

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE DIREITO

BRUNO ATHAYDE SILVA

**RACIONALIDADE ARISTOTÉLICA NA VALIDADE DA APRECIÇÃO DAS
PROVAS E SUA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA RACIONAL DOS FATOS**

Natal
2014

BRUNO ATHAYDE SILVA

**RACIONALIDADE ARISTOTÉLICA NA VALIDADE DA APRECIÇÃO DAS
PROVAS E SUA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA RACIONAL DOS FATOS**

**Trabalho de conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do Rio
Grande do Norte como requisito para
conclusão do Curso de Graduação em
Direito**

Orientador: José Diniz de Moraes

Natal

2014

Catalogação da Publicação na Fonte.

UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Silva, Bruno Athayde.

Racionalidade aristotélica na validade da apreciação das provas e sua fundamentação jurídica racional dos fatos/
Bruno Athayde Silva. - Natal, RN, 2014.

79f.

Orientador: Prof^o. José Diniz de Moraes.

Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Departamento de Direito.

1. Filosofia do direito - Monografia. 2. Aristótelis - Monografia. 3. Dialética - Monografia. 4. Lógica – Monografia. I. Moraes, José Diniz de. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA CDU 340.12



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

ATA DE DEFESA PÚBLICA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

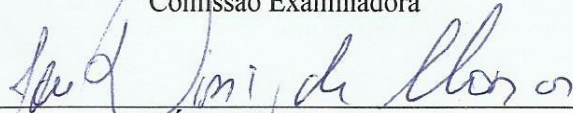
Aos 28 (vinte e oito) dias do mês de maio do ano de 2014, às 10h00 horas, no Auditório Varela Barca do Centro de Ciências Sociais Aplicadas, foi instalada a Comissão Examinadora para a defesa oral e pública da Monografia sob o título: **“RACIONALIDADE ARISTOTÉLICA NA VALIDADE DA APRECIÇÃO DAS PROVAS E SUA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA RACIONAL DOS FATOS”**, como trabalho final de conclusão de Curso, apresentado pelo aluno **BRUNO ATHAYDE SILVA**, matrícula nº 2009017439, ao Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como parte dos requisitos para obtenção do título de BACHAREL EM DIREITO. A Comissão Examinadora foi presidida pelo Professor Orientador **JOSÉ DINIZ DE MORAES**, Professor Adjunto I, matrícula nº 2246290 e composta por **MORTON LUIZ FARIA DE MEDEIROS**, Professor Assistente III, matrícula nº 2322239 e **KAROLINE LINS CÂMARA MARINHO DE SOUZA**, Professor Assistente I, matrícula nº 2578062, lotados no Departamento de Direito Público, conforme Portaria nº 036/2014-DPU, integrantes da referida Comissão que emitiu o seguinte parecer:////////////////////

Pela aprovação

A Comissão Examinadora após a defesa oral e o cumprimento dos demais procedimentos considerou a monografia aprovada.

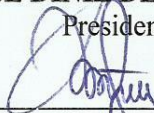
A Comissão decidiu atribuir à menção _____, atribuindo a nota: 9,0.

Comissão Examinadora



JOSÉ DINIZ DE MORAES

Presidente



MORTON LUIZ FARIA DE MEDEIROS

Membro



KAROLINE LINS CÂMARA MARINHO DE SOUZA

Membro

Dedico este trabalho à minha família.

AGRADECIMENTOS

A todos que me ajudaram direta ou indiretamente a concluir o trabalho.

“A beleza é o esplendor da verdade.”

Platão

RESUMO

A história do mundo ocidental ainda mantém uma estrutura de linguagem aristotélica na pesquisa e na opinião da verdade. Em razão disto, julgou-se ser proveitoso pesquisar se há no processo judicial o discurso aristotélico-tomista sobre a verdade. Interessou verificar se nas fundamentações dos fatos e na apreciação probatória utilizada como atividade lógica para conhecimento dos fatos existe alguma contribuição do pensamento aristotélico, além de investigar se o discurso aristotélico participa da validade dos discursos de fatos que são discutidos no processo. Para a elaboração deste trabalho foram consultados materiais bibliográficos ligados à filosofia, ao processo e à filosofia do direito. Com a finalidade de fundamentar esta investigação considerou-se importante incluir a explicação de como ocorreu a racionalização do “processo” e como a lógica aristotélica contribuiu para a ciência do direito. A análise histórica realizada sobre o tema demonstrou que a lógica aristotélica predominou do século XIII até o início do século XX, quando, em razão do conhecimento provável dos fatos, foi retomado o estudo da dialética, considerada uma disputa racional, na qual os contendores utilizam argumentos prováveis. Atualmente, a estrutura do processo moderno permite a disputa dialética. Desta maneira, é preciso destacar que a pesquisa da verdade recebeu influências da filosofia grega, especialmente, da filosofia aristotélica.

Palavras-chave: Aristóteles. Lógica. Dialética. Processo. Fatos.

RESUMEN

La historia del mundo occidental todavía tiene una estructura del lenguaje aristotélico en busca de la verdad y la opinión. Debido a esto, se ha considerado que es útil para investigar si existen procesos legales en el discurso aristotélico-tomista en la verdad. Interesó investigar en los hechos y razonamientos en la apreciación de la prueba utilizadas como una actividad lógica al conocimiento de los hechos hay una cierta contribución del pensamiento aristotélico, y para investigar la validez del discurso aristotélico participa en los discursos de los hechos que son objeto de controversia. Para la elaboración de este trabajo los materiales bibliográficos relacionados con la filosofía, se ha consultado el proceso y la filosofía del derecho. Para justificar esta investigación se consideró importante incluir una explicación de cómo el "proceso" de racionalización y de cómo la lógica aristotélica contribuyó a la ciencia del derecho ocurrido. El análisis histórico realizado sobre el tema han demostrado que la lógica se impuso aristotélica el siglo XIII hasta principios del siglo XX, cuando, debido al conocimiento que exista entre los hechos, el estudio de la dialéctica fue retomado, considerada una disputa racional en el que los contendientes utilizan argumentos probables. Actualmente, la estructura del proceso moderno permite la disputa dialéctica. Por lo tanto, vale la pena señalar que la búsqueda de la verdad recibió influencias de la filosofía griega, especialmente la filosofía de Aristóteles.

Palabra clave: Aristóteles. Lógica. Dialéctica. Proceso. Factos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A UNIDADE CIENTÍFICA DESSE TRABALHO	14
3 CONCEITO DE PROVA	15
4 RAZÕES HISTÓRICAS DO DISCURSO DA PROVA E DA VERDADE EM FOUCAULT	23
5 ARISTÓTELES E O OCIDENTE	32
5.1 Distinção entre raciocínio dialético e raciocínio científico.....	32
5.2 Aristóteles considerado na tradição jurídica moderna	33
5.3 O discurso científico aristotélico e platônico espalhado pelo mundo.....	35
5.4 A ontologia e a gnosiologia aristotélica.....	36
5.5 Dialética em sentido antigo	39
5.6 Tópica	40
5.7 A Disputa dialética	41
6 A PROVA É UMA CIÊNCIA OU UMA ARTE?	44
6.1 A prova terá um duplo aspecto de jogo dialético e de ciência	45
7 MALATESTA E O DISCURSO CIENTÍFICO ARISTOTÉLICO-TOMISTA EM MATÉRIA CRIMINAL	46
7.1 Certeza: sua natureza e suas espécies na concepção de Malatesta	47
7.2 Relações de convicção e certeza judicial	55
7.3 A probabilidade em relação à certeza	60
7.4 As relações de credibilidade, certeza e probabilidade em Malatesta	62
7.5 Provas e Regras probatórias Genéricas	65
8 NOÇÃO DE PROVA DE MOACYR AMARALDOS SANTOS	70
9 A PROVA E O MÉTODO INDUTIVO	71
10 MARINONI E ARENHART E SEU DISCURSO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE VERDADE E PROVA	72
11 PROVA E VERDADE EM FILOSOFIA DA LINGUAGEM	77
12 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E VERDADE MATERIAL	75
13 CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS	82

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho de conclusão de curso tem a intenção de demonstrar que o discurso¹ jurídico sobre a prova judicial e a verdade dos fatos produzidos no processo remontam aos paradigmas² aristotélicos de racionalidade³, principalmente no que tange à dialética⁴ e à lógica formal, descritas no *Órganon*. A filosofia platônica e aristotélica estabeleceu no mundo ocidental esses esquemas de racionalidade⁵. Segundo as ideias de Michel Foucault, as práticas sociais estabeleceram e institucionalizaram esta forma de pensar racionalmente⁶.

Os doutrinadores do direito afirmam que a função do processo é buscar a verdade material ou a verdade formal. Contudo, esta busca pela verdade exige que o juiz se submeta a

¹ “Discurso (lat. discursos: conversação) I. Na acepção tradicional, o discurso não é uma simples seqüência de palavras, mas um modo de pensamento que se opõe à intuição. Frequentemente denominado ‘pensamento discursivo’. Ele é um pensamento operando num raciocínio, seguindo um percurso, atingindo seu objetivo por uma série de etapas intermediárias: movimento do pensamento indo de um juízo a outro juízo, percorrendo (discurso) um ou vários intermediários antes de atingir o conhecimento. Os lógicos introduziram a expressão ‘universo do discurso’ para designar o conjunto ao qual vinculamos, pelo pensamento, os objetivos dos quais falamos. 2. A filosofia contemporânea, especialmente a filosofia da linguagem, a hermenêutica e o existencialismo, valoriza a análise do discurso como método próprio à filosofia, considerando o discurso não apenas como o simples texto, mas como o próprio campo de constituição do significado em que se estabelece a rede de relações semânticas com a visão de mundo que pressupõe.” (JAPIASSÚ, H.; MARCONDES, D. **Dicionário básico de filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 2001. Disponível em: <http://dutracarlito.com/dicionario_de_filosofia_japiassu.pdf>).

² “Paradigma (gr. *paradeigma*) 1. Segundo Platão, as *formas ou *idéias são paradigmas, ou seja, arquétipos, modelos perfeitos, eternos imutáveis dos objetos existentes no mundo natural que são cópias desses modelos, e que de algum modo participam deles. As noções de paradigma e de participação, ou seja, da relação entre o modelo e a cópia, levam, no entanto, a vários impasses que são discutidos por Platão sobretudo no diálogo Parmênides (128-134). 2. O filósofo da ciência Thomas Kuhn utiliza o termo em sua análise do processo de formação e transformação das teorias científicas – da ‘revolução’ na ciência – considerando que ‘alguns exemplos aceitos na prática científica real – exemplos que incluem, ao mesmo tempo, lei, teoria, aplicação e instrumentação – proporcionam modelos dos quais surgem as tradições coerentes e específicas da pesquisa científica’ (A estrutura das revoluções científicas). Esses modelos são os paradigmas, p. ex., a astronomia copernicana, a mecânica de Galileu, a mecânica quântica, etc. Assim, ‘um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em indivíduos que partilham um paradigma’” (JAPIASSÚ; MARCONDES, op. cit.).

³ “A racionalidade é o estabelecimento de uma adequação entre uma coerência lógica (descritiva, explicativa) e uma realidade empírica” (MORIN, *Science avec conscience*, apud JAPIASSÚ; MARCONDES, op. cit.).

⁴ “Em Aristóteles, a dialética é a dedução feita a partir de premissas apenas prováveis. Ele opõe ao silogismo científico, fundado em premissas consideradas verdadeiras e concluindo necessariamente pela ‘força da forma’, o silogismo dialético que possui a mesma estrutura de necessidade, mas tendo apenas premissas prováveis, concluindo apenas de modo provável.” (JAPIASSÚ; MARCONDES, op. cit.).

⁵ CARVALHO, A. A. D. **Aristóteles**. 2013. Disponível em: <<http://catolicadeanapolis.edu.br/revmagistro/wp-content/uploads/2013/05/A-SISTEMATIZA%C3%87%C3%83O-DOS-DISCURSOS-EM-ARIST%C3%93TELES.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2014.

⁶ FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2002. 160 p. Conferências de Michel Foucault PUC-Rio de 21 a 25 de maio de 1973.

métodos racionais que foram social e juridicamente estabelecidos para a cognição dos fatos. A validade da motivada decisão do juiz está na submissão desses métodos que recebem influência dos paradigmas aristotélicos de racionalidade, o que constitui limite para o conhecimento dos fatos.

2 A UNIDADE CIENTÍFICA DESTE TRABALHO

Diante do exposto, será necessário verificar se a validade da fundamentação jurídica fática, bem como a apreciação das provas pelo juiz, fica condicionada aos paradigmas aristotélicos de racionalidade.

O objetivo deste trabalho é pesquisar esta afirmação de maneira científica, no intuito de verificar a validade desta asserção a partir de um “sistema de conhecimentos metodicamente adquiridos e integrados em uma unidade coerente”⁷.

Neste sentido, precisaremos definir o que é prova e o que são paradigmas aristotélicos de racionalidade e, ainda, o que é verdade dos fatos, para depois entender qual a relação entre esses conceitos.

⁷REALE, M. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 13.

3 CONCEITO DE PROVA

“Prova” é uma palavra plurissignificativa, podendo significar vários conceitos, tais como: instrumentos para conhecimentos de fatos utilizados pelo magistrado; procedimento no qual se formam as provas como instrumento; ou, ainda, atividade lógica para conhecimento de fatos⁸.

Primariamente, o conceito de prova objeto de pesquisa deste trabalho considera a prova como instrumento para conhecimento de fatos e o de prova como atividade lógica para conhecimento de fatos. Entende-se a prova como atividade lógica para conhecimento de fatos. Assim, torna-se necessário o estudo ontológico (fatos) e gnosiológico (da prova nos seus múltiplos significados).

Secundariamente, será realçada a questão da prova como procedimento para especificar os limites do conhecimento da prova.

Segundo Marinoni, referência de conceito doutrinário, “prova é todo meio retórico, regulado por lei, dirigido dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juíz da validade das proposições, objeto de impugnação”⁹.

Em outras palavras, Marinoni descreve prova como elemento retórico e dialético. Com base nesta descrição apresentamos a intenção de propor um conceito de prova que une dialética e linguagem científica¹⁰.

Resumindo, prova é todo meio lógico ou dialético regulado por lei para convencer o Estado-juíz da veracidade ou da aceitabilidade das proposições com possibilidade de motivação racional e social sobre a certeza ou verossimilhança da existência dos fatos

⁸DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009. v. II.

⁹“**Impugnação** (Lat. *impugnatio*.) S.f. Refutação, contestação; complexo de razões com as quais são contestadas as da outra parte.” (MARINONI, L. G.; CRUZ ARENHART, S. **Curso de processo civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. II., p. 265).

¹⁰MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

passados, objeto de impugnação¹¹. Assim, a lógica e a dialética são conceitos que se unem no discurso racional da verdade.

3.1 O método de pesquisa de trabalho

O método, basicamente, consiste na exposição de argumentos dos autores que reforcem a unidade temática escolhida para este trabalho. O que for contrário à tese também será apreciado, sob a forma crítica¹². O principal suporte filosófico será a filosofia tomista e aristotélica para verificar se há alguma contribuição dos paradigmas do discurso aristotélico no direito processual moderno no que se refere à apreciação probatória e à análise dos fatos.

3.2 O processo e a prova

Toda arte¹³ ou ação humana tende a alguma coisa ou a algum determinado fim¹⁴. O processo e a investigação probatória são ações que tendem a uma finalidade. A consolidação do direito. A verificação do fato antecede a aplicação do direito subjetivo no caso concreto. Portanto, o processo e a investigação probatória são artes, pois ordenam para uma finalidade prática, que é a concretização do direito subjetivo e o convencimento do fato que existiram ou existem em relação ao Estado-juiz.

O processo é uma linguagem instrumental e prática para a realização do direito subjetivo. Nesse sentido, para que haja efetivação do direito subjetivo, é necessário, muitas

¹¹ Prova é todo paradigma lógico e dialético para convencer o estado-Juiz da existência dos fatos passados, objeto de impugnação.

¹² 1. “Sinal graças ao qual reconhecemos uma coisa e a distinguimos de outra” (JAPIASSÚ; MARCONDES, op. cit.).

¹³ “Arte (lat. *ars*: talento, saber fazer) 1. Como sinônimo de técnica, conjunto de procedimentos visando a um certo resultado prático. Nesse sentido, fala-se de artesanato. Opõe-se à ciência, conhecimento independente das aplicações práticas, e à natureza concebida como princípio interno: ‘A natureza é princípio da coisa mesma; a arte é princípio em outra coisa.’ (Aristóteles)” (JAPIASSÚ; MARCONDES, op. cit.).

¹⁴ ARISTÓTELES. Os Pensadores. In: ARISTÓTELES *Ética a Nicômaco*; Poética/Aristóteles. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. v. II, p. 373.

vezes, levar ao Estado-juiz fatos que comprovem esse direito. O processo dá a forma, o modo de produzir as provas para formar o convencimento do juiz sobre a existência dos fatos. Assim, é possível concluir que o processo é a arte de administrar as provas, conforme ensinado por Bentham¹⁵.

O processo dá a forma de como conduzir determinados fatos ao juiz para que este expresse direito fundamentado em argumentação racional baseada nos fatos que motivaram a sua decisão.

A civilização ocidental escolheu a fundamentação racional em razão da crença que qualquer pessoa pode avaliar, à luz de critérios racionais, se a decisão foi adequada ou não¹⁶. Esta crença está baseada no fato de que qualquer pessoa pode avaliar o que é verdadeiro. É o que Descartes denomina de bom senso.

O que torna possível inferir que a finalidade das provas e do processo é criar condições e regras racionais para fundamentação do Estado-juiz em sua decisão, e que a deliberação é passível do controle de qualquer pessoa da sociedade.

