



Demonstração em Direito¹

Maria Fernanda de Toledo Rodvalho Podval²

Resumo

O tema da demonstração em direito tem de ser abordado a partir da premissa de que direito não é ciência. De fato, direito é uma técnica de resolução de conflitos, técnica essa por meio da qual se reforça o poder do Estado. Por isso, para que não se ponha em dúvida o poder do Estado, a resolução dos conflitos é norteada pela necessidade de rapidez nas decisões. É essa necessidade que impõe limites materiais, formais, temporais e pessoais à produção da prova jurídica. A verdade real, como uma busca do que se passou de fato na sociedade, só passa a ser o centro de discussão em situações determinadas, em que o risco de se aniquilar um bem individual como vida e liberdade é maior que a potencial desconfirmação do Estado. Essa situação do direito que, já à partida, compromete-se com o resultado e não com a ocorrência real na sociedade, torna forçosa a conclusão de que a aceitação dos argumentos jurídicos é feita graças a um processo de convencimento. Por esse processo, empregam-se argumentos que não são lógicos, no sentido de rigor formal, mas que induzem a aceitação da resposta como sendo a mais adequada. Assim, a demonstração em direito não é a comprovação da ocorrência de determinado fato, mas o convencimento de que a resposta jurídica a um fato que tem repercussões no direito é a mais adequada.

Abstract

It is impossible to approach the subject “the juridical proof” without taking as premise that Law is not science. In fact, Law is a technique for deciding social conflicts, necessary to reinforce the State power. As the power of the State should not be questioned, the decision of the conflicts must be done quickly. That is the reason why temporal, formal and personal limits to the juridical demonstration are created. Truth, as the search for the fact that really happened, is the main object to Law only in those situations in which the risk of annihilation of an individual right like life and liberty is bigger than the potential State disbelieving. Due to the fact that Law has a compromise with the result, not with truth, we have to conclude that juridical reasoning is accepted because of a process of persuasion. Through that process, non logical arguments are used to induce the reception of the decision as the most adequate. Therefore, juridical demonstration is not the proof that a fact has occurred. Juridical demonstration is the persuading process through which the juridical answer to a fact that has social effects is understood as the most adequate answer.

Função do Direito

Para se entender como funciona a demonstração no direito, é preciso que se entenda como funciona o direito. Com relação a esse ponto, já de início, deve-se deixar assentado que direito não é ciência.

O direito não serve para explicar ou prever comportamentos, estipular leis científicas, buscar a verdade. Aliás, para se compreender a natureza do direito, não se pode sequer fazer a pergunta típica que se faz às ciências, perquirindo a respeito do seu campo

¹ Digitalizado por Lucieli M. Trivizoli e Marco A. Escher.

² Juíza de Direito, mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Doutoranda em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

epistemológico.

Para se entender o mundo jurídico não se deve perguntar o que é o direito, mas para que serve o direito.

E a resposta é que o direito serve exclusivamente para resolver conflitos.

Conflitos, por seu turno, são disputas sociais relativas a determinados bens. Não quaisquer disputas, ou quaisquer bens, mas apenas aqueles que representem algum interesse para o Estado.

Em outras palavras, o direito se define pela função, função essa que só pode ser realizada se o direito estiver ligado ao Estado.

Com isso se deve concluir que a definição da natureza da atuação do direito presume o uso da força.

Nesse sentido, o direito é uma forma de dominação. Quando se fala em direito, está a se falar de uma forma específica de atuação do Estado e, sobretudo, de atuação do poder do Estado.

Resolver conflitos é, na realidade, escolher e impor, pela força ou pelo convencimento, uma dada resposta. O uso da força é, assim, intrínseco à concepção de direito.

A caracterização do direito a partir do uso da força, ao mesmo tempo em que diferencia direito e ciência, explica como o mundo jurídico possa ser uma reconstrução do mundo real, um sistema apartado, movido por uma dinâmica própria.

Dentro desse sistema peculiar, toda a atuação do direito se volta para a realização da função. Para dar uma resposta efetiva e rápida a disputas sociais, o direito seleciona conflitos, redefine o objeto da disputa e impõe limites à demonstração.

