

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO (UFES)**

**APONTAMENTOS SOBRE A *VERDADE*  
COMO FENÔMENO ENDOPROCESSUAL**

**YURI DAIBERT SALOMÃO DE CAMPOS**

**VITÓRIA – ES  
2014**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO (UFES)**

**APONTAMENTOS SOBRE A VERDADE  
COMO FENÔMENO ENDOPROCESSUAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito na Universidade Federal do Espírito Santo.  
Orienta: Professor Doutor Marcellus Polastri Lima

**VITÓRIA – ES  
2014**

Dissertação intitulada “Apontamentos sobre a verdade como fenômeno endoprocessual”, de Yuri Daibert Salomão de Campos, apresentada à banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima

---

Prof. Dra. Brunela de Vincenzi

---

Prof. Dr. Cláudio Penedo Madureira

## **AGRADECIMENTOS**

Tenho tanto a agradecer! Em primeiro lugar, à minha amada esposa, Karine, por suportar o mau humor, as viagens e a ausência, decorrentes do Mestrado.

Aos professores Tárek Moyses Moussalem e Júlio Pompeu, por ampliarem os meus horizontes.

Ao meu professor e orientador, Marcellus Polastri Lima, que demonstrou uma qualidade que distingue os verdadeiros mestres dos demais professores: não desistir jamais de seus alunos. Obrigado!

Ao professor Cláudio Penedo Madureira pela generosidade ímpar.

Ao meu chefe e amigo, Márcio Roberto de Souza, pela compreensão, durante esses “longos” dois anos.

Aos meus amigos do escritório, Rayssa e, principalmente, Diogo, por segurarem a barra em minha ausência.

Aos meus anfitriões, Zé Lúcio e Iana, que fizeram de sua casa o meu lar em Vitória.

Aos meus amigos, Gouvea e Adriana, Roberto e Lalati, por entenderem os motivos dos brindes que perdi.

Ao João Carlos e à Dona Dalva pelo carinho.

Aos meus irmãos, Diego, Ianinho, Yussef e Nêmer por sempre investigarem o quê está por trás do meu silêncio.

Aos meus filhos, Pedro, Iana e Nina, por darem sentido à minha vida!

Ao meu pai, por tudo... e sempre!

*Dedico esse trabalho a todos os operadores do Direito: advogados, defensores públicos, juízes, promotores, procuradores, os quais, diuturnamente, trabalham e estudam incansavelmente, dedicando grande parte de suas vidas na busca de algo tão fluido quanto a verdade processual.*

“Se apenas houvesse uma única verdade,  
Não poderiam pintar-se cem telas  
Sobre o mesmo tema.”.

*Pablo Picasso*

## RESUMO

O presente trabalho tem como propósito analisar a verdade processual. Para tanto, faz-se uma investigação das diferentes formas de obtenção da verdade no processo, no decorrer da história. Estuda-se também a verdade sob o enfoque da filosofia, que já apresentou diversos caminhos para se chegar à verdade. Na esteira filosófica, apresentam-se alguns pontos relativos à linguagem e à semiótica. O trabalho também contempla a análise de questões há muito consolidadas na doutrina processual, como a falsa dicotomia entre verdade real e verdade formal, como também a improbabilidade de se alcançar a reprodução dos fatos, chegando-se, sim, a uma verdade possível. Debate-se, inclusive, a influência da subjetividade do juiz na decisão. Por fim, investiga-se a verdade como fator de legitimação da coisa julgada.

**Palavras-chave:** Verdade. Processo. Verdade Possível. Subjetividade. Legitimação. Coisa Julgada.

## ABSTRACT

This paper aims to analyze the procedural truth. Therefore, it is an investigation of different ways to obtain the truth in the process, throughout history. It also studies the truth from the standpoint of philosophy, that has had many ways to get to the truth. In philosophical point of view, we present some points relating to language and semiotics. The work also includes the analysis of issues has long been consolidated in procedural doctrine, as the false dichotomy between real truth and formal truth, as well as the improbability to achieve the reproduction of facts, but rather an approximation of the truth (possible truth). Is debating even to influence the judge's subjectivity in the decision. Finally, we investigate the truth as a legitimating factor of *res judicata*.

**Keywords:** Truth. Process. Possible truth. Subjectivity. Legitimation. *Res judicata*.



## **LISTA DE SIGLAS**

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CPPM – Código de Processo Penal Militar



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I – A VERDADE, A VERDADE DO PROCESSO E A SUA SIGNIFICAÇÃO.....	15
1.1 A evolução histórica da busca pela <i>verdade</i> : o caminho para a racionalidade .....	18
1.2 A <i>verdade</i> no texto da lei processual brasileira .....	22
1.3 Uma investigação filosófica sobre a verdade .....	24
1.4 A verdade que nasce da comunicação: uma análise sobre a linguagem .....	27
1.4.1 A verdade processual sob o enfoque semiótico .....	30
1.4.2 A verdade como coerência com o discurso.....	34
1.4.3 Apontamentos sobre a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas e sua aplicação ao processo .....	35
CAPÍTULO II – A VERDADE PROCESSUAL: a verdade no contexto do processo .....	37
2.1 Fases metodológicas do processo como paradigmas.....	38
2.2 Verdade Real <i>versus</i> Verdade formal: realidade ou mito? .....	41
2.2.1 As presunções de veracidade do processo civil e a verdade dos fatos .....	44
2.3 A verdade possível .....	47
2.3.1 A verossimilhança e a tutela antecipada .....	51
2.3.2 Verdade possível e processo penal .....	53
2.4 Verdade e subjetivismo: a verdade das partes e a construção da verdade do juiz.....	56
2.5 A busca da verdade nos sistemas do common law e civil law (romano-germânico): uma comparação possível.....	59
2.5.1 Sistemas de produção da verdade: uma comparação entre Estados Unidos e Brasil .	63
CAPÍTULO III - VERDADE COMO VALOR SOCIAL E COMO FATOR LEGITIMADOR DA COISA JULGADA .....	66
3.1 A legitimidade e respeitabilidade das decisões proferidas no processo.....	66
3.2 A coisa julgada e a pacificação dos litígios .....	67
3.3 A verdade como fator de legitimação das decisões proferidas no processo e como suporte necessário à pacificação dos conflitos por meio da coisa julgada.....	68
3.4 Legitimação da verdade pelo procedimento.....	69

3.5 Revisão por inobservância da verdade.....	72
CONCLUSÕES.....	78
BIBLIOGRAFIA.....	81

## INTRODUÇÃO

Aparentemente simples, é árduo, na realidade, é o trabalho de buscar a verdade, procurando delimitar os seus contornos.

E é justamente o que se pretende com este estudo, investigar a “verdade”, mas sob o recorte metodológico do “ambiente do processo judicial”. Assim, busca-se a *verdade* como fenômeno endoprocessual, isto é, como ocorrência interna, inerente ao feito processual. Parte-se da premissa de que, embora seja importante tentar buscar a verdade dos fatos, a reprodução desses, na prática, é improvável. Foca-se, portanto, o trabalho sobre o modo como a verdade emerge no processo, e o papel dos sujeitos processuais na sua descoberta, ou mesmo na sua “construção”.

Sem dúvida que encontrar a “verdade” é essencial para que o processo de interpretação, a ser realizado pelo magistrado, possa ser viável. Antes de aplicar o direito à espécie, a hipótese fática deve ser comprovada. Uma simples análise do Código de Processo Civil brasileiro revela quão relevante é o descobrimento do que se rotulou como “verdade” para a aplicação da lei ao caso concreto. Em todo o texto da codificação enxergamos menções feitas à verdade, ou às suas derivações (como “verdadeiro, veracidade etc.”). Do mesmo modo, no Código de Processo Penal, há várias menções referentes a “... ser *verdadeira a acusação feita*”, “... *verdadeira a acusação...*” e “... *para o esclarecimento da verdade*” etc. Podemos invocar, ainda, o Código de Processo Penal Militar, em cujo texto, há passagens como “*se é verdadeira a imputação feita...*”, “... *as provas da verdade de suas declarações*”, “...*compromisso de dizer a verdade...*”, além de outras menções à descoberta sobre a verdade dos fatos. Em toda a legislação processual, alcançar a verdade processual é pressuposto para a aplicação da norma jurídica material.

No presente trabalho também se defende que, ao se buscar a verdade, visa-se, ainda, conferir legitimidade para a decisão que faz coisa julgada, pois que aproxima a decisão final do ideal de justiça.

Partindo do pressuposto de ser a coisa julgada um fenômeno essencialmente político de pacificação social, conforme os dizeres de Marcelo Abelha Rodrigues, ela

seria o produto de uma verdade jurídica que, na maioria dos casos, não corresponde aos fatos. E é justamente por esse motivo que, sendo fenômeno criador de direitos, não se pode negar que a prova, no processo, tem importância fundamental de instrumento legitimação da coisa julgada, já que viabiliza a consecução da *verdade processual*.<sup>1</sup>

A decisão encoberta pelo “manto da coisa julgada” guarda relação direta com a prova, indiscutivelmente. Marcelo Abelha Rodrigues entende haver íntima ligação entre a prova e a coisa julgada.

Tendo em vista que a decisão final em um processo depende de provas que construam uma verdade que se aproxime dos fatos, obviamente que a produção das provas deve pautar-se em uma concepção de justiça.

No entanto, cabe indagar: o que é verdade? Seria possível recuperar com fidelidade os acontecimentos, os fatos, com o fito de aplicar o direito ao caso concreto? A investigação sobre o significado e a significação do verbete “verdade” provoca um mergulho não somente nas letras jurídicas, mas também no conteúdo estudado por outras ciências, tendo em vista a necessidade de se buscar o sentido e o espírito que se escondem por trás da palavra.

No primeiro capítulo - *a verdade no processo e o seu significado* - é apresentado um esboço histórico da *verdade* no processo. Expõe-se o caminho sinuoso do processo judicial, a partir da referência a fatos passados, permeado por um apelo à divindade até o encontro com a racionalidade. Em sequência, é feita uma abordagem da *verdade* no texto da lei processual brasileira.

Após, passa-se a analisar a *verdade* sob a ótica filosófica, investigando-se as profundezas do instituto, com específica atenção às principais teorias que, ao longo do tempo, foram erigidas sobre o fenômeno. Chega-se, então, à filosofia da linguagem, recaindo a abordagem sobre conceitos fundamentais da *linguística*, e também da *semiótica*.

---

<sup>1</sup> RODRIGUES, p. 216.

A seguir, no segundo capítulo, busca-se uma análise da *verdade* voltada em especial à ótica do jurista. Primeiramente, é apresentada uma diferenciação entre a verdade própria do processo civil e a do processo penal, com as especificidades próprias de cada vertente. Nessa esteira, acaba-se por desaguar sobre a distinção entre *verdade real* e *verdade formal*, apresentando-se críticas à suposta diferença.

Ao se concluir pela improbabilidade de se alcançar a verdade substancial, trata-se da verdade possível. Aborda-se a verdade possível como produto da instrução processual, como também a distingue da verossimilhança, base legal para a concessão da tutela antecipada. Ademais, é ventilada a questão a respeito da problemática da verdade possível como fundamento da decisão condenatória no processo penal. Conclui-se o capítulo trazendo à baila o debate acerca da influência da subjetividade do julgador na construção da decisão, como também a relevante comparação da busca da verdade nos ordenamentos em que vigora o sistema do *civil law* e aqueles lastreados no sistema do *common law*.

No capítulo derradeiro, invoca-se a *verdade* como fator de legitimação da coisa julgada material. Utiliza-se, inclusive, de uma análise do texto legal, especificamente dos Códigos de Processo Civil, de Processo Penal e de Processo Penal Militar, visando investigar se a ausência de verdade – em caso como de julgamento baseado em prova falsa, comprovada na decisão - confere lastro à rescisão da decisão, por meio de ação rescisória, no processo civil, ou de revisão criminal no processo penal comum e no militar.

## CAPÍTULO I – A VERDADE, A VERDADE DO PROCESSO E A SUA SIGNIFICAÇÃO

No processo, a busca pela verdade é imprescindível, já que ela confere bases para a formulação da decisão. E, não obstante a verdade seja um conceito abstrato, conforme se confirmará neste estudo, claramente, ela tem sido vista, desde muito tempo, como correspondência com os fatos. Justamente por este motivo, qualquer texto que tratar sobre a verdade no processo, inevitavelmente, terá que tecer considerações sobre os fatos que envolvem o processo.

Mas, por outro lado, quais são os fatos que possuem relevância para o processo?

Primeiramente, não são todas as ocorrências do mundo dos fatos que possuem importância para o mundo jurídico. Há fatos específicos – fatos jurídicos, que são relevantes para o direito, eis que são capazes de criar relações jurídicas, ou mesmo de extingui-las. E, dentre os fatos jurídicos, podemos destacar os rotulados *fatos jurígenos*, os quais geram direitos e deveres jurídicos. Estes últimos são aqueles que possuem relevância para o processo. “Cuidamos dos fatos relevantes, dos acontecimentos da vida narrados nas suas miudezas e que de acordo com as afirmações do demandante estariam aptos a constituírem o direito exercido no processo.”<sup>2</sup>.