3.3 O problema ontogenológico da prova

O direito objetivo é uma linguagem abstrata estruturada na lógica deôntica, ou seja, o seu signo é sempre composto pelo conceito ser e dever-ser, que tem o seu início existencial no mundo social, a partir da percepção do fato existente, adequado à hipótese fática da norma e o seu fim na concreção das consequências jurídicas no mundo sensível.

¹⁵ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit.

¹⁶ “Razão (lat. *ratio*) 1. Faculdade de julgar que caracteriza o ser humano. ‘A capacidade de bem julgar e distinguir o verdadeiro do falso, que é o que propriamente se denomina o bom senso ou razão, é naturalmente igual em todos os homens’ (DESCARTES, *Discurso do método*, I).” (JAPIASSÚ; MARCONDES, op. cit.).

O direito objetivo é a essência¹⁷ do direito subjetivo. O direito objetivo é um direito potencial¹⁸ e o direito subjetivo é um direito existente¹⁹ ou em ato no mundo social. Para que exista o direito subjetivo, é preciso existir o reconhecimento potencial da sociedade na existência do fato gerador deste direito subjetivo. O direito subjetivo é criado em razão da potencialidade do reconhecimento racional pelo Estado-juiz ou pela comunidade jurídica num determinado fato que existiu e que corresponde, em razão do juízo de certeza ou verossimilhança, a um determinado direito.

A prova é a pesquisa da verdade do fato que existiu e gerou direito subjetivo. A pesquisa da verdade pela existência do fato encontra sua validade no plano do ser²⁰, que é objeto de estudo da ontognoseologia. Segundo Miguel Reale, “a Ontognoseologia como sendo a doutrina do ser enquanto conhecido e das condições primeiras do pensamento em relação ao ser”²¹.

Sob o discurso da ontognoseologia aristotélica de verdade, o sujeito descobre a verdade dos fatos que pretende provar quando este sujeito tem contato com o mundo sensível

¹⁷ “Essência (lat. *essentia*) 1. Para a escolástica, é uma das grandes divisões do ser: é o ser mesmo das coisas, aquilo que a coisa é ou que faz dela aquilo que ela é. Para cada ser distinguimos uma essência e uma existência que ela pode ou não comportar. A essência repousa na tradição platônica das ideias, retomada na teoria aristotélica das ‘formas inteligíveis’. Platão distingue um mundo invisível, permanente e sempre idêntico a si mesmo (o mundo das essências) e um mundo visível e flutuante (o mundo sensível): o primeiro é a garantia da realidade do segundo. Aristóteles retoma a noção de essência no contexto do problema da linguagem. Se tudo é mutante, se tudo é acidente (como queriam os sofistas), não há discussão possível. Distinguindo a essência dos acidentes, ele resolve o problema dos sofistas: ‘Instruir Clíniás é matá-lo, pois suprimir Clíniás ignorante também é suprimir Clíniás’. Assim, é a essência de Sócrates que se mantém através de seus diversos acidentes.” (JAPIASSÚ; MARCONDES, op. cit.).

¹⁸ “Na filosofia aristotélica e na escolástica, a noção de potência opõe-se à de ato, caracterizando o estado virtual do ser. ‘O ato é o fato de uma coisa existir na realidade, e não do modo como dizemos que existe uma potência, quando dizemos, por exemplo, que Hermes está em potência na madeira’ (ARISTÓTELES, *Metafísica*, IX, 1048). Há várias formas de se dizer que algo está em potência. Um fruto está em potência na semente, já que na natureza da semente há a possibilidade de esta gerar o fruto, ou seja, como um desenvolvimento natural. A estátua de Hermes está em potência no bloco de madeira, já que este contém a possibilidade de ser transformada em uma estátua. Ver potencialidade.” (JAPIASSÚ; MARCONDES, op. cit.).

¹⁹ “Para a escolástica, a existência é uma das divisões do *ser, exprimindo simplesmente o ‘fato de ser’, o fato de ser realmente. de ter uma existência substancial. Oposto a essência.” (JAPIASSÚ; MARCONDES, op. cit.).

²⁰ “O ser pode ser entendido de várias maneiras: a) como substância: ‘O ser toma múltiplos sentidos: num sentido, significa aquilo que é a coisa. a) substância’ (Aristóteles); b) afirma a existência, a realidade atual de uma coisa. o fato ou ato de ser.” (JAPIASSÚ; MARCONDES, op. cit.).

²¹ REALE, 1999, op. cit., p. 29.

(ontológico) e compara a “matéria indicada” (fato) com a “matéria não indicada” ou comum²² (fato abstrato e delimitado pela hipótese fática da norma) e ver se há adequação ou semelhança razoável entre a ideia e a coisa. Se houver uma identidade entre fato e hipótese fática, há a incidência da norma com o fato, natureza do direito subjetivo. Essa relação entre fato, hipótese fática e incidência é, certamente, inspirada na expressão filosófica tomista de que “a verdade do intelecto provém do fato de que se conforma à coisa”²³. Malatesta tem sua versão desta afirmação, de que a verdade “é a conformidade da noção ideológica com a realidade”²⁴.

Para esta relação de adequação ser verdadeira, é preciso surgimento de uma certeza²⁵ no sujeito cognoscente, que é fundamento subjetivo da premissa científica. Não havendo certeza do fato é que surge a probabilidade da existência do fato, ou seja, se houver algum motivo divergente nessa relação de conformidade, surge a opinião do fato, que é fundamento das premissas dialéticas.

A prova é um objeto que pertence ao plano do ser e é fundamento da convicção da existência de um determinado fato do Estado-juiz em concretizar uma determinada consequência jurídica. A prova pertence ao sistema discursivo dos valores veritativos ou prováveis que tem os seus fundamentos no sistema de linguagem lógica ou dialética aristotélica.

²² “A resposta básica de Tomás de Aquino, nas pegadas de Aristóteles e opondo-se a Platão, consiste em distinguir duas considerações de matéria: ‘a matéria existente sob dimensões indicadas’ ou simplesmente ‘matéria indicada’ (que é o que individua as coisas, situas num lugar e tempo determinados e as torna sujeita a transformações) e a ‘matéria não indicada’ ou ‘comum’. A primeira não faz parte na noção (*notio*) ou determinação (*ratio*) das coisas móveis, ao passo que a segunda, sim. Com efeito, a noção de ente humano, que a definição significa e de acordo com a qual ciência argumenta, é considerada sem estas carnes e estes ossos, mas não sem as carnes e os ossos de modo absoluto.” (AQUINO, T. D. **Comentário ao Tratado da Trindade de Boécio**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999).

²³ AQUINO, 1999, op. cit., p. xx.

²⁴ MALATESTA, N. F. D. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Servanda, 2013, p. 31.

²⁵ “Certeza (do lat. *certos*: certo) 1. Estado de espírito daquele que aquiesce totalmente, sem dúvida e sem hesitação, ao objeto que apreende. O *cogito cartesiano é a primeira verdade que, sucedendo à dúvida, concerne à existência dos corpos. Mas ele é uma evidência isolada que em nada garante a certeza dessa existência. Uma evidência se impõe por si mesma. Mas uma certeza, ao contrário, é o resultado de um raciocínio rigoroso; ela remete da aquiescência interior do sujeito; seu modelo é o raciocínio matemático.” (JAPIASSÚ; MARCONDES, op. cit.).

O limite do processo é o limite do que pode ser conhecido jurídica e faticamente em relação à prova, pois caracteriza o limite ontogenesológicodaquilo que se pretende provar. A investigação da prova tem que resultar em algum convencimento do juiz.

3.4 Quanto ao limite do discurso da prova

Primeiramente, limite deve ser entendido como a essência da coisa²⁶, o local específico onde se encontra toda a coisa²⁷, ou como o fim de cada coisa tal²⁸ como ensinado por Giovanni Reale. O conceito de limite é muito próximo do conceito de princípio²⁹.

Quanto ao limite do discurso da prova em seus limites lógico ou dialético, podemos parafrasear as ideias de Aristóteles sobre política, que se encontram na obra *Ética a Nicômaco*³⁰, sobre a argumentação utilizada que versa sobre os fatos. Para o autor, devemos estar atentos aos limites do raciocínio que será utilizado.

Se as premissas possuem o conteúdo provável, o provável deverá ser o conteúdo da conclusão. Por óbvio, se as proposições são exatas, o conteúdo da conclusão deverá ser exato. Segundo Aristóteles, o homem culto deverá se esforçar ao máximo para buscar a precisão de cada coisa, como, por exemplo, o matemático, que não pode tirar conclusões prováveis³¹. Aqui não há dúvida de que as premissas científicas são superiores às premissas prováveis, pois as premissas científicas nos dão a segurança e a convicção de nossas conclusões, enquanto as

²⁶ “Limite é chamada também a substância e a essência de cada coisa: esta é, com efeito, limite do conhecimento; e se é limite do conhecimento; e se é limite do conhecimento o é também da coisa.” (REALE, G. *Metafísica de Aristóteles*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. v. II., p. 243).

²⁷ “Limite é chamado o termo extremo de cada coisa, ou seja, o termo primeiro além do qual não se pode mais se encontrar nada da coisa e aquém do qual se encontra toda a coisa.” (REALE, 2002, op. cit., p. 243).

²⁸ “Limite é chamado o fim de cada coisa tal o ponto de chegada do movimento e das ações e não o ponto de partida; às vezes, contudo chamam-se limite os dois: tanto o ponto de partida como o de chegada ou a meta”. (REALE, 2002, op. cit., p. 243).

²⁹ “Fica, portanto, evidente que limite é dito em todos os sentidos em que se diz princípio e, antes, em sentidos mais numerosos: de fato, todo princípio é um limite, mas nem todo limite é um princípio” (REALE, 2002, op. cit., p. 243).

³⁰ ARISTÓTELES, 1991, op. cit.

³¹ ARISTÓTELES, 1991, op. cit.

premissas prováveis só nos dão um resultado prático, não dando segurança às nossas conclusões³².

Tal conceito aristotélico é comentado por Didier Jr., Braga e Oliveira³³. Os autores comentam que o direito era visto, tradicionalmente, como um processo de dedução lógica, onde a premissa maior é uma verdade geral à qual se chega pela experiência. A premissa menor, por sua vez, é o fato conhecido por meio de provas.

O que se observa é que todo discurso processual tem por objetivo chegar à verdade. As provas permitem a produção pelo juiz das premissas científicas que darão a certeza subjetiva da existência do fato, ou das premissas prováveis, que permitirão alcançar certa aproximação, o que evidencia maior possibilidade quanto a se estar próximo da verdade do fato que existiu.

A relação desses fatos pode acontecer logicamente de maneira constante, sendo válido para todos os fatos, ou de maneira ordinária, sendo válido para quase todos os casos, desde que haja mera verossimilhança³⁴. A verossimilhança pode variar de acordo com o grupo social. Trata-se de algo que tem maior grau de probabilidade de acontecer ao estabelecer uma relação de causa e efeito, que ocorre em razão do testemunho e da aceitabilidade de um determinado grupo social, a partir da alta frequência das relações de causa e efeito que não são necessárias.

A necessidade é a qualidade daquilo que não pode ser de outra maneira, e que se apresenta como fundamento das premissas científicas. Por sua vez, a não necessidade é a qualidade daquilo que pode ser de outra maneira, fundamento das premissas prováveis. Portanto, a grande característica das premissas prováveis é o testemunho e a aceitabilidade em um determinado grupo social de um determinado evento não necessário, mas que possui grande frequência em acontecer.

³²REALE, 1999, op. cit.

³³DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 59.

³⁴DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit.

Ainda, a prova é limitada pela legalidade para proteger determinados valores sociais que foram positivados pelo ordenamento jurídico, a exemplo da proibição de escuta clandestina de telefone, salvo nos casos autorizados pelo juiz para instrução penal. A prova não pode ir além da legalidade.

A prova também é limitada em razão da sociedade, pois o juiz é obrigado a motivar racionalmente e a oferecer publicidade, para controle social, de como que determinada prova gerou convicção para decidir de determinada maneira. A convicção tem que ser universalmente aceitável a todos.

O Estado-juiz não pode agir em razão de um saber secreto ou sem motivação. O direito de agir do Estado reside nas razões que são potencialmente controladas pela sociedade, pois o discurso racional não pertence a um determinado poder como é crido, mas pertence universalmente à natureza humana. Portanto, a prova é limitada no discurso do conhecimento processual por regras lógicas, dialéticas, sociais e legais. Posteriormente, neste trabalho veremos que o processo assume uma linguagem dialética (opiniões prováveis), linguagem científica (premissas científicas) ou não pode ser conhecido legalmente (e.g. escuta telefônica ilegal).

4 RAZÕES HISTÓRICAS DO DISCURSO DA PROVA E DA VERDADE EM FOUCAULT

Michel Foucault³⁵ afirma em seu discurso que o saber nasce das práticas sociais. Dessa forma, é possível compreender que o sujeito de conhecimento tem uma história, e que a relação sujeito-objeto também possui uma história. Em poucas palavras, a própria verdade tem uma história³⁶.

Michel Villey³⁷ concorda que as práticas sociais foram fundamentais para implantação dos paradigmas aristotélicos no discurso jurídico em razão que este discurso elimina a inconsistência e a confusão que existia no direito praticado antes do século XII. A aceitação dos paradigmas aristotélicos foi fundamental para diminuir os litígios que o direito praticado em período anterior a estes paradigmas causava.

O sujeito do conhecimento sempre é refundado na história. Segundo Foucault³⁸, ainda remanesce na história da cultura humana ocidental os padrões aristotélicos de discurso. Em determinadas práticas sociais, principalmente no campo da prova, o sujeito ainda utiliza o raciocínio aristotélico para validar suas afirmações. Podemos inferir, de acordo com o que foi dito por Foucault³⁹, que a história construiu os limites dos conhecimentos das provas e dos fatos sob os fundamentos dos paradigmas aristotélicos de raciocínio.

³⁵FOUCAULT, 2002, op. cit.

³⁶FOUCAULT, 2002, op. cit.

³⁷VILLEY, M. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

³⁸FOUCAULT, 2002, op. cit.

³⁹FOUCAULT, 2002, op. cit.

4.2 O inquérito e a prova

Há uma importante contribuição sobre o período medieval que nos legou a ideia de inquérito, buscando a verdade no interior da ordem jurídica. Conforme Foucault⁴⁰, o inquérito judicial influenciou as pesquisas científicas e a própria reflexão filosófica⁴¹.

Em Foucault, a verdade está ligada ao inquérito e à instituição judiciária⁴². Posteriormente, será visto que a noção da verdade judicial, como validade das decisões, judiciais foi estruturada sob o discurso lógico e dialético, cuja finalidade é o convencimento do magistrado, em razão do advento das obras de Aristóteles no século XII na Europa.

A formação da ideia de inquérito surgiu na Grécia antiga, onde Michel Foucault mostra que o discurso do inquérito já existia quando analisa a tragédia de Édipo Rei⁴³. O autor propõe três sistemas que disputavam a busca da verdade jurídica: o sistema de prova, o sistema de inquérito e o sistema de exame⁴⁴.

Michel Foucault procura pesquisar ou justificar como foi estabelecido ou inventado o saber, levando em consideração a distinção relevante que o autor faz entre “origem” e “invenção”⁴⁵.

O autor diz que o conhecimento foi inventado e que este não é natural à natureza humana⁴⁶, contrapondo-se à ideia aristotélica de que é natural o querer saber das coisas⁴⁷.

⁴⁰FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁴¹ “Dessa matriz, que tem origem no século XII, outros domínios do saber vão adotar esse método de inquérito, até a chegada do Renascimento, época em que o inquérito se desenvolve como forma geral de saber, aplicado a áreas como a botânica, a zoologia, a medicina, entre outras.” (DIAS, F. R. Do nascimento do inquérito ao panoptismo: as diferentes formas jurídicas de Michel Foucault. **Revista Travessias**, n. 4, s/d).

⁴² Segundo Foucault, o inquérito é “precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que serão consideradas como verdadeiras. O inquérito é uma forma de poder-saber”. (DIAS, s/d, op. cit.).

⁴³FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁴⁴FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁴⁵FOUCAULT, 2002, op. cit.

Segundo Foucault, o conhecimento nasce das batalhas, dos jogos, ao fim dos quais se chega a um compromisso; não nasce dos instintos, mas da batalha destes⁴⁸.

Para Foucault, o conhecimento não tem origem na natureza humana. Em Kant, segundo Foucault, as condições da experiência são distintas do objeto da experiência⁴⁹.

Nietzsche diz que não há adequação entre a mente e objeto, um processo de assimilação, tal como foi proposto por Aristóteles. Para ele, “Não há amor e felicidade do conhecimento, mas ódio e hostilidade; não há unificação, mas sistema precário de poder”⁵⁰.

Em contraponto, o discurso platônico está fundado no logocentrismo⁵¹, semelhança⁵², adequação⁵³ e unidade⁵⁴. Nietzsche afirma que os filósofos facilmente se enganam por pensar o conhecimento sempre nesses termos⁵⁵. No mesmo sentido, segundo Foucault, para entender o conhecimento, devemos nos distanciar dos filósofos e nos aproximar dos políticos⁵⁶.

⁴⁶ “O referido autor teoriza sobre a questão da origem e da invenção das coisas, afirmando que, em um determinado tempo e espaço os homens inventaram o conhecimento. A palavra invenção opõe-se radicalmente à palavra origem. Segundo Nietzsche, o conhecimento, diferentemente dos instintos, não possui origem, ele foi inventado, ele não é da mesma natureza que os instintos ou o refinamento deles.” (DIAS, s/d, op. cit.; FOUCAULT, 2002, op. cit.).

⁴⁷ “Todos los hombres desean por naturaleza saber. Así lo indica el amor a los sentidos; pues, al margen de su utilidad, son amados a causa de sí mismos, y el que más de todos, el de la vista.” (ARISTÓTELES, 1991, op. cit.).