Demonstração em Direito

Demonstração em direito é a comprovação de fatos juridicamente relevantes.

Muito embora o direito se autodefina como regulador de toda a vida social, o “mundo social” disciplinado pelo direito não é o mesmo mundo social real. O direito elege fatos que podem ser tratados juridicamente. Com esses fatos, constrói-se o mundo jurídico e apenas para esses fatos são propostas respostas jurídicas. Ou seja, somente serão resolvidos os conflitos previamente definidos como conflitos.

Por isso, a demonstração no direito é limitada ao interesse jurídico. E interesse

jurídico, é bom acentuar, tem dois aspectos: fornecer a resposta, porque o direito existe para resolver conflitos, e fornecê-la rapidamente. Se muitos dos conflitos são deixados sem solução ou se a solução não é rápida³ e minimamente satisfatória, o direito, e com ele o poder do Estado, é posto à prova.

Assim, da mesma forma que o direito não é ciência, a demonstração jurídica também não tem por finalidade alcançar a verdade absoluta. A necessidade de resolver o conflito impõe que a verificação da veracidade das premissas seja bastante limitada.

Como o direito está restrito pela sua função, a demonstração dos fatos é feita dentro de parâmetros formais estipulados. Demonstrar não é necessariamente obter-se a verdade real, mas a verdade formal, necessária para que se resolva um dado conflito.

E porque o direito tem de resolver conflitos de forma rápida, nem todos os tipos de demonstração são aceitos, há formas e momentos específicos para demonstrar. Além disso, o direito também aceita alguns dogmas, que tornam ou desnecessária, ou impossível a demonstração de certas afirmações.

Em resumo, considerando a necessidade de que o direito ponha fim aos conflitos sociais, não são admitidas indagações infundáveis e a qualquer tempo; as formas de demonstração são limitadas e só podem ser aceitas dentro de determinados parâmetros formais.

Limites à Demonstração Jurídica.

As formas de demonstração são chamadas de provas e o sistema de provas no direito obedece a algumas regras que restringem o campo do que deva ser comprovado. Essas regras estipulam o que deve ser provado, como deve ser provado, quando deve ser provado e quem deve provar.

Limites Materiais

No que toca ao limite material da prova em direito – o objeto da prova –, deve-se deixar assentado que apenas fatos são demonstrados em direito. Os argumentos jurídicos são passíveis tão somente de interpretação.

³ Pode soar estranho que se afirme que a resposta jurídica é norteada pela necessidade de rapidez, quando muito se fala na demora no trâmite de processos. No entanto, a rapidez a que se alude é aquela com que se resolve a maioria dos casos. E não se pode negar que divórcios, separações, despejos, pequenas cobranças, pequenos crimes, que são a maior parte dos processos, são solucionados com rapidez, pelo menos com rapidez suficiente a que a maior parte da população não se diga insatisfeita com o Estado.

No entanto, nem todo fato precisa ser provado. Prescindem de provas os fatos incontroversos, os fatos notórios, os fatos irrelevantes e os fatos impertinentes.

Dentro do processo, fatos incontroversos são aqueles aceitos como verdadeiros pelas partes. A aceitação pode ser tanto tácita como expressa. Já fatos notórios são aqueles de conhecimento público.

Não é preciso provar fatos que não tenham repercussão com o caso discutido. Por isso, fatos impertinentes – aqueles que não dizem respeito ao processo – e fatos irrelevantes – os dizem respeito às partes, mas não influenciam na decisão – não devem ser demonstrados.

Ou seja: são objeto de demonstração dentro do processo apenas e tão somente os fatos sobre os quais as partes divergem, os fatos que não sejam de conhecimento público e os fatos relativos à situação das partes, mas que tenham alguma repercussão no processo.

Limites Formais

Mesmo os fatos que devem ser provados não podem sê-lo de qualquer maneira. A produção da prova em direito deve necessariamente observar alguns requisitos formais.

Aqui vale lembrar que o direito é essencialmente formal, até porque o seu comprometimento com o resultado determina que se reduzam os meios de prova e as circunstâncias em que devam ser produzidas. A indagação no direito é restrita ao necessário para resolver o conflito e, para que o direito não se desvie dessa finalidade, a produção da prova é controlada.