Machado, citando Antônio Junqueira Azevedo (*Conceito, identificação e conexão de causas no direito processual civil*), transcreve:

direito subjetivo é a posição de vantagem que, da incidência da norma sobre um fato, resulta para uma pessoa, a propósito de um objeto. Obrigação é a posição de vantagem surgida de um fato jurídico; relação jurídica é ligação entre duas pessoas, uma em vantagem e outra em desvantagem, originada nas mesmas condições. Portanto, direito subjetivo, obrigação e relação jurídica são consequências de fato jurídico.<sup>3</sup>

Partindo dos acontecimentos no mundo dos fatos, na via processual, especificamente no processo civil, deve o autor da ação alegar os fatos constitutivos do seu direito, os quais possuem vinculação com o caso. Antes do ônus de produzir provas, existe o ônus de alegar os fatos. Importante mencionar que serão objeto de

---

<sup>2</sup> MACHADO, p. 90.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 90.



prova as alegações, conforme feitas pelo autor. Os fatos existiram ou não. A comprovação, portanto, deve recair sobre a alegação.

O fato não pode ser qualificado de 'certo', 'indivíduo' ou 'verdadeiro'. Ele existe ou não existe, sem comportar qualificação. Ora, se o fato obviamente existe independentemente do processo, esse apenas pode servir para declarar a verdade acerca de uma afirmação de fato. A sentença de cognição exauriente, fundada no convencimento do juiz, declara somente a verdade ou a falsidade de uma afirmação.<sup>4</sup>

Lado outro, há também outros fatos relevantes, os quais devem ser apresentados pelo réu – fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, assim como aqueles que impedem o exercício do mencionado direito, os quais se constituem ônus do réu. Estes também serão objetos de prova e, seguindo a mesma lógica, no plano dos fatos, ora existiram, ora não.

Os fatos alegados não seriam somente condutas positivas ou negativas de indivíduos que repercutiram no mundo jurídico. Estão envolvidas também algumas situações ou estado de coisas, dos quais a *posse* é um exemplo<sup>5</sup>.

Percebe-se, portanto, que não são quaisquer fatos que devem ser objeto de provas e que são relevantes para o processo. Somente os são aqueles que têm pertinência com direitos, deveres e relações jurídicas existentes entre as partes e invocadas no processo. E, a partir daquelas narrativas de fatos, é que será buscada a verdade do processo.

Mas, como em toda e qualquer investigação, deve-se invocar, inicialmente, de que se trata o objeto de estudo (O que é verdade? Como chegar a ela? Qual é a relação dela com os fatos?), convém tentar responder a indagação feita acima, antes mesmo de analisá-la sob a perspectiva do processo.

A busca da *verdade* começou sem a influência da linguagem científica, em uma simples consulta ao léxico. O dicionário Aurélio tenta responder esta pergunta: verdade, portanto, seria a **conformidade** da ideia com o objeto, do dito com o feito,

---

<sup>4</sup> MARINONI, ARENHART. *Prova*, p. 103.

<sup>5</sup> MACHADO, p. 90.

do discurso com a realidade ou mesmo expressão fiel da natureza, de um modelo, dentre outros significados.<sup>6</sup>

O dicionário Houaiss, por sua vez, aponta o verbete “verdade” como sendo particularidade atribuída ao que está em **conformidade** com os fatos e/ou com a realidade ou aquilo que é fiel ao original, ou mesmo o que é exatamente igual ao seu modelo. Da Filosofia, advêm outras possibilidades, como relação de semelhança, conformação, adaptação ou harmonia que se pode estabelecer, através de um ponto de vista ou de um discurso, entre aquilo que é subjetivo ao intelecto do ser e aquilo que acontece numa realidade mais concreta.<sup>7</sup>

De forma geral, até mesmo no dicionário, ao se buscar conceituar *verdade*, acaba-se por classificá-la como correspondência. O “ser ou não ser verdadeiro” estaria, necessariamente, atrelado a uma referência. Uma das principais acepções do termo *verdade* diz respeito àquilo que está em conformidade com alguma coisa, seja com a realidade, seja com regras, ou mesmo com determinado discurso apresentado. Isto será aprofundado no item que aborda a investigação filosófica da verdade.

Por hora, devemos considerar que, seja na vida, ou no processo, identificar o que é *verdadeiro* é extremamente relevante.

No processo, busca-se saber se o fato que tem relevância para a decisão é verdadeiro. O objeto da prova, portanto, inegavelmente, é o fato. Precisamente, é o fato alegado pelas partes. Para que haja a aplicação do direito, geral e abstrato, ao caso concreto, o fato alegado deve ser provado, tido como verdadeiro.

Como a comprovação daqueles fatos que possuem relevância para o processo constitui-se pressuposto para a aplicação do direito material no caso concreto (um dos propósitos da jurisdição), é lógica a necessidade de atenção profunda que merece a análise fática do processo.<sup>8</sup>

Como então concluir ser a alegação sobre o fato verdadeira ou não?

---

<sup>6</sup> <http://www.dicionariodoaurelio.com/verdade>.

<sup>7</sup> <http://www.dicio.com.br/verdade/>.

<sup>8</sup> MARINONI; ARENHART. *Prova*. P. 27.

Diferentes tratamentos são conferidos à “verdade”, inclusive na legislação. No Brasil, e. g., muitas vezes, em um mesmo diploma legal, significações diferentes são atribuídas àquele verbete, ainda que por desconhecimento ou descuido. Desse modo, fez-se necessário investigar tanto o enfoque dado à palavra “verdade” pelo legislador, no texto legal, como também pesquisar, na filosofia, o alcance real e efetivo do termo, seus significados e significações.

### **1.1 A evolução histórica da busca pela *verdade*: o caminho para a racionalidade**

Michel Foucault menciona a obra de Homero, *Ilíada*, como a notícia mais antiga de pesquisa da *verdade* e construção da *prova*. O sistema probatório, então, era usado para sanar uma controvérsia. Esperava-se, assim, a intervenção dos deuses, os quais indicariam a *verdade*. O que havia não era uma investigação pautada na racionalidade, mas sim um mero jogo de prova.<sup>9</sup>

Podemos mencionar também a tragédia de Édipo, de autoria de Sófocles, considerado o primeiro testemunho das práticas judiciárias gregas. Em Édipo-Rei, há uma investigação da verdade, tendo como base a *práxis* no Judiciário grego da época<sup>10</sup>.

A investigação da *verdade* inevitavelmente nos faz chegar a um resultado, oriundo de um recorte limitado histórica e temporalmente. A verdade vista como valor absoluto inexistente, vinculando-se necessariamente aos valores e relações, inclusive as de poder, existentes em dado momento<sup>11</sup>. Definitivamente, não há *verdade a priori*.

Desde que os julgamentos foram criados, nasceu a necessidade de comprovação dos fatos relevantes para o processo. Por mais que os caminhos para evidenciar os acontecimentos fossem diferentes daqueles usados hoje, eles já existiam e eram percorridos.

---

<sup>9</sup> FOUCAULT, p. 30.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>11</sup> MALAQUIAS, p. 225.

É inegável que, em tempos remotos, como a partir do século IV, na Europa, os chamados *ordálios* marcaram época como um sistema probatório muito utilizado.<sup>12</sup>

As invasões bárbaras, protagonizadas principalmente pelos povos germânicos, que ocorreram em grande parte da Europa, consolidaram os ordálios como o mais comum sistema probatório do continente. Acredita-se que o referido sistema tenha chegado da Índia e se incorporado às tradições dos povos germânicos.<sup>13</sup>

Diferentemente da teoria das provas pautada na racionalidade, que foi posteriormente desenvolvida, os ordálios consistiam-se em meios de prova, enxergados como *juízos divinos*. Os meios de prova fundamentavam-se “na premissa de que Deus, devidamente requerido a assistir as partes, deveria determinar diretamente o êxito da prova, tornando evidente a inocência ou a culpabilidade do sujeito que a ela se submetera.”<sup>14</sup>

Neste modelo, a *verdade*, como valor, não tinha relevância. Os conflitos eram resolvidos tendo por base o jogo da prova, aos quais as partes se submetiam<sup>15</sup>.

Segundo Khaled Jr., “a atividade probatória não se destinava a demonstrar um fato com objetividade, ou seja, a estabelecer a verdade sobre a hipótese objeto do processo, nem a formar a convicção do tribunal (...)”<sup>16</sup>.

Sob essa concepção, as partes do processo eram submetidas a provas, no sentido de desafios, como a prova d’água, a do caldeirão fervente, a do ferro incandescente, a do fogo, dentre outras. Assim, podemos concluir que, no contexto dos ordálios, a palavra *prova* era vista sob uma diferente acepção:

Nesse sentido, Jacob, o qual traduz *probatio* para *épreuve*, não para *preuve*, frisando justamente que a *probatio* indicava **mais uma forma de desafio que a aquisição de elementos de cognição**, em um contexto processual que visava mais à composição do conflito processual do que à busca da verdade.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> TARUFFO, p. 19.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>15</sup> KHALED JR., p. 36.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>17</sup> *Apud* TARUFFO, p. 21.

Levy-Bruhl (*A experiência mística e os símbolos entre os primitivos*) afirma que os ordálios eram meios de prova dissociados da racionalidade. Isso é afluído quando concluímos que os critérios utilizados, nesses casos, eram permeados por misticismo e crenças divinas. A busca da verdade era suprida pela suposta intervenção da Divindade, a qual apontaria o inocente, assim como o culpado<sup>18</sup>.

Ao não utilizar mecanismos racionais para a produção de prova, a possibilidade de se incorrer em erro era muito grande. Mas, inegavelmente, este sistema probatório se coadunava com o ambiente social e cultural naquele momento da Europa.

Naqueles tempos, a vida cotidiana das pessoas era dominada pelo sangue e pela violência e estava profundamente imersa em um mundo místico, repleto de milagres, santos, demônios, bruxas e magos: em uma cultura desse gênero, dominada pelo *enchantment*, a convicção de que o divino pudesse desempenhar um papel importante na determinação da vida dos seres humanos podia parecer profundamente justificada. Mais especificamente, não havia qualquer extravagância em pensar que Deus devesse intervir na determinação do êxito de eventos importantes como as controvérsias judiciárias(...)<sup>19</sup>

Com o passar do tempo, alguns outros meios de prova, em crescente processo de vinculação à racionalidade, foram sendo adotados na Europa. Um marco nesta evolução ocorreu na Longobardia, nos idos do século VIII. O rei Liutprando, entre 717 e 734, por não confiar no duelo como método par resolução de conflitos, manifestou sua preferência, claramente, pelo juramento, introduzindo garantias e sanções contra o juramento falso, indicando um novo viés da prova, que não mais se limitaria na solução do conflito, mas sim no compromisso com a busca da verdade.

Portanto, não obstante ainda permanecessem algumas ligações com a tradição romano germânica, com Liutprando um novo conceito é colocado ao centro da administração da justiça: trata-se da verdade objetiva, da *certa veritas*, que fundamenta muitas normas específicas da legislação de Liutprando e que é considerado o escopo fundamental da produção das provas.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> KHALED JR., p. 37.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 25.

Apesar de haver probabilidade de que tenham sido usados em momentos anteriores, foi da própria Longobardia de Liutprando que vieram as primeiras notícias da utilização de documentos escritos (*cartolae* ou *chartulae*) com a finalidade de se fazer prova.

Em momento posterior, entre os anos de 774 e 880, as confissões, os documentos e as testemunhas consistiam no principal fundamento das decisões, denotando uma real mudança de paradigma quanto à produção de provas.

Em muitos casos, depois da apresentação das provas, a parte que não lograra demonstrar que seus pedidos eram fundados admitia que a parte contrária merecera vencer; então, a sentença final fundava-se nas provas produzidas e, frequentemente, em uma confissão.<sup>21</sup>

Muito depois, o marco mais relevante deu-se com o renascimento cultural do século XII. Os progressos obtidos pela ciência claramente influenciaram também o desenvolvimento de novos métodos de prova na seara processual. Apesar de a retórica e a lógica não representarem ramos novos do conhecimento, estas passaram a ser fundamentais na formação do jurista. A prática de utilização dos ordálios, nesta época, encontrava-se praticamente abandonada, haja vista ser incompatível com as ideias que então vigoravam. Todo este movimento culminou com a proibição dos ordálios, em 1215, na Inglaterra, pelo IV Concílio Laterano. Na Europa continental, a extinção do instituto data da mesma época.<sup>22</sup>

A Europa continental e a insular continuaram sua evolução paulatina, no que diz respeito ao direito probatório. No entanto, isto se deu por caminhos um pouco diferentes, o que já apresentava os primeiros indícios da conformação dos dois principais sistemas processuais ou tradições jurídicas existentes: *common law* e *civil law*.

Especialmente nos países do *continente*, como produto da nova cultura racionalista, o propósito da instrução probatória, claramente, transfigurou-se, tendo como novo foco a descoberta da verdade.

O aspecto mais importante da nova concepção era que a produção das provas tinha claramente como fim a descoberta da verdade sobre os fatos

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 39.

da causa, e que as provas eram consideradas como meios racionais para atingir esse escopo. O surgimento e a difusão dessa concepção racionalista da relação entre provas e fatos forma, corretamente definidos como a vitória do racionalismo sobre o misticismo, sendo, com boa razão, considerados uma etapa fundamental na história do direito probatório continental.<sup>23</sup>

Apesar de a jurisdição ter sempre focado seus refletores sobre a resolução de conflitos, restou claro que nem sempre utilizou critérios racionais para aplicar o direito. E que a busca racional da verdade dos fatos na via processual somente se consolidou, realmente, após o Renascimento.

A racionalidade na qual a produção de provas passou a se pautar construiu-se sobre uma metodologia científica. Passou-se, a partir da modernidade, a aplicar-se no processo (na busca da verdade) o paradigma científico construído, a partir do século XVII, no sentido de obter *verdades objetivas*.<sup>24</sup>

Importante observar que os ditos *paradigmas*, nos dizeres de Thomas Kuhn, são construídos a partir de limitações de época, de lugar, bem como de pessoas, haja vista que sua construção emerge de determinada comunidade científica, tendo como condicionantes circunstâncias de espaço e tempo<sup>25</sup>.