⁴⁸ FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁴⁹ FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁵⁰ FOUCAULT, 2002, op. cit., p. xx)

⁵¹ “Termo cunhado pelo filósofo francês Jacques Derrida, que critica o pensamento ocidental por sempre ter privilegiado o logocentrismo, isto é, a centralidade da palavra (“logos”), das ideias, dos sistemas de pensamento, de forma a serem entendidos como matéria inalterável, fixadas no tempo por uma qualquer autoridade exterior. As verdades que o logocentrismo ou “metafísica da presença” veiculam são sempre tomadas como definitivas e irrefutáveis.” (CEIA, 2010, op. cit.).

⁵² “Semelhança/similaridade (do lat. *similis*) Qualidade de duas ou mais coisas que possuem termos comuns que as aproximam ou identificam, sem, contudo chegarem a ser iguais.” (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2001, op. cit.).

⁵³ “Adequação (lat. *adaequatio*) Correspondência exata. Ex.: na filosofia escolástica. a *verdade é definida como a adequação entre a *inteligência e a coisa.” (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2001, op. cit.).

⁵⁴ “Um/Uno O Um (sempre com inicial maiúscula), na filosofia neoplatônica, notadamente de Plotino, constitui o princípio supremo e inefável situado no cume da hierarquia das *idéias: ele é a primeira hipótese, idêntica ao Bem absoluto. Os escolásticos, ao tematizarem a idéia aristotélica de ‘transcendência’, distinguem uma realidade transcendental (Deus) e os ‘transcendentais’: o Um, o Ser, o Verdadeiro e o Bem. Enquanto indiviso, o Um é idêntico ao Ser, pois todo Ser é Um. Daí Heidegger chamar a metafísica de ‘ontoteológica’: situa-se entre o transcendente (Deus) e o transcendental (o Ser).” (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2001, op. cit.).

⁵⁵ FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁵⁶ FOUCAULT, 2002, op. cit.

De acordo com Michel Foucault, a dimensão política domina a história da verdade⁵⁷. Seguindo essa constatação do autor, a dimensão política domina o discurso da prova e esta é regrada pelo ordenamento jurídico e pelas práticas sociais que elegeram o discurso platônico-aristotélico como regra de comprovação das alegações das partes do processo. Para Foucault, o conhecimento provém do resultado histórico, de uma perspectiva de estratégia política⁵⁸.

Até aqui, o intento foi evidenciar que o pensamento ocidental está fundado no logocentrismo, semelhança, adequação e unidade, que são a base para o discurso ocidental, que, por sua vez, influenciam o discurso da prova no ordenamento jurídico pátrio.

As regras legadas pela Grécia antiga ao mundo ocidental são as formas racionais da prova, cujos métodos são limitados pela filosofia, sistemas racionais e sistemas científicos⁵⁹. Posteriormente, houve um desenvolvimento da arte de convencer as pessoas da verdade, denominada de retórica grega, que faz parte da dialética. O último desenvolvimento é a prova baseada na lembrança, inquérito e testemunha⁶⁰.

A Grécia antiga desenvolveu vários discursos da prova, como a filosofia, a retórica e o empirismo (experiência)⁶¹. Aristóteles vai unificar todo o método de pesquisa existente na Grécia antiga dentro de uma unidade de saber. Comentando esse fato, Foucault diz que Aristóteles faz uma enciclopédia de saberes da Grécia antiga⁶².

No entanto, o desenvolvimento da linguagem do inquérito vai se desenvolver de maneira extraordinária na Idade Média, nesta época estabelece os fundamentos do pensamento ocidental⁶³. Novo direito germânico, não havia o inquérito e as provas se

⁵⁷FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁵⁸ “Só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certos ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições política que são o solo em que se forma sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade.”(FOUCAULT, 2002, op. cit.).

⁵⁹FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁶⁰FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁶¹FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁶²FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁶³FOUCAULT, 2002, op. cit.

resolviam em um sistema de jogo, que regula a guerra entre pessoas lesadas através do duelo. Analogamente, o sistema feudal também era um sistema de forças⁶⁴.

De uma forma geral, a prova, antes da consolidação do processo racional, era um teste de força⁶⁵. O mundo ocidental mudou as características de uma prova de força para uma prova racional⁶⁶. Ao ponto que, hoje, não é absurdo concluir que as regras da prova são jogos de linguagem racionais aceitos pelos participantes do processo para formar o convencimento do juiz, que é a dialética e a retórica.

O processo racional de provas começa a se consolidar por volta dos séculos XII e XIII⁶⁷. Durante esse processo, houve anátemas do quarto concílio Lateranense, condenando as ordálias e os duelos judiciários, que eram formas irracionais de processo⁶⁸. Aos poucos, o Estado vai dominando o processo, impondo racionalidade dos seus processos administrativos e judiciais, apropriando-se da justiça, que permitiu que o Estado Nacional conduzisse a vida social dentro de uma ordem racional⁶⁹.

A partir daí, o procurador do rei adota os mesmos paradigmas do inquérito praticados pela Igreja e império carolíngio⁷⁰. Podemos concluir, portanto, que o surgimento do inquérito foi resultado das práticas político-sociais e econômicas do século XII. Segundo Foucault, não foi um progresso natural e evolutivo da racionalização do processo, mas uma mudança em razão das mudanças das práticas sociais.

A fundamentação das leis era baseada na sagrada escritura e nas obras de Santo Agostinho, que possuía vaguidão nos conceitos⁷¹. Esta incongruência causava certa insegurança nas relações jurídicas e econômicas que estavam surgindo a partir do século XII.

⁶⁴FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁶⁵FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁶⁶FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁶⁷FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁶⁸MALATESTA, 2013, op. cit., p. 58.

⁶⁹FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁷⁰FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁷¹VILLEY, 2009, op. cit.

O advento das obras aristotélicas e a volta do estudo do direito romano no século XII permitiram que se criassem normas com critérios científicos, evitando a incoerência dos conceitos, sendo possível maior precisão nas relações jurídicas⁷².

Antes da instituição do processo tal como conhecemos, ele era a prova de força e não prova de verdade ou mentira ou da aceitação de um jogo⁷³. Em outras palavras, para provar algo não se utilizava a linguagem científica, tampouco usava a disputa dialética. A prova antes das valorações apofânticas⁷⁴ era apenas uma ritualização da guerra⁷⁵.

O direito, que era apenas ritualização da guerra, desta forma começa se afastar para um jogo de verdade ou mentira⁷⁶. Essas regras do direito romano se impõem aos litigantes no final do século XII.

Segundo o raciocínio de Foucault, o modo de pensar logicamente se espalhou por todo mundo graças à contribuição do velho direito romano, cuja estrutura é científica⁷⁷.

O aparecimento do procurador como defensor da ordem jurídica e as confiscações em nome do Estado⁷⁸ se ligam ao fato de que o Judiciário estatal não mais poderia constituir provas a partir de regras de guerra ou vingança⁷⁹. Foi, então, necessária a formação de um inquérito para evitar o desgaste político e financeiro do monarca. Portanto, foi a necessidade

⁷²VILLEY, 2009, op. cit.

⁷³FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁷⁴ “Diz-se da teoria lógica dos juízos e das proposições: ‘A primeira espécie de discurso apofântico é a afirmação: a segunda é a negação’ (Aristóteles). Uma proposição apofântica pretende descrever uma realidade ou revelar sua natureza. E caracterizada pela sentença declarativa ou asserção, podendo ser verdadeira ou falsa em relação à realidade que descreve.” (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2001, op. cit.).

⁷⁴“O direito conseguiu ser uma ciência graças à unicidade e a sistematização dos romanos. Quando a experiência jurídica encontrou as estruturas lógicas, surgiu a ciência do direito. A ciência jurídica é uma ciência de estruturas normativas e mais propriamente de modelos jurídicos.” (REALE, 1999, op. cit.).

⁷⁵FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁷⁶FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁷⁷“O direito conseguiu ser uma ciência graças à unicidade e a sistematização dos romanos. Quando a experiência jurídica encontrou as estruturas lógicas, surgiu a ciência do direito. A ciência jurídica é uma ciência de estruturas normativas e mais propriamente de modelos jurídicos.” (REALE, 1999, op. cit.)

⁷⁸FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁷⁹FOUCAULT, 2002, op. cit.

política que fundou o inquérito racional no século XII. Não foi a relação natural entre o sujeito e objeto que fundou o inquérito⁸⁰.

Dessa forma, o inquérito está contraposto à semântica de sistema de prova, como argumenta Foucault, em seu *As verdades e as formas jurídicas*⁸¹. Prova é qualquer sistema de jogos aceito pelos participantes para provar algo⁸², sem levar em consideração verdade, mentira ou qualquer outro método de validação de conhecimento. O inquérito, pelo contrário, é a busca da verdade ou da mentira como forma de saber de maneira racional, que, segundo Foucault, atende a determinados fins políticos⁸³. O inquérito, pois, serve para validar o saber passado⁸⁴.

A linguagem aristotélica foi praticamente difundida no mundo cristão (Tomás de Aquino), no mundo judeu (Maimônides)⁸⁵ e o no mundo árabe (Averrois⁸⁶ e Avicena⁸⁷). É

⁸⁰FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁸¹FOUCAULT, 2002, op. cit., p. xx.

⁸² “[...] a verdade jurídica da época de Homero não é estabelecida através de uma testemunha, mas através de um jogo de provas lançado de um adversário a outro. Se, ao invés de ter admitido o seu erro, Antíloco tivesse aceitado o desafio, então Zeus deveria punir o falso juramento.” (DIAS, s/d, op. cit.).

⁸³FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁸⁴FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁸⁵ “A Espanha Mourisca gerou ainda o filósofo judeu Maimônides (1135-1204), que deixou a Espanha e faleceu no Cairo. O seu Guia de Transviados constitui mais uma tentativa de dar à teologia um fundamento filosófico na filosofia de Aristóteles. Dessa época em diante e até o século XIII, Aristóteles tornou-se a influência dominante na filosofia e suas obras foram redescobertas em detalhes no Ocidente Cristão. Surgiram traduções latinas de traduções árabes e constituíram talvez as primeiras fontes principais do conhecimento sobre o mestre grego.” (HAMLYN, D. W. **Uma história da filosofia ocidental**. [S.l.]: [s.n.], 1990. Disponível em: [Encontrado em: <http://www2.uefs.br/filosofia-bv/pdfs/hamlyn.pdf>](http://www2.uefs.br/filosofia-bv/pdfs/hamlyn.pdf))

⁸⁶ “Averróis (1126-98) era crente convicto na filosofia de Aristóteles, naturalmente conhecido em traduções árabes. Ele, cujo nome árabe era Abu al-Walid Mohamed ibn Ahmad ibn Mohamed ibn Ruchd, escreveu extensos comentários sobre as obras aristotélicas, mantendo o que é, na maior parte, uma filosofia aristotélica razoavelmente ortodoxa, com menos elementos neoplatônicos que os existentes na filosofia de Avicena. A natureza é um continuum que se estende da forma pura e realidade pura que é Deus até (no extremo oposto) à matéria pura sem forma.” (HAMLYN, 1990, op. cit.).

⁸⁷ “O maior filósofo islâmico do período, contudo, foi Avicena [Abu Ali al-Husain ibn Abdala ibn Sina], que elaborou um vasto sistema de filosofia baseando-se em Aristóteles, via Alfarabi. Em sua opinião, Deus é um ser necessário e a fonte de outras coisas, desde que elas emanem dele como resultado de Seu conhecimento de si.” (HAMLYN, 1990, op. cit.; BERGER, A. D. D. A necessidade da ação dos sentidos na teoria do conhecimento de Tomás de Aquino: Suma de Teologia Iª, 84. **Filogenese – Revista Eletrônica de Pesquisa na Graduação em Filosofia**, Marília, v. II, n. 1, 2009. Disponível em: [Encontrado em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/FILOGENESE/Andre_de_Deus_Berger%2812-21%29.pdf>](http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/FILOGENESE/Andre_de_Deus_Berger%2812-21%29.pdf)).

através dos comentadores árabes que o Ocidente tem novo acesso às obras de Aristóteles⁸⁸. A partir dele, São Tomás escreveu a *Suma Contra Gentios*, com a intenção de ensinar aos pregadores um modo para pregar aos não cristãos a razoabilidade da doutrina católica. Isso só foi possível porque foi aceito por São Tomás e pelos comentadores árabes que o raciocínio lógico e dialético é universal, não depende de uma ciência divina como condição de acesso à ciência natural.

4.3 Crítica a Foucault

Apesar de Foucault concatenar bem a questão da historicidade do sujeito de conhecimento, há certas observações críticas que devem ser feitas. Em primeiro lugar, ele separa qualquer tentativa de tornar o conhecimento natural ao ser humano. Ele discursa como se o homem não tivesse vontade de conhecer os objetos que estão ao seu redor e argumenta que todo conhecimento nasce como coisa casual, contrariando as filosofias que defendem que há na natureza humana uma potencialidade de conhecer.

Além disso, há uma inversão da ordem lógica do surgimento do conhecimento se comparado com a linguagem aristotélica. Michel Foucault afirma que o que gera conhecimento casualmente são as práticas sociais, quando no plano da linguagem aristotélica são as formas (ideias) que são responsáveis por qualquer ação, inclusive das práticas sociais. Entre o sujeito e as coisas só tem a relação de dominação, violência e poder.

Foucault também inverte a ordem do conhecimento, pois em Aristóteles(1991)(*Ética a Nicômaco*) as ciências e as artes se ordenam para dar suporte à arte política, enquanto em Foucault a política (práticas sociais) é quem gera e dá suporte às ciências. Em poucas

⁸⁸BERGER, 2009, op. cit.

palavras, no campo ontognoseológico, podemos concluir que Foucault é diametralmente oposto a Aristóteles.

Foucault realça a importância da história do sujeito de conhecimento. Para ele, a história e as práticas políticas parecem influenciar no modo cognitivo do homem e ajuda a explicar a evolução do ato de provar com o passar do tempo⁸⁹. Para o autor, o inquérito influenciou todas as formas existentes de saber, inclusive as ciências naturais, excepcionando a alquimia. Não é objetivo deste trabalho provar o que influenciou o que, se a ciência influenciou o inquérito ou se o inquérito influenciou a ciência. Cabe neste trabalho investigar como a linguagem dialética e científica de Aristóteles influenciou o sistema probatório ocidental.

Quanto à separação do saber – sempoder e do podersem saber–, pode confrontar com a afirmação de São Tomás quanto à maneira de validar os argumentos: o importante não é o que diz, mas o que é dito com razão, separando neste juízo a autoridade da verdade racional, que Foucault refere que não passa de ilusão⁹⁰.

⁸⁹FOUCAULT, 2002, op. cit.

⁹⁰FOUCAULT, 2002, op. cit.

5 ARISTÓTELES E O OCIDENTE

Aristóteles é o fundador da lógica ocidental e estabeleceu as regras de um raciocínio considerado formalmente válido. Para ele, a lógica é o instrumento para adquirir uma ciência válida. As regras da lógica, expostas em sua obra *Órganon*⁹¹, permaneceram praticamente intocadas até o início do século XX.

A lógica aristotélica domina ainda a tradição jurídica, principalmente no que tange ao raciocínio analítico e à argumentação dialética. Quanto à dialética, Chaïm Perelman utilizou elementos da teoria aristotélica para fazer sua crítica à ideia cientificista e logicista dos séculos anteriores, permitindo a volta do estudo da dialética e da retórica, que tinha sido praticamente abandonado nos séculos anteriores⁹².

A tradição jurídica sempre privilegiou o raciocínio analítico aristotélico e Perelman recuperou o raciocínio dialético, considerando este mais apropriado para o discurso do direito⁹³.

5.1 Distinção entre raciocínio dialético e raciocínio científico

Há uma importante distinção feita por Aristóteles entre o silogismo dialético e o silogismo analítico na sua obra os Tópicos⁹⁴. Para ele, o silogismo são regras formais do raciocínio onde se parte de premissas conhecidas para chegar a premissas desconhecidas⁹⁵.

⁹¹ ALVES, M. A. S.; LIMA, F. A. D. P. **Perelman e a volta a Aristóteles**: Perelman e a volta a Aristóteles no direito. XX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2011. p. 9430-9441. Disponível em: <http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/1083285/Perelman_e_a_volta_a_Aristoteles_a_reabilitacao_do_raciocinio_pratico_no_direito>.

⁹² ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

⁹³ ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

⁹⁴ ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

⁹⁵ ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

O silogismo analítico parte de premissas verdadeiras e necessárias para chegar a uma conclusão verdadeira, necessária e desconhecida. Os silogismos dialéticos partem de opiniões geralmente aceitas para chegar a uma conclusão provável, ou seja, as premissas do silogismo dialético dependem do consenso de um determinado grupo social.

Neste ponto, devemos chamar a atenção para o fato de que os silogismos dialéticos não devem ser tomados apenas como objetivamente prováveis, mas devem ser considerados pelo consenso verdadeiramente aprovados e aceitos⁹⁶. As conclusões dialéticas devem ser tidas como razoáveis e aceitáveis.

5.2 Aristóteles considerado na tradição jurídica moderna

Dentre algumas escolas que aproveitaram a aplicação dos paradigmas aristotélicos na tradição jurídica, podemos citar a escola de Bolonha, a ciência racional do direito e a escola conceitual do direito⁹⁷.

Dentro dessas escolas, sempre foi dado crédito à lógica formal, desde Antiguidade até a Modernidade e a retórica sempre foi vista como uma disputa ou um jogo sem nenhuma objetividade científica⁹⁸.

Por outro lado, a dialética sempre foi preterida. Kant, por exemplo, entendia que a dialética era algo ilusório e dava a determinados enunciados ares de verdadeiro, onde realmente não existia conhecimento⁹⁹.

Schopenhauer também criticava a dialética, pois esta não passa de puro jogo intelectual, enquanto afirmava que a lógica formal era a ciência apropriada para alcançar a verdade¹⁰⁰.

⁹⁶ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

⁹⁷ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

⁹⁸ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

⁹⁹ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

A ciência moderna, por sua vez, exalta a demonstração como meio para se alcançar o conhecimento validamente verdadeiro¹⁰¹.