A regra geral é que todas as formas de prova, desde que não contrariem a lei, são admitidas.

Embora se possa pensar que a regra geral sinaliza uma autorização para a produção de toda e qualquer prova, na prática, os meios de demonstração são bastante restritos. Na realidade, não apenas a maior parte, senão a totalidade dos meios de prova, já tem um rito previsto. Além disso, para os que não têm rito estipulado, a validade da prova subordina-se à necessária supervisão pelo juiz, que garante à outra parte o direito de se defender e de produzir contraprova.

Em outras palavras, a admissão de meios de prova não previstos em lei só é

possível se não houver violação a normas do sistema, o que significa não contrariar uma estipulação legal expressa e estar de acordo com os princípios que regem o ordenamento, especialmente aqueles que outorgam ao juiz o poder de fiscalizar a produção da prova.

Por conseguinte, seria ilusório pensar-se que o sistema jurídico permitisse uma ampliação indeterminada de formas de demonstração.

A bem da verdade, são tantas as fórmulas já previstas, que outras maneiras de demonstração poderiam facilmente ser equiparadas a uma das já existentes.

A lei arrola como meios de prova o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a juntada de documentos, a oitiva de testemunhas, a realização de perícias, a inspeção judicial, o reconhecimento de pessoa ou coisa, a acareação. É difícil cogitar de algum meio de prova que a lei não tenha previsto.

Tome-se como exemplo a comunicação via rede de computadores: ainda que a lei processual não tenha indicado como meio de prova as mensagens entre usuários da rede, uma vez que a mensagem seja impressa, será tida como mero documento, como qualquer outro.

Todos meios de prova mencionados dão origem a provas que devem ser reduzidas a termo, escritas. Mesmo os depoimentos das partes, que são prestados oralmente em audiência, só são considerados quando escritos e encartados no processo. É a transcrição da prova que dá existência a ela. A validade só é reconhecida se a produção dessa prova se fez de acordo com as regras previamente estipuladas.

Além da determinação de como devam ser produzidas as provas, o direito também indica quais as provas que, por vício de produção, são proibidas.

Note-se que a proibição de determinadas provas refere-se não à forma da prova, mas à sua colheita. Provas que não observaram determinados requisitos formais relativos à sua produção não são consideradas, ainda quando se saiba que espelham a verdade.

Essa constatação pode parecer injusta (como o direito pode desprezar um fato, ignorando-o, como se ele nunca tivesse ocorrido?), mas a prática tem demonstrado que é exatamente o contrário. A limitação das formas de obtenção das provas tem servido como garantia dos direitos dos cidadãos, na medida em que são **proibidas** as provas ilícitas, aquelas obtidas por uma forma contrária a princípios do Direito, como por exemplo, a confissão mediante tortura, a escuta ilícita de telefones, a invasão de

domicílios em busca de objetos ou pessoas.

Limites Temporais

Não apenas as provas tem que observar formalidades para serem aceitas, como também só serão aceitas se requeridas e produzidas no tempo devido.

Já se disse antes que o direito tem um compromisso com o resultado prático, compromisso esse que impede que a busca pela verdade seja feita de forma descontrolada. Assim, pelo mesmo motivo que se estipulam rituais de produção da prova, proíbe-se que as provas sejam feitas a qualquer tempo.

Há momentos específicos dentro do processo para que as partes indiquem como querem demonstrar, e demonstrem suas alegações. Se as partes não pleitearam a produção de determinada prova ou deixarem de produzi-la no tempo adequado, perdem a oportunidade de comprovar os fatos alegados. Sob a ótica do direito aqueles fatos nunca ocorreram.

Limites Pessoais e Presunções

A parte deve selecionar alguns fatos para comprovação, deve escolher o mais adequado aos seus interesses dentre os meios legais de prova, deve estar atenta para o momento correto para pedir a produção da prova, deve seguir as fórmulas rituais estipuladas em lei, deve, no caso das perícias, pagar pela prova.

