

Processo Judicial como Espelho da Realidade? Notas Hermenêuticas à Teoria da Verdade em Michele Taruffo

Judicial Process as Mirror of Reality? Hermeneutical Notes to the Theory of Truth in Michele Taruffo

Lenio Luiz Streck

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo – RS, Brasil

Resumo: Este trabalho trata da questão da verdade no Direito, mais especificamente: do *status* epistemológico do processo judicial. Em abordagem fenomenológica, neste artigo objetiva-se aclarar a relevância da apuração dos fatos para a resposta correta. Procede-se comparativamente entre dois referenciais: o realismo crítico de Michele Taruffo e a *Crítica Hermenêutica do Direito*. Constata-se sua aproximação democrática, mas uma profunda divergência quanto ao que se entende por controle intersubjetivo das decisões judiciais. Conclui-se rejeitando a estruturação “*truth acquiring*” do sistema de justiça nos termos propostos por Taruffo.

Palavras-chave: Processo Judicial. Verdade. Hermenêutica.

Abstract: This paper deals with the question of truth in law, more specifically: the epistemological *status* of judicial process. In a phenomenological approach, aims to clarify the importance of facts to the right answer. Proceeds comparing two referentials: the critical realism of Michele Taruffo and the *Critical Hermeneutics of Law*. In spite of its democratic common ground, there is a deep disagreement about what is meant by inter-subjective control of judgments. The conclusion drawn is to reject the “*truth acquiring*” structure of justice system as proposed by Taruffo.

Keywords: Judicial Procedure. Truth. Hermeneutics.

Recebido em: 23/06/2016

Revisado em: 31/07/2016

Aprovado em: 09/08/2016

1 Introdução

Este artigo trata da questão da verdade no Direito, mais especificamente: do *status* epistemológico do processo judicial. A esse respeito, vem se destacando no Brasil o realismo crítico do Professor italiano Michele Taruffo (TARUFFO, 2012), em que defende a estruturação “*truth-acquiring*” do sistema de justiça. Enfatiza, aí, a importância da apuração dos fatos para correção do julgamento.

De outra parte, é conhecida a cruzada que faço a partir da *Crítica Hermenêutica do Direito*¹ – CHD (STRECK, 2013) pela *resposta correta*

¹ A *Crítica Hermenêutica do Direito*, fundada por mim ao longo das obras *Hermenêutica Jurídica e(m) crise e Verdade e Consenso*, é uma espécie de cadeira assentada entre o paradigma objetivista clássico e da filosofia da consciência (e/ou de suas vulgatas voluntaristas). A CHD move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido. O fato de as palavras da lei serem ambíguas (polifonia) não quer dizer que o processo hermenêutico admita discricionariedades e decisionismos. É possível encontrar respostas corretas em direito, conforme a criteriologia que se explicita em *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica* (4ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014). Com a CHD, busca-se apresentar um ferramental para a interpretação do direito. Para tal, usa-se como fio condutor o “método” fenomenológico, visto, a partir de Heidegger, como “interpretação ou hermenêutica universal”, é dizer, como revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem, como destruição e revolvimento do chão linguístico da metafísica ocidental, mediante o qual é possível descobrir um indisfarçável projeto de *analítica da linguagem, numa imediata proximidade com a práxis humana, como existência e faticidade*, em que a linguagem – o sentido, a denotação – não é analisada num sistema fechado de referências, mas, sim, no plano da historicidade. Enquanto baseado no método hermenêutico-linguístico, o texto procura *não se desligar da existência concreta*, nem da carga pré-ontológica que na existência já vem sempre antecipada. A tarefa da CHD é a de desenraizar aquilo que tendencialmente se encobre. Fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busca, por meio de uma análise fenomenológica, o des-velamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde

(também chamada por mim de *resposta adequada a Constituição*). A partir da fenomenologia hermenêutica, busco reabilitar a verdade na prática interpretativa. Apesar da resistência encontrada nos defensores da decisão “conforme a consciência do juiz”, repercute na processualística brasileira – até aqui dominada pelo instrumentalismo – a necessidade de controle intersubjetivo das decisões. Para além da academia, alçou o debate público e os desenhos institucionais do novo Código de Processo Civil – CPC 2015 (STRECK, 2014, p. 157-168).

À medida que a Ciência Jurídica avança além dos saberes ingênuos, interessa coordenar as pesquisas: remetê-las a um dado lugar de fala ao mesmo tempo em que se mantém visão de conjunto, isto é, articular paradigmaticamente as teorias do direito para não enviesar o pensamento jurídico.

Partindo, então, da CHD, objetiva-se problematizar a noção corresponsencial de verdade postulada por Taruffo e suas implicações num “instrumentalismo processual epistemológico”, protagonizado pelo juiz com amplos poderes instrutórios. Inicialmente, é exposta essa teoria da verdade, aportada ao realismo crítico por Taruffo (2012), com as consequências específicas que dela extrai para a Teoria do Processo e da Decisão Judicial. Afinal, procede-se à análise crítico-comparativa.

Registre-se que a diferença de matrizes entre este e a CHD remete aos grandes quadros do pensamento contemporâneo, impondo dificuldades ao próprio modelo de conversação esboçado neste trabalho. Para ser fiel à abordagem hermenêutica, não se trata tanto de contrapor conceitos de verdade, senão a de estabelecer um recuo preconceitual frente a esta.

o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Trata-se, enfim, da elaboração de uma análise antimetafísica – entendida a metafísica como ontoteologia (STEIN, 2014) – isso porque a partir da viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência (e de suas vulgatas voluntaristas), a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade.