Desde a Idade Média já existia a preocupação de cientificizar o direito e torná-lo próximo à epistémé teórica¹⁰². A preocupação de cientificizar o direito era para evitar confusões sociais que o texto vago da Bíblia e as obras de Santo Agostinho causavam¹⁰³. A chegada das obras de Aristóteles através dos comentadores árabes e a volta do estudo do direito romano permitiram que o direito fosse interpretado com maior precisão.

O direito praticamente adotou nos séculos XVII e XVIII sistematicidade e rigor¹⁰⁴. Foram abandonados os pensamentos teológicos que regravam o direito do período medieval e ficaram os princípios universais¹⁰⁵ que são baseados na razão¹⁰⁶. O direito, a partir de então, só teria validade se baseasse sua decisão em conhecimentos científicos rigorosos e não se influenciasse por valores¹⁰⁷. O direito foi concebido como sistema lógico e seu processo racional decorria de uma simples dedução¹⁰⁸. No século XIX, o direito ainda mantém a dedução lógica, mas agora baseado em princípios positivistas¹⁰⁹.

Chaïm Perelman (1912-1984) reabilitou a dialética aristotélica para o discurso jurídico em sua obra *Tratado da Argumentação: a nova retórica*¹¹⁰. Este autor não desprezou a lógica

¹⁰⁰ ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

¹⁰¹ ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

¹⁰² ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

¹⁰³ VILLEY, 2009, op. cit.

¹⁰⁴ ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

¹⁰⁵ “Universal/universais (lat. *universales*) 1. Universal é aquilo que se aplica à totalidade, que é válido em qualquer tempo ou lugar. *Essência, qualidade essencial existente em todos os indivíduos de uma mesma espécie e definindo-os como tais. Para Platão, universal é a *forma ou *ideia. Segundo Aristóteles, ‘uma vez que há coisas universais e coisas singulares (chamouniversal aquilo cuja natureza é afirmada de diversos sujeitos e singular aquilo que não o pode ser: por exemplo, homem é um termo universal, Cálías, um termo individual)’ (Da Interpretação, VII).” (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2001, op. cit.).

¹⁰⁶ ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

¹⁰⁷ ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

¹⁰⁸ ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

¹⁰⁹ ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

¹¹⁰ ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

formal, mas trouxe de volta para o discurso da racionalidade jurídica a dialética, que é a lógica que monta suas premissas em opiniões aceitáveis¹¹¹.

5.3 O discurso científico aristotélico e platônico espalhado pelo mundo

O discurso platônico-aristotélico foi difundido por todo o mundo através da Igreja católica, seja pelas obras de Santo Agostinho, que possui profunda influência platônica, seja pelas obras de São Tomás de Aquino, que recebeu uma profunda influência aristotélica.

Foi São Tomás Aquino que defendeu a tese de que o conhecimento natural era acessível a todos, independente de credo. A teologia era superior e limita a ciência natural, mas o conhecimento da teologia não é condição para que o sujeito cognoscente adquira conhecimento da ciência natural. Isso permitiu que todo mundo cristão da época estudasse as obras dos autores pagãos em busca desta ciência natural¹¹². Na *Suma Contra os Gentios*, São Tomás de Aquino explica que o que há de comum entre os cristãos e os povos pagãos é a razão, e ensinava aos pregadores que é a razão que deve ser o fundamento discursivo da defesa da fé cristã para gente que não conhecia as Sagradas Escrituras. A crença do período medieval da universalidade da razão permitiu a ciência de Aristóteles, em suma, por meio de discursos lógico e dialético, buscar aquilo que é a causa da coisa ser o que é e, tal coisa não tem possibilidade de ser de outra maneira¹¹³.

¹¹¹ALVES; LIMA, 2011, op. cit.

¹¹²VILLEY, 2009, op. cit.

¹¹³PEREIRA, O. P. *Ciência e dialética em Aristóteles*. São Paulo: Editora UNESP, 2001, p. 35.

5.4 A ontologia e a gnosiologia aristotélica

Pode-se afirmar que a ciência aristotélica possui dois aspectos: o aspecto do mistério (ser ou do fato) e o aspecto do problema (ser de razão ou evidência ideológica)¹¹⁴.

Segundo Jacques Maritain, no discurso aristotélico-tomista não existe oposição entre o intelecto e a coisa (ser extramental), tal como foi posto por Descartes. O “mistério”, que é a essência extramental¹¹⁵, que possui existência, é fonte inesgotável de conhecimento¹¹⁶. O “mistério”, o ser considerado em seu aspecto ontológico, é um composto de ato¹¹⁷, que é apreendido pela inteligência, e potência, que é uma espécie de devir ou não ser¹¹⁸.

Esta relação entre o ser extramental (evidência ideológica) e o ser real (coisa sensível) vai ser o fundamento mínimo para que o juiz diga que tal fato é verdade.

O problema é o ser de razão, que é uma entidade lógica, um complexo nocional criado pelo sujeito cognoscente. Só podemos penetrar no “mistério” (ser ontológico) através do ser de razão “problema”. Os conceitos estão sempre evoluindo, mas o estudo do ser ontológico continua o mesmo. Os conceitos são substituídos, mas o “mistério” (ser ontológico) permanece¹¹⁹.

A primeira etapa do conhecimento é a experiência, na qual o sujeito faz a intelecção do ser junto com as suas qualidades sensíveis, operação feita pela inteligência. Existe uma clara e necessária participação dos sentidos no ato de conhecimento aristotélico-tomista¹²⁰. O

¹¹⁴MARITAIN, J. **Sete lições sobre o ser e os primeiros princípios da razão especulativa**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. 152 p.

¹¹⁵ A essência Extramental é aquilo que está fora da mente, que em Aristóteles se encontra na própria coisa, enquanto em Platão a essência extramental está no mundo das ideias.

¹¹⁶MARITAIN, 2001, op. cit.

¹¹⁷ “2. Um ser em ato é um ser plenamente realizado, por oposição a um ser em potência de devir ou em potencialidade (Aristóteles). Ex.: a planta é o ato da semente, que permanece em potência enquanto não for plantada.” (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2001, op. cit.).

3. Ato puro é o Ser que não comporta nenhuma potencialidade e que se subtrai a todo e qualquer devir: Deus.” (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2001, op. cit.).

¹¹⁸MARITAIN, 2001, op. cit., p. 14.

¹¹⁹MARITAIN, 2001, op. cit.

¹²⁰BERGER, 2009, op. cit.

sujeito cognoscente precisa da interação com o mundo sensível para obter a matéria da causa do conhecimento¹²¹.

Esta etapa leva o sujeito cognoscente a tirar o conceito ou a ideia da coisa inteligida, ou seja, a inteligência retira os conceitos das coisas sem nada afirmar ou negar, chama-se a primeira operação do espírito¹²².

A segunda etapa é a elaboração do juízo, ou seja, uma afirmação ou negação entre os conceitos. Há um processo de dedução em verdades provisórias ou verdades absolutas¹²³. As conclusões da dedução são chamadas de ciências. Somente na segunda operação o sujeito tem contato com a existência atual ou existência possível das coisas. Na segunda operação do espírito, o conhecimento se completa¹²⁴.

Entra aqui a operação do verbo ser, que serve principalmente para se referir a uma atualidade e secundariamente o composto entre forma e sujeito¹²⁵. Disso, percebe-se que a função da inteligência é conhecer a existência possível ou atual das coisas. A segunda operação do espírito é a ponte necessária entre o sujeito cognoscente e o ser existente ou possível. Esta operação intelectual é o fundamento necessário para motivar racionalmente uma decisão, seja judicial ou administrativa.

A inteligência não se contenta apenas com a apreensão da essência das coisas, mas precisa certificar a existência possível ou atual dessas coisas. Aliás, o ser humano precisa da imaginação e da sensibilidade para inteligir os conceitos (que são imóveis). O intelecto precisa do corpo humano para fazer suas operações mentais.

O aristotelismo-tomismo repudia qualquer possibilidade de existir no homem ideias inatas e há a necessidade do mundo sensível para abstração das ideias. Para ilustrar essa

¹²¹BERGER, 2009, op. cit.

¹²²BERGER, 2009, op. cit.

¹²³BERGER, 2009, op. cit.

¹²⁴MARITAIN, 2001, op. cit., p. 29.

¹²⁵MARITAIN, 2001, op. cit.

afirmação, cita-se que uma pessoa destituída de sentido não pode ter acesso a determinados conhecimentos, como, por exemplo, um cego que não sabe o que é a cor¹²⁶.

Para São Tomás, o corpo seria instrumento inútil se o homem tivesse inato o conhecimento das coisas¹²⁷. A experiência mostra que algumas doenças causam alteração no raciocínio do homem.

A vontade se direciona para o objeto extramental, enquanto a inteligência se dá por satisfeita com a afirmação ou a negação de um julgamento da própria existência possível ou atualizada.

Objeto contingente é aquele que possui a existência possível¹²⁸. O sujeito cognoscente, que possui a essência das coisas, apreende a sensação das coisas corruptíveis e verifica se há adequação com esta essência que se encontra no intelecto¹²⁹.

A certeza da existência atual ou possível do objeto nasce da união da percepção intelectual entre objeto extramental, ideia correspondente que se encontra no sujeito.

Portanto, a filosofia tomista é uma filosofia existencial: “O intelecto prático tende à existência e torna sua”¹³⁰.

A evidência ideológica é o ente da razão, objeto da razão ou conceito. A lógica que é utilizada nas provas é o instrumento do sujeito cognoscente que analisa a evidência ideológica em busca do verdadeiro existente e sensível¹³¹. O movimento lógico que acontece no sujeito cognoscente consiste em verificar se tal ser obedece aos princípios de identidade, não contradição, sendo inválido, portanto, qualquer juízo que negue ou afirme sob a mesma relação¹³².

¹²⁶BERGER, 2009, op. cit.

¹²⁷BERGER, 2009, op. cit.

¹²⁸MARITAIN, 2001, op. cit.

¹²⁹MARITAIN, 2001, op. cit.

¹³⁰MARITAIN, 2001, op. cit., p. 33.

¹³¹MARITAIN, 2001, op. cit.

¹³²MARITAIN, 2001, op. cit.

O ser da razão só existe no espírito e o ser metafísico existe fora do espírito. O ser lógico pressupõe o ser ontológico e deste depende a sua existência e o seu fundamento racional¹³³. Não se pode cortar o laço entre o ser metafísico e o ser lógico tal como faz a filosofia moderna¹³⁴.

5.5 Dialética em sentido antigo

A dialética era conhecida pelos antigos, que a chamavam de ciência das conclusões prováveis. Os dialéticos consideram a ciência una, bem como o sujeito também é uno e todas convertem para o ser¹³⁵. O filósofo utiliza de uma linguagem precisa para levar a certeza, enquanto o dialético utiliza de argumento prováveis¹³⁶.

A dialética se limita aos seres de razão¹³⁷. A lógica se limita aos seres de razão, mas estes possuem os seus limites e seus fundamentos no mundo dos seres ontológicos¹³⁸. A dialética não é um discurso lógico da ciência propriamente dita, mas um jogo lógico de opiniões aceitáveis. A dialética tem as suas articulações no mundo da razão e esta é obra do lógico.

A dialética é a ciência dos prováveis que só existe na razão, não podendo ser confundida com a dialética de Marx e Hegel. Estes pensadores confundiram a ciência da razão com a ciência do real¹³⁹. Hegel afirmava o que é real é ideal, o que é ideal é real¹⁴⁰. Em Hegel, o mundo ideológico absorve o mundo real e este se processa ou evolui de maneira dialética, através da tese, antítese e síntese. Marx segue a mesma linha de raciocínio de Hegel, mas

¹³³MARITAIN, 2001, op. cit.

¹³⁴MARITAIN, 2001, op. cit.

¹³⁵MARITAIN, 2001, op. cit.

¹³⁶MARITAIN, 2001, op. cit., p. 47.

¹³⁷MARITAIN, 2001, op. cit.

¹³⁸MARITAIN, 2001, op. cit.

¹³⁹REALE, 1999, op. cit.

¹⁴⁰REALE, 1999, op. cit.

inverte a absorção, pois, para Marx, o mundo real absorve o ideológico¹⁴¹. Em ambos, não há distinção entre o real e o ideológico¹⁴². A dialética antiga, separada do mundo do ser para os antigos, é equivocadamente diferente da confusa para filosofia de Marx e Hegel¹⁴³.

A dialética aristotélica é utilizada pelo juiz quando este tem conclusões prováveis das alegações dos fatos que constam nos autos do processo. Muitas vezes, no juízo cível não é possível chegar à certeza sobre a existência dos fatos alegados no processo. Isto implica que o juiz terá de fundamentar sua sentença através de conclusões prováveis.

5.6 Tópica

A prova terá um duplo aspecto racional de jogo dialético e de ciência. O objeto do Tratado dos Tópicos é “encontrar um método que nos possibilite raciocinar sobre qualquer problema que nos seja proposto partindo de premissas prováveis, e no decorrer da discussão evitar contradizer-nos a nós próprios”¹⁴⁴.

Aqui há uma semelhança com o processo moderno. O processo, em seu início, preocupa-se com as premissas das partes, que inicialmente devem ser estas premissas confiáveis. A aceitabilidade da discussão já é feita de plano pelo juiz ao analisar a petição inicial, quando o juiz verifica a possibilidade da existência das alegações de fato no processo e seus respectivos meios de prova.

O raciocínio dialético parte de premissas prováveis – Aristóteles entende por provável “o que parece ser, seja a todos os homens, seja à maioria, seja ao sábio”¹⁴⁵.

¹⁴¹ REALE, 1999, op. cit.

¹⁴² REALE, 1999, op. cit.

¹⁴³ REALE, 1999, op. cit.

¹⁴⁴ ARISTÓTELES apud GARDEIL, H. D. Iniciação à Filosofia de S. Tomás de Aquino. **documenta catholica omnia**. Disponível em: <http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/sine-data,_Gardeil,_HD,_Iniciacao_A_Filosofia_de_S._Tomas_de_Aquino,_PT.pdf>. Acesso em: 4 maio 2014.

¹⁴⁵ ARISTÓTELES apud GARDEIL, 2014, op. cit.

O sinal externo da probabilidade é o testemunho ou aceitabilidade de determinado grupo destas proposições prováveis. O provável é aquilo que se assemelha à verdade, o verossímil. O raciocínio dialético difere da lógica científica quanto ao seu conteúdo, mas não quanto à sua forma lógica, que são a indução e o silogismo¹⁴⁶.

Segundo Aristóteles¹⁴⁷, é tríplice a prática da dialética, pois esta serve para o exercício do pensar e raciocinar sobre opiniões com qualquer pessoa, melhora a capacidade de distinguir o falso do verdadeiro e nos leva a alcançar os princípios indemonstráveis da ciência¹⁴⁸.

A dialética consiste em investigar se premissas prováveis podem ser aceitas.

5.7A Disputa dialética

Na disputa dialética, há dois contendores que disputam uma questão na forma A ou não-A¹⁴⁹. Nesse tipo de disputa, somente assuntos discutíveis podem entrar. Ou seja, o que é absurdo e evidente não pode entrar na disputa. Somente se disputa dialeticamente o que está no nível da opinião, ou seja, argumentos que possuem motivos convergentes e divergentes.

A proposição dialética é aquilo que é universalmente aceito¹⁵⁰. O arguidor defende sua tese e o arguido resiste à pretensão do arguidor em ter sua tese mantida. Assim, o arguidor bem-sucedido é aquele que consegue provocar a contradição no adversário. Na disputa dialética, o arguido está limitado a dizer sim ou não sobre as questões do arguidor, mas este pode pedir que o arguido explicita a questão, caso o arguido não a tenha compreendido¹⁵¹.

¹⁴⁶GARDEIL, 2014, op. cit.

¹⁴⁷ARISTÓTELES apud GARDEIL, 2014, op. cit.

¹⁴⁸GARDEIL, 2014, op. cit.

¹⁴⁹WYLLIE, G. A disputa dialética em Aristóteles. **Metavnoia**, São João del-Rei, v. V, p. 19-24, julho 2003. Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/portal-repositorio/File/lable/revistametanoia_material_revisto/revista05/texto02_dialetica_aristoteles.pdf>

¹⁵⁰WYLLIE, 2003, op. cit.

¹⁵¹WYLLIE, 2003, op. cit.

O arguido deve verificar se suas premissas são aceitas ou são rejeitadas. Sua coerência está na opinião de muitos sobre sua tese¹⁵². O arguido é ineficiente quando não apresenta um argumento comum a uma proposição universal ou se é incapaz de levar o seu argumento de maneira correta, ou, ainda, quando se contradiz naquilo em que queria provar, quando trazem para o debate argumentos falaciosos ou faz perguntas contenciosas¹⁵³.

Na disputa dialética, sempre há um vencedor. Logo, nesta disputa deve existir um juiz para julgar os argumentos. Contudo, nas obras aristotélicas, não há clareza sobre quem deve ser o juiz para julgar a disputa dialética¹⁵⁴.

Há as seguintes possibilidades quanto ao resultado da disputa dialética: as premissas do arguidor são consentidas pelo arguido¹⁵⁵; perde a batalha aquele que demorar a responder além do tempo admitido pela discussão¹⁵⁶; vence aquele que formular bons argumentos¹⁵⁷.

O processo gera o modo de produzir as provas assemelhando-se a uma disputa dialética. O processo ordena as regras de argumentação das partes e determina quem vai ser o juiz que vai apreciar as provas e definir o vencedor em razão da formulação de bons argumentos. O juiz é desinteressado, em tese, de quem vai ganhar a causa, o que interessa saber é qual é a parte que tem bons argumentos sobre a existência ou não dos fatos alegados. A discussão sobre as provas se dará sempre em contraditório, o que permite a simetria da oportunidade de argumentação.

O autor e réu sempre terão simetria em suas manifestações argumentativas para poder impugnar as teses contrárias à sua pretensão.