## **1.2 A verdade no texto da lei processual brasileira**

Inegavelmente, a *verdade* ocupa papel central no processo, haja vista que antes de se aplicar o direito à espécie, grande parte do feito processual serve para que o magistrado conclua qual dos discursos apresentados se coaduna com os fatos. O juiz ouve as partes, assiste, e até participa da produção de provas e analisa a contraposição de alegações, tentando vislumbrar o quê de *verdadeiro* existe em cada manifestação.

A própria legislação processual civil utiliza-se do vocábulo “verdade” ou de suas derivações, em seu texto e, não raras vezes, com diferentes significados. Isso comprova a importância da descoberta da verdade para o termo do processo. Por

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>24</sup> KHALED JR., p. 12.

<sup>25</sup> KUHN, p. 219 e 220.

outro lado, denota a falta de um critério científico na construção da legislação, especificamente, no que se refere à linguagem utilizada.

Existem várias modalidades de linguagem que podem ser utilizadas na comunicação, no dia-a-dia. Lado outro, há a necessidade de, no trato com a ciência, que haja uma linguagem adequada para tanto: a linguagem científica.

A utilização de uma linguagem própria não tem qualquer fim estético. Muito pelo contrário, busca uma correção, um rigor no tratamento dos institutos, que são objeto de estudo, sob pena de se incorrer em “*ambiguidade*” e “*vaguidade*”. Assim, da mesma forma que uma linguagem vulgar ou ordinária é adequada para a comunicação cotidiana, a linguagem científica é aquela pertinente para o cenário da academia<sup>26</sup>. Ao deixar de usar uma linguagem científica ou, ao menos, a linguagem técnica, menos rigorosa que a científica e mais que a ordinária, o legislador corre profundo risco de que o texto caia na dubiedade diretamente decorrente da imprecisão.

Podemos trazer à baila, *v. g.*, a previsão contida no artigo 14 do Código de Processo Civil, que aduz que: “*são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade.*” O texto consolidado do novo Código de Processo Civil – projeto de lei 166/2010 no Senado Federal e projeto de lei 8.046/2010 na Câmara dos Deputados, tem o mesmo teor, só que constando do artigo 77, I.

Mas que verdade é essa? Seria a correspondência com os fatos? A verdade do réu coincidente com aquela do autor? Será que, nesses casos, podemos dizer que a verdade de todos esses atores processuais deve ser a mesma? Existem verdades diferentes? E, ainda, que todos digam a “verdade” essas podem não coincidir entre si, como também diferir da “verdade dos fatos”?

A princípio, podemos dizer que a verdade, que neste caso foi buscada pelo legislador, aparentemente, tem a ver com a correspondência, seja com os fatos, ou mesmo com a ideia que se tem dos mesmos.

---

<sup>26</sup> MOUSSALEM, p. 28.



Em comparação com o sentido dado à “verdade” no artigo 14 do CPC, podemos analisar o que dispõe o artigo 285 do mesmo diploma que aduz: *“Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor”*.<sup>27</sup> No dispositivo mencionado, o legislador, ao utilizar-se da palavra “verdadeiros”, não o faz no sentido anteriormente referido, no artigo 14, mas no sentido de “ficção de verdade”. Presume-se a alegação como verdadeira, ainda que, no mundo real, os fatos tenham se dado de forma inversa<sup>28</sup>.

A incompatibilidade entre os sentidos, atribuídos à mesma palavra, demonstra a falta de técnica do legislador, no que diz respeito à linguagem utilizada. Conforme já mencionado, o conhecimento científico, assim como o acontece com o técnico, embora em menor grau, pressupõe rigor de linguagem, sob pena de que a comunicação gere ambiguidade e vaguidade<sup>29</sup>.

Assim, é também pela disparidade entre os sentidos atribuídos à palavra “verdade” não somente no Código de Processo Civil, mas na lei processual em geral, bem como pela relevância da legítima busca pelo “verdadeiro” na seara processual, é que se faz necessário um mergulho nas profundezas dos estudos filosóficos e jusfilosóficos sobre o tema.

### **1.3 Uma investigação filosófica sobre a verdade**

Descartes (*Discurso sobre o Método*), ao resolver investigar tudo o que sabia, entendeu por bem duvidar de tudo aquilo que conhecida para que, ao final, pudesse realmente acreditar somente em que, comprovadamente, fosse digno de confiança sob a luz da razão. Concluiu que a única coisa em que poderia efetivamente crer era na consciência de seu pensamento. “Penso, logo existo”. Se duvidasse daquilo em

---

<sup>27</sup> No texto consolidado do novo Código de Processo Civil, ao invés de ser utilizado no caso de revelia a expressão “presunção de veracidade”, passa a constar o seguinte teor: *art. 305. Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.*”

<sup>28</sup> O juiz não está obrigado a decidir pautado, apenas, na presunção de veracidade decorrente da revelia.

<sup>29</sup> MOUSSALLEM, p. 30.

que estava pensando, isso significaria um novo pensamento, haja vista que duvidar é uma forma de pensar. Então a consciência do pensamento seria a única verdade indubitável.<sup>30</sup>

Partimos do zelo investigativo presente em Descartes para tentar encontrar, ao menos, indicativos do que seja a *verdade*. Busca-se fazê-lo de forma desprendida do dogmatismo.

Primeiramente, devemos admitir que as coisas reais, ou mesmo as abstrações não nascem com os seus *nomes*. Em dado momento, elas são batizadas com certas designações, geralmente, de forma aleatória, arbitrária. Lembremos que o ato de dar nome às coisas é eminentemente cultural.<sup>31</sup> Quando nos perguntamos o que é verdade, devemos ponderar: o que é aquilo que foi rotulado como *verdade*, cunhado com o signo *verdade*?

Historicamente, estudiosos vêm “dissecando” a *verdade*, investigando os seus possíveis sentidos. Várias teorias foram e vêm sendo edificadas, cada uma delas tentando estabelecer referenciais sobre o objeto de estudo. As principais teorias conhecidas, no campo da filosofia, são aquelas que tratam a verdade como correspondência; como coerência; como utilidade; como revelação; e, por último, como conformidade a uma regra<sup>32</sup>.

A teoria da verdade como correspondência é a mais antiga e divulgada. Platão, no *Crátilo*, foi o primeiro a formulá-la explicitamente, considerava que “*verdadeiro é o discurso que diz as coisas como são; falso é aquele que diz as coisas como não são.*”<sup>33</sup>. Conforme suas palavras, o discurso deveria **corresponder** aos fatos para que fosse verdadeiro.

Aristóteles em sua *Metafísica*, ao tratar da verdade como correspondência, concluiu pela possibilidade de duas teses: primeiramente, a verdade fundada na linguagem, no enunciado ou na ideia; em segundo lugar, que a medida seria o ser ou o objeto

---

<sup>30</sup> CHAUI, p. 115.

<sup>31</sup> GUIBOURG, p. 38.

<sup>32</sup> ABBAGNANO. p. 994.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 994.

em correspondência com o discurso. Portanto, no pensamento de Aristóteles, vislumbra-se que a verdade deve ser tratada como correspondência, mas não necessariamente com relação ao objeto em si. Desse modo, Aristóteles usou (na primeira tese), a expressão *semântica* da verdade, ao trazer a necessidade de que o objeto se adeque ao *enunciado proposto*). Mais tarde, na *Crítica da Razão Pura*, Kant (entende-se "definição nominal da verdade" como "acordo do conhecimento com o seu objeto"), também sustentou a tese da verdade como correspondência, mas não necessariamente com os fatos (sobre a teoria da correspondência com a linguagem)<sup>34</sup>.

A verdade também já foi vista como **revelação ou manifestação**. Ela seria "sensação, intuição, fenômeno.". Essa seria a forma empirista. Já a forma metafísica ou teológica seria aquela que "se revela em modos de conhecimento excepcionais ou privilegiados, por meio dos quais se torna evidente a essência das coisas, seu ser ou o seu princípio (Deus)". Ambas as formas estariam condicionando o conhecimento à sensibilidade. Noutro giro, também há aqueles que defendem a verdade como "**conformidade a uma regra ou conceito**". Historicamente, podemos invocar Platão (*Phaedo* ou *Fedro*), como também Santo Agostinho (*De vera rei*). Primeiramente, elege-se um conceito ou regra como referência. Posteriormente, têm-se como verdadeiro tudo o que estiver de acordo com a regra/conceito. Esse critério formal também já foi defendido por Kant, que afirmou que verdadeiro seria o que estivesse de acordo com "as leis gerais necessárias do intelecto". "O que contradiz essas leis" — afirma Kant — "é falso, porque o intelecto nesse caso contradiz suas próprias leis, portanto a si mesmo."<sup>35</sup>.

A verdade também pode ser enxergada como **coerência**. F. H. Bradley (*Appearance and Reality*) defendia a teoria, afirmando que *aquilo que era contraditório não era real*. Segundo Bradley, *os graus de verdade que o pensamento humano alcança podem ser julgados e classificados segundo o grau de coerência que possuam*,

---

<sup>34</sup> *Idem*, p. 994.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 998.

embora essa coerência seja sempre aproximativa e imperfeita. Os precedentes dessa doutrina estariam em Spinoza (*Ethica*)<sup>36</sup>.

Moussalem defende a *verdade como coerência*, dizendo que “a verdade seria a coerência (não-contradição) das proposições entre si, e não a correspondência entre a proposição e a realidade.”<sup>37</sup>.

A *verdade como utilidade* é a última teoria que merece menção. Derivada do pragmatismo, o primeiro a formular essa tese foi Nietzsche (*A vontade de poder*): “Verdadeiro em geral significa apenas o que é apropriado à conservação da humanidade. O que jaz perecer quando lhe não é verdade para mim: é uma relação arbitrária e ilegítima de meu ser com as coisas externas”<sup>38</sup>. Conforme o próprio Nietzsche defendia, a verdade, enxergada como utilidade, diz respeito a uma relação totalmente vinculada ao arbítrio do observador. W. James (*The Will to Believe*) defendeu que verdade pode ser vista como utilidade só nos limites das crenças empiricamente não verificáveis ou não demonstráveis, tais como as morais e as religiosas<sup>39</sup>.

De uma forma geral, vemos que a teoria da verdade como correspondência é o critério que ainda tem prevalecido no meio processual.

#### **1.4 A verdade que nasce da comunicação: uma análise sobre a linguagem**

Como já mencionado, a verdade, de forma geral vem sendo tratada como correspondência, não obrigatoriamente com os fatos em si, da mesma forma como se deram na prática, entendendo-se, também, como verdade a correspondência com o discurso, ou seja, com aquilo que se afirmou.

É importante, no entanto, que seja feita uma abordagem a partir dos discursos apresentados pelos atores processuais. Para tanto, deve haver um aprofundamento no tratamento da “verdade vista como coerência entre as proposições”. Desse

---

<sup>36</sup> *Idem*, p. 998.

<sup>37</sup> MOUSSELEM, p. 36.

<sup>38</sup> ABBAGNANO, p. 998.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 998.

modo, há necessidade de que sejam introduzidas algumas noções, importadas da teoria da linguagem, para que possa haver um melhor entendimento sobre a perspectiva acima demarcada.

Até meados do século XX, predominava como paradigma, nos estudos filosóficos, a chamada filosofia da consciência. Nessa, a *verdade* – entendida como correspondência -, seria correspondência do intelecto (a ideia que se tem) com o objeto visado, que resultava do processo de interação entre sujeito cognoscente isolado e objeto cognoscível. A *verdade*, então, era a captação do núcleo imutável das coisas, o qual, depois, seria revelado ao “mundo exterior” pela linguagem, considerada esta como mero instrumento de comunicação. “A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma [...]”<sup>40</sup>.

Para que possamos compreender a modificação empreendida, devemos partir do pressuposto de que o ser humano não possui a capacidade de ter acesso à essência das coisas utilizando-se apenas de sua imaginação, ou do nome dado às coisas. Diversamente, o ser humano está inserido em um contexto de relações sociais, no qual prepondera a comunicação por meio de linguagem. Foi com base nesse raciocínio que o conhecimento humano suplantou a ideia da relação “sujeito-objeto”, e passou a focar na ideia “sujeito-sujeito” (filosofia da linguagem)<sup>41</sup>. Esta alteração de paradigma foi batizada de *giro linguístico*. Foi, a partir de então, que a linguagem deixou de ser simples *meio*, passando a ser *finalidade* nos estudos filosóficos.

Um segundo ponto também deve ser entendido: nem todos os “acontecimentos” pertencem ao mundo dos fatos, ao mundo real. Há objetos de estudo que pertencem a um mundo cultural, um mundo criado pelo homem. Estes dependem, necessariamente, da utilização do discurso, da linguagem, para que possam ser externados.

---

<sup>40</sup> MALATESTA, p 21.

<sup>41</sup> SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual. Pensar sin certezas*. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1999.

Ou melhor, estes rotulados “objetos culturais” somente existem pela linguagem<sup>42</sup>. Isso também se dá com o *direito* que, sem a linguagem, não existiria, eis que não é *fato em si mesmo*. O direito não existe por si só. Depende da linguagem para habitar o mundo cultural.

Como bem afirma Tárek Moyses Moussalem:

(...) importante é compreender o direito como fruto da comunicação humana, um fato cultural, concebido com o objetivo de, pragmaticamente, regulamentar as condutas intersubjetivas. O direito pertence à classe dos fatos culturais e, como tal, encontra-se necessariamente plasmado em uma linguagem: a linguagem em sua função prescritiva, objetivada em um *corpus* identificável na variedade dos textos normativos.<sup>43</sup>

Nesse sentido, o próprio *direito* deve ser visto como linguagem, já que não existe *de per se*, mas constitui-se em criação cultural.