2 Levando os Fatos a Sério? O Novo Realismo Filosófico e suas Consequências Práticas no Direito

Taruffo abre seu trabalho sobre o tema historiando o fim dos ordálios. Na substituição dos sistemas de justiça, privilegia o encaminhamento dado pelo Civil Law, abominando o irracionalismo (apenas menos violento) do *juritrial* adotado na linhagem algo-saxã.

[...] no que diz respeito aos sistemas continentais – a apuração da verdade dos fatos é concebida como um dos escopos principais do processo. A descoberta da verdade é tida como uma empreitada racional, na qual um juiz profissional, perito em lógica e filosofia (e não somente em direito), analisa as informações fornecidas a partir de documentos e testemunhas e, com base nisso, elabora uma reconstrução verídica dos fatos. (TARUFFO, 2012, p. 43-44)

Analisa-se esse legado da modernidade à luz da narratologia contemporânea, mas rechaçando as “*legal narratives*” em que “[...] os fatos do processo perdem-se em uma indistinta falácia ‘*literária*’ sobre o direito” (TARUFFO, 2012, p. 54). Prevenido do perigo das narrativas, acata-as na medida de sua necessidade como “[...] instrumento principal através do qual fragmentos de informação esparsos e fragmentários e ‘*pedaços*’ de acontecimentos podem ser combinados e compostos em um complexo de fatos coerente e dotado de sentido” (TARUFFO, 2012, p. 54). Apesar da função heurística de tais “*construções interpretativas de eventos*”, conclui-se que em direito preferem-se narrativas verdadeiras (em que todos os enunciados relativos aos fatos são provados)² às narrativas boas (correspondentes ao “*stock of knowledge*”).

À predileção pela coerência, associa uma “[...] concepção radicalmente ‘*contextualizada*’ de verdade [...]” (TARUFFO, 2012, p. 97) que põe a perder a objetividade do conhecimento.

² Por isso, a paráfrase de Willian Twiningao “levando os direitos a sério” de Dworkin, a qual inspira o título deste tópico. Taruffo a refere na página 60.

O *linguistic turn* teve o efeito de extinguir todas as conexões entre a linguagem e o mundo, bem como de mover todo o problema da verdade *para dentro* da dimensão linguística da experiência e do conhecimento. Afirmando que o conhecimento, a realidade e a verdade são exclusivamente produtos da linguagem, acaba-se, de fato, por negar a existência de qualquer realidade independente da linguagem que pudesse determinar a veracidade ou a falsidade de cada pensamento. (TARUFFO, 2012, p. 97)

A partir dessa dura crítica ao *linguistic turn*, Taruffo entende que deveria ser retomada uma concepção correspondentista da verdade, associada à distinção entre métodos adequados e inadequados para sua descoberta (TARUFFO, 2012, p. 101-104). Afinal, “[...] o processo é justo se sistematicamente orientado a fazer com que se estabeleça a verdade dos fatos relevantes para a decisão”. Essa é a tese central do livro “Uma Simples Verdade”.

Já se sabe que os ordálios, o tribunal do júri e etc. são inadequados à sua pesquisa judicial. Interessam os critérios não tão evidentes de otimização epistêmica do processo. Tomada a pesquisa científica como “modelo ideal de atividade epistêmica”³ (TARUFFO, 2012, p. 162), entende que as partes não podem ser os atores institucionais mais relevantes para o processo (modelo adversarial), por serem pessoalmente interessadas nele.

[...] o litígio entre dois cientistas ou entre dois historiadores pode ser um modo interessante para estabelecer quem dos dois é mais hábil dialeticamente, mas não parece uma técnica idônea para assegurar a apuração da verdade científica ou histórica. Em muitos contextos uma busca neutra e imparcial pode surgir como um método preferível em larga escala: como corretamente afirmado por Mirjan Damaska, qualquer atividade racional de apuração de fatos aspira à neutralidade: espera-se que seus protagonistas, mais do que defensores que zelam por um interesse de parte, sejam atores desinteressados. (TARUFFO, 2012, p. 134-135)

³ Compara a pesquisa científica com o processo judicial em várias outras oportunidades: (TARUFFO, 2012, p. 134, 165, 180, 196, 201, 205, 210, 225 e 239).

Assim, Taruffo (2012, p. 200) aposta no juiz como “[...] sujeito a quem compete a função epistêmica fundamental, ou seja, a apuração dos fatos [...]”, de onde deriva a grande consequência prática de sua tese:

[...] Então, a passividade do juiz terminaria por desenvolver um papel contraepistêmico, na medida em que o juiz passivo deixa que o processo seja dominado por sujeitos que na maior parte dos casos são indiferentes – se não hostis – em relação à descoberta da verdade. Por conseguinte, a atribuição de poderes instrutórios adequados, bem como seu efetivo exercício, aparecem como atributos relevantes – não obstante acessórios – para a busca da verdade. (TARUFFO, 2012, p. 145)

Podem ser brevemente citadas outras tantas consequências mais específicas, todas em prol da apuração do verdadeiramente ocorrido. São elas, segundo Taruffo (2012): ampla admissibilidade de provas atípicas; críticas à imposição de um dever de veracidade pelos advogados, remisível ao seu suposto perfil (contra)epistêmico; enquadramento dos sigilos como questões de política legislativa (ponderando-se o direito em questão com a restrição à função epistêmica do processo); negação da formação de fatos incontroversos e relativização das preclusões; negação de efeitos à distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis, para determinar o protagonismo⁴ judicial na apuração das provas (para ele, sempre devido); confiança no juiz da causa para acreditar testemunhas suspeitas e impedidas; defesa da inquirição pelas partes, seguida pelo juiz (mas contra a “*cross-examination*” pura); e, ao final, a defesa de Taruffo do livre convencimento na sua versão motivada.