Ainda, o direito criou a figura da presunção legal, presunção judiciária, presunção absoluta e presunção judicial.

¹⁵²WYLLIE, 2003, op. cit.

¹⁵³WYLLIE, 2003, op. cit.

¹⁵⁴WYLLIE, 2003, op. cit.

¹⁵⁵WYLLIE, 2003, op. cit.

¹⁵⁶WYLLIE, 2003, op. cit.

¹⁵⁷WYLLIE, 2003, op. cit.

Todas essas presunções são baseadas em juízo de probabilidade positivada pelo legislador, exceto a presunção judicial, que decorre da máxima da experiência do juiz, que observa aquilo que ordinariamente ocorre. Estas premissas prováveis pertencem naturalmente à disputa dialética.

A presunção absoluta é baseada na probabilidade, aquilo que ocorre ordinariamente, mas não pode questionar sua validade ou ir contra esta presunção no momento de sua fundamentação ao decidir.

Quanto à presunção absoluta, ela parece o conceito de prova legal, o qual Malatesta¹⁵⁸ diz que tais conceitos proíbem o juiz de raciocinar, atrapalhando tal conceito na formação da convicção do juiz.

5.9 A ciência em suas relações de certeza e necessidade

Quando possuímos a ciência de algo, de acordo com a filosofia aristotélica? Existem alguns requisitos conforme leciona o filósofo Mario Ferreira dos Santos. Esses requisitos são: o conhecimento da causa do que a coisa é; a certeza que tal causa é única e não existe outro modo para a coisa ser tal como é¹⁵⁹.

¹⁵⁸MALATESTA, 2013, op. cit.

¹⁵⁹SANTOS, M. F. D. **Métodos lógicos e dialécticos**. 3. ed. São Paulo: Logos, 1963. v. III. Disponível em: <http://www.obrascaticas.com/livros/Filosofia/Mario%20Ferreira%20dos%20Santos/Metodos_Logicos_e_Dialecticos_III.pdf>, p. 12.

6 A PROVA É UMA CIÊNCIA OU UMA ARTE?

Aristóteles faz distinções da ciência quanto aos seus fins. Há ciências que são especulativas, que visam apenas à contemplação do conhecimento puro. Outras visam à operação de algo, como a prática e a técnica (*poietica*)¹⁶⁰.

A ciência prática visa à realização de um determinado ato, mas tal ato fica no sujeito, como a moral. A técnica visava realizar um determinado ato em algum objeto, ou seja, não é uma realização que fica no sujeito¹⁶¹.

A ciência processual parece ser uma técnica em linguagem aristotélica. Nesse sentido, entendemos que a prova é uma parte da ciência do direito, especificamente do direito processual. O direito é uma arte, pois esta visa a reger determinadas condutas humanas. Para reger a conduta humana, é necessário que se conheça o antecedente da norma, que é um descritor, uma hipótese fática. A hipótese fática e o fato pertencem ao estudo da ciência do ser.

Toda prescrição hipotética tem condições lógicas de gerar um comando concreto, se o Estado-juiz tiver a certeza ou a verossimilhança da existência do fato, que é trazido para inteligência do Estado-juiz por meio de prova. A prova traz o convencimento ao operador do direito para motivar racionalmente que o fato existido corresponde à descrição fática necessária para que haja determinada prescrição no mundo jurídico.

O estudo da prova é direcionado para a concretização do direito ou para que dê um suporte racional à determinada ação, assim como o médico deve dominar racionalmente a biologia para conhecer a singularidade da saúde do paciente, a fim de poder aplicar a ação médica.

A prova é uma ciência que possui finalidade prática, ou seja, a aplicação do direito ao caso concreto. A prova visa a buscar o fato que existiu para ser possível a aplicação do dever-

¹⁶⁰GARDEIL, 2014, op. cit.

¹⁶¹GARDEIL, 2014, op. cit.

ser jurídico. A prova visa a conhecer o ser que já teve existência, ou seja, o fato jurídico. A prova faz parte do direito processual e seu conhecimento visa a verificar um determinado fato para ser possível a concretização de uma ação.

Aristóteles diz que a *poiesis* é a realização de produzir algo utilizando conhecimento prévio para aplicar a técnica correspondente¹⁶².

As ciências práticas lidam com o contingente (ser o que não poder ser) e com o particular (localizado em determinadas dimensões em espaço e tempo)¹⁶³. A característica das ciências práticas é possuir uma ordem de conhecimento que será causa de ações interiores ou exteriores ao sujeito. O convencimento causado pela prova será a causa para aplicar consequências jurídicas ao caso concreto.

6.1A prova terá um duplo aspecto de jogo dialético e de ciência

Aristóteles nos legou dois jogos em relação ao seu discurso da verdade: a dialética e a ciência. A ciência aristotélica será toda pesquisa para buscar a verdade material e a dialética será todo jogo lógico no qual os contendores aceitarão enunciados razoáveis, sem que estes enunciados tenham a obrigação, a priori, de descobrir a verdade material.

O direito processual criminal sempre terá que utilizar a linguagem da pesquisa científica aristotélica para justificar a necessidade de o réu perder o seu bem mais valioso, que é a liberdade. O processo parece estar para os fatos da experiência jurídica assim como o *Órganon* está para o ser. O processo é semelhante ao discurso formado no paradigma da lógica científica aristotélica e da dialética aristotélica.

Órganon parece ser a base do discurso processual no que se refere ao discurso das provas.

¹⁶²GARDEIL, 2014, op. cit.

¹⁶³CORRÊA, L. **Direito e argumentação**. Barueri: Manole, 2008.

MALATESTA E O DISCURSO CIENTÍFICO ARISTOTÉLICO-TOMISTA EM MATÉRIA CRIMINAL

Essa parte consiste em verificar como a doutrina da lógica das provas em matéria criminal está coerente com o discurso científico aristotélico. Apesar de ser uma doutrina italiana, esta obra influenciou doutrinadores do mundo inteiro. Ela é compatível com a linguagem aristotélica-tomista, o que reforça a validade da tese que se defende neste trabalho.

Para tanto, estudaremos a questão da certeza, da probabilidade e da credibilidade sob a luz da ciência aristotélica. Em um primeiro momento, a obra de Malatesta¹⁶⁴ se preocupa com a verdade material, que é a certeza da existência do fato pelo julgador. Isso não implica que sua ciência não possa ser usada em processo que se resolve com a verdade formal.

Como refere o professor Nelson Finotti Silva¹⁶⁵:

A dota-se a verdade formal como consequência de um procedimento permeado por inúmeras formalidades para a colheita das provas, por inúmeras presunções legais definidas aprioristicamente pelo legislador, tais como, preclusão, coisa julgada, revelia, confissão. Em outras palavras, enquanto no processo penal só a verdade real interessa, no processo civil serve a verdade aparente.

Nota-se que a distinção entre verdade formal e material não está em sua lógica formal, mas no seu conteúdo ontológico. A verdade material é a fundamentação lógica referente sempre ao mundo dos fatos que existiram e que independem do seu relato no processo. A verdade formal são fatos que estão relatados no processo e fatos jurídicos criados no processo. O juiz, no processo civil, principalmente onde há direitos disponíveis, pode encerrar o processo sem a necessidade de averiguação da existência dos fatos alegados pelas partes.

¹⁶⁴MALATESTA, 2013, op. cit.

¹⁶⁵ Nelson Finotti Silva apud MANSOLDO, M. **Direito positivo**. Disponível em: <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=306>>. Acesso em: 5 maio 2014.

Basta que aconteça um fato processual ou basear-se em uma presunção legal para terminar o processo. Este trabalho procura saber qual a validade das sentenças em que o juiz não baseou sua sentença em uma presunção legal ou em determinados fatos processuais, mas na existência ou não de determinado fato.

7.1 Certeza: sua natureza e suas espécies na concepção de Malatesta

Malatesta afirma que a verdade “é a conformidade da noção ideológica com a realidade”¹⁶⁶, coincidindo com a aceção tomista-aristotélica de verdade¹⁶⁷ e chama de certeza, estado subjetivo da alma¹⁶⁸, a crença nesta percepção. Malatesta chama a atenção para o fato de que essa certeza e a verdade podem não coincidir. O sujeito cognoscente pode ter uma percepção errada das coisas. O próprio Aristóteles aconselha que haja coerência entre o discurso científico da teoria e os fatos; porém, se tais fatos futuramente não forem suficientemente apreendidos, deve-se confiar mais na sensação que nas ideias que representam estas sensações¹⁶⁹.

Dessa forma, não é razoável o jurista criar um dogmatismo inconsequente, baseado em uma cientificidade aparente¹⁷⁰, se os seus princípios sobre a verdade contradizem a experiência. Quando a certeza está disforme, a realidade é chamada de falsidade¹⁷¹.

A certeza é uma disposição do sujeito e esta não se confunde com a realidade exterior, ainda que esta realidade exterior seja o motivo da certeza¹⁷². A verdade e a falsidade não se

¹⁶⁶MALATESTA, 2013, p. 31.

¹⁶⁷DEZZA. *Síntese tomista*. [S.l.]: Figueirinhas Porto, p. 21.

¹⁶⁸MALATESTA, 2013, p. 31.

¹⁶⁹PEREIRA, 2001, op. cit., p. 403.

¹⁷⁰PEREIRA, 2001, op. cit., p. 401.

¹⁷¹DEZZA, s/d, op. cit., p. 22.

¹⁷²MALATESTA, 2013, op. cit., p. 31; DEZZA, s/d, op. cit., p. 22.

encontram nas coisas, mas se encontram no pensamento em razão da certeza do sujeito, que está conforme ou disforme a realidade¹⁷³.

A certeza é uma disposição do sujeito e, portanto, não é objetiva, diferente do que afirma erroneamente Alexandre Câmara Freitas¹⁷⁴.

As operações intelectuais entram no problema de cognição de qualquer ciência, inclusive na das provas¹⁷⁵. A grande questão é de como as ideias surgem em nós em sua maneira universalizada. Conhecemos o individual em razão da sensação e da imaginação. As ideias são tiradas das imagens, mas estas não comportam nenhuma sensação ou coisa para individualizá-la¹⁷⁶.

Segundo os peripatéticos, há em nós uma força intelectual (*intelecto agens*) que vê analogamente ao ser no mundo sensível e reproduz esta evidência ideológica no homem. O homem, através da inteligência, apreende a essência das coisas ou aquilo que a coisa é. Conhecemos as coisas pelas ideias abstraídas. Antes de pensar em um objeto no mundo concreto, acessamos a essência abstraída, que é logicamente anterior ao conhecimento da individualidade de um determinado objeto¹⁷⁷.

Recapitulando, primeiro o mundo sensível desconhecido dá as ideias de que preciso e, depois, por meio dessas ideias, eu conheço indiretamente o mundo concreto¹⁷⁸. Primeiro há a percepção sensível, posteriormente a abstração das ideias e em seguida vem o conhecimento do mundo sensível.

¹⁷³PEREIRA, 2001, op. cit., p. 84.

¹⁷⁴CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. I.

¹⁷⁵MARITAIN, J. **Elementos de filosofia I: introdução geral à filosofia**. 18. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998, p. 111.

¹⁷⁶MARITAIN, 1998, op. cit., p. 113.

¹⁷⁷MARITAIN, 1998, op. cit.

¹⁷⁸MARITAIN, 1998, op. cit.

Segundo Jacques Maritain¹⁷⁹, “a verdade do nosso espírito consiste com a conformidade com a coisa”. O autor repete a máxima de Avicena, comentador árabe das obras aristotélicas, estudado e aceito por São Tomás de Aquino.

Em Aristóteles e Tomás de Aquino, não é o espírito que dá a medidas coisas, como acontece na filosofia de Kant, mas as coisas é que dão a medida do que o espírito pode conhecer. O centro do conhecimento aristotélico é o ser real e não as formas a priori de conhecimento, tal como foi proposto por Kant. São Tomás de Aquino¹⁸⁰ dá a noção das relações entre entendimento, coisa entendida e verdade, conforme a citação abaixo:

Estando La verdaden El entendimiento em suconformidad com la cosa entendida, necesariamente La razón de loverdadero parte Del entendimiento a la cosa entendida, diciéndo esta verdadera, encuancto se ordena de algún modo a La inteligencia

A certeza é indivisível, simples, é a crença da verdade conquistada pelo espírito¹⁸¹. A certeza precisa da inteligência para perceber a verdade objetiva¹⁸². A inteligência tem acesso às verdades sensíveis e às verdades puramente inteligíveis¹⁸³.

A certeza é a expressão intelectual da crença do sujeito, que em seu conteúdo afirma que há apenas uma relação entre a coisa entendida e o intelecto, não havendo possibilidade de haver outras relações possíveis; ou seja, a coisa entendida corresponde a apenas uma ideia no intelecto do sujeito, não havendo possibilidade de haver outras ideias divergentes correspondendo ao mesmo objeto.

A certeza é o pressuposto gnosiológico da ciência.

¹⁷⁹MARITAIN, 1998, op. cit., p. 119.

¹⁸⁰AQUINO, T. D. Disponível em: <http://mercaba.org/TEOLOGIA/AQUINO/pars01_cuestio16.htm>. Acesso em: 24 maio 2014.

¹⁸¹MALATESTA, 2013, op. cit., p. 32.

¹⁸²MALATESTA, 2013, op. cit., p. 32.

¹⁸³MALATESTA, 2013, op. cit., p. 33.

A inteligência segue algumas operações para alcançar a verdade. A primeira operação é a busca da verdade imediata puramente inteligível¹⁸⁴, conquistada de forma não discursiva, infalível e intrínseca por necessidade, que busca os primeiros princípios indivisíveis e assim a ciência se instaura¹⁸⁵. Dessa forma se dá evidência ideológica e a certeza intuitiva puramente lógica¹⁸⁶. Essa primeira operação do entendimento é a intelecção dos primeiros indivisíveis, que são as premissas primeiras e indemonstráveis¹⁸⁷, sendo esses conceitos o começo para qualquer processo de conhecimento cognitivo.

A outra operação do intelecto é aquela que alcança discursivamente uma verdade desconhecida, reflexiva, indireta, através da demonstração, dando ao sujeito cognoscente a certeza de que a relação entre ideia e objeto é verdadeira. De uma verdade conhecida, o intelecto conclui silogisticamente uma verdade desconhecida¹⁸⁸. Nesta segunda operação do intelecto, a verdade mais geral conhecida revela a verdade particular desconhecida¹⁸⁹. Quando a verdade conhecida puramente inteligível geral alcança silogisticamente uma verdade puramente inteligível particular, e o sujeito percebe que essa relação silogística é única sob determinado aspecto e não pode pertencer simultaneamente a outra verdade geral divergente, temos a certeza lógica.

As verdades obtidas no âmbito criminal não podem ser puramente inteligíveis, pois essas verdades se baseiam em fatos sensíveis, contingentes e particulares que existem ou já existiram, não podendo a certeza do âmbito probatório criminal utilizar apenas de intuição pura ou evidência ideológica¹⁹⁰.

Portanto, em termos probatórios, é necessário o estudo da cognoscibilidade das questões das verdades sensíveis, que são verdades alcançadas pela via dos sentidos ou que são

¹⁸⁴MALATESTA, 2013, op. cit., p. 33.

¹⁸⁵PEREIRA, 2001, op. cit., p. 352.

¹⁸⁶MALATESTA, 2013, op. cit., p. 33.

¹⁸⁷PEREIRA, 2001, op. cit., p. 125.

¹⁸⁸MALATESTA, 2013, op. cit., p. 34.

¹⁸⁹MALATESTA, 2013, op. cit., p. 34.

¹⁹⁰MALATESTA, 2013, op. cit., p. 34.

fatos psíquicos, também chamados de fatos morais, os quais são percebidos em razão da necessidade da materialidade para se exteriorizar. Aqui se encontra a certeza que deve ser estudada em termos de matéria criminal¹⁹¹.

Malatesta¹⁹² afirma que as verdades sensíveis materiais podem ser apreendidas tanto pela intuição como pela reflexão. Porém, as verdades sensíveis morais são alcançadas apenas pela reflexão.

A verdade sensível, que gera a certeza intuitiva física, é uma percepção intelectual daquilo que se sente. A operação intelectual da sensação de forma intuitiva é simplíssima¹⁹³. O intelecto afirma em forma de certeza aquilo que é sentido, por isto que a operação intelectual sobre o dado sensível é simplíssima¹⁹⁴.

Malatesta dá ênfase a dois tipos de certezas: a certeza lógica e a certeza física. Ambas têm participação do intelecto, mas as puramente lógicas são certezas puramente inteligíveis, enquanto na certeza física predomina a participação dos sentidos¹⁹⁵.

Há uma certeza que é mista, composta pelo intelecto e pelos sentidos, tal como atesta Malatesta¹⁹⁶. São as verdades sensíveis morais que principiam por uma verdade sensível, surgindo de uma certeza física e que, através de um ato de reflexão, atingem outra verdade desconhecida psíquica¹⁹⁷. Tal fato também acontece com as verdades físicas materiais, que por um ato de reflexão podem atingir uma verdade sensível material¹⁹⁸.

A certeza reflexiva, descoberta em razão de uma verdade sensível conhecida e que alcança através do raciocínio uma verdade desconhecida, é chamada de certeza mista, pois

¹⁹¹ MALATESTA, 2013, op. cit., p. 35.

¹⁹² MALATESTA, 2013, op. cit., p. 35.

¹⁹³ MALATESTA, 2013, op. cit., p. 35.

¹⁹⁴ MALATESTA, 2013, op. cit., p. 36.

¹⁹⁵ MALATESTA, 2013, op. cit., p. 36.

¹⁹⁶ MALATESTA, 2013, op. cit., p. 36.

¹⁹⁷ MALATESTA, 2013, op. cit., p. 36.

¹⁹⁸ MALATESTA, 2013, op. cit., p. 36.