O direito, ainda mais que os outros ramos de conhecimento, é dependente da linguagem. O direito positivo é comunicado mediante linguagem escrita, emanado por aqueles que detêm competência para criá-lo. Também é linguagem o direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de discurso decisório. Afastar direito e linguagem seria privá-lo de existir, uma vez que, sob o ponto de vista ontológico, ele consiste somente em linguagem.<sup>44</sup>

Nas palavras de J. J. Calmon de Passos, “não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um.”<sup>45</sup>

Nesse sentido, não há como fugirmos da aplicação da teoria da linguagem ao Direito. Uma vez vinculados o Direito e a teoria da linguagem, imprescindível é explicar a possibilidade de a verdade, no âmbito processual, ser tratada como coerência entre enunciações.

Para tanto, invocaremos alguns conceitos próprios da semiótica.

---

<sup>42</sup> CARVALHO, p. 14.

<sup>43</sup> MOUSALEM, p. 41.

<sup>44</sup> CALMON DE PASSOS. *In Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Separata. Revista Forense. 2000, v. 351.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

A análise semiótica pode ser feita sobre diferentes formas de discursos jurídicos, seja o discurso normativo, o discurso burocrático, o discurso científico ou mesmo o discurso decisório<sup>46</sup>. Grandes nomes da moderna filosofia contribuíram, se não para o desenvolvimento, para a consolidação da teoria do agir comunicativo, como Wittgenstein (*Tractatus Logico-Philosophicus*), Peirce (*Écrits sur le signe*), Gadamer (*Verdade e Método*) e Habermas (*Teoria do Agir Comunicativo*), que será explicitada nos próximos tópicos.

#### 1.4.1 A verdade processual sob o enfoque semiótico

Da constatação, anteriormente exposta, de que a *verdade* encerra uma relação entre enunciados, e não uma correspondência entre realidade e linguagem, resulta que a sua investigação não se exaure com a comparação dos fatos, conforme ocorreram, com aquilo que foi relatado no processo. Enfim, se considerarmos a *verdade* como um fenômeno da linguagem, não pertencente, portanto, ao mundo real, forçosamente, concluir-se-á que a *verdade* é construída.

Nem sempre o discurso adotado por uma testemunha, ou mesmo na confissão de uma das partes ou, ainda, a alegação constante de uma peça processual espelha os fatos, conforme ocorridos. No entanto, no decurso do processo, o juiz acaba se convencendo, eventualmente, que “os acontecimentos deram-se daquela forma”. Isto é, nessa hipótese, há correspondência entre a “verdade processual construída” e o discurso elaborado por meio da linguagem.

Isso denota a fluidez do conceito do verbete “verdade” no ambiente processual. Moussalem aduz que “o conceito de verdade sai de sua mística aura de relação entre palavra e realidade e passa a figurar como relação entre linguagens (...)”<sup>47</sup>. Nessa esteira, os sujeitos processuais, utilizando-se da linguagem, buscam como objetivo final o convencimento do julgador, não necessariamente de que determinados fatos ocorreram, mas sim de que os elementos probatórios caminham para um discurso coerente, de acordo com a alegação apresentada pelas partes (linguagem) e com o discurso construído por meio da produção de provas

---

<sup>46</sup> BITTAR, p. 387.

<sup>47</sup> MOUSSELEM, p. 37.

(linguagem). Nesse contexto, Moussalem defende que “um enunciado verdadeiro seria aquele detentor de maior prestígio, no meio do qual emerge, levando-se em conta a coerência com os demais enunciados do sistema científico no qual está inserido<sup>48</sup>.”.

Os positivistas lógicos defendiam que é possível que o conhecimento fique obscurecido por defeitos do tratamento linguístico<sup>49</sup>. O movimento do positivismo lógico, surgido no século XX sob a denominação de Círculo de Viena, que teve como destaque Carnap (*Introdução à Filosofia da Ciência*) e Schlick (*Teoria Especial da Relatividade*), propôs que não havia ciência onde não houvesse rigor linguístico<sup>50</sup>.

Primeiramente, cabe consignar que, para Carnap, linguagem é um sistema de sons, de hábitos, produzidos mediante os órgãos correspondentes, que tem como finalidade servir de comunicação entre as pessoas, influenciando em seus atos, pensamentos e decisões<sup>51</sup>. A semiótica tem como objeto de estudo a linguagem. Os sistemas de linguagem, quaisquer que sejam, têm como unidade o *signo*. Signo é tudo aquilo que representa uma outra coisa. Na descrição de Charles S. Peirce (*Écrits sur le signe*), é algo que está no lugar de outra coisa<sup>52</sup>. Na condição de substituto do objeto, o signo propõe a ser um mecanismo de economia na comunicação<sup>53</sup>.

Pode o *signo* ser estudado sob três pontos de vista: o primeiro seria o sintático, que diz respeito à vinculação com os demais signos; o segundo, rotulado de semântico, refere-se aos objetos que designa; e o terceiro, pragmático, se refere ao vínculo com os homens que o utilizam<sup>54</sup>.

Outra tricotomia deve ser considerada: a possibilidade de o signo ser visto como ícone, índice e símbolo, considerando a relação entre o signo e o seu objeto: o ícone seria o signo que possui, não a correspondência, mas sim uma semelhança com o

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>49</sup> WARAT, p. 37.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> *Apud* WARAT, p. 38.

<sup>52</sup> *Apud* COELHO NETTO, p. 20.

<sup>53</sup> COELHO NETTO, p. 20.

<sup>54</sup> WARAT, p. 39.



objeto que retrata, como ocorre com uma escultura ou mesmo um retrato ou fotografia. Por sua vez, o índice, embora não possamos falar em semelhança, faz referência ao objeto representado, como a fumaça, que é um índice da existência do fogo, ou o chão molhado é indício de que choveu. Finalmente, o símbolo não guarda semelhança com que o faz referência ao objeto a que diz respeito. Neste caso, há uma completa arbitrariedade ao se utilizar, e. g., a palavra marreco para designar o pato selvagem<sup>55</sup>.

Igualmente relevante é esclarecer a respeito do que vem a ser significante, significado e significação. Novamente, uma análise do signo o divide em dois: significante, que diria respeito à parte material do signo – desenho, som, escrita - e o significado, que diz respeito à imagem mental que é construída ao deparar-se com o significante. Por outro lado, não podemos confundir as palavras significado e significação. Nos dizeres de Coelho Netto, “a significação é uma questão fenomenológica, só sendo passível de delimitação e descrição numa manifestação concreta e isolada.”<sup>56</sup>

Outros conceitos importantes em demasia também devem ser apresentados. Em decorrência da teoria da verdade como *coerência com o enunciado*, buscar-se-á definir não somente enunciado, como também *enunciação* e *proposição*.

Paulo de Barros Carvalho tratou de forma emblemática das questões da linguagem, aplicadas ao Direito Tributário.

Ao descrever enunciado, o fez da seguinte forma:

(...) um conjunto de fonemas ou grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação. O vocábulo ‘enunciado’ corresponde, na trilogia componente dos signos, ao suporte físico, ou seja, é a expressão material de um signo. É a palavra escrita ou falada.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> COELHO NETTO, p. 58.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>57</sup> MOUSSALEM, p. 77.

Em sequência, diferenciou enunciado de proposição, ao dizer que “diversamente, empregaremos a voz ‘proposição’ para nos referirmos à significação do suporte físico criado em nossas mentes, isto é, a proposição é a construção mental do sentido do enunciado.”<sup>58</sup>.

Assim a assertiva, aquilo que se escreveu ou que se falou, objeto de investigação, seria o enunciado. E a proposição diria respeito à ideia construída a partir do enunciado.

Já no que é pertinente à enunciação, Moussalem, inclusive citando José Luiz Fiorin (*As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo*) e, posteriormente, Catherine Kerbrat-Orecchioni (*La enunciación: de la subjetividad en el lenguaje*), defende que:

A enunciação é o ato produtor de enunciados, enquanto o enunciado é o produto de tal ato. ‘... no pudiendo estudiar diretamente ele acto de produccion, trataremos de identificar y de describir la huellas del acto en el produto, es decir, los lugares de inscripcion em la trama enunciativa de los diferentes constituyentes del marco enunciativo.’ Por outro giro, dado que o evento de enunciação se esvai no tempo e no espaço, o cientista buscará construí-lo por meio das marcas da produção deixadas no produto.<sup>59</sup>

A respeito do tema, citemos o filósofo Michel Foucault que, sobre *enunciado*, anota que:

Repetidas vezes usei o termo ‘enunciado’, seja para falar (como se se tratasse de indivíduos ou acontecimentos singulares) de uma ‘população de enunciados’, seja para opô-lo (como a parte se distingue do todo) aos conjuntos que seriam os ‘discursos’. À primeira vista, o enunciado aparece como um elemento último, indecomponível, suscetível de ser isolado em si mesmo e capaz de entrar em um jogo de relações com outros elementos semelhantes a ele.<sup>60</sup>

Foucault continua:

(...) E logo o problema se coloca: se o enunciado é a unidade elementar do discurso, em que consiste? Quais são os seus traços distintivos? Que limites devemos nele reconhecer? Essa unidade é ou não idêntica à que os lógicos designaram pelo termo proposição, à que os gramáticos caracterizam como frase, ou, ainda, à que os ‘analistas’ tentam demarcar

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>60</sup> Foucault. *A arqueologia do saber*. p. 96.

sob o título *speech act*? Que lugar ocupa entre todas as unidades já descobertas pela investigação da linguagem, mas cuja teoria, muito frequentemente, está longe de ser acabada, tão difíceis os problemas que colocam, tão penoso, em muitos casos, delimitá-las de forma rigorosa?<sup>61</sup>”.

Posteriormente, o filósofo conclui:

o enunciado não é uma unidade do mesmo gênero da frase, proposição ou ato de linguagem; não se apoia nos mesmos critérios; mas não é tampouco uma unidade como um objeto material poderia ser, tendo seus limites e sua independência. Em seu modo de ser singular (nem inteiramente linguístico, nem exclusivamente material), ele é indispensável para que se possa dizer se há ou não frase, proposição, ato de linguagem; e para que se possa dizer se a frase está correta (ou aceitável, ou interpretável), se a proposição é legítima e bem constituída, se o ato está de acordo com os requisitos e se foi inteiramente realizado.<sup>62</sup>

Considerando a abordagem feita sobre linguagem e sobre semiótica, é necessário considerar que: o presente trabalho toma como diretriz para o estudo semiótico da *verdade* o viés semântico, que diz respeito à possibilidade de verificação empírica dos enunciados. Esta visão é adequada para aqueles enunciados que podem, efetivamente, na prática, serem submetidos ao critério da verdade objetiva.

Apesar de, em um primeiro momento, o discurso jurídico ser *linguagem* e não ter correspondência no mundo dos fatos (motivo pelo qual a análise do discurso jurídico sob o plano semântico não ser possível), é relevante que lembremos que são os fatos acontecimentos reais, que consistem nos objetos de análise no processo de apuração da verdade. Nesse sentido, os fatos são, sim, objeto de verificação empírica e são classificados como fatos jurídicos se possuem repercussão ou relevância na esfera do mundo cultural jurídico.

#### 1.4.2 A verdade como coerência com o discurso

A prova sempre recairá sobre uma proposição (ou enunciado), conforme os dizeres de Perelman (*Retóricas*). Para esse professor, “a escolha de uma linguagem ligada a uma teoria, e elemento indispensável para a descrição do real, é uma obra humana, na qual as estruturas formais se combinam com motivações culturais, tanto

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 104.

emotivas, quanto práticas.<sup>63</sup> Não há, portanto, que atrelar-se à ideia errônea de que os fatos devem ser reconstruídos pela parte. A afirmação feita sobre os fatos (enunciado) pela parte é que deve ser o foco das provas produzidas. O propósito concebido para o enunciado firmado é o convencimento e, para tanto, são necessárias evidências que confirmem a verossimilhança do que foi proposto. Assim, o esforço probatório não recai sobre os fatos conforme aconteceram, mas sim sobre o enunciado sobre os fatos, em uma busca incessante de persuasão do magistrado.

Nos dizeres de Marinoni, “pode-se extrair que a função da prova é se prestar como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal.”<sup>64</sup>.

Conforme já mencionado, não se acredita no sucesso da instrução probatória quanto à finalidade de comprovação de fatos nos mesmos termos em que se deram. Visa-se, portanto, convencer o juiz de que algo afirmado realmente ocorreu, o que pode resultar no acolhimento da pretensão do autor ou do réu. Esta mudança de paradigma encontra lastro na teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas.

#### 1.4.3 Apontamentos sobre a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas e sua aplicação ao processo

Pela teoria do agir comunicativo, de Jürgen Habermas, existem interações comunicacionais do dia-a-dia, orientadas para o entendimento entre locutor e interlocutor, bem como para a sua emancipação. Os sujeitos da comunicação estariam comprometidos com a noção de justiça (pretensão de correção), que será produto do agir comunicativo.

Para Habermas, nossa vida social seria estruturada sobre regras próprias de comunicação, a qual se operaria de forma “não violenta”, mas sim sob uma lógica argumentativa e cooperativa entre os sujeitos da comunicação. Para tanto, haveria uma linguagem direcionada para o entendimento, de maneira que “compreender um

---

<sup>63</sup> *Apud* MARINONI. *Prova*. p. 54.

<sup>64</sup> MARINONI. *Prova*. p. 53.

enunciado emitido pelo locutor” seria, por parte do interlocutor, “compreender as razões que tornam o enunciado aceitável, e entender as suas condições de validade.”.