3 Afinidades Democráticas com a Teoria de Taruffo

Taruffo faz avançar o debate jusfilosófico na área processual, sem perdê-lo nos labirintos pós-modernos. Em sua reabilitação da verdade no

⁴ “[...] Conforme visto, existe uma dimensão epistêmica na admissão das provas com base no princípio da relevância e nas modalidades de sua produção: o protagonista desses aspectos e – por assim dizer – quem garante sua correção epistêmica é justamente o juiz”. (TARUFFO, 2012, p. 201)

direito, é possível reconhecer a sua preocupação democrática. Se “[...] ousou sistemático da mentira e da enganação foi historicamente um traço característico dos regimes totalitários [...]”, no Estado Democrático “[...] a decisão correspondente não pode ser arbitrária, devendo, ainda, ser sempre sujeita a controle e não podendo fundar-se na mentira ou na manipulação da opinião pública.” (TARUFFO, 2012, p. 118-119).

A par de sua multicitada preocupação com a apuração dos fatos, também contempla como elementos do justo processo o respeito às garantias processuais e que as decisões sejam conformes ao direito.

[...] Em linhas gerais, pensar que a decisão seja formulada em conformidade com o direito significa introduzir um requisito de qualidade da decisão, que, portanto, passa a ser objeto de valoração também em si mesma, e não somente como êxito de um procedimento potencialmente idôneo a por fim à controvérsia. Isso equivale a admitir-se a possibilidade de que se trace uma distinção entre decisões “boas” e decisões “ruins”. Todas as decisões podem resolver *de facto* a controvérsia, mas somente as decisões “boas”, corretamente formuladas em conformidade com o direito, serão aceitáveis; as “ruins”, por sua vez, por não serem juridicamente fundadas, não são aceitáveis, independentemente do procedimento de que derivam, e mesmo que encerrem o conflito entre as partes. (TARUFFO, 2012, p. 139)

É possível reconhecer, ainda, que sua defesa do livre convencimento vai bem além da íntima convicção e, até mesmo, da acepção usual de livre convencimento motivado.

[...] o juiz, ao motivar, não deve persuadir pessoa alguma; ao invés disso, deve fornecer as razões pelas quais sua decisão pode parecer fundada diante de um controle intersubjetivo de validade e confiabilidade. Em particular, no que diz respeito à motivação dos fatos, essa não visa a criar na mente de alguém um *status* psicológico correspondente à crença subjetiva (à persuasão) de que os fatos em questão são verdadeiros. A motivação deve indicar as razões pelas quais o juiz entendeu que os fatos resultaram provados segundo critérios objetivos e racional-

mente verificáveis; portanto, as razões com base nas quais se justifica sua decisão, fazendo referência às provas; não é tarefa sua – e muito menos poderia ser seu «*dever*» fazê-lo – persuadir alguém para que creia na veracidade daqueles fatos. (TARUFFO, 2012, p. 273)

De modo geral, é possível concordar com suas críticas aos vários modismos teóricos pós-modernos, v.g.: relativismos, narrativismos, multiculturalismos, procedimentalismos, consensualismos, solipsismos, psicologismos, economicismos (Análise Econômica do Direito) e colaborativismos processuais.

Contudo, as diferenças teóricas e práticas com a CHD são extensas e profundas, radicadas nas diferenças que verdade, objetividade e intersubjetividade assumem entre a hermenêutica e seu referencial, inclinado às recentes gerações de filósofos analíticos.

4 Pontos de Divergência da Crítica Hermenêutica do Direito: contra um “instrumentalismo processual epistemológico”

Quando Taruffo fala sobre a conformidade ao direito das decisões, há uma deixa importante para o debate com a hermenêutica:

Não é o caso de que aqui sejam discutidas as condições necessárias para que uma decisão seja formulada em conformidade ao direito: a rica literatura existente sobre o tema da interpretação e aplicação do direito nos socorre nesse sentido, eximindo-nos de aprofundamentos do problema. O que importa frisar é que uma condição necessária para que haja correção jurídica na decisão é que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa. Por um lado, de fato, é evidente que um sujeito só é verdadeiramente titular de um direito se forem verdadeiros os fatos de que depende em concreto a existência daquele direito. Uma sentença que afirma a existência de um direito subjetivo deve, pois, estabelecer de modo verdadeiro se ocorreram todas as condições de fato – além das de direito – necessárias para que se possa dizer que aquele sujeito é verdadeiramente titular daquele direito. Por outro lado, é necessário ter-se em mente a estrutura substancialmente condicio-

nal das normas aplicadas. Com algumas simplificações, pode-se dizer que, em linha de princípio, toda e qualquer norma prevê que as consequências nela indicadas produzam-se se, no caso concreto, ocorrer um fato correspondente ao «*tipo*» de fato previsto na própria norma. Se F, então CJ: se um fato do tipo F verificou-se, então a norma é aplicada, produzindo no caso particular as consequências jurídicas previstas. (TARUFFO, 2012, p. 139-140, grifo nosso)