é gerada por operações da certeza física e da certeza lógica¹⁹⁹. Esta certeza mista descobre uma verdade desconhecida graças à certeza lógica que é gerada pelo raciocínio²⁰⁰.

Aqui há um dilema de ordem gnosiológica. A verdade geral da qual se deduz uma verdade sensível não pode ser puramente inteligível, segundo o que conclui Malatesta²⁰¹.

A verdade geral, que possui uma certeza física e lógica, é a verdade resultante do método indutivo. A certeza física nasce da observação empírica. A verdade geral, que nasce da observação experimental, chama-se lei natural. Esta lei natural pode ser dividida por nexos constantes, que possuem uma relação de causa e consequência constantes, e por nexos ordinários, que possuem uma relação de causa e consequência prováveis²⁰².

Por indução, chega-se a uma ideia geral experimental e por dedução percebe-se uma determinada verdade sensível²⁰³.

A certeza física é pouco utilizada pelo juiz, de acordo com Malatesta²⁰⁴. A certeza física surge para crimes que acontecem em audiência e para delitos cometidos fora do juízo, em que a materialidade do crime pode ser para o juiz apreciar o fato delituoso diretamente²⁰⁵. Porém, se o juiz encontra outra verdade conhecida em razão do fato delituoso, tal certeza não será física, mas lógica²⁰⁶. A certeza física será sempre a materialidade diretamente percebida²⁰⁷.

Malatesta²⁰⁸ divide a certeza da prova criminal em três grupos: a certeza físico-lógica, a físico-histórica e a físico-lógico-histórica.

A certeza físico-lógica está relacionada diretamente com o contato sensorial da prova e a ideia geral experimental, ou seja, o modo de ser e de agir da natureza²⁰⁹. Este tipo de certeza

¹⁹⁹MALATESTA, 2013, op. cit., p. 37.

²⁰⁰MALATESTA, 2013, op. cit., p. 38.

²⁰¹MALATESTA, 2013, op. cit., p. 38.

²⁰²MALATESTA, 2013, op. cit., p. 39.

²⁰³MALATESTA, 2013, op. cit., p. 40.

²⁰⁴MALATESTA, 2013, op. cit., p. 40.

²⁰⁵MALATESTA, 2013, op. cit., p. 40.

²⁰⁶MALATESTA, 2013, op. cit., p. 40.

²⁰⁷MALATESTA, 2013, op. cit., p. 41.

²⁰⁸MALATESTA, 2013, op. cit., p. 42.

é o da prova material indireta, ou indício, cujo modo de ser e de agir da natureza é o modo ordinário, sendo as suas conclusões as consequências prováveis²¹⁰. A certeza físico-lógica parte de uma *afirmação*, em razão da sensação de uma prova material, para chegar à conclusão da coisa afirmada através de um trabalho racional²¹¹.

Na certeza histórica ou físico-histórica, não há necessidade de um trabalho racional, tal como é exigido na certeza físico-lógica. A relação é estabelecida entre “a pessoa que afirma e a afirmação”²¹². A certeza histórica é a “percepção imediata e sensória da palavra falada ou escrita de uma testemunha”²¹³, sendo o processo de validação desta prova a convicção de sua veracidade, que é compreendida como válida graças ao modo de “ser e de agir constante da natureza”²¹⁴.

A certeza físico-histórico-lógica possui a complexidade da certeza físico-lógica e da certeza histórica²¹⁵. A certeza físico-histórico-lógica é a crença que surge de uma realidade afirmada pela testemunha e que, por exercício reflexivo, chega-se a uma verdade desconhecida²¹⁶. Esta é uma prova pessoal indireta²¹⁷.

A classificação objetiva dos graus de certeza tem se demonstrado inútil, visto que a certeza é um estado de alma, pois esta é simples e indivisível e igual e sempre idêntica a si mesma²¹⁸.

A verdade pode ser graduada em necessária, ordinária ou eventual, mas a certeza é algo que a pessoa tem ou não tem, é um critério subjetivo que crê que determinada evidência ideológica corresponde a um determinado fato²¹⁹.

²⁰⁹MALATESTA, 2013, op. cit., p. 42.

²¹⁰MALATESTA, 2013, op. cit., p. 42.

²¹¹MALATESTA, 2013, op. cit., p. 43.

²¹²MALATESTA, 2013, op. cit., p. 43.

²¹³MALATESTA, 2013, op. cit., p. 43.

²¹⁴MALATESTA, 2013, op. cit., p. 44.

²¹⁵MALATESTA, 2013, op. cit., p. 44.

²¹⁶MALATESTA, 2013, op. cit., p. 44.

²¹⁷MALATESTA, 2013, op. cit., p. 45.

²¹⁸MALATESTA, 2013, op. cit., p. 49.

²¹⁹MALATESTA, 2013, op. cit., p. 49.

Não se pode graduar a certeza. A certeza pode ser graduada objetivamente em razão de sua capacidade de erros, ou seja, na crença inadequada entre evidência ideológica e a realidade, que é o “modo como o espírito se apodera da verdade”²²⁰.

Analisando as espécies de certeza, percebe-se que a probabilidade da certeza puramente lógica intuitiva ser errada é praticamente nula. Na certeza puramente lógica intuitiva, só há participação do intelecto no modo de apoderação da verdade, não havendo raciocínio progressivo para a conquista de uma verdade desconhecida. A certeza lógica reflexiva tem maior possibilidade de erro, em razão do desenvolvimento da evolução das ciências²²¹.

A certeza física é simples apreensão da verdade, pois se trata da percepção sensível do objeto pelo sujeito²²².

Na certeza histórica, há a possibilidade de erro em razão do possível depoimento falso da testemunha. Para o juiz, o único trabalho intelectual para validar tal prova é comparar com o modo de ser e de agir observado de pessoas que atestam verdadeiramente um fato²²³.

Malatesta diz que a certeza físico-lógica é passível de maiores erros em razão da complexidade da análise dos fatos. A primeira dificuldade é a constatação do fato e depois vem o trabalho racional reflexivo para conhecer uma verdade desconhecida. Malatesta diz que os fatos produzem várias consequências e nem sempre são uniformes, possibilitando maiores probabilidades de julgamentos errôneos²²⁴.

A certeza físico-lógica-histórica é a que possui maior probabilidade de erros de julgamento em razão do que já foi exposto precedentemente²²⁵.

²²⁰MALATESTA, 2013, op. cit., p. 50.

²²¹MALATESTA, 2013, op. cit., p. 52.

²²²MALATESTA, 2013, op. cit., p. 53.

²²³MALATESTA, 2013, op. cit., p. 53.

²²⁴MALATESTA, 2013, op. cit., p. 53.

²²⁵MALATESTA, 2013, op. cit., p. 54.

7.2 Relações de convicção e certeza judicial

O sujeito da certeza certamente é a alma do julgador, pois, como foi dito anteriormente, a certeza é um estado de alma²²⁶.

A relação entre a prova e a certeza do julgador é um movimento natural do espírito.

O problema do julgador é quando o ordenamento jurídico determina regras condicionando a maneira com que deve apreciar as provas. Este condicionamento legal que visa a limitar a certeza natural do julgador é chamado de certeza legal. Há uma criação legislativa de um sujeito fictício jurídico de certeza para a apreciação de determinadas provas²²⁷.

Malatesta elenca dois tipos de certezas que a legislação pode criar: a certeza completamente legal e a certeza parcialmente legal²²⁸. A certeza completamente legal praticamente elimina a capacidade do livre convencimento do julgador, pois somente a lei constrói a certeza judicial sobre as provas²²⁹.

A certeza parcialmente legal incide quando há dúvida ou não no surgimento da certeza do juiz ante os fatos trazidos a juízo²³⁰. A certeza parcialmente legal supre subsidiariamente a certeza natural do juiz quando esta falta, produzindo o julgamento favorável ou contrário à pretensão do autor²³¹.

Malatesta critica qualquer tipo de certeza legal criada pela legislação, pois infinitas são as formas de relações entre a prova e a sua eficácia. A realidade é nãocontingente e invariável

²²⁶MALATESTA, 2013, op. cit., p. 57.

²²⁷MALATESTA, 2013, op. cit., p. 58.

²²⁸MALATESTA, 2013, op. cit., p. 58.

²²⁹MALATESTA, 2013, op. cit., p. 58.

²³⁰MALATESTA, 2013, op. cit., p. 58.

²³¹MALATESTA, 2013, op. cit., p. 59.

em relação ao seu número de determinações²³². São de invariáveis maneiras que se apresentam as singularidades existentes nas provas.

Os fatos que pertencem a um mundo material e contingente não podem ser representados perfeitamente por ideias fixas contidas na legislação. Cada fato tem a sua própria singularidade, gerando no sujeito diferentes certezas. A certeza legal praticamente elimina ou limita a racionalidade do sujeito do conhecimento (juiz). O próprio Malatesta diz que “a racionalidade termina onde começa o limite legal”²³³. A certeza legal é, portanto, um erro lógico e um mal jurídico, que surge por conveniência política²³⁴.

A certeza é a relação que une a ideia e a imagem de um determinado fato na mente do sujeito cognoscente. A ideia que se encontra no sujeito é imutável e imaterial, apesar de ela ser representada por símbolos materiais, tais como a fala, a escrita, etc.

A ideia não se confunde com a imagem, pois esta pode representar de várias maneiras a mesma ideia. A ideia permanece a mesma, ainda que variem os signos ou os fantasmas de sua representação²³⁵. Na imaginação, o sujeito cognoscente pode criar várias imagens surgidas da mesma ideia.

No ato de conhecimento da coisa sensível, a ideia precede a imagem da coisa. O conhecimento de uma diversidade de coisas singulares depende de uma ideia que está no indivíduo. A ideia, que é una, pode gerar várias certezas em razão das diferentes imagens presentes no sujeito cognoscente. O julgador em um processo espontâneo percebe que uma determinada imagem gerada pelas provas corresponde à ideia expressa no suporte fático da norma. Existem várias maneiras de as provas gerarem imagens no sujeito e formar a imagem que deve lhe corresponder à certeza.

²³²MALATESTA, 2013, op. cit., p. 60.

²³³MALATESTA, 2013, op. cit., p. 61.

²³⁴MALATESTA, 2013, op. cit., p. 61.

²³⁵DEZZA, s/d, op. cit., p. 148.

Apesar de quase abolido no nosso sistema jurídico, o sistema de prova legal ainda remanesce em métodos de valoração de prova criados artificialmente pela legislação, como no art. 227 do Código Civil, que não permite prova exclusivamente testemunhal nos negócios jurídicos cujo valor exceda em dez vezes o salário mínimo, e no art. 902 do Código de Processo Civil, que exige a prova escrita para comprovar o contrato de depósito²³⁶.

Alexandre Câmara concorda que o sistema legal não tem função racional em existir e sua existência é justificada por uma grande desconfiança nas arbitrariedades do juiz²³⁷. O autor ainda cita o sistema da *íntima convicção*, mas este sistema está em desuso em nosso sistema processual civil, em virtude da não vinculação das provas e o julgamento através de impressões pessoais pelo julgador²³⁸. A íntima convicção não nos mostra as razões da formação da certeza do julgador e, conseqüentemente, do convencimento do juiz.

A certeza é uma opinião da verdade, mas o convencimento é uma opinião da certeza. Percebe-se com isso que o convencimento é um juízo sucessivo, sendo uma opinião da opinião. A certeza moral encontra sua plenitude de ser no convencimento racional. A pessoa convicta está persuadida de determinada certeza. Acredita que tal certeza é verdadeira e que não paira nenhuma dúvida na sua subjetividade²³⁹.

A convicção é semelhante à certeza, pois em ambas não existem graduações. Assim como alguém tem a certeza ou não tem a certeza sobre um determinado assunto, também pode estar convicto ou não estar convicto sobre o mesmo assunto²⁴⁰.

A prova tem, por fim, criar certeza e convicção desta certeza no juiz, sendo óbvio o que se busca a existência de determinados fatos e não apenas a verdade das alegações dos fatos²⁴¹. O direito sairá da convicção dos fatos. As provas dão a certeza da veracidade ou não

²³⁶CÂMARA, 2010, op. cit., p. 402.

²³⁷CÂMARA, 2010, op. cit., p. 412.

²³⁸CÂMARA, 2010, op. cit., p. 412.

²³⁹MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁴⁰MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁴¹MALATESTA, 2013, op. cit.

das alegações, mas o juiz procura averiguar se determinada prova confirma a existência de um determinado fato alegado ou não.

Parece inútil afirmar que o objeto da prova é averiguar as alegações de fato, tal como faz Alexandre Câmara Freitas²⁴². As alegações só são verdadeiras quando são adequadas aos fatos. A prova testemunha o fato e depois, por um processo de cognição, verifica se a alegação é verdadeira ou falsa.

A convicção é um processo natural da inteligência e da vontade, por isso não é recomendável que o juiz aprecie indiretamente as provas através do relatório do juiz instrutor, pois o juiz instrutor pode influenciar artificialmente a inteligência e a vontade do outro julgador, afastando-o da verdade que está expressa diretamente nas provas²⁴³.

Conforme ensina Malatesta, o preceito legislativo que dá valores fixos às provas atrapalha o processo natural de convencimento do juiz, podendo os valores fixos da prova influir erroneamente na formação do convencimento do juiz. Outra situação que pode conduzir ao erro são as paixões desregradas do julgador, causando falsos juízos em sua alma²⁴⁴.

Platão aconselha, em seu Fédon, que se deve expurgar do espírito as paixões desregradas para se chegar à verdade. Ou seja, o julgador não pode se guiar por impulsos ou ser movido a sentimentos, conforme ensina Gallupi. O convencimento deve ser raciocinado e não sentido²⁴⁵.

Isto explica as restrições de competência do juiz, em que se deve exaltar o raciocínio, e onde a vontade movida por razões pessoais deve ser posta em segundo lugar. Isso parece ser um mecanismo destinado para evitar que o juiz seja influenciado por questões pessoais²⁴⁶.

²⁴²CÂMARA, 2010, op. cit.

²⁴³MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁴⁴MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁴⁵MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁴⁶MALATESTA, 2013, op. cit.

Malatesta volta à ideia do homem médio no uso da razão [M]. O juiz deve julgar os fatos da mesma maneira que qualquer pessoa razoável e desinteressada pelo julgamento deve concluir. Esta relação de convencimento do juiz com base no julgamento de uma pessoa razoável se chama sociabilidade do convencimento. Em outras palavras, a certeza moral do juiz deve encontrar validade ou apoio na consciência social. Se houver contradição entre a convicção do juiz e a consciência social, o juiz está obrigado moralmente a absolver o réu²⁴⁷.

O raciocínio do julgador e a sociabilidade devem estar sempre em harmonia, pois a sociabilidade é o limite da certeza moral do juiz, quando este está para condenar o réu. Essa sociabilidade se expressa materialmente no momento em que a sociedade vigia os atos jurisdicionais, que, por esta razão, devem ser motivados e públicos para averiguar se a motivação da decisão se coaduna com a consciência social. Isto evita que haja arbitrariedade nas decisões judiciais²⁴⁸.

Certamente, a obrigação de motivação nas decisões judiciais exposta na nossa Constituição Federal, em seu art. 93, IX, protege o convencimento racional dos julgamentos e faz com que este convencimento não se afaste da consciência social, evitando desse modo o arbítrio.

Pode haver alguma proximidade entre sociabilidade do convencimento e o senso comum da doutrina aristotélica-tomista. O senso comum são certezas verdadeiras que devem brotar de maneira igual a todo homem. Todo homem deve discernir alguns grupos de verdades como evidência sensível, tais como a extensão dos corpos. Também deve conhecer os chamados “princípios inteligíveis evidentes por si mesmos”²⁴⁹, como o fato de que o todo é maior que a parte, e as chamadas consequências imediatas, ou conclusões próximas.

²⁴⁷ MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁴⁸ MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁴⁹ MARITAIN, 1998, op. cit., p. 85.

A sociabilidade de Malatesta é o senso comum da humanidade, conforme descrito por Jacques Maritain. Essas certezas naturais se encontram em todo homem, salvo naqueles que têm alguma deficiência na razão ou que tiveram uma educação deficiente²⁵⁰.

O senso comum deve repousar na evidência e não na autoridade. A doutrina tomista-aristotélica faz uma separação radical entre saber e poder. Ainda que muitos homens consintam em um determinado conceito, a verdade, a certeza verdadeira repousa nas relações de sujeito racional e objeto, nunca na autoridade²⁵¹.

Todos os homens, em condições normais, têm acesso às evidências ou aos primeiros princípios e o senso comum é considerado o início da ciência ou da filosofia. Também pode servir como limite da própria ciência, pois esta não pode contrariá-lo. O senso comum, nesse sentido, é a pré-ciência, pois é neste que começa o seu edifício teórico²⁵².

Tudo que foi posto até aqui se adéqua ao sistema de persuasão racional, que também é conhecido como livre convencimento ou livre convencimento motivado. O princípio desse sistema se baseia na fundamentação racional do juiz na motivação da sentença, limitado materialmente pelas provas carreadas nos autos²⁵³.

7.3 A probabilidade em relação à certeza

O julgamento judicial na seara criminal não pode ser baseado em motivos prováveis. A decisão que tira a liberdade do cidadão não pode se basear em um juízo de probabilidade, em razão de causar perturbação social quando há sentenças motivadas sob o juízo de probabilidade²⁵⁴.

²⁵⁰MARITAIN, 1998, op. cit.

²⁵¹MARITAIN, 1998, op. cit.

²⁵²MARITAIN, 1998, op. cit.

²⁵³CÂMARA, 2010, op. cit.

²⁵⁴MALATESTA, 2013, op. cit.

Em razão da adequação e da pacificação social, muitas vezes o julgamento na seara cível é motivado por juízo de probabilidade, pois a liberdade das partes não é tão profundamente alcançada, em comparação ao que acontece no direito processual penal. A certeza do juiz na seara cível não será influenciada por elementos puramente racionais, como deve ser feito na cognição das provas no juízo penal.