Para o filósofo, todo enunciado teria uma dupla natureza, quais sejam, a dimensão locutória (relativa ao teor do enunciado), e a ilocutória, relativa à força performativa da linguagem<sup>65</sup>. Na dimensão ilocutória, cria-se um envolvimento entre locutor e interlocutor, os quais, por meio da linguagem, se entendem sobre determinada coisa do mundo.

Complementando, o teórico defende, a respeito das pretensões de validade do enunciado, que haveria três diferentes modalidades de atos de linguagem: a primeira delas seria a de atos constatativos, casos em que o sujeito da comunicação simplesmente apresenta constatações; a segunda modalidade diz respeito aos atos avaliativos, casos em que o sujeito, por meio da linguagem, avalia, emite juízos de valores; e, a terceira modalidade, de atos subjetivos ou expressivos, em que os atos de linguagem correspondem a manifestações de sinceridade do sujeito.

Importante acrescentar que, para Habermas, a comunicação é possível somente porque, de forma implícita, são compreendidas (pelo interlocutor) as razões que tornam os enunciados (do locutor) aceitáveis<sup>66</sup>. Quando esta possibilidade não mais existe, passa-se, então, à troca de argumentos, à discussão. Dessa forma, não há uma utopia na teoria *habermasiana* que indique que sempre haverá consenso. Ao contrário, uma vez que um dos sujeitos da comunicação entende não haver razões de aceitabilidade do enunciado, ele apresenta suas contrarrazões e, a partir daí, haverá o confronto de argumentos até que se chegue a um novo consenso, propiciando, pela apresentação de novos pontos de vista, o desenvolvimento e crescimento dos sujeitos da comunicação.

Não há, na visão de Habermas, qualquer tipo de vida sócio-cultural, por mais rudimentar que seja, que não esteja orientada, ao menos de forma implícita, para um prosseguimento do agir comunicativo, com meios argumentativos.<sup>67</sup> Uma simples

---

<sup>65</sup> HABERMAS. *Consciência moral e agir comunicativo*. p. 40.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>67</sup> *Ibidem*. p. 123.

análise da teoria do agir comunicativo nos faz concluir que o ambiente processual é um palco em que ela é totalmente aplicável.

A linguagem tem uma função de cognição e as partes no processo apresentam enunciados, os quais são aceitos ou não. Uma vez não aceitos, os enunciados passam à condição de objeto da argumentação e, por meio do enriquecimento da discussão, com a apresentação de pontos de vista diversos, há uma verdadeira ampliação do horizonte cognitivo. O produto dessa discussão é a verdade (possível) do processo, que representa a resposta acerca da validade ou invalidade dos enunciados propostos.

Acrescente-se que, necessariamente, o convencimento do julgador deve perpassar por uma linha de racionalidade, em que serão analisadas e confrontadas as proposições fáticas apresentadas pelas partes, bem como as provas produzidas, em um jogo de argumentação, no qual a verdade é construída.

Embora a necessidade de obediência a critérios objetivos de imparcialidade, previstos em lei, não há como se cogitar ser o julgador um sujeito neutro. Nele, inevitavelmente, estão presentes determinados valores, pré-compreensões e concepções, preferências políticas e religiosas, todos estes atributos e variáveis, que compõem a vivência de qualquer ser humano. E é justamente por isto que se faz possível que dois juízes julguem a mesma causa, com as mesmas características e provas de forma antagônica. Estas questões relativas à subjetividade do juiz serão aprofundadas em tópico específico.

## **CAPÍTULO II – A VERDADE PROCESSUAL: a verdade no contexto do processo**

Os juristas, em especial aqueles estudiosos do ramo do Direito Processual, ao analisar, ao longo dos tempos, o fenômeno da “verdade” na via processual, construíram várias teorias relacionadas direta ou indiretamente ao tema, com maior ou menor aceitação, dentre as quais as mais importantes serão analisadas neste capítulo. No entanto, antes de adentrar o estudo imediato sobre a verdade, necessário se faz discorrer sobre as diferentes fases metodológicas que serviram e servem como paradigma para o desenvolvimento dos estudos no Direito Processual brasileiro.

### **2.1 Fases metodológicas do processo como paradigmas**

Os paradigmas que servem de referencial para a ciência, diante das transformações do mundo, estão sempre sendo modificados. Premissas há décadas tidas como dogmas são destruídas e substituídas com o decorrer do tempo. Conceitos profundamente arraigados desaparecem e, tempos depois, são retomados. Assim se constrói a ciência, com uma sucessão de teorias, muitas vezes, contrapostas, substituindo-se umas às outras, conforme a aceitação da comunidade científica de dada época. Nas palavras de Thomas Kuhn:

À medida que os problemas mudam, mudam também, seguidamente, os padrões que distinguem uma verdadeira solução científica de uma simples especulação metafísica, de um jogo de palavras ou de uma brincadeira matemática. A tradição científica normal que emerge de uma revolução científica é não somente incompatível, mas muitas vezes verdadeiramente incomensurável com aquela que a precedeu.<sup>68</sup>

No Direito, em especial no Direito Processual, a alternância de paradigmas não é diferente. Obedece-se a mesma lógica de transformação por meio da substituição de “verdades” científicas, conforme o abandono de certos conceitos e a valorização de outros.

Tendo em vista as mencionadas mudanças, é importante para este estudo que façamos uma descrição das modificações de paradigmas que pautaram o Direito

---

<sup>68</sup> KUHN, p. 138.

Processual nos últimos séculos, tendo como referência as suas fases metodológicas. Far-se-á uma pequena digressão histórica, desde a fase sincrética, passando pela fase autonomista, com os holofotes focados sobre a ação, pelo instrumentalismo, em que o foco se pôs sobre a jurisdição e, finalmente, concluindo com a análise do formalismo-valorativo.

A primeira fase, o *sincretismo*, foi marcada pelo foco sobre a ação, tida como o próprio direito material, não havendo ainda separação entre a relação de direito material e a de direito processual. Na ocasião, sequer se falava em direito processual como ramo autônomo de estudos.

Na segunda fase, conhecida como *autonomista*, passou-se a separar a relação material da processual, culminando na afirmação da autonomia científica do Direito Processual. A construção do Direito Processual brasileiro, em especial do Processual Civil, sofreu demasiada influência do Direito Processual italiano, tendo como expoentes Enrico Tulio Liebman (*Problemi del processo civile*) e Giuseppe Chiovenda (*L'azione nel sistema dei diritti*). A influência italiana, determinante na confecção dos Códigos de Processo Civil de 1939 e de Processo Penal, de 1941, assim como do Código de Processo Penal Militar, de 1969, e do Código de Processo Civil de 1973, acabou por eleger como ponto central do processo a “ação”. Desenvolveu-se um processo extremamente formalista, desaguando em uma supervalorização da forma, tendo o processo como fim em si mesmo.

Posteriormente, emergiu uma terceira fase, a *instrumentista*, que adveio como antítese à anterior, passando-se a ter o processo como instrumento da efetivação do direito material e da produção de justiça social. Retira-se o foco do processo e passa-se a mirar os seus resultados práticos<sup>69</sup>. O grande inspirador da teoria da instrumentalidade, no Brasil, é o jurista e professor da Universidade de São Paulo (USP) Cândido Rangel Dinamarco.

Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à '*ordem jurídica justa*'.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, p. 48.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 47.



De forma geral, entende-se que ainda estaríamos no curso da fase instrumentalista, não obstante haja aqueles que defendam que esta fase já teria sido superada pelo advento de uma outra, conhecida como *formalismo-valorativo*. Alguns processualistas, como Hermes Zanetti Jr. e Daniel Mitidiero, defendem que a fase instrumentalista teria sido superada pela fase, ainda em desenvolvimento, do formalismo-valorativo, termo cunhado pelo jurista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), em 2004<sup>71</sup>.

Hermes Zanetti Jr., citando Alvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*) defende que:

‘A totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais’; dessa maneira, cumpre a ‘tarefa de indicar as fronteiras para o início e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento’; e assim ‘contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento.’<sup>72</sup>

Esta foi uma alternativa apresentada ao instrumentalismo pela escola processual gaúcha. O formalismo-valorativo possui essa alcunha pois que tem como pedras fundamentais de aplicação do Direito tanto a forma, quanto o valor<sup>73</sup>. Defende-se, sob este novo paradigma, que é direito fundamental do jurisdicionado a realização da justiça processual, o que, é parcialmente, defendido pelo instrumentalismo, e traz, ainda, o processo como ambiente de **criação** do direito por meio de seus intérpretes, conferindo àquele (processo), o foco central dos estudos processuais<sup>74</sup>.

No formalismo-valorativo, o contraditório desempenha papel fundamental, eis que “confere a possibilidade de debates dentro de um procedimento apto a permitir a correta aplicação do direito (pretensão de correção).”<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> ZANETTI JR., p. 44.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>73</sup> MADUREIRA, p. 66.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>75</sup> ZANETTI JR., p. 65.

No desenvolvimento do presente trabalho, entende-se que a verdade é produto do processo, sendo construída pela participação das partes, coadunando-se com as bases da teoria do formalismo valorativo, do processo como ambiente de criação do direito.

## 2.2 Verdade Real versus Verdade formal: realidade ou mito?

Sob a ótica do liberalismo, que consagrava o individualismo, tratou-se, durante muito tempo, da verdade processual sob dupla perspectiva: verdade real e verdade formal. Criou-se o mito de que a busca da verdade real – vista como a correspondência fidedigna com os fatos, seria a forma como a doutrina lidava com a verdade no processo penal. Tendo em vista a possibilidade de o acusado ser condenado a uma pena restritiva de liberdade, somente se justificaria a aplicação da pena pela comprovação efetiva da prática de infração penal, ou seja, encontrando-se a “verdade substancial (ou material/ ou real)”.

Lado outro, tendo como premissa a disponibilidade de grande parte dos direitos patrimoniais, a verdade, no processo civil, era enxergada como “verdade formal”. Assim, a *verdade* era construída com uma maior flexibilidade, sem tanto rigor quanto à correspondência factual. Mencione-se, ainda, as presunções de verdade. Isto é, bastava que a lei autorizasse que determinada alegação fosse considerada como verdadeira para que se pudesse nela fundamentar uma decisão judicial, como ocorre, *e. g.*, com o efeito da revelia, que autoriza pela conclusão fictícia da existência da verdade.<sup>76</sup>

Por mais de um século, essa dicotomia entre verdade real no processo penal e verdade formal no processo civil perdurou. Nas palavras de Marinoni e Arenhart:

Durante algum tempo a doutrina processual tentou distinguir a forma pela qual o processo civil e o penal lidavam com o tema da verdade. Sustentava-se que o processo penal trabalhava com a verdade substancial, ao passo que o processo civil se satisfazia com a verdade formal. (...) O conceito de verdade formal identifica-se muito mais com uma ‘ficção’ da verdade.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> CPC: art. 319. Se o réu não contestar os termos da ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

<sup>77</sup> MARINONI; ARENHART. *Prova*. p. 32.

Portanto, de um lado, via-se a busca de uma verdade que pudesse corresponder efetivamente aos acontecimentos, que consistiam na base factual para a aplicação dos direitos. Em outro, via-se a possibilidade efetiva da decisão ter como lastro uma “verdade fictícia”, decorrente das presunções legais. Nessa perspectiva, a busca da verdade no processo penal e no processo civil demandaria diferentes graus de certeza.<sup>78</sup>

quando a causa não-penal versa sobre relações jurídicas em que o interesse público prevalece sobre o privado, não há concessões à verdade formal. (...). No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC; arts. 130, 342 etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a *verdade formal*, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. No processo penal, porém, o fenômeno é inverso: *só excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal*, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real (CPP, art. 386, inc. VI).<sup>79</sup>

A dicotomia mencionada vem sendo abrandada atualmente, com a mudança de paradigma sobre o tratamento da “verdade”. Primeiramente, caminhou-se para um consenso de que no processo civil busca-se também a verdade substancial (real/material), não obstante a previsão legal das presunções de veracidade no Código de Processo Civil<sup>80</sup>. Na face oposta, parte da doutrina defende que a existência das presunções inseridas na lei processual civil de certo modo desnaturariam a vocação do processo para a busca da verdade, o que será tratado em tópico específico.

Almeida Júnior defende que “essa verdade ficta é, pois, um contrassenso. E, por que não dizer, é prova categórica de que o processo não visa à verdade, mas simplesmente a uma resolução do litígio.”<sup>81</sup>. Assim considerando, o processo estaria se afastando de seus propósitos éticos, ao buscar solucionar conflitos sociais sem o compromisso com a busca da verdade.

A pena de revelia é, como se diz o nome, uma ‘punição ao rebelde’. Essa punição legítima o Estado a ‘criar direitos’ ou a ‘dar razão a quem não a

---

<sup>78</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>79</sup> CINTRA; GRINOVER; e DINAMARCO. p. 71.

<sup>80</sup> MARINONI; ARENHART. *Prova*. p. 34.

<sup>81</sup> ALMEIDA JÚNIOR. *In Um requiém à busca da verdade no processo civil*.

tenha?’ qual o comprometimento da sanção do art. 319 com o julgamento antecipado justo? Será que a fonte inspiradora desse dispositivo foi traduzida corretamente? Honestamente, a ficção jurídica nesse caso é abominável, e também em tantos outros casos no próprio CPC.<sup>82</sup>

Por outra via, entretanto, têm sido construídas bases sólidas que concluem pela improbabilidade de alcance da verdade real<sup>83</sup>, seja no processo civil, ou no penal<sup>84</sup>.

Como reencontrar os acontecimentos ocorridos no passado?