Com efeito, o problema interpretativo importa muito, a ponto de transcender o lugar de análise de textos legais que lhe é destinado. Em obra clássica sobre o tema (*Verdade e método*), Hans-Georg Gadamer revoluciona a autocompreensão epistemológica das Ciências⁵ (GADAMER, 2012). Parte da obra de arte, da história e da linguagem como exemplos privilegiados de liberação da verdade em relação ao paradigma epistemológico-procedural. Em última análise, nem as “ciências duras” escapam à condição hermenêutica do homem. É dizer: “Ser que pode ser compreendido é linguagem” (GADAMER, 2012, p. 687).

Contudo, não se trata de um mote nominalista, como na visão taruffiana do “*linguistic turn*” (TARUFFO, 2012, p. 97). Ao que parece, Taruffo confunde o *linguistic turn* com o nominalismo ou um pragmaticismo linguístico. A interpretação que Taruffo dá ao *linguistic turn* é contrária a tudo que já se escreveu sobre esse giro paradigmático. Na intersubjetividade ocorre o deslocamento da relação sujeito-objeto para o esquema sujeito-sujeito. Mas isso não quer dizer “descolamento” de palavras e coisas, transformando a interpretação em um niilismo. Tem-se a impressão

⁵ A partir de Gadamer, não há cisão entre interpretar e aplicar. Quando interpreto – porque antes compreendo – estou já sempre aplicando. Não interpreto *in abstracto*. De uns tempos para cá, tornou-se lugar comum repetir essa máxima de Gadamer: interpretar é aplicar. Só que parcela considerável dos juristas que assim procedem continuam incorrendo no dualismo que Gadamer superou. Quando ele faz a crítica as três *subtilitates* (*subtilitas intelligendi, explicandi e applicandi*), mostrando que nós sempre estamos na *applicatio*, ele está afirmando que quando interpreto, já está comigo o caso. Não há conceito e caso. Não há essa separação. Portanto, não adianta dizer que interpretar é aplicar se cai no dualismo, como se pode perceber em parcela da dogmática jurídica (até mesmo na crítica do direito isso aparece). No livro *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* procuro explicar isso, no *pós-posfácio* (STRECK, 2011).

que o *linguistic turn*, para Taruffo, é uma espécie de retorno a Nietzsche, no clássico enunciado “fatos não existem; só existem interpretações”.

Entende-se, contrariamente a Taruffo, que todo o conhecimento se dá na “lingualidade”, mas o sujeito não dispõe dos sentidos, que já lhe vêm na tradição (aquilo que se transmite). Num sentido menos existencial e mais aplicado, isso quer dizer: antes de dizer algo sobre um texto, é preciso deixar que o texto diga algo (GADAMER, 2012, p. 358) – para além da não vinculação à vontade do autor, no que Taruffo refere Gadamer (TARUFFO, 2012, p. 85). Trata-se de uma verdade lançada na contingência, sem fundamento último na substancialidade das coisas ou na subjetividade da consciência; um fundamento sem fundo. Este “mínimo é” compartilhado – que se coloca entre o objetivismo e o subjetivismo filosófico – aporta à Teoria da Decisão, como exigência de uma Resposta Correta. Ninguém dispõe dos sentidos. Somos todos constrangidos epistemologicamente pela comunidade na sua aplicação cotidiana. Tanto mais o juiz, cuja interpretação é aparelhada de poder cogente. Daí sua responsabilidade excepcional, seu dever de fazer uma *accountability* hermenêutica (STRECK, 2014).

Tudo isso nos permite avançar sobre algo já reconhecido por Taruffo: a verdade não se confina às ontologias realistas (TARUFFO, 2012, p. 101). E, dessa perspectiva hermenêutica, a defesa da verdade não *necessita*, não *pode*, e não *deve* converter o jurista em um cientista, sobretudo, como se fosse de uma ciência exata ou natural. Gadamer discorrendo sobre as ciências do espírito, faz uma relevante afirmação que se entende ser também aplicável ao direito, tendo em vista a proximidade com a experiência jurídica. O filósofo diz que:

[...] as ciências sociais mantêm uma relação especialmente tensa com seu objeto, a realidade social, necessitando assim da reflexão hermenêutica. O estranhamento metodológico, a que elas devem seu progresso, refere-se aqui a todo o mundo humano-social. (GADAMER, 2002, p. 684)

O juiz não é um cientista que desde fora observa num lócus privilegiado a realidade (como pensa Taruffo). Ao contrário, encontra-se,

juntamente com as partes, imerso neste horizonte histórico. Dar-se conta dessa situação hermenêutica é uma condição de possibilidade para um julgamento que possa transcender uma perspectiva individual em direção a uma construção intersubjetiva do direito.