Todas essas dificuldades restringem as possibilidades de demonstrar em juízo um fato. Tantos são os limites impostos à aceitação da prova, que produzi-la importa em gravame para a parte. Esse gravame é chamado de ônus.

Ônus, portanto, é um comportamento custoso que a parte deve adotar para atingir um objetivo que a favorece.

Porque a produção da prova é custosa é que o ônus é dividido entre as partes.

Para explicar a divisão do ônus da prova, pode-se lembrar um brocardo muito utilizado pelos juristas e que dá a exata dimensão da responsabilidade pela demonstração: “quem alega, tem de provar”. Ou seja, a princípio, incumbe àquele que fez determinada afirmação o ônus de prová-la, de tal sorte que cabe ao autor da ação comprovar suas alegações contra o réu. Este, por sua vez, tem de demonstrar os fatos que obstam o direito alegado pelo autor.

É essa a divisão clássica do ônus da prova.

Há situações, porém, em que o direito não admite nenhuma prova ou inverte o ônus da prova.

Essas situações em que a lei admite certos fatos como verdadeiros são chamadas de presunção.

As presunções são criadas ou para garantir a segurança de determinadas relações, ou para proteger uma parte que o Estado considera mais fraca. No primeiro caso, as chamadas presunções absolutas têm o condão de tornar inadmissível prova em contrário, como a presunção de conhecimento da lei. No segundo caso – presunção relativa – inverte-se o ônus da prova. O autor fica dispensado de demonstrar o que alegou e cabe à outra parte, o réu, provar que não praticou a conduta descrita. É exatamente essa a situação criada pelo Código do Consumidor em prol do adquirente de produto defeituoso: cabe ao fornecedor, ao comerciante, ao produtor daquele bem demonstrar que não há o defeito alegado pelo consumidor.

Verdade Real

Tantas limitações à demonstração dos fatos só podem fazer com que a prova jurídica nem sempre seja um reflexo do que ocorreu no mundo social.

No entanto, a distorção não é considerada como vício da prova. Verdade jurídica é aquela que resulta da prova produzida nos autos, mesmo que se saiba que a verdade real é outra.

Basta, para o direito, que a sentença espelhe a verdade formal. Justiça passa a ser, com isso, apenas a garantia de que a parte que demanda em juízo possa ter acesso aos meios de prova, aos meios para demonstrar suas alegações. Não há nenhuma garantia de que a parte comprove efetivamente o que alegou.

Foge aos objetivos do direito saber-se se a demonstração feita no processo corresponde à ocorrência fática, se os meios de prova surtiram efeito para comprovar o que realmente aconteceu. A preocupação do direito é alcançar a justiça formal, que é a resolução do caso a partir das garantias formais de defesa.

Essa é a tônica do processo, mas há hipóteses em o direito não se contenta apenas com a verdade formal e exige também que se obtenha a verdade material.

A procura pela verdade real é princípio norteador do direito penal. São

basicamente duas as justificativas para esse tratamento diferenciado.

Em primeiro lugar, no direito penal, diferentemente de outras áreas, contrapõem-se Estado e particular, num evidente desequilíbrio de forças. O Estado está aparelhado não só para requerer em juízo a aplicação de uma determinada medida, como o faria qualquer particular, mas também controla a investigação do fato criminoso e produz prova sem a interferência do juiz e da outra parte, como é o caso do exame de corpo de delito. A atuação do Estado na aplicação da lei penal não se limita à postulação de uma sentença favorável; o Estado produz as próprias provas do que alegou. Nessas circunstâncias, é necessário que o juiz não se restrinja a aplicar a lei sem investigar se foi realmente praticado um crime. É preciso que o juiz equilibre uma situação inicialmente desigual, garantindo a efetividade da defesa.

Em segundo lugar, as sanções criminais são mais gravosas, não apenas porque podem acarretar a perda da liberdade, como também porque tem um peso social. Por isso, a decisão judicial não pode ser o simples resultado da observância de critérios formais. A gravidade da sanção, que torna, em certa medida, irreparável o erro na aplicação da lei é, impõe que se indague da real necessidade da pena, que se indague da real prática do crime.