O escritor L. P. Hartley (*The Go-Between*) conclui que “voltar ao passado é impossível, porquanto é um país estranho, distante, estrangeiro, que não se pode visitar.”<sup>85</sup>

Sob a perspectiva da teoria da linguagem, não sealaria somente em mitigação dessa dicotomia entre verdade real e formal, mas sim na inexistência da primeira.

A tradicional classificação da verdade em material e formal passa a ser irrelevante, uma vez que no sistema adotado toda verdade passa a ser formal, ou seja, verdade dentro de um sistema de linguagem.<sup>86</sup>

Os fatos não chegariam, como efetivamente ocorreram, ao conhecimento do juiz. O que acontece é que diferentes versões seriam apresentadas ao magistrado. “O juiz não tem acesso aos acontecimentos, mas sim às interpretações, às versões, ou seja, à linguagem sobre os fatos.”<sup>87</sup>. Por essa ótica, o máximo que se poderia alcançar no processo seria uma verdade aproximada, provável, que pode ser chamada de verdade possível.

Deve-se acrescentar, ainda, que a consideração da *verdade* como fenômeno da linguagem, a que me proponho neste trabalho, dissolve a dicotomia verdade formal

---

<sup>82</sup> RODRIGUES. p. 220.

<sup>83</sup> A verdade absoluta no processo civil não pode ser jamais atingida. O que se obtém é, no máximo, *um juízo de probabilidade, uma verdade provável*. Esse juízo de verossimilhança, que aporta ao final do processo com alto grau de probabilidade de ser verdadeiro, é alçado à ‘certeza’ com o trânsito em julgado da decisão, erigindo-se em patamar de ‘certeza jurídica’.” (Hermes Zanetti – *Processo Constitucional - o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. p. 79/80).

<sup>84</sup> LUNARDI e DIMOULIS. *In A verdade como objetivo do devido processo legal*.

<sup>85</sup> *Apud* CAMPOS, p. 7.

<sup>86</sup> MOUSSALEM, p. 39.

<sup>87</sup> *Idem*, p. 40.

e verdade real, que perde, assim, o seu objeto. Isto porque, se a *verdade processual* não pertence ao mundo dos fatos, mas se apresenta, em concreto, como construção da linguagem, a verdade real não existe ou, ao menos, não haveria como comprovar a sua existência<sup>88</sup>.

### 2.2.1 As presunções de veracidade do processo civil e a verdade dos fatos

O processo civil abriga direitos materiais disponíveis e indisponíveis, sendo diferentes as exigências para a comprovação dos fatos em decorrência do bem jurídico tutelado nos feitos processuais. Há muitos casos em que, por haver direitos materiais disponíveis, permite-se a utilização de institutos previstos em lei, referentes à presunção de veracidade de fatos afirmados. Uma simples análise do Código de Processo Civil possibilita a identificação da possibilidade de julgamentos serem feitos com base em presunções, sem que haja garantia da compatibilidade daquelas com os fatos puros.

O legislador previu, *e. g.*, no *caput* do artigo 302 do Código de Processo Civil o ônus da impugnação específica, que recai sobre o réu. Ele deve, na contestação, impugnar precisamente os fatos alegados na petição inicial, sendo vedada, como regra, a apresentação de contestação genérica. Caso não se desincumba do referido ônus, presumir-se-ão como verdadeiros os fatos alegados, que não tenham sido impugnados de *per si*.

Outra hipótese de presunção, igualmente prevista no Código de Processo Civil, consta do artigo 319 do CPC, que prevê que se o réu não contestar a ação, irão presumir-se como verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

E mais uma previsão legal pode ser mencionada, qual seja, aquela constante do § 2.º do artigo 343 também do CPC, em que consta que o juiz aplicará a pena de confissão, caso a parte intimada a comparecer em Juízo para apresentar o seu depoimento pessoal, não se fizer presente ou se recusar a depor.

---

<sup>88</sup> MOUSSALEM, p. 39.

Apesar de estarmos lidando com diferentes institutos processuais – ônus da impugnação específica, revelia e confissão ficta - deles decorre um mesmo efeito, a presunção de veracidade dos fatos.

Posto isso, é importante apurar se a presunção mencionada, não obstante signifique economia processual, pode redundar em julgamento contrário à justiça.

Quanto ao pormenor, não se pode perder de vista que o magistrado deve atentar para a possibilidade de que a aplicação da presunção de veracidade seja contraditória com os demais elementos de convicção presentes nos autos. Neste caso, como a referida presunção é *iuris tantum*, deve o julgador dar prevalência aos elementos de convencimento.

Mas, o que ocorre no caso de não existirem, nos autos, quaisquer indícios sobre os fatos narrados, que confirmam pistas sobre como os fatos realmente ocorreram? Neste caso, é evidente a possibilidade de o juiz, ao aplicar a presunção de veracidade, estar formatando uma decisão injusta para o caso. É bem possível que, no caso concreto, a aplicação da presunção de veracidade acabe por tornar *verdade processual* uma alegação sobre fato, mesmo em absoluta contradição com os acontecimentos, conforme se deram.

Em primeiro lugar, se o enunciado alegado é falso, a não contestação não faz com que ele se torne verdadeiro; em segundo lugar, se o enunciado alegado é verdadeiro, a não contestação não faz com que ele se torne verdadeiro, porque já o é; em terceiro lugar, se o enunciado alegado é verdadeiro, a contestação não faz com que ele se torne falso; e, por fim, se o enunciado é falso, a contestação não faz com que ele se torne falso, pois já o é. Resta claro, por conseguinte, que no que diz respeito à veracidade ou à falsidade do enunciado objeto de alegação, tanto sua contestação, quanto sua não contestação são *absolutamente irrelevantes*.<sup>89</sup>

Podemos, ainda, mencionar a possibilidade de a aplicação da presunção ser uma aliada das partes que intentam usar da jurisdição para fraudar a lei:

... se a sabedoria popular diz que '*quem cala consente*', não diz, entretanto, que o silêncio demonstra a veracidade daquilo sobre o que se cala. Em realidade, as razões pelas quais a parte não contesta um fato alegado pode ser muito diversas, mas nenhuma dessas parece ter o condão de determinar a veracidade do enunciado que descreve o fato. Pelo contrário: o demandado poderia evitar contestar um enunciado relativo a um fato que

---

<sup>89</sup> TARUFFO, p. 152.

sabe não ser verdadeiro justamente com o escopo de ocultar a verdade, colaborando com o autor na violação da lei.<sup>90</sup> .

Nesse exemplo, Taruffo invoca a possibilidade de que a lei favoreça um conluio existente entre as partes, as quais, simulando um conflito de interesses, se utilizam da presunção de veracidade para obter um resultado que, na verdade, acaba por satisfazer as duas partes. Esta modalidade de colusão entre as partes com o intuito de fraudar a lei é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro<sup>91</sup> .

Além disso, apesar de a noção da aplicação das presunções de veracidade, nestes casos específicos do processo civil, coadunar-se com o ideal de economia processual e com a busca pela duração razoável do processo (prevista na CF/88, no art. 5.º LXXVIII como direito fundamental), o próprio diploma de processo prevê, além de outras, exceções como aquelas dos artigos 302 I e 320, II, ambos do CPC, em que a presunção não será aplicada, respectivamente, nos casos em que não for admitida a confissão e naqueles que tratem de direitos indisponíveis. Há, pois, evidente proteção legal ao direito material indisponível, que não sucumbirão em decorrência da simples presunção de veracidade.

Mas, qual o motivo da diferença de tratamento?

A princípio, parece que o legislador, ao utilizar-se do critério da disponibilidade ou indisponibilidade do direito material envolvido, teria optado por conferir ao caso um tratamento de negócio jurídico, em que a vontade, seja de participar do processo, ou a de não participar, estabelece os contornos da *verdade processual*, como uma espécie de verdade negociada<sup>92</sup>. De qualquer forma, há de ser considerado que a presunção de veracidade, conquanto contribua para um resultado processual mais célere, pode, na prática, aniquilar a garantia de uma decisão pautada, ao menos, na verdade possível.

(...) a não contestação da alegação de um fato não tem, por si só, qualquer efeito vinculante, nem para as partes, nem para o juiz: não se trata de um negócio estipulado entre as partes, mas sim de uma situação em que não se elimina o valor da verdade como condição de justiça da decisão; resulta,

---

<sup>90</sup> *Ibidem*. p. 155.

<sup>91</sup> Vide artigo 485, III, “*in fine*” do Código de Processo Civil.

<sup>92</sup> Termo utilizado por Michele Taruffo.

de qualquer modo, oportuno minimizar a eventualidade de que uma decisão seja tomada sem a apuração efetiva da verdade dos fatos relevantes<sup>93</sup>.

Portanto, é no mínimo leviano que o magistrado julgue somente tendo por base a presunção de veracidade decorrente da revelia, e. g., abandonando, assim, a possibilidade de utilizar-se de seus poderes instrutórios, seja para corroborar as conclusões decorrentes da mencionada presunção, seja para afastá-la no caso concreto, quando verificar, a título de exemplo, que as afirmações feitas pelas partes são inverossímeis ou que não se compatibilizam com as provas dos autos.

### **2.3 Verdade possível**

Mais uma vez, mergulhando em postulados filosóficos, busca-se evidenciar a improbabilidade de, no muito das vezes, alcançar a correspondência com os fatos. É de substancial relevância o aprofundamento nesta questão, haja vista as consequências polêmicas deste ponto de vista, principalmente sobre a decisão condenatória no processo penal.

Falando da busca da verdade nas ciências naturais, Karl Popper (*Lógica das ciências sociais*) defendia ser a verdade uma guia na pesquisa científica, haja vista que a possibilidade de erro implicaria na ideia de uma verdade objetiva que se deixara de alcançar<sup>94</sup>. Usando a verdade como referência, Popper defende que, na própria história da ciência, há inúmeros casos em que não se pode chegar à verdade objetiva, mas uma teoria parece aproximar-se da verdade mais do que a outra. Popper continua, asseverando que, sendo assim, mesmo que ambas as teorias apresentadas sejam falsas, o grau de corroboração que uma delas alcança, a coloca mais próxima da verdade.

Nesse sentido, na precisa observação de Alves-Mazzotti e Gewandszajder:

Se isto for possível, a corroboração passa a ser um indicador para uma aproximação da verdade, e o objetivo da ciência passa a ser o de buscar teorias cada vez mais próximas à verdade ou, como diz Popper, com um grau cada vez maior de verossimilhança ou verossimilitude.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> TARUFFO, p. 158.

<sup>94</sup> ALVES-MAZZOTTI e GEWANDSZAJDER, p. 18.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 19.



Ainda que sob um maior rigor científico, que é próprio das ciências naturais, admita-se a impossibilidade, ainda que eventual, de se alcançar a verdade objetiva, em um processo de verificação empírica de um enunciado<sup>96</sup>.

Embora a “verdade possível” (ou verossimilhança)<sup>97</sup> possa ser uma constatação importante tanto das ciências naturais, quanto das ciências sociais, é importante que sejam apresentadas diferenças existentes quanto ao método científico utilizado, nas duas categorias científicas diversas. Não se pretende um aprofundamento no debate sobre o tema, mas não há dúvidas de que, em que pese opiniões contrárias, o objeto de estudo das ciências naturais é diferente dos fenômenos analisados pelas ciências sociais. Hodiernamente, as pesquisas na área das ciências sociais caracterizam-se por uma multiplicidade de abordagens, com pressupostos, metodologias e estilos narrativos diversos daqueles típicos das ciências naturais<sup>98</sup>.

Diante da realidade da “verdade possível”, fruto da improbabilidade teórica de se alcançar a verdade real, seja por ser inexecutável na prática, ou mesmo, por sua simples inexistência (teoria da linguagem), indaga-se: em que se baseia o juiz para considerar ou não como verdadeiros os fatos, antes de realizar o processo de subsunção, ou melhor, de interpretação?

Busca o magistrado, inegavelmente, aproximar-se da verdade. Até porque o magistrado não é um historiador. Nesta esteira, são utilizados diferentes rótulos para essa “verdade possível”, como probabilidade, verossimilhança, dentre outros, bastando que haja uma quantidade suficiente de certeza histórica<sup>99</sup>.

Os operadores do direito usam indistintamente as expressões verdade possível, verossimilhança e probabilidade. Elas estão entre si em relação

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 22. Lakatos, posteriormente, busca refutar a relação entre corroboração e verossimilhança, defendida por Popper.

<sup>97</sup> Embora alguns autores optem por utilizar a palavra “verossimilhança”, por questão de busca de maior precisão de linguagem, no presente trabalho, considera-se mais correto o termo “verdade possível”.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>99</sup> Carlo Furno, afirmava que “na descoberta e investigação da verdade sobre os fatos que vão integrar-se na decisão, basta ao juiz ‘a quantidade suficiente de certeza histórica que lhe permita descobrir a verdade legal concreta aplicável ao caso litigioso.’” (*apud* MARQUES. Instituições de Direito Processual Civil. Volume III, p. 324).

crescente de 'certeza' para o processo: provável é mais do que verossímil e verossímil mais do que verdade possível.<sup>100</sup>

Diz-se ser verossímil o evento já ocorrido de certo modo no passado e que se espera que assim se proceda novamente<sup>101</sup>. A verossimilhança nos remete à repetição. O jurista italiano Luigi Paolo Comoglio, ao investigar a busca pela *verdade* no processo, da mesma forma, conclui que: “... *in sostanza, si dovrebbe modellare l'esigenza, già descritta, di assicurare al processo **la maggiore approssimazione possibile a quella che abitualmente se designa como verità tout court.***”<sup>102</sup>.