Taruffo (2012, p. 60) se apega a uma distinção que merece atenção:

[...] Os enunciados relativos aos aspectos jurídicos da controvérsia podem ser objeto de escolha, de interpretação, de argumentação e de justificação, mas não podem ser provados. Também os enunciados relativos aos fatos são objeto de escolha, de interpretação, de argumentação e de justificação, mas, sobretudo, pode-se provar que esses são verdadeiros ou falsos [...].

Preliminarmente, frisa-se algo que ele mesmo já reconhece: fatos e direitos são matéria de interpretação. Tudo o é. Gadamer pensa assim. Do mesmo modo, Dworkin. E a *Crítica Hermenêutica do Direito*. Todos nós estamos de acordo. Mais que isso: obviamente o juiz não vai fazer perícias técnicas, de modo que fatos e direitos serão interpretados por ele sem maior descrição metodológica (pois não existem hermenêuticas regionais!). Assim, o juiz julga o acontecer da norma no caso concreto, não adentrando criteriologias de outra ciência que não a jurídica. Não tem um momento de cientista, em que lidará com “fatos brutos”, para depois trocar o jaleco pela toga e lidar com “fatos institucionais” (SEARLE, 1969, p. 50-53). Castanheira Neves (CASTANHEIRA NEVES, 2003, p. 287) há muito denunciou o caráter metafísico da cisão entre questão-de-fato e questão-de-direito – cisão, aliás, desimportante para o Civil Law, em que não se tem um “*trieroffact*”. O texto legal não se interpreta em abstrato; seu sentido normativo dá-se na “*applicatio*” (GADAMER, 2012, p. 406-411; STRECK, 2014, p. 336-344 e 475).

A apuração do tal “suporte fático” se dá mesmo no processo judicial, mas segundo seus respectivos critérios jurídicos (ônus probatórios e etc.). Não são objeto do processo as sutilezas de uma perícia técnica (questão resolvida lateralmente), porque os fatos não interessam ao direito segundo os mesmos critérios de verificabilidade empírica. Não parece violado o ordenamento jurídico no seguinte caso: ocorrido os fatos pre-

vistos num dado tipo legal, não ter se seguido a aplicação da norma correspondente porque a parte interessada não conseguiu se desincumbir de seu ônus probatório. Com efeito, aí prevaleceu o ordenamento jurídico: outra norma prevê o tal ônus probatório, que não foi atendido.

Fazendo um balanço provisório, em nível de teoria do conhecimento: pelo acesso hermenêutico à verdade, o lugar do sentido transcende o esquema sujeito-objeto e entra na linguagem. Já Taruffo parece querer voltar ao “*adequatio intellectus ad rem*”, condicionando a verdade a uma realidade exterior. Ora, esta não é negada pela hermenêutica; apenas não constitui um problema à parte, porque tudo que se vier a conhecer será *na* e *pela* linguagem. Melhor dizendo: a linguagem não é terceira coisa interposta entre sujeito e objeto, mas condição de possibilidade em que estes estão mutuamente implicados. O escândalo não é mais a incapacidade de acharmos a ponte entre consciência e mundo, como dizia Kant; o escândalo está no fato de continuarmos procurando (HEIDEGGER, 2013, p. 271-274), quando já se está lançado como ser-no-mundo.

Por aí se entende o que a retomada da obsessão pelo acesso direto às coisas leve ao culto do cientista. O direito sofreria nessa comparação, por opor restrições supostamente contraepistêmicas ao processo. Diz-se isto como se o Direito não tivesse um problema próprio, sendo muitas dessas mal-chamadas restrições sua condição de possibilidade mesma para uma *resposta correta*.

Taruffo (2012, p. 106-108) nega que haja uma verdade real e uma processual. Nisso estamos de acordo. Mas, para ele, o que há nesse último caso é uma verdade em condições limitadas de pesquisa pelo direito. A verdade real é modelo ideal! Essa não é a via da CHD. Tampouco ela se contenta com a mera correção procedimental. Repise-se: os sentidos são historicamente indisponíveis. Na área jurídica, isso implica assumir que direitos (materiais ou processuais) democraticamente instituídos devem ser cumpridos. A propósito, é feliz a incursão hermenêutica de Francisco Borges Motta sobre o direito processual, ao falar da “[...] dimensão procedimental da resposta jurídica e democraticamente correta: ela tem de ser o resultado de um processo correto. E saber se um processo é correto ou incorreto é uma questão de interpretação construtiva” (MOTTA, 2014, p. 267).

Então, a oposição hermenêutica a Taruffo pode se concentrar nos seguintes pontos: da perspectiva do jurista, não se justifica a disjunção epistemológica entre fato e direito; a pesquisa científica não é o “procedimento epistêmico ideal” para o processo judicial; a correta aplicação das normas não está condicionada à isomorfia entre mundo fático e tipo legal, como que saltando por sobre as condicionantes processuais (que também são normas); e, sendo assim, o processo judicial não precisa ser “o espelho da realidade”, à moda do primeiro Wittgenstein, no seu *Tractatus Philosophicus*.

De agregar, ainda, que, apesar de Taruffo falar da insuficiência dos silogismos e subsunções, por não darem conta da complexidade da aplicação normativa (TARUFFO, 2012, p. 60, 81 e 229), ele os acata no seu pior aspecto epistêmico: o acoplamento forçado entre nome e coisa. Ora, as concepções hermenêuticas em geral (onde se enquadra a CHD) criticam a esquizofrenia semântica (descolamento total dos sentidos), mas também não aceitam a neurose que congela ser em ente. Não existe grau zero de sentido nem nomeação definitiva: o tempo é o nome do ser; o próprio ser é tempo (GADAMER, 2012, p. 345). A curadoria dos sentidos, vigilância da abertura originária em que eclode a verdade, acontece nessa mediação entre passado e futuro.