Abrandam-se, assim, no caso do direito penal os limites formais da demonstração e permite-se a produção de prova a qualquer tempo, inclusive por iniciativa do juiz.

Demonstração e Convencimento

Poder-se-ia concluir, então, que demonstrar, para o direito, é provar um fato dentro desses limites formais criados pela lei. Se a parte, aquele que está em Juízo, consegue provar suas alegações dentro desses limites, então se tem como demonstrada sua tese. Se não, ainda que se possa cogitar de que a parte tem razão, a conclusão, jurídica, é de que o fato por ela alegado não foi demonstrado.

Como se pode observar, o direito não só se contenta com uma investigação limitada da veracidade das premissas, como, inclusive, acolhe como válidas algumas premissas que não são verdadeiras.

Essa circunstância – a aceitação das conclusões jurídicas mesmo quando estão elas distantes da realidade e da verdade real – faz com que se desconfie que

demonstração jurídica não pode se limitar ao mero provar. A demonstração no direito tem de ser entendida como busca de adesão à resposta jurídica aplicada. Só o convencimento torna explicável a admissão da validade dos argumentos jurídicos incompatíveis com a realidade.

Por isso, não se pode tratar de demonstração jurídica sem se abordar a questão da aceitação da resposta.

Como já se disse no início, a função do direito é resolver conflitos. Essa função determina a redução do âmbito da demonstração jurídica, de maneira a garantir a prontidão da resposta.

Contudo, uma resposta rápida, mas que não seja minimamente aceita tem a mesma valia de uma não resposta. Em outras palavras: o conflito tem de ser o mais rapidamente resolvido e a solução jurídica deve ser aceita como legítima. A construção dessa aceitação evidencia que o processo de aplicação da lei é retórico.

O direito é, assim, um discurso de dominação em que os operadores da norma buscam obter a predisposição dos que se sujeitam ao direito a aceitar a resposta, qualquer que seja ela.

Para tanto, o direito conta com a aproximação, forçada, é bem verdade, entre direito e lógica.

Esse, aliás, é um genuíno exemplo de casamento por conveniência, em que um dos cônjuges, no caso, o direito, não tem realmente afinidades com o outro, mas um evidente interesse em se apropriar dos bens do parceiro.

Na proporção em que se define a aplicação da lei como um silogismo, em que a premissa maior é a norma; a premissa menor, o caso concreto e a conclusão, a sentença do juiz, a decisão final passa a ser indiscutível, porque evidente. Da mesma forma, quando a aplicação da lei é resultado do emprego de argumentos assemelhados aos argumentos lógicos e que dão a aparência de correção formal do raciocínio, aceita-se a resposta, porque é a única possível.

Ao se forjar a idéia de semelhança entre direito e lógica, reconhece-se o direito como disciplina científica⁴, transferindo-se para a decisão jurídica, automaticamente, todos os atributos da lógica, em especial a certeza matemática das conclusões.

⁴ Muito embora a construção do raciocínio jurídico não seja feita com base em argumentos matemáticos, mas nos chamados “argumentos quase-lógicos”, a configuração do direito como ciência tem por base a ênfase no rigor da dedução jurídica. Por isso, a questão não é aqui redefinir o direito como ciência exata, mas mostrar que o processo de convencimento jurídico necessita aproximar o direito das ciências exatas.

Demonstrar, portanto, para o direito, é não apenas utilizar meios de prova, mas utilizá-los em combinação com argumentos retóricos que forcem o interlocutor a aceitar como comprovada uma determinada situação jurídica.

Bibliografia

JÚNIOR, F., Sampaio, T., **Introdução ao Estudo do Direito**, 2. e., São Paulo, Atlas, 1994.

FILHO, G. Vicente, **Direito Processual Civil Brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 1989, 2º v.

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, 3. ed. São Paulo, Martins Fontes, 1991.

LUHMANN, Niklas, **Legitimação pelo procedimento**, Brasília, Universidade de Brasília, 1980.

PERELMAN, Chaim, **Teoria da Argumentação**, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

TEUBNER, Gunther, **O Direito como Sistema Autopoiético**, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

FILHO, T., Costa F., **Processo Penal**, 10. ed., São Paulo, Saraiva, 1987.