Importante ressaltar que não há coincidência necessária entre a verossimilhança e a verdade, haja vista que uma ocorrência considerada verossímil pode muito bem não ter acontecido. Assim, nos estreitos termos do conceito de verossimilhança, o que é verossímil pode perfeitamente ser falso<sup>103</sup>.

Ademais, conforme já mencionado, os fatos não chegam em estado puro ao conhecimento do magistrado. Desde a petição inicial, o que se noticia ao julgador é uma interpretação acerca dos acontecimentos. Nesse sentido, deve ser considerada a interpretação dos fatos que é levada ao processo não somente pelas partes, como também pelas testemunhas.

Ninguém consegue transportar para o seu interlocutor um fato nos estritos moldes em que ocorreu. O que se transmite são as *impressões* sobre determinado evento, já que ao ser assimilado pelo indivíduo, este fato é entendido por ele, a partir de uma série de pré-compreensões. Cada pessoa é dotada de um filtro pelo qual os fatos são peneirados em uma malha de convicções pessoais, religiosas, filosóficas, sociais etc., as quais influenciam diretamente na percepção que se tem daquele acontecimento.

Nesse sentido, resta evidente que os juízos de valoração utilizados como condição de compreensão do acontecimento, passam a impregnar os *fatos*, conforme entendido pelos sujeitos processuais, que, assim, os “entregam” ao juiz no processo.

---

<sup>100</sup> ZANETI JÚNIOR, p. 79.

<sup>101</sup> TARUFFO, p. 111.

<sup>102</sup> COMOGLIO, p. 15.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 112.

Isso explica porque, muitas das vezes, como expectadores dos atos processuais praticados, tem-se a impressão de que tanto as partes, como as próprias testemunhas relatam os *seus fatos* com a mesma convicção, embora estes guardem entre si diferenças que chegam a estabelecer paradoxos.

Da mesma maneira, o juiz, ao analisar as afirmações feitas nas peças processuais também submete os fatos afirmados ao seu leque de pré-concepções. É de valor a lição de Zanini, em referência ao magistério de Gadamer (*Verdade e Método*), que ensina como a pré-compreensão de cada um infiltra-se no processo de interpretação:

Gadamer mostra que, no encontro com o texto, somos irremediavelmente guiados por nossa pré-compreensão. Esta resulta de nossa formação pessoal, de nossos valores, de nossa cultura, de nossa língua, de nossa história, enfim, de nosso contato com o mundo. Cada um de nós tem um determinado conjunto de referências que é utilizado na constante busca da construção de sentido: os pré-juízos, referências que, para o autor, não representam algo forçosamente negativo. Nosso lastro de juízos prévios não indica, necessariamente, sob o prisma *gadameriano*, que estamos condenados a uma espécie de incapacidade intelectual que inviabilizaria qualquer atitude crítica, ou que estamos atados a um passado imutável, permeado de tradições dogmáticas e interpretações fixistas, que traduziriam uma limitação absoluta da nossa liberdade – significa, apenas, que somos, em parte, condicionados por nossa finitude e historicidade<sup>104</sup>.

Por evidente que o fato em estado puro já não pode ser mais alcançado no processo. O fato, como inserido no processo, tem as marcas de seu observador, que o relata não como os seus sentidos presenciaram, mas sim como as suas pré-concepções o captaram.

Há correntes de pensamento céticas que não acreditam na existência de uma verdade independente da decisão do observador e consideram que essa decisão não se determina pela 'verdade', mas exprime uma vontade relacionada às preferências pessoais e pressões oriundas do meio social.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Apud ZANINI, Rita Dostal. *Hermenêutica Filosófica e Hermenêutica Jurídica: uma aproximação a partir dos conceitos de Hans-Georg Gadamer*. 2006. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2006. p. 78.

<sup>105</sup> LUNARDI e DIMOULIS. *In A verdade como objetivo do devido processo legal*.

Podemos, inclusive, concluir que a própria narrativa sobre o fato feita pelas partes já apresenta “versões” sobre o acontecimento. Nesse sentido, muitas vezes, desde o início da menção ao fato na petição inicial ou na contestação, o acontecimento *puro* não existe no processo, ou mesmo no imaginário dos sujeitos processuais, os quais acreditam e defendem suas diferentes leituras acerca do acontecimento.

Seguindo no raciocínio, não podemos olvidar que o próprio magistrado, em sua função, além de partir de “versões sobre os fatos”, consignadas pelos diversos atores processuais, também acaba por utilizar-se de subjetivismo<sup>106</sup> ao analisá-las e no próprio ato de julgar, o que, objetivamente, o afasta da verdade substancial. Assim, o julgador opera sobre a verdade possível e, provavelmente, não sobre a verdade dos fatos, tal como eles efetivamente aconteceram.

### 2.3.1 A verossimilhança e a tutela antecipada

Já que ficou estabelecido não ser provável alcançar a verdade no caso concreto, e que as decisões judiciais finais, na prática, teriam como base não a verdade dos fatos, mas sim a verdade possível, faz-se necessário comentar, então, sobre a verossimilhança que dá base para a concessão de uma tutela antecipada.

O artigo 273 do atual Código de Processo Civil prevê a possibilidade de o juiz conceder a tutela antecipada desde que, além de outros requisitos, se convença da verossimilhança da alegação.<sup>107</sup> Questiona-se, então, a “verdade possível” a que se refere nos tópicos anteriores se confunde com a verossimilhança que serve de requisito para a concessão da tutela antecipada (constante do *caput* do já mencionado artigo 273 do CPC)?

Na verdade, a lei não prevê que as sentenças e acórdãos, que dão provimento ou não ao pedido em caráter final tenham como fundamento a *verdade possível*. O que existe, conforme se tratou, é o convencimento de que é muito provável que não se consiga reproduzir os fatos na conformidade em que ocorreram. E, justamente por

---

<sup>106</sup> MARINONI; ARENHART, *Prova*, p. 37.

<sup>107</sup> No novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016, o legislador preferiu utilizar no texto a expressão “probabilidade do direito” (Art. 298).

isto, chegou-se à conclusão de que a verdade processual, no máximo, aproxima-se do que ocorreu.

Lado outro, a verossimilhança de que trata a lei, ao tratar do instituto da tutela antecipada, não diz respeito ao insucesso de se alcançar a verdade dos fatos, mas é a verossimilhança propriamente dita. Como não se exige para a concessão da tutela antecipada uma cognição exauriente, haja vista que a decisão pela concessão poderá ser modificada ou revogada, a lei não impõe a formação de uma “certeza processual”, mas apenas de uma probabilidade de existência do direito.

Lembremos que, de acordo com Kazuo Watanabe, a cognição é uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada<sup>108</sup>. Como regra geral, no processo busca-se uma decisão judicial final, que seja apta a fazer coisa julgada material, a qual é resultado de uma cognição plena e exauriente<sup>109</sup>. Em contraposição a essa decisão final, há a decisão interlocutória de concessão de antecipação de tutela, que é resultado de uma cognição sumária ou superficial. Nos dizeres de Kazuo Watanabe:

Na classificação acima apresentada, o vocábulo ‘sumária’ ficou reservado, unicamente, à *cognição superficial* que se realiza em relação ao objeto cognoscível constante de um dado processo. Portanto, traduz a ideia de limitação no plano vertical, no sentido da profundidade (...), tendo, portanto, a acepção de ‘cognição incompleta, já porque não definitiva, já porque *parcial*, já porque *superficial*.’<sup>110</sup>.

A existência de restrições impingidas à cognição vertical, como ocorre com a sumária, conduz aos juízos de probabilidade<sup>111</sup>, como é o caso da concessão de tutela antecipada. Portanto, apesar do nome “verossimilhança” sugerir uma verdade aproximada, não há como estabelecer-se qualquer confusão entre as tutelas que, quanto à profundidade, são exaurientes de um lado, e sumárias do outro. O grau de verdade necessário para a decisão final de procedência dos pedidos, em um caso, é

---

<sup>108</sup> WATANABE, p. 36.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>111</sup> MARINONI. *Prova*. p. 70.

diferente daquele necessário no outro, em que a mera aparência de verdade é suficiente. E é justamente por tentar evitar imprecisões de linguagem que se sugere a utilização do termo *verdade possível* neste trabalho, evitando qualquer confusão com a verossimilhança, tratada neste tópico.

### 2.3.2 Verdade possível e processo penal

Historicamente, no processo penal, o *jus puniendi* do Estado possui como contraponto a necessidade de produção de provas que atestem a verdade real, servindo como alicerce que legitima e justifica a aplicação da lei penal. Inclusive, conforme já foi tratada neste trabalho, a dicotomia entre a verdade real do processo penal e a verdade formal do processo civil durante muito tempo foi tida como um dogma, visto que incontestável para os doutrinadores, de forma geral.

A construção desse dogma teve lastro inequívoco nas asas do liberalismo<sup>112</sup>, o que também inspirou outra famosa dicotomia, também superada, que separava o estudo do Direito em dois ramos específicos, quais sejam, o ramo do direito privado e o do direito público. A não intervenção do Estado nas relações de natureza privada foi qualificada de Estado mínimo e sua influência (ou não-influência) foi sentida também nos textos legislativos e na prestação jurisdicional, de forma a conferir grande força à autonomia da vontade.

Uma vez conferida ao interessado ampla legitimidade para tratar de seus direitos particulares, sem intervenções *indevidas* do Estado, podendo, inclusive, deles abdicar, cunhou-se o termo *verdade formal*, que se trata da repercussão da disponibilidade de parte dos direitos materiais, suscitados no processo civil.

A doutrina se confunde ao abordar o princípio dispositivo, muitas das vezes usa do mesmo rótulo para nomear diferentes ideias. Os processualistas alemães referem-se ao termo ora em relação à propositura da demanda (*Dispositionsmaxime*), ora à estrutura interna do processo (*Verhandlungsmaxime*).<sup>113</sup> Para Bedaque, a

---

<sup>112</sup> CINTRA; GRINOVER; DINMARCO, p. 70.

<sup>113</sup> BEDAQUE. *Poderes Instrutórios do juiz*. P.87.

nomenclatura *princípio dispositivo* deveria ser reservada para designar tão somente os casos sobre os reflexos que a relação de direito material disponível poderia produzir no processo.

E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual.<sup>114</sup>.

A impossibilidade de o juiz dar partida *ex officio* no processo não decorre do princípio dispositivo. É, na verdade, consequência imediata do *non procedat iudex ex officio* (princípio da inércia da jurisdição). Caso contrário, a mesma lógica não poderia ser aplicada ao processo penal, no qual, embora tenha incidência o princípio da livre investigação das provas (e não o princípio dispositivo), a inércia da jurisdição era e ainda é aplicada nos mesmos estritos moldes em que é feito no processo civil.

No processo penal, dada a indisponibilidade do direito à liberdade de ir e vir e em virtude da relevância desse bem jurídico, exige-se a busca pela *verdade real* ou *substancial*. Nesse sentido, não basta que o processo, em termos rituais, se encaminhe na direção da culpabilidade do réu, seja por sua desídia quanto à apresentação da autodefesa, seja por sua confissão ou por outro motivo. Caso não existam provas que confirmem a culpabilidade, não há fundamentos para a condenação.

Desse modo, as presunções legais, que podem servir de base para o julgamento de mérito no processo civil, por si só, não servem de lastro para a condenação do réu, no processo penal. Isto porque, diferentemente do que ocorre no processo civil, o processo penal é informado pelo princípio da presunção de não culpabilidade do réu, que faz com que, em caso de ausência de prova, o réu seja absolvido.

---

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 90.

Não obstante haja a necessidade de maior certeza para a condenação, irradiada de relevante proteção à liberdade de ir e vir, na prática é muito pouco provável que se chegue ao extremo de incorporar a utópica pretensão de reconstrução fiel dos fatos.

O processo, como visto, tem por fim a descoberta da **verdade provável** e é através da instrução probatória que o juiz poderá chegar a esta verdade, reconstruindo e buscando na instrução criminal elementos sobre o fato concreto ocorrido, para depois sopesar a prova e chegar à decisão final<sup>115</sup>.

Nisso resulta a conclusão de Polastri no sentido de que: “a prova é utilizada no processo penal para a busca da ‘verdade provável’ naquele caso em concreto, objeto daquela relação processual.”<sup>116</sup>

Conforme já explicitado nos itens anteriores, é improvável que a verdade correspondente aos fatos nus e crus seja encontrada por um simples motivo: a extrema dificuldade fática de reconstrução de todos os contornos de natureza espacial e temporal; dos detalhes relativos à vontade humana; e dos demais dados e informações os quais, em conjunto, faziam parte de um enredo específico, que criou uma condição ou situação não passível de ser repetida.

Partindo da exposição feita, continua a haver no processo penal a busca pela verdade real, que jamais poderemos sabê-la alcançada. Isto porque é inegável que, na verdade, a decisão judicial em processo penal, inclusive a condenatória, é fundada não na verdade real, que, por sua própria alcunha, exala pretensioso ar de certeza<sup>117</sup>, mas sim, na verdade possível.

---

<sup>115</sup> POLASTRI, p. 367.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 368.

<sup>117</sup> TARUFFO, p. 108. O autor diferencia verdade e certeza. Sobre a primeira, ele entende que teria natureza objetiva, pois diretamente decorrente da prova sobre os fatos. Com relação à segunda, o doutrinador enxerga um viés de subjetividade.



## 2.4 Verdade e subjetivismo: a verdade das partes e a construção da verdade do juiz

Diante da já demonstrada impossibilidade de se garantir o alcance da verdade real a fim de aplicar o direito ao caso concreto, concluiu-se que é a *verdade possível*, como aproximação da verdade, que dará subsídio ao magistrado para o julgamento.