Talvez o Professor italiano idealize uma fase instrutória no processo judicial a cargo de uma junta de cientistas-juristas. Seria o apogeu na evolução dos ordálios rumo ao racionalismo. Mas se trata de direito; não de ciência exata. Antes que a descoberta de fatos, contempla a resolução civilizada de conflitos humanos⁶. Tanto é assim que as partes podem não acionar o judiciário, deixando perecer seus direitos disponíveis. E, se escolherem acioná-lo, poderão não se empenhar na defesa de seu interesse. Pergunta-se: quem melhor do que a própria parte para decidir sobre isso? Nesse ponto, abandonamos o plano do conhecimento para adentrar no político, privilegiando um princípio liberal bastante defensável, mormente

⁶ Não se reduzindo a isso, contudo, pois assim se acataria qualquer solução, conforme ou não ao direito, como bem adianta Taruffo (2012, p. 130). Contudo, não dá crédito suficiente a essa função não epistêmica do processo.

em um país como o Brasil, em que o protagonismo judicial alcança níveis nunca dantes imaginados.

De sua parte, Taruffo parece defender um imperativo de aplicação do direito em correspondência ao mundo fático, independentemente de o direito ser disponível, de “o réu não se ajudar” e etc. A cidadania relaxa sob a tutela da tecnocracia estatal. À falta dos cientistas, e dentro das possibilidades institucionais, contenta-se com um juiz dotado de amplos poderes probatórios. Penso que isso não é bom para a democracia e para a emancipação do cidadão. Penso ser perigoso confiar a “verdade objetiva” ao ator jurídico-juiz “purificado de interesses pessoais”, a quem se confiam poderes para moldar o procedimento. Arrisco dizer que Taruffo, assim pensando, lança um “instrumentalismo processual epistemológico”, com todos os problemas do instrumentalismo processual já conhecido na Europa e no Brasil. Ou seja, com sua tese apenas substitui a sensibilidade social, que se esperava do magistrado justiceiro, pela verdade dos fatos. A intersubjetividade aparece, então, como algo postiço, num Processo que volta seu centro para a Jurisdição. Veja-se:

Por conseguinte, resulta claramente confirmado que a atividade das partes não pode ser posta no âmbito da dimensão epistêmica do processo. Pode-se, aliás, dizer que se (e na medida em que) o processo for epistemicamente direcionado (tendo, pois, como fim a descoberta da verdade), isso acontecerá *apesar* da atividade defensiva desenvolvida pelas partes. Essas, de fato, encontram-se tipicamente na situação que se poderia definir, na terminologia de Norbert Elias, como *envolvimento*, ou seja, na situação tipicamente contraindicada para uma busca objetiva e desinteressada da verdade. (TARUFFO, 2012, p. 200)

Parece, assim, que as partes são subestimadas, não podendo assumir as vantagens e desvantagens da condução dos próprios interesses (disponíveis!) em juízo, senão sob tutela de um juiz supostamente imparcial na persecução da verdade (TARUFFO, 2012, p. 144). Sua verdade, buscada e constituída a seu critério. Depois as partes poderão se manifestar sobre esta e produzir contraprovas, sabe-se lá com que efeito perante um juiz “*biased*”. Há toda uma discussão sobre se o juiz fica ou não condicionado

a confirmar uma predisposição, a favorecer uma das partes e etc. Mas, muito antes, há uma questão de princípio: *por que devemos depender do juiz nisso?* Por que não confiar na defesa técnica e na autonomia moral das partes ao escolherem seus representantes em juízo (afinal, “o réu também tem que se ajudar”)? Em casos especiais há a Defensoria Pública e, no limite, o Ministério Público como fiscal da lei. Para que sobrepor-lhes a função com um juiz inquisidor?

De resto, parece existir certa contradição em sustentar a existência de uma realidade exterior aos sujeitos, ao mesmo tempo em que se condiciona sua descoberta a um sujeito determinado: o juiz. Se a realidade é indiferente, porque não confiar nas partes para buscá-la? O que chega ao processo parece uma costura da ontologia clássica na epistemologia clássica. Taruffo remete ao “*foundherentism*” (fundacionalismo com coerentismo) que aporta à filosofia analítica de Susan Haack. Mas não redundaria, ao fim e ao cabo, em fundacionalismo ou coerentismo? Da perspectiva hermenêutica, tem-se a prevenção: como é esse novo encontro entre dois paradigmas, quando um já havia superado o outro (metafísica clássica-objetivista pela metafísica moderna-subjetivista) e os dois são superados por um terceiro (da linguagem)?

Ademais, em que essa “verdade dos fatos” ajuda o direito e a democracia? Com efeito, desconsidera toda a recomposição dos paradigmas estatais (do liberalismo e republicanismo) no Estado Democrático de Direito. Desconsidera a função da jurisdição nesses paradigmas e o direito processual correspondente. Jürgen Habermas (1997) fundamenta o nexos interno entre autonomia privada e pública no modelo deliberativo-procedimental. Nesse registro, Dierle Nunes (2012) trabalha uma genealogia das reformas processuais, arrematando num modelo democrático de processo, participativo e policêntrico. Se não queremos voltar aos “*señores de los pleytos*”, também não interessa um juiz “dono do processo”. Este deve ser desalojado de sua solitária onipotência (MOTTA, 2012, p. 174-185; 2014, p. 96).