A certeza e probabilidade são conceitos distintos. A certeza possui em seu conteúdo gnosiológico a crença da verdade. Ela não coincide com a verdade, mas a alma do sujeito cognoscente adere racionalmente à correspondência entre a evidência ideológica e o objeto e nesta ligação não há nenhuma adesão do crente na divergência²⁵⁵.

A probabilidade, por sua vez, possui em seu conteúdo crenças em motivos divergentes e convergentes. A certeza não significa necessariamente que não haja motivos objetivos contrários à crença. Pode existir na alma do sujeito cognoscente motivos contrários à certeza, mas a racionalidade do sujeito cognoscente repele os motivos divergentes e adere racionalmente aos motivos convergentes. Na probabilidade, o sujeito cognoscente não repudia racionalmente os motivos divergentes²⁵⁶.

A probabilidade é múltipla, pois em seu conteúdo nocional inclui os motivos divergentes e convergentes da crença. A certeza é uma, em razão da adesão somente aos motivos convergentes e do repúdio racional aos motivos divergentes²⁵⁷.

A probabilidade é uma noção subjetiva, pois esta noção é uma disposição da alma em crer em motivos convergentes e divergentes²⁵⁸. Esses motivos convergentes e divergentes possuem dignidade de crença na alma do sujeito cognoscente, mas os motivos convergentes e divergentes assumem valores diferentes²⁵⁹.

²⁵⁵MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁵⁶MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁵⁷MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁵⁸MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁵⁹MALATESTA, 2013, op. cit.

Ainda que haja largo uso dos juízos de probabilidade no mundo ordinário, este tipo de julgamento não pode ser utilizado no momento do julgamento na aplicação da lei penal. A aplicação da lei penal utilizando juízos de probabilidade causa insegurança, tornando a sociedade mais conflituosa. A certeza deve ser a base gnosiológica para que a sentença-pena seja fundamentada²⁶⁰.

No juízo cível, o mais importante é a pacificação do conflito das partes envolvidas e que este conflito não gere instabilidade social. A certeza judicial na seara cível não pode envolver elementos de probabilidade sobre as provas e deve estar condicionada em orientar a sentença para que esta reduza a instabilidade social. Ainda que haja motivos divergentes, o juiz tem que decidir com certeza e repeli-los.

A possibilidade do contrário está na natureza da probabilidade. A probabilidade não pode ser a base gnosiológica da sentença, pois a probabilidade admite a possibilidade da realidade fática em ser ou não ser. A probabilidade pode ser graduada em razões dos valores que o sujeito cognoscente atribui racionalmente. Na certeza não existe possibilidade alguma de graduação²⁶¹.

7.4 As relações de credibilidade, certeza e probabilidade em Malatesta

A existência é a realidade em ato e aquilo que não é ato chama-se potência. O fato criminoso é uma realidade atuada de onde surge a certeza e a probabilidade²⁶².

O que é possível ontologicamente é crível no mundo do espírito. O possível é a potência com possibilidade de ser em ato. A realidade é potência que recebeu o ato de ser. Já o incrível é o negativo da certeza. O crível, por sua vez, é a possibilidade da realidade explicada, que o

²⁶⁰MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁶¹MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁶²MALATESTA, 2013, op. cit.

sujeito apreende como realidade possível de existir. A certeza é a realidade extramental percebida pelo sujeito cognoscente, sendo esta uma disposição da alma²⁶³.

O possível é potência para a realidade assim como o crível é potência para o intelecto. O real abrange o possível. O crível é a percepção da realidade possível, enquanto a certeza é a percepção da realidade atuada. Certeza é a percepção de uma realidade indubitável, enquanto o crível é a realidade possível²⁶⁴. A certeza em seu conceito inclui o crível, pois o que é “possível no mundo dos fatos é sempre crível no mundo do espírito”²⁶⁵.

O crível específico é definido como dúvida, onde os motivos convergentes e divergentes são racionalmente e igualmente aceitos pelo sujeito cognoscente. Em outras palavras, não há prevalência entre afirmação ou negação de um determinado juízo lógico pelo sujeito. O conceito de probabilíssimo se identifica com a ideia de verossimilhança²⁶⁶.

Temos as seguintes relações gnosiológicas entre a evidência lógica e os fatos: a certeza, que considera os motivos convergentes e repudia os motivos divergentes; a probabilidade, que valoriza mais os motivos convergentes, mas não despreza os motivos divergentes; a dúvida, também chamada de crível específico, considera que são de pesos equivalentes os motivos convergentes e divergentes. Estas relações gnosiológicas entre evidência ideológica e os fatos pertencentes são espécies do crível geral²⁶⁷.

Há também os inversos lógicos destas relações gnosiológicas entre evidência ideológica e os fatos: o improvável, inverso do provável, mas este conceito gnosiológico não destrói a credibilidade do juízo²⁶⁸.

Apesar da existência destas relações gnosiológicas entre evidência ideológica e os fatos, o magistrado só pode utilizar a certeza para fundamentar a sentença e condenar no juízo

²⁶³MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁶⁴MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁶⁵MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁶⁶MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁶⁷MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁶⁸MALATESTA, 2013, op. cit.

criminal²⁶⁹. O magistrado só pode usar as outras relações gnosiológicas para absolver o réu, ainda que haja no seu ânimo motivos menores para acreditar na sua inocência²⁷⁰. Em outras palavras, trata-se da aplicação *doin dubio pro reo*, quando, em caso de alguma credibilidade na inocência do réu, o juiz deve absolvê-lo.

O improvável não pode ser a crença final do processo penal, mas esta pode ser aceita para iniciar o processo, como uma relação gnosiológica não definitiva, mas de transição. O homem em seu juízo pode crer certamente em evidências ideológicas que não correspondem os fatos. Aquilo que o sujeito tinha como certo, mas que é entendido socialmente como incrível.

A verdade patente tem como seu contrário o incrível patente²⁷¹.

Existem verdades universais que são cridas por todos e verdades em que alguns creem e outros não. A credibilidade e a certeza podem variar de sujeito, dependendo esta variação da experiência do sujeito ou de seus conhecimentos gerais. O que para uns é crível, para outros será incrível²⁷².

A humanidade percebe o modo de ser constante das coisas e em razão disso sua inteligência induz a relações de causa e efeito ou a leis naturais. Há verdades evidentemente imutáveis, como o princípio de nãocontradição, ou seja, a impossibilidade de uma coisa ser e não ser ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto. Isto quer dizer que as coisas devem obedecer necessariamente ao princípio de nãocontradição²⁷³.

Mas, em razão de uma deficiência, ignorância ou paixões no sujeito cognoscente, o que um fato que era para ser incrível se torna crível²⁷⁴. À medida que o homem possui menos conhecimento de verdades, mais fácil será julgar erroneamente como incríveis determinados

²⁶⁹MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁷⁰MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁷¹MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁷²MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁷³MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁷⁴MALATESTA, 2013, op. cit.

fatos críveis. À medida que diminui a ignorância, diminui o erro de julgamento de fatos incríveis. Os maus hábitos de conhecimento conduzem o homem ao erro de julgamento.

7.5 Provas e regras probatórias genéricas

Aprova pode ser vista tanto na sua natureza, quanto na sua produção ou no efeito que produz no espírito²⁷⁵. Neste último ponto de vista, podemos afirmar que a prova “é a relação concreta entre a verdade eo espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza”²⁷⁶.

A prova comprova a verdade dos fatos alegados, sendo, portanto, imparcial, não importando se vai prejudicar ou favorecer a parte que a produziu. A prova ajuda ou prejudica uma das partes, independentemente de quem as produziu. Essa imparcialidade dos efeitos da prova em razão de sua relação intrínseca com a verdade torna válido o conceito de comunhão das provas²⁷⁷.

O juízo criminal busca a realidade explicada e a credibilidade não é a prova, mas apenas uma ideia que se faz do fato. Não se pode condenar ninguém pela simples ideia, sendo necessário haja provas para o convencimento de que houve de fato um crime. O fim do processo penal é averiguar se houve fato delituoso, buscando a certeza do delito²⁷⁸. Como já foi dito antes, não alcançando a certeza do delito, o juiz é moralmente obrigado a absolver o réu²⁷⁹. Conforme leciona Alexandre Câmara, “a verdade dos fatos é condição necessária para uma correta aplicação da norma”²⁸⁰.

²⁷⁵MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁷⁶MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁷⁷DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, op. cit.

²⁷⁸MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁷⁹MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁸⁰CÂMARA, 2010, op. cit., p. 413.

Mas fica uma pergunta: A prova de probabilidade pode ser aceita no juízo cível? Algo difícil de aceitar é uma sentença na qual o juiz não tem certeza sobre a quem pertence o bem da vida. Porém, o juiz não pode ficar jogando dados, o juiz deve usar a dialética para justificar sua fundamentação da sua decisão. No âmbito penal, as provas de probabilidade não podem ser aceitas como motivos suficientes para que a sentença condene o réu²⁸¹.

As provas isoladamente podem causar no ânimo do julgador motivos divergentes e motivos convergentes. Mas o conjunto probatório pode excluir racionalmente no ânimo do julgador os motivos divergentes, formando-se conseqüentemente a certeza no sujeito cognoscente. A prova que tem potencialidade de retirar os motivos divergentes no ânimo do julgador chama-se prova cumulativa de certeza²⁸².

A prova é tudo aquilo que pode formar a convicção do magistrado sobre a existência de um determinado fato. A prova “é a relação particular e concreta entre a verdade e a convicção racional”²⁸³.

O juiz deve produzir prova quando for necessário para o seu convencimento, pois a omissão do juiz em produzir determinada prova certamente favorece uma das partes²⁸⁴. A produção da prova pelo juiz não fere o princípio da imparcialidade, pois o importante é a descoberta da verdade e não apenas a efetividade do processo²⁸⁵.

No Brasil, contudo, é considerada inconstitucional a produção probatória pelo juiz no processo penal, pois, segundo o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o art.3º da Lei 9.034/1995, fere o princípio da imparcialidade a iniciativa probatória do juiz quando se trata de persecução criminal²⁸⁶.

²⁸¹MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁸²MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁸³MALATESTA, 2013, op. cit., p.105.

²⁸⁴MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁸⁵DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, op. cit.

²⁸⁶DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, op. cit.

Caso o juiz necessite de mais provas, mas sendo impossibilitado em razão do princípio da imparcialidade, o julgador deve absolver, pois somente a certeza do fato criminoso possui validade gnosiológica para condenar o réu, conforme é ensinado por Malatesta²⁸⁷.

Os seus limites encontram-se, portanto, na relação objetiva da prova e na convicção racional subjetiva. Quanto ao limite subjetivo desta relação, a convicção do magistrado deve ser plena ou não plena, pois esta convicção é formada pela adesão racional da certeza, não havendo, portanto, que falar em gradação ou medida da convicção. A prova deve gerar certeza no magistrado ou não deve gerar certeza neste²⁸⁸. Não há razão de falar de força da prova e sua eficácia é a afirmação do objeto que se quer provar.

A prova de probabilidade pode ser graduada, mas estadeve ser rejeitada ferozmente no processo penal, pois causaria perturbação social infligir penas ao réu provavelmente inocente²⁸⁹. Deve ser analisado se é de utilidade racional a prova de probabilidade no processo cível.

Também foi visto que a convicção racional do juiz deve ser livre de quaisquer regras que não obedeçam à natureza racional do homem e que o juiz deve apreciar diretamente a prova em razão da natural formação da convicção do homem²⁹⁰.

É impossível adivinhar os pesos das provas em razão das singularidades em transmitir a verdade no ânimo do julgador e, conseqüentemente, criar várias relações gnosiológicas entre a evidência ideológica e os fatos²⁹¹.

A finalidade da prova é “reconstruir a verdade dos fatos” para a correta aplicação da norma jurídica²⁹². A prova *jure et jure* não deve ser considerada em seu aspecto legal para a formação da certeza do julgador, mas deve ser considerada como outra prova qualquer, em

²⁸⁷MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁸⁸MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁸⁹MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁹⁰MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁹¹MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁹²MALATESTA, 2013, op. cit., p. xx.

razão do que já foi exposto. A lei só será válida na consideração das provas se for para proteger a natural formação da convicção no ânimo do julgador²⁹³.

Não se pode acorrentar a racionalidade do juiz a leis absurdas. A lei deve dar liberdade para o juiz para que forme de melhor maneira a sua convicção²⁹⁴. O julgador não pode alterar propositalmente o elemento probante para se adequar às suas convicções. O juiz deve se adequar aos fatos e não os fatos ao juiz.

Exemplificando, não pode o juiz criar falsas impressões no momento em que a testemunha está depondo, conduzindo o seu depoimento de acordo com sua própria opinião, alterando, desse modo, as versões do fato²⁹⁵. O juiz só pode interferir no depoimento da testemunha para evitar que esta mencione coisas inúteis ou para ajudar a se lembrar de detalhes em razão de alguma debilidade na memória²⁹⁶. O juiz também não pode agir com violência ou fraude, utilizando-se de perguntas insidiosas.

A convicção do juiz deve ser a mesma do homem médio, em razão do princípio da sociabilidade da convicção. O juízo do juiz deve ser o mesmo de uma pessoa desinteressada, como qualquer um do povo que possua a mesma cultura do juiz. Esta ligação com o juízo médio do povo permite que a sociedade verifique se o juiz está agindo dentro dos parâmetros racionais tradicionalmente estabelecidos²⁹⁷. Dessa forma, entendo que o juízo social ou princípio da sociabilidade da convicção é mais bem concretizado quando há decisão de um colegiado.

O juízo criminal tem que buscar a verdade substancial, não bastando que o juiz se contente com a verdade formal, “que resulta do estado das provas suficientes ou insuficientes”²⁹⁸. A razão da verdade formal ou substancial no processo cível é algo de difícil

²⁹³MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁹⁴MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁹⁵MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁹⁶MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁹⁷MALATESTA, 2013, op. cit.

²⁹⁸MALATESTA, 2013, op. cit., p.125.

articulação se esta obedece ainda às regras da razão quando o juiz decide nos limites da verdade formal.

Em matéria cível, o juiz pode decidir utilizando da verdade formal, ainda que esta não corresponda à verdade objetiva. Isto é permitido em razão da alienabilidade dos direitos em matéria cível. A suspensão da decisão do processo civil causa dano social, pois a tranquilidade da sociedade é atingida quando o litígio não é resolvido²⁹⁹. Em matéria penal, “a decisão a favor do acusado não é contra a sociedade”³⁰⁰.

A condenação civil, conforme ensina Malatesta, é “uma certeza fictícia, correspondente a uma verdade convencional, mais que real”³⁰¹. No julgamento penal, deve-se chegar à verdade substancial para condenar, pois, em caso contrário, o réu deve ser absolvido. No julgamento civil, vence o processo que produzir a melhor prova³⁰².

Recapitulando, a crítica judiciária possui as seguintes regras: ingraduabilidade das provas da certeza, originalidade e oralidade; liberdade objetiva das provas; liberdade subjetiva das provas; publicidade; produção da melhor prova; busca da verdade substancial³⁰³.

O sistema misto é indicado como melhor forma de sistemas processuais, pois este sistema guarda a imparcialidade e a igualdade existentes entre acusador e acusado e possui a busca da verdade substancial herdada pelo sistema inquisitório³⁰⁴.

²⁹⁹MALATESTA, 2013, op. cit.

³⁰⁰MALATESTA, 2013, op. cit., p. 128.

³⁰¹MALATESTA, 2013, op. cit., p. 128.

³⁰²MALATESTA, 2013, op. cit.

³⁰³MALATESTA, 2013, op. cit.

³⁰⁴MALATESTA, 2013, op. cit.

8 NOÇÃO DE PROVA DE MOACYR AMARALDOS SANTOS

Amaral dos Santos diz que todo pedido se baseia em fatos³⁰⁵. O juiz deverá verificar se a alegação das partes é verdadeira ou falsa para justificar a decisão da sentença. O juiz precisa se convencer da existência ou não dos fatos. O juiz deve dizer se existe ou não a alegação dos fatos, ou seja: o juiz precisa dizer a verdade.

Segundo Amaral Santos³⁰⁶, “provar é convencer o espírito da verdade”, ou seja, a prova deve formar a convicção de alguém. Seguindo a ideia de Malatesta, a certeza expulsa os motivos divergentes e acolhe apenas os motivos convergentes, sendo a certeza pressuposta da convicção.

Segundo Amaral Santos, a prova tem método próprio que possui limites em princípios e normas processuais. A prova em seu sentido objetivo pode ser considerada como os meios trazidos ao juiz para conhecer a verdade dos fatos. Subjetivamente, a prova tem que gerar convicção no julgador³⁰⁷.

Amaral Santos define que “prova é a soma dos fatos produtores de convicção, apurados no processo”³⁰⁸.

³⁰⁵ SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 27. ed. São Paulo: [s.n.], 2011. v. II.

³⁰⁶ SANTOS, 2011, op. cit., p. 373.

³⁰⁷ SANTOS, 2011, op. cit.

³⁰⁸ SANTOS, 2011, op. cit., p. 373.

9 A PROVA E O MÉTODO INDUTIVO

O raciocínio indutivo é baseado em situações semelhantes e permite ao julgador criar uma regra de generalidade e abstração. Aqui é utilizado o conhecimento extrajurídico, como as ciências sociais, físicas, etc. As observações consideradas pelo conceito de máximas das experiências devem ser feitas pelo homem de cultura média³⁰⁹.

Friedrich Stein³¹⁰ define desta maneira:

Definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desvinculados dos fatos concretos que se apreciámos casos particulares de cuja observação foram induzidas e que, além desses casos, pretendem ter validade para outros novos casos.

As máximas da experiência se encontram no art. 5º, da Lei Federal 9.099/1995, no art. 335 do Código de Processo Civil, de inspiração no art. 78 do Código de Processo Civil do Vaticano³¹¹.

³⁰⁹DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, op. cit.

³¹⁰ Apud DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, op. cit.

³¹¹DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, op. cit.

