico”, que se supõe não estar interessado em aferir a veracidade dos factos, como no caso dos jurados norte-americanos. Também para um juiz deste género as narrativas do tipo *a)* são significativas, pela mesma razão: para o jurado pede-se que uma narrativa seja boa para ser persuasiva e, assim, para ser aceite como uma reconstrução apropriada dos factos da causa. Que essa seja ou não seja efectivamente verdadeira com base nas provas não importa: uma narrativa boa e falsa pode bem ser objecto de um veredicto holístico.

Se, pelo contrário, se pensar num juiz da matéria de facto que esteja interessado em formular uma decisão precisa sobre os factos da causa e em fundar a fixação dos factos sobre uma avaliação racional das provas produzidas no processo, então o tipo óptimo de narrativa é evidentemente o da alínea *c)*. Uma narrativa que corresponde descritivamente à realidade dos factos assim como esta emerge das provas e que também é coerente, plausível e completa é a melhor que pode ser construída por um juiz. Nesta situação, o que pensar das histórias do tipo *d)*? À primeira vista, dir-se-á que, para o advogado, elas não são interessantes: a narrativa pode até ser verdadeira, mas, se for narrativamente infeliz, não serve o objectivo de ganhar a causa. Porém, se se considerar o ponto de vista do juiz, uma narrativa deste género exige mais algumas observações.

Imaginemos que os factos relevantes em que assenta o pedido se descrevem através dos enunciados seguintes:

- 1) No tempo T e no lugar L, a pessoa A teve o comportamento X
- 2) O comportamento X envolveu a pessoa B
- 3) A pessoa B sofreu então os danos tais e tais

Se as provas produzidas em juízo demonstrarem que os enunciados 1), 2) e 3) são verdadeiros, eles podem ser combinados numa narrativa coerente, plausível e possivelmente completa da sequência de factos que se verificaram. Teremos aqui uma narrativa do tipo *c)*: boa e verdadeira. Mas, se as provas não forneceram uma demonstração suficiente — por exemplo — do enunciado 2), então surge um problema. Que género de história se pode narrar neste caso? Um apoiante da concepção holística dirá que o juiz da matéria de facto pode colmatar a lacuna deixada pela falta de provas do enunciado 2), fazendo referência a um qualquer conhecimento de senso comum segundo o qual em situações semelhantes “normalmente” se verifica uma conexão causal entre factos do tipo descrito no enunciado 1) e os factos descritos no enunciado 3). Assim, este juiz poderá construir uma narração boa, plausível, coerente e completa dos factos em questão. Esta narrativa será, todavia, do tipo *b)*: falsa quanto ao enunciado 2), uma vez que, na realidade, ninguém sabe se verdadeiramente o comportamento de A envolveu B causando-lhe danos e, deste modo, um enunciado afirmativo não pode ser tido por verdadeiro com base nas provas disponíveis. Uma situação ainda mais clara verificar-se-ia se resultasse provado que o comportamento X não atingiu a pessoa B. Mesmo neste caso, o jurado holístico poderia narrar a mesma história, simplesmente não tendo em consideração as provas que divergissem de uma boa, completa e “normal” narrativa dos factos.

Um apoiante da orientação analítica ou atomística diria, pelo contrário, que, se o enunciado 2) não está provado, falta uma parte importante do evento hipotético, uma vez que não é possível individualizar um nexos causal entre os enunciados 1) e 3). Consequentemente, um juiz da matéria de facto analítico não poderia construir uma narrativa coerente e completa dos acontecimentos: ele poderia apenas dizer que, com base nas provas disponíveis, resulta verdadeiro que A teve o comportamento X e que B sofreu danos, mas não que há qualquer correlação causal entre os dois factos. Do ponto de vista narrativístico, esta seria uma história não boa: fragmentária, incoerente e incompleta. Todavia, esta história seria verdadeira, porque relectiria com exactidão o que resultou das provas: tratar-se-ia, assim, de uma narrativa do tipo *d)*. A diferença óbvia entre as duas narrativas que podem ser construídas na mesma situação é que o jurado holístico construiria uma narrativa do tipo *b)* e assim concluiria que A é responsável pelos danos sofridos por B, enquanto que o juiz analítico concluiria, com base numa narrativa do tipo *d)*, que A não é responsável por tais danos.

Esta breve análise de uma das situações que podem verificar-se num processo mostra que as boas narrativas podem ser falsas e que narrativas verdadeiras podem ser más. Não é fácil estabelecer se, na prática e em todos os sistemas processuais, as boas narrativas afastam as narrativas verdadeiras da mesma forma que a má moeda afasta a boa, como defende Twining<sup>187</sup>. Provavelmente, há uma preferência por narrativas boas, ainda

<sup>187</sup> Cfr. W. Twining, *op. ult. cit.*, p. 336.

que falsas, mais do que por narrativas verdadeiras, especialmente quando estas não são narrativamente boas. Porém, podem existir variações nesta preferência em função do tipo de juiz da matéria de facto (jurado ou juiz profissional) e do tipo de contexto processual em que a narrativa ganha forma. Um jornalista pode preferir uma narrativa boa sem preocupar-se muito com a sua veracidade, enquanto que um juiz poderá preferir uma narrativa verdadeira, ainda que narrativamente infeliz. Em qualquer caso, o problema é a qual tipo de narrativa dar preferência como fundamento de uma decisão judicial. Se se aceita a premissa de que existe uma diferença entre um processo e um prémio literário, a inclinação poderá ser no sentido de apenas narrativas verdadeiras poderem resultar em reconstruções fiáveis dos factos. Narrativas boas que incluíssem enunciados falsos e factos sem fundamento conduziriam provavelmente a decisões viciadas, erradas e pouco fiáveis. Esta é a razão principal pela qual a afirmação “narrative thought, although necessary, is inherently flawed”<sup>188</sup> é muito radical mas pode ser no essencial aceite, pelo menos quando aplicada aos ordenamentos narrativísticos mais extremos quanto ao problema da formulação da decisão sobre factos.

---

<sup>188</sup> Cfr. D. Menashe-M.E. Shamash, *op. ult. cit.*, p. 14.