De sua parte, Taruffo chama de neo-vétero-liberais as teorias contrárias à ampliação dos poderes instrutórios dos juizes:

Segundo essa orientação, surgida nos últimos anos (e por isso passível de ser definida como *neo*), seria a ausência de poderes instrutórios autônomos atribuídos ao juiz característica essencial dos sistemas processuais liberais (e portanto democráticos). O monopólio absoluto das iniciativas probatórias deveria, pois, competir exclusivamente às partes, justamente como ocorria nos códigos processuais do século XIX, ou seja, na época liberal clássica dominada pelo individualismo privatista e pela correspondente concepção do processo como coisa privada das partes (e por isso o qualificativo *vétero*). Quando isso não ocorre, ou seja, quando o juiz é investido de poderes instrutórios autônomos, isso implicaria – ainda segundo essa orientação – uma transformação do sistema em sentido autoritário, criticada e rechaçada por ser antiliberal e antidemocrática. (TARUFFO, 2012, p. 207)

Opõe-lhes dois argumentos: o primeiro é comparativo, apelando para a quantidade de regimes democráticos que preveem amplos poderes instrutórios para o juiz; o segundo é sistemático, negando contradição de tais poderes com o arranjo institucional dispositivo e o princípio do contraditório. Permito-me discordar. A rigor, nenhum dos dois argumentos é conclusivo. Tais Estados e sistemas de justiça poderiam estar melhores sem a ampliação desses poderes. Ademais, na apropriação habermasiana pelo Processualismo Constitucional Democrático (Escola Mineira de Processo), dir-se-ia que a proposta de Taruffo coloniza juridicamente o mundo da vida com processos tecnoburocráticos. Até a crítica ao dever de colaboração das partes (TARUFFO, 2012, p. 65 e 199) – que a CHD já atacou (STRECK; DELFINO; DALLA BARBA; FERREIRA LOPES, 2014), em prol da autonomia privada do litigante –, encontra em Taruffo uma justificação publicista. Na medida em que as julga suspeitas, prefere aliviá-las de qualquer ética narrativa. O juiz descobre os fatos e declara os direitos, por assim dizer. As partes atuam como informantes; quando muito, são interlocutoras. Não se lhes confia, com exclusividade e em simétrica paridade, construir as razões da decisão que lhes afeta. Repise-se o lugar menor que reserva ao contraditório, como alibi da imparcialidade para o juiz proativo:

Em todo caso, parece evidente que o remédio para esses perigos (na verdade, mais temidos do que reais) não consiste em se privar o juiz

de todo e qualquer poder instrutório, mas em submeter-se a controles adequados o exercício desses poderes. É nesse sentido que se torna essencial a garantia do direito das partes e que o princípio do contraditório manifesta uma relevante função epistêmica, configurando-se como uma técnica essencial de controle racional sobre o uso que o juiz faz de seus poderes [...]. (TARUFFO, 2012, p. 205)

Ora, o privilégio cognitivo do juiz não é um problema que se resolva apenas “colando” contraditório antes das decisões e fundamentação depois. A legitimidade do direito se fortalece com a autorresponsabilização pelo provimento. Do contrário, as pretensões deduzidas pelas partes retrocedem à participação simulada, deixando de serem forças estruturantes da decisão.

Eis aí, também, o problema do livre convencimento motivado defendido por Taruffo. Embora fale em controle intersubjetivo, fica claro que ainda aceita, fatalistamente, um tanto ineliminável de discricionariedade.

[...] o juiz é, sim, dotado de poder discricionário na valoração das provas, mas não está realmente desvinculado das regras da racionalidade. Consequentemente, não há qualquer antítese entre liberdade de convencimento e emprego de critérios racionais de valoração. Aliás: a discricionariedade da valoração que o juiz deve formular lhe impõe a aplicação de regras da razão para chegar a uma decisão intersubjetivamente válida e justificável. (TARUFFO, 2012, p. 189)

Mesmo que Taruffo tente limitar a discricionariedade por critérios racionais, padece do mesmo mal de Robert Alexy (STRECK, 2014, p. 142-150): detém-se no nível apofântico (lógico-explicativo), sem alcançar o nível hermenêutico (compreensivo-estruturante) da linguagem. Não se está a defender aqui um retorno às provas legalmente tarifadas. A crítica que se faz às supracitadas “regras da razão” é paradigmática: *a proposição não é o lugar da verdade; a verdade é o lugar da proposição*. Assim, significação é talhada de sentidos, controláveis pela comunidade de intérpretes. Assim, em uma Teoria da Norma que guarda a diferença ontológica (*ontologische Differentz*), os princípios fecham a interpretação. Isso informa a tese da Resposta Correta na Teoria da Decisão.