10 MARINONI E ARENHART E SEU DISCURSO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE VERDADE E PROVA

Marinoni e Arenhart³¹² expressam em seu livro, *Processo de Conhecimento*, que o processo busca a verdade de maneira racional. A função do processo de conhecimento é atestar a veracidade de um determinado fato³¹³. Para os autores, a valoração do fato é dada pelo direito vigente.

É uma afirmação difícil de entender no âmbito do processo cognitivo da prova, pois a veracidade do fato é validada pela certeza gerada no sujeito cognoscente, independente do direito vigente³¹⁴. O mundo do ser é ordenado pelo mundo do dever-ser. A valoração do fato é uma criação cultural da vontade humana e não dos processos cognitivos de descoberta da verdade, pois segundo a ontognoseologia aristotélica, estes mecanismos cognitivos são processos espontâneos da inteligência e não uma idealização da vontade humana. Assim, o processo jurídico atinge o seu máximo de perfeição quando o juiz atinge a certeza dos fatos, seguindo o ensinamento de Malatesta³¹⁵.

Marinoni e Arenhart³¹⁶ ressaltam a questão da diferença do processo de conhecimento natural e do processo conhecimento judicial. O processo de conhecimento judicial é o processo conhecimento natural, mas limitado por regras jurídicas. O processo não busca a verdade plena dos fatos, mas um discurso parcial que gere uma certeza fictícia para o juiz julgar. A discussão no processo civil parece uma batalha entre dois contendores na qual se julga vencedor aquele que tem o melhor argumento³¹⁷. Claro, vence aquele que gera certeza da verdade dos fatos na alma do juiz cognoscente, mas se tal certeza não for gerada na alma do

³¹²MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³¹³MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³¹⁴MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³¹⁵MALATESTA, 2013, op. cit.

³¹⁶MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³¹⁷MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

juiz, vence aquele que sustentar melhor sua opinião como um combate dialógico, descrito por Aristóteles em sua obra *Tópicos*³¹⁸.

Aqui podemos diferenciar o processo de conhecimento civil e o processo de conhecimento do direito processual penal. Pode-se inferir pelas lições de Malatesta que, para realizar a condenação do direito penal, o juiz deve buscar subjetivamente a verdade substancial, na qual não pode haver no ânimo do juiz dúvida sobre o fato criminoso. Caso haja dúvida o juiz é obrigado absolver.

Já no âmbito cível, o ideal é o juiz buscar a certeza dos fatos alegados pelas partes, mas isso nem sempre é possível. Em razão da limitação da pesquisa no âmbito cível, o julgador pode-se valer apenas de sua motivação para declarar vencedor aquele que dominou o combate do duelo tópico, ou seja, a vitória do processo será para aquele que possui a melhor argumentação.

Marinoni e Arenhart reconhecem que a ontognoseologia aristotélica ainda domina o processo de conhecimento, apesar de a filosofia moderna ter feito críticas às relações aristotélicas de sujeito e objeto³¹⁹.

Entendemos que a hipótesefática, ou o antecedente da norma, existe em razão dos estudos dos universais. Os universais se aproximam ou se identificam com a ideia da matéria comum de conhecimento possível. A matéria comum de conhecimento, ou o universal da ideia das coisas sensíveis, explica o conhecimento do sujeito cognoscente (juiz) ante o fato contingente realizado.

A verdade é o controle social do magistrado e se encontra na exposição da motivação. O controle social é possível em razão da crença da uniformidade dos processos de conhecimento humano³²⁰.

³¹⁸MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³¹⁹MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³²⁰MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

O problema do erro ou da falsidade na certeza não implica que esta não exista racionalmente do espírito humano. O juiz deve basear subjetivamente a motivação de sua decisão na certeza, distanciando daqueles que acreditam que a verdade sensível é inatingível, baseados na epistemologia de pensadores, como Descartes. A sociedade espera que o juiz baseie sua sentença na verdade dos fatos, pois sem a verdade não há aceitação social da aplicação do consequente da norma. Marinoni e Arenhart³²¹ parece aceitar a epistemologia de alguma filosofia moderna quando cita Miguel Reale em relação do seu conceito de quase-verdade.

Algumas filosofias modernas dizem que a pessoa influi subjetivamente na construção das verdades³²². Essas correntes dizem que a verdade é uma mera construção do sujeito, que não há conhecimento verdadeiro do objeto extramental de conhecimento. Descartes, David Hume e Kant fizeram crítica à razão tentando demonstrar quais os seus limites. Miguel Reale, na sua crítica à razão, conclui que a pessoa influi na construção do objeto conhecimento³²³.

O direito é uma ciência prática (uma arte, no sentido aristotélico) e não uma ciência especulativa. Portanto, a verdade buscada no processo é o conhecimento dos singulares e não de ideias abstratas.

Marinoni e Arenhart citam Sérgio Cotta para fundamentar a falibilidade do conhecimento humano e a legislação, que impedem a busca ideal do descobrimento da verdade no processo³²⁴.

Malatesta³²⁵ afirma que a certeza cível é diferente da certeza criminal. A certeza na área cível é fictícia. Essa certeza não surge do descobrimento da verdade, que é fundamento da sentença de condenação do direito processual penal.

³²¹MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³²²REALE, 1999, op. cit.

³²³REALE, 1999, op. cit.

³²⁴MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³²⁵MALATESTA, 2013, op. cit.

Marinoni e Arenhart³²⁶ expressam sua preferência na ideia que a verdade não passa de algo provisório e de consenso. Para isso fundamenta sua ideia citando Robert Alexy. Esse consenso parece ser algo diferente do senso comum aristotélico.

Aqui existe uma inversão ontogenoseológica em relação ao objeto, segundo Enrique Dussel e Habermas³²⁷. Não é o sujeito cognoscente que descobre a essência das coisas; ao contrário, é a intersubjetividade que constrói as essências e a realidade dos objetos e estas permanecem no mundo enquanto houver consenso. Enfim, as condições de validade do discurso jurídico encontram o seu fundamento racional no acordo da interpretação em geral³²⁸.

Marinoni e Arenhart³²⁹ consideram o direito como parâmetro da prova. De fato, como foi visto na parte histórica, o direito pode colocar um critério de jogo para decidir uma determinada demanda, como foi feito nas ordálias de Deus. Mas a prova que o mundo ocidental parece ter adotado é aquela que utiliza os parâmetros racionais, tendo a racionalidade como seu principal paradigma.

A prova que vislumbramos neste estudo é tal qual o processo do mundo para ser válido em razão de sua ontogenoseologia. Procuramos entender a prova como atividade lógica e perceptiva dos fatos.

Lessona³³⁰ entende que provar é levar determinados fatos ao juízo para formar a certeza daquilo que é alegado. Liebman³³¹ entende no mesmo sentido, ou seja, dos fatos que devem ser levados ao juiz para que forme o seu convencimento. Giovanni Verde³³² também aduz que as provas servem para reconstruir o passado e gerar certeza no juiz do fato alegado, sendo esta ideia dominante na doutrina.

³²⁶MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³²⁷ Apud MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³²⁸MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³²⁹MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³³⁰ Apud DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, op. cit.

³³¹ Apud MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³³² Apud MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

Marinoni e Arenhart³³³ insistem que é impossível atingir a essência das coisas, mas dizem que certeza é algo subjetivo que pode variar de pessoa. Malatesta³³⁴ mostra objetivamente as razões da subjetividade e mostra o porquê de sua variação, aparentemente de acordo com a doutrina aristotélica.

Marinoni e Arenhart³³⁵ afastam-se da ideia de verdade para validar as provas. Nesse sentido, afirmam que “prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”³³⁶.

No entanto, logo repete que o ideal do processo é a busca da certeza e da verdade, só para depois afirmar que se trata apenas de retórica e que “utópico e impossível encontro da ‘verdade’”³³⁷.

³³³MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³³⁴MALATESTA, 2013, op. cit.

³³⁵MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit.

³³⁶MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit., p. 265.

³³⁷MARINONI; CRUZ ARENHART, 2010, op. cit., p. 266.

11 PROVA E VERDADE EM FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Catão³³⁸ defende que a verdade processual é construída e não propriamente uma descoberta. Adrualdo entende que a verdade real é irrelevante para que haja efeitos jurídicos. A verdade é posta de acordo com cada jogo de linguagem, não sendo necessariamente a correspondência entre evidência ideológica e fato³³⁹.

Segundo o autor, não existe uma identidade entre proposição provada e proposição verdadeira³⁴⁰. A proposição significa que foi validada por ter relação de pertinência dentro de um sistema de linguagem. A validade de uma proposição dentro de um sistema de linguagem processual não implica sua veracidade da existência dos fatos.

³³⁸CATÃO, A. D. L. D. A relação entre prova processual e a verdade dos fatos jurídicos diante do pensamento de Pontes de Miranda. **Direitos Fundamentais e Justiça**, v. XIII, outubro/novembro 2010.

³³⁹CATÃO, 2010, op. cit.

³⁴⁰CATÃO, 2010, op. cit.

12 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA E VERDADE MATERIAL

A verdade real é algo tão forte que há uma forte discussão na doutrina sobre a relativização da coisa julgada³⁴¹. O principal caso que move as discussões em torno da coisa julgada é a investigação da paternidade. O STJ entendeu que a realidade dos fatos é maior que a motivação que decidiu o processo³⁴².

II – Nos termos da orientação da Turma, sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza "na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. (Resp 226.436/PR, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.)

Neste julgamento, percebemos que a força da verdade real superou a coisa julgada.

Gaio Junior³⁴³ salienta que a flexibilização da coisa julgada deve ser acompanhada pela ideia de aderência do processo à realidade, proteção da legalidade e proporcionalidade.

Entendemos que a flexibilização da coisa julgada só tem sentido em razão da investigação de paternidade (através de exames de DNA) enquanto gera certeza na alma de qualquer sujeito cognoscente da sociedade, não havendo possibilidade de gerar qualquer motivo divergente em relação à prova de paternidade.

A coisa julgada material é a impossibilidade jurídica de discussão em um processo que tenha as mesmas partes, causa de pedir e pedido.

Um grande problema é que o nosso processo permite que o juiz julgue por juízos dialéticos. Não quer dizer que todo julgamento cível é formado é decidido por juízos

³⁴¹GAIO JUNIOR, A. P. **A coisa julgada material e sua relativização**. Disponível em: <http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/A_coisa_julgada_material_e_sua_relativizacao.pdf>. Acesso em: 24 maio 2014.

³⁴²GAIO JUNIOR, 2014, op. cit.

³⁴³GAIO JUNIOR, 2014, op. cit.

prováveis, mas um processo decidido por juízo de probabilidade fragiliza a aceitação dos efeitos jurídicos da coisa julgada pela sociedade.

A premissa científica é que garante o conhecimento do que é verdadeiro. A premissa dialética gera uma opinião aceitável e provável. O resultado do processo que em sua motivação contraria premissas científicas acaba gerando incertezas a qualquer do povo e é este tipo de processo que pode ser causa da relativização da coisa julgada, ainda que esta se assente em premissas aceitáveis.

13 CONCLUSÃO

As práticas sociais e jurídicas mantêm as construções lógicas e dialéticas que começaram com as práticas sociais gregas, inicialmente sistematizadas por Aristóteles. Ainda remanescem em nosso sistema jurídico as contribuições dos paradigmas científicos e dialéticos de Aristóteles no que tange a análise dos fatos através da apreciação das provas.

As primeiras noções de ciência, método e dialética para análise da verdade material encontram-se sistematizadas no *Órganon*, uma coletânea de obras destinadas à pesquisa da verdade enquanto ente de razão.

O juiz pode entender que a análise dos fatos demanda um exame analítico ou uma validação no discurso dialético. A escolha do método do juiz em averiguar os fatos e apreciar as provas vai depender da complexidade dos fatos por ele considerada.

O resultado da disputa dialética do processo ou a pesquisa da verdade material pelo juiz vai permitir a concreção ou não do direito material pretendido pela parte demandante.

Também foi visto neste trabalho que a separação do poder e do saber se deu graças à adoção universal das regras racionais pelo mundo ocidental, a fim de descobrir a verdade ou opinar validamente sobre ela. Logicamente, o direito processual assimilou a linguagem científica e recentemente recuperou a linguagem dialética. O saber não pertence ao Estado, mas pertence a qualquer um do povo. Segundo a doutrina aristotélica, todo homem tem curiosidade em saber e para isso todo o seu ser é destinado ao conhecimento das coisas.

Sob o prisma da linguagem dialética, as presunções legais, a opinião dos juristas sobre os fatos podem ser premissas discutíveis aceitáveis para um silogismo dialético. As presunções legais podem ser entendidas como a opinião de muitos, partindo da pressuposição de que estas leis vêm do povo em razão da democracia. A jurisprudência pode ser entendida como a opinião dos sábios juízes em um determinado assunto.

Não há dúvida de que a dialética e a lógica aristotélica contribuíram definitivamente na apreciação das provas e na análise dos fatos.

REFERÊNCIAS

ALVES, M. A. S.; LIMA, F. A. D. P. **Perelman e a volta a Aristóteles**: Perelman e a volta a Aristóteles no direito. XX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2011. p. 9430-9441. Disponível em <http://ufmg.academia.edu/MarcoAntonioSousaAlves/Papers/1083285/Perelman_e_a_volta_a_a_Aristoteles_a_reabilitacao_do_raciocinio_pratico_no_direito>.

AQUINO, T. D. Disponível em: <http://mercaba.org/TEOLOGIA/AQUINO/pars01_cuestio16.htm>. Acesso em: 24 maio 2014.

AQUINO, T. D. **Comentário ao Tratado da Trindade de Boécio**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

ARISTÓTELES. Os Pensadores. In: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**; Poética / Aristóteles. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. v. II, p. 373.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Valentin Garcia Yebra. [S.l.]: [s.n.]. 211 p. Disponível em: <<http://www.mercaba.org/Filosofia/HT/metafisica.PDF>>.

BERGER, A. D. D. A necessidade da ação dos sentidos na teoria do conhecimento de Tomás de Aquino: Suma de Teologia I^a, 84. **Filogenese – Revista Eletrônica de Pesquisa na Graduação em Filosofia**, Marília, v. II, n. 1, 2009. Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/FILOGENESE/Andre_de_Deus_Berger%2812-21%29.pdf>.

CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. I.

CARVALHO, A. A. D. **Aristóteles**. 2013. Disponível em: <<http://catolicadeanapolis.edu.br/revmagistro/wp-content/uploads/2013/05/A-SISTEMATIZA%C3%87%C3%83O-DOS-DISCURSOS-EM-ARIST%C3%93TELES.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2014.

CATÃO, A. D. L. D. A relação entre prova processual e a verdade dos fatos jurídicos diante do pensamento de Pontes de Miranda. **Direitos Fundamentais e Justiça**, v. XIII, outubro/novembro 2010.

CEIA, C. **E-Dicionário de termos literários de Carlos Ceia**. 2010. Disponível em: <http://edtl.com.pt/index.php?option=com_mtree&task=viewlink&link_id=939&Itemid=2>. Acesso em: 17 maio 2014.

CORRÊA, L. **Direito e argumentação**. Barueri: Manole, 2008.

DEZZA. **Síntese tomista**. [S.l.]: Figueirinhas Porto.

DIAS, F. R. Do nascimento do inquérito ao panoptismo: as diferentes formas jurídicas de Michel Foucault. **Revista Travessias**, n. 4, s/d.

DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009. v. II.

FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2002. 160 p. Conferências de Michel Foucault PUC-Rio de 21 a 25 de maio de 1973.

GAIO JUNIOR, A. P. **A coisa julgada material e sua relativização**. Disponível em: <http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/A_coisa_julgada_material_e_sua_relativizacao.pdf>. Acesso em: 24 maio 2014.

GARDEIL, H. D. Iniciação à Filosofia de S. Tomás de Aquino. **documentacatholicaomnia**. Disponível em: <http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/sine-data,_Gardeil._HD,_Iniciacao_A_Filosofia_de_S._Tomas_de_Aquino,_PT.pdf>. Acesso em: 4 maio 2014.

HAMLIN, D. W. **Uma história da filosofia ocidental**. [S.l.]: [s.n.], 1990. Disponível em: <<http://www2.uefs.br/filosofia-bv/pdfs/hamlyn.pdf>>.

JAPIASSÚ, H.; MARCONDES, D. **Dicionário básico de filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 2001. Disponível em: <http://dutracarlito.com/dicionario_de_filosofia_japiassu.pdf>.

MALATESTA, N. F. D. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Servanda, 2013. 736 p.

MANSOLDO, M. **Direito positivo**. Disponível em: <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Juridico&file=display&jid=306>>. Acesso em: 5 maio 2014.

MARINONI, L. G.; CRUZ ARENHART, S. **Curso de processo civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. II.

MARITAIN, J. **Elementos de filosofia I: introdução geral à filosofia**. 18. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998. 203 p.

MARITAIN, J. **Sete lições sobre o ser e os primeiros princípios da razão especulativa**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. 152 p.

PEREIRA, O. P. **Ciência e dialética em Aristóteles**. São Paulo: Editora UNESP, 2001. 416 p.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, G. **Metafísica de Aristóteles**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. v. II.

SANTOS, M. A. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 27. ed. São Paulo: [s.n.], 2011. v. II.

SANTOS, M. F. D. **Métodos lógicos e dialéticos**. 3. ed. São Paulo: Logos, 1963. v.III.

Disponível em:

<http://www.obrascaticas.com/livros/Filosofia/Mario%20Ferreira%20dos%20Santos/Methodos_Logicos_e_Dialecticos_III.pdf>.

SANTOS, W. D. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VILLEY, M. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WYLLIE, G. A disputa dialética em Aristóteles. **Metavnoia**, São João del-Rei, v. V, p. 19-24, julho 2003. Disponível em: <http://www.ufsj.edu.br/portal-repositorio/File/lable/revistametanoia_material_revisto/revista05/texto02_dialetica_aristoteles.pdf>.