Para concluir: nosso procedimento não precisa estar estruturado para a descoberta da “verdade dos fatos”, pelo menos não no sentido de um “neo-vetero-realismo”. Em todo o caso, o procedimento judicial tem que estar democraticamente estruturado para dar a resposta adequada da Constituição aos litigantes, mais complexa do que a correlação entre uma dada norma e seu suporte fático, mas nem por isso menos verdadeira. Ocorre que as partes podem conduzir mal seus interesses em juízo e arcar com a perda de um direito, como podem fazê-lo fora do juízo. *O que não pode é o juiz falar qualquer coisa sobre qualquer coisa.* O juiz não pode dispor da lei. E nem dos fatos. Feito o pedido, qualificados os argumentos, provados os fatos juridicamente relevantes pela parte – e não sendo suficientemente rebatida pela contraparte –, o juiz tem que decidir; e decisão não é escolha. E essa diferença não se apresenta em um nível valorativo (ou seja, não se trata de afirmar que a decisão é melhor ou pior que a escolha), mas, sim, estrutural. “Respostas de escolha são respostas parciais; respostas de decisão são respostas totais, nas quais entra em jogo a existência inteira” (ROMBACH, 1977, p. 476-490). No caso da decisão jurídica (sentença), é possível adaptar a fórmula proposta por Rombach para dizer que ela pressupõe um comprometimento por parte do agente judicante com a moralidade da comunidade política. Isso significa, em termos dworkinianos, que a decisão é um ato de responsabilidade política.

Ou seja, para combater o modelo jurisdicional volitivo não é preciso lançar mão de um modelo intelectual incrementado (epistemologização do processo). Interpretar não é livre nomeação nem suposta reprodução de sentidos; trata-se de um engajamento produtivo que não está à disposição do intérprete. E aqui entra o constrangimento epistemológico, vigília da comunidade sobre o que é “dito” naquilo que é “falado”.

5 Conclusão

A questão da verdade assume grande importância no direito, para a teoria de Taruffo. A propósito de uma concepção de verdade, viu-se como seu realismo crítico exige a correta apuração dos fatos da causa. Assim, o processo judicial adequado deveria ser epistemicamente direcionado à

descoberta destes. Trata-se de uma estruturação “*truth acquiring*” do sistema de justiça, para a qual vários institutos processualísticos são repensados. A maior consequência prática está no papel de destaque confiado ao juiz. Enquanto agente pessoalmente desinteressado, faria jus a amplos poderes instrutórios para otimização da função epistêmica do processo.

Registram-se afinidades com a *Crítica Hermenêutica do Direito* na preocupação com a verdade, sobretudo no que se a correlaciona à democracia e ao controle intersubjetivo das decisões. Contudo, a distância paradigmática impõe encaminhamentos bastante diferentes dessas questões.

Numa palavra: o controle intersubjetivo das decisões reivindicado pela CHD não se funda numa objetividade da realidade exterior nem numa epistemologia virtuosa de um sujeito “não envolvido”, como parece querer Taruffo. Funda-se naquilo que a “com-unidade” já compartilha, e que não se pode alcançar em sua total radicalidade: a indisponibilidade histórica dos sentidos. Dessa perspectiva, não se justifica o apego à verificação empírica (“*certitude*”) como estruturante do procedimento, muito menos o empoderamento do juiz.

A *resposta correta* já vem implicada numa adequação procedimental, à medida que o devido processo também é um direito. Muitas de suas supostas “limitações epistêmicas” (ônus da prova, presunções, prazos e etc.) são, com efeito, sua condição de possibilidade, na medida em que “existencializam” o procedimento judicial. Nessa contingência não deixa de haver verdade, sem necessário apelo a uma dimensão ideal (a pesquisa científica) que flerta com a tecnocracia no direito.

São essas as concordâncias e discordâncias com o mestre italiano. Trata-se de um dos maiores intelectuais contemporâneos, que alia filosofia e dogmática jurídica como poucos. Minhas discordâncias não passam de uma singela homenagem ao mestre. Seus textos e livros são objeto de discussões na sala de aula de meus seminários e nos grupos de pesquisa. A cada leitura de Taruffo, apreende-se muito.

Referências

CASTANHEIRA NEVES, António. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Editores, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meuer e Enio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. **Verdade e método II: Complemento e índice**. Trad. Flávio Paulo Meuer e Enio Paulo Giachini. Editora Vozes: Petrópolis, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, v. I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Shuback. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

MOTTA, Francisco Borges. **Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. 290 p. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

ROMBACH, Heinrich. Decisión. *In*: KRINGS, Hermann; BAUMGARTNER, Hans Michael; WILD, Christoph (Org.). **Conceptos fundamentales de filosofía**. Barcelona: Editorial Herder, 1977. p. 476-490. v. I.

SEARLE, John. **Speech Acts: an essay in the philosophy of language**. Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

STEIN, Ernildo. **Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014a.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo, RT, 2014b.

_____. A Crítica Hermenêutica do Direito e o novo Código de Processo Civil: apontamentos sobre a coerência e integridade. *In*: STRECK, L. L. ROCHA, L. S. ENGELMANN, W. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. 1. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2014c. p. 157-168.

STRECK, Lenio Luiz *et al.* A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. **Consultor Jurídico** (coluna Senso incomum), São Paulo, 23 dez., 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 1º mar. 2015.

TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

Lenio Luiz Streck é professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, e pós-doutor pela Universidade de Lisboa (Portugal).

E-mail: lenio@unisinos.br

Endereço profissional: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Avenida Unisinos n. 950, Cristo Rei, São Leopoldo, Rio Grande do Sul – 93022-000.