Basta dizer que, em âmbito jurídico, a possível verdade sempre será enunciada pelo julgador conforme seu juízo, sendo impossível garantir que isso seja verdadeiro (ou predizer que seja falso). Dito de outra maneira, ainda que se considere existente e constatável a verdade objetiva, o fato de o direito vigente confiar a decisão sobre a verdade a uma pessoa (ou um grupo de pessoas) sem conhecimento direto dos fatos, torna totalmente subjetiva a verdade jurídica.<sup>118</sup>

Desse modo, é extremamente relevante a construção do raciocínio de que, uma vez iniciado o processo, não se tem como garantia a apreensão da verdade que efetivamente corresponde aos fatos, assim como ocorreram.<sup>119</sup> Uma versão vai ser construída no processo como “verdade processual”, dotada de coerência, de razoabilidade e que, de certa forma, se amolde, mesmo que parcialmente, àquilo que foi afirmado pelas partes, o que, não necessariamente, corresponde aos fatos conforme ocorreram. No processo de conformação dessa *verdade processual* – processo eminentemente cultural – as experiências e vivências do juiz vão se integrando ao resultado, que vai sendo construído.

Ainda que na esfera dos fatos algo tenha acontecido ‘de verdade’, isso não influencia diretamente a reconstrução da realidade (construção da premissa menor do silogismo jurídico), já que na segunda esfera as pessoas investidas do respectivo poder legal decidirão o que ocorreu. Essa decisão sempre será verdadeira em âmbito legal, pois não pode ser legalmente contestada (a não ser no âmbito de uma ulterior reconstrução em instância superior, para a qual vale exatamente o mesmo voluntarismo da autoridade competente). Nessa perspectiva, a afirmação ‘está provado que ocorreu X’ é sinônima da afirmação ‘o juiz decidiu que ocorreu X’.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> LUNARDI e DIMOULIS. *In A verdade como objetivo do devido processo legal*.

<sup>119</sup> Arruda Alvim ainda defende a dicotomia entre verdade formal e real: “Quando se trata de bens indisponíveis, procura-se de forma mais acentuada, fazer com que, o quanto possível, o resultado obtido no processo (verdade formal) seja o mais aproximado da verdade material, que se pretende fielmente retratar no processo, como, por exemplo, na anulação de casamento. Mais severa há de ser a aferição da prova por cujo intermédio, por exemplo, se pretenda atribuir prole ilegítima à mulher casada. Há, pois, uma maior ou menor severidade na aferição das provas, em função do bem da vida em lide.”. *In Manual de Direito Processual Civil. Volume 2: Processo de Conhecimento*, p. 379.

<sup>120</sup> LUNARDI e DIMOULIS. *In A verdade como objetivo do devido processo legal*.

Desde René Descartes (*Discurso sobre o Método*), a percepção é abordada como um processo interpretativo<sup>121</sup>. Como todo ser humano, o juiz, em sua atividade está sujeito a ser influenciado por seus próprios valores, por suas experiências prévias. A percepção do juiz, assim como ocorre com a percepção da testemunha, passa por um caminho que é, inevitavelmente, carregado de interpretação.

O juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado: o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas.<sup>122</sup>

No exercício da atividade jurisdicional, o magistrado, diante das diferentes e, no mais das vezes, contraditórias alegações feitas pelas partes, acaba por optar, por escolher, aquelas que mais lhes parecem prováveis, verossímeis. Assim, considerando todas as peculiaridades de cada caso, como também os valores pessoais e profissionais do julgador, os fatos, na realidade, vão sendo construídos ou mesmo reconstruídos, em um processo lógico e coerente.

No processo as histórias são narradas por advogados com espírito adversarial, estando em contraposição entre si: o contexto processual tem a estrutura de uma controvérsia, e os advogados apresentam esquemas alternativos e contraditórios de organização dos fatos. Portanto, supõe-se que o juiz escolha uma das histórias possíveis sobre os fatos da causa.<sup>123</sup>

No mesmo sentido, Almeida Jr. ensina:

Ao julgar, inegavelmente, o juiz empregará o seu subjetivismo para analisar os fatos que lhe foram trazidos, para interpretar a lei, e ponderar sobre as proposições dos advogados. Após esse raciocínio, embevecido na subjetividade, emitirá sentença, solucionando o conflito de interesses à sua moda. Deixará transparecer sua formação ideológica, cultural, religiosa e mesmo jurídica.<sup>124</sup>

Nessa esteira, não obstante a necessidade retórica da busca da verdade substancial, a *verdade do processo* é moldada, a partir da participação dos

---

<sup>121</sup> KUHN, p. 240.

<sup>122</sup> *Idem*, p. 240.

<sup>123</sup> TARUFFO, p. 63.

<sup>124</sup> ALMEIDA JÚNIOR. *In Um requiém à busca da verdade no processo civil*.

diferentes atores processuais. O juiz, ao construir a verdade processual, não se limita simplesmente a escolher a narrativa do autor ou do réu.

Utilizando-se de um processo lógico e coerente, o julgador conforma a verdade processual, aplica o direito e motiva a sua decisão. A justificação da decisão é intrinsecamente discricionária, considerando a fluidez da *verdade* construída no processo e a possibilidade da coexistência de vários enunciados diferentes, igualmente *verdadeiros*. A decisão seria, portanto, um produto do seu autor, considerando a sua formação intelectual, estética e moral.

Desde o início da atividade julgadora, o magistrado avalia as alegações feitas pelas partes de forma subjetiva. “A própria seleção dos fatos traz em si uma valoração.”<sup>125</sup>.

Do ponto de vista interno do processo, o julgador não busca a verdade, como alguém busca um objeto no escuro, sua tarefa é resolver o conflito entre as várias narrações sobre a verdade, apresentadas pelos participantes do processo. (...) Nesse sentido, o julgador não deve descobrir algo. Sua tarefa consiste em arbitrar qual é a narrativa (ou a combinação parcial de narrativas) que corresponde à verdade.<sup>126</sup>.

Sob a perspectiva do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o Estado deve entregar a tutela jurisdicional no caso concreto. Em tese, como já repetidamente comentado, a verdade real não pode ser alcançada devido a uma série de fatores que impossibilitam a reconstrução fidedigna dos fatos. Assim, a decisão se pautará, conforme já também mencionado, em uma verdade possível, que é “costurada” a partir dos “retalhos” apresentados pelas partes, e tendo como pano de fundo a liberdade de convencimento do magistrado. Ao final, por óbvio, acaba-se alcançando, como produto final, uma verdadeira “colcha de retalhos”, que, apesar da metáfora, deve ser decorrente de um processo coerente e lógico de construção pelo juiz.

Além disso, é necessário que o juiz motive a sua decisão. E o fará pautado pelo princípio do livre convencimento motivado, o qual, não obstante estabeleça uma obrigação para o juiz (de fundamentação da decisão judicial), não lhe cria grilhões,

---

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> LUNARDI e DIMOULIS. *In A verdade como objetivo do devido processo legal*, p. 10.

ao conferir-lhe liberdade para valoração das provas produzidas<sup>127</sup>. Ao julgador, desde que apresente os fundamentos, é discricionário dar mais valor a uma ou outra prova produzida no processo, em detrimento das demais. Este princípio, por si só, corrobora a marca da *subjetividade*, que é característica fundamental das decisões judiciais.

## **2.5 A busca da verdade nos sistemas do *common law* e *civil law* (romano-germânico): uma comparação possível**

Um trabalho sobre a verdade no processo judicial não pode prescindir de apresentar uma análise comparativa da busca da verdade no processo nos dois sistemas de direito do ocidente, quais sejam: o *civil law* e o *common law*. Isso nos remete a uma comparação com o direito alienígena. Nos dizeres de René David:

As vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional.<sup>128</sup>

No caso do presente estudo, a comparação com outros ordenamentos nos servirá para que possamos parear diferentes sistemas processuais, quais sejam: o sistema conhecido como *common law*, tipicamente anglo-americano; e o sistema romano-germânico, também conhecido como *civil law*, adotado no Brasil por influência dos países europeus, especialmente aqueles de raiz latina<sup>129</sup>.

Pode-se afirmar que a história do *civil law* tem origem quando o imperador Justiniano reúne as diferentes leis existentes na Europa, em um único e mesmo código: o *Corpus Iuris Civilis*<sup>130</sup>.

Sobre as características da família romano-germânica, David ensina:

---

<sup>127</sup> POLASTRI, p. 437.

<sup>128</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. p. 3.

<sup>129</sup> Embora haja consenso sobre a adoção do *civil law* no Brasil, há autores, como Hermes Zaneti Júnior (*in Processo Constitucional*), que defendem que, no Brasil, vigora um sistema misto.

<sup>130</sup> PINTO, Maurício Luiz Pereira. *In Poderes Probatórios do Juiz no Civil Law e no Common Law. Processo, Verdade e Justiça*. P. 206.

Esta família agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. (...) A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído, na família romano-germânica, à lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de 'códigos'.<sup>131</sup>.

Já a história do *common law* teria início com a invasão dos normandos à Inglaterra, em 1.066<sup>132</sup>.

O sistema *common law* é assim descrito por René David:

Uma segunda família de direito é a da *common law*, comportando o direito da Inglaterra e os direitos que se modelaram sobre o direito inglês. As características tradicionais da *common law* são muito diferentes das da família de direito romano-germânica. A *common law* foi formada pelos juizes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca desta origem.<sup>133</sup>.

Estas duas principais tradições do direito também adotam diferentes modelos probatórios e, ao que nos parece, esses modelos têm diferentes propósitos. Enquanto a finalidade central do próprio sistema probatório, na *common law*, é a resolução daquele conflito específico, na *civil law* busca-se a formulação de regra geral de conduta para o futuro, tipicamente, de direito material.

As regras respeitantes à administração da justiça, ao processo, à prova, e as relativas à execução das decisões de justiça têm aos olhos dos *common lawyers* um interesse semelhante, e mesmo superior, às regras respeitantes ao fundo do direito, sendo sua preocupação imediata a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade.<sup>134</sup>.

No que tange à busca da verdade, também há, nas duas principais tradições do direito, tratamentos diferentes. As diferenças encontram-se tanto no que diz respeito ao "tipo de verdade" buscada, como também na liberdade do julgador de tomar iniciativa na busca da verdade.

No *common law*, há a utilização do rotulado "modelo clássico", caracterizando-se por dois aspectos fundamentais ligados à atividade probatória. Primeiramente, o

---

<sup>131</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. p. 17.

<sup>132</sup> PINTO, Maurício Luiz Pereira. *In Poderes Probatórios do Juiz no Civil Law e no Common Law. Processo, Verdade e Justiça*. P. 206.

<sup>133</sup> DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. p. 19.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 19.

desenvolvimento por meio do diálogo entre as partes (*adversary system*). Em segundo lugar, pela passividade do juiz, que se limita a averiguar a admissibilidade da prova a ser produzida<sup>135</sup>. E, nesse caso, a prova teria o mero peso de argumento persuasivo, usado para convencer o órgão jurisdicional (juiz monocrático ou jurados) da oportunidade de manifestação sobre a correção de uma certa versão dos fatos apresentada.

Em contrapartida, no modelo probatório romano-germânico, conhecido como moderno, o juiz não se limita à condição de neutralidade. Aliás, ainda que de modo suplementar às atividades instrutórias das partes, caberá ao juiz determinar a produção de certas provas, na busca incessante pela “verdade dos fatos”. No modelo referido, dois esquemas de demonstração da verdade foram descritos pela doutrina processual, um dedutivo e outro indutivo, os quais, de qualquer modo, diferem substancialmente da prova como mera persuasão, como ocorre no *common law*<sup>136</sup>. Apesar da possibilidade de se encontrar, nos diferentes países de tradição romano-germânica, maior ou menor participação do juiz na instrução probatória, devemos mencionar o exemplo do Brasil, no qual o ativismo judicial é evidente, principalmente após a superação do paradigma liberal.

Durante muito tempo, especificamente a partir das revoluções liberais do século XVIII, a atividade jurisdicional, em todo o ocidente, inclusive nos países de influência do *civil law*, foi condicionada pelo liberalismo e pelo individualismo, que fizeram do magistrado praticamente um autômato. Sob essas influências, o juiz chegou a ser taxado como *bouche de la loi* (“boca da lei”), uma clara referência às profundas limitações legais estabelecidas sobre a função de julgar.

Entretanto, é de límpida nitidez a superação do paradigma liberal, a partir do advento do Estado de bem-estar social. Sob esta nova confluência de ideias, da atividade judicial, em especial nos Estados de sistema romano-germânico, passou-se a esperar menos passividade. O juiz transforma-se em ator processual participativo e criativo.

---

<sup>135</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional*. P. 92.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 95.

A liberdade do juiz, num sistema de direito positivo e codificado, consiste em determinar, em *cada caso*, o perímetro ou o contorno das determinações legais. O juiz está vinculado à lei, mas ele a manipula de forma criativa. Se o juiz fosse “la bouche de la loi” não haveria oscilações na jurisprudência.<sup>137</sup>

Importante verificar que, como na tradição do *common law* há uma prevalência dos precedentes como fonte do direito, ou seja, o direito é construído pelos próprios juízes, é prudente que não se confira ao julgador a *maior* liberdade instrutória, típica do sistema romano-germânico. Seria, no mínimo, arriscado conferir ao juiz a iniciativa da prova e, simultaneamente, a construção do direito a ser aplicado, a partir do fato jurídico.<sup>138</sup>

Diferentemente, no *civil law*, a proatividade do magistrado tem menor risco, haja vista as limitações impostas pela própria lei, que é fonte fundamental do direito no sistema.

Já o sistema do *civil law*, que está baseado no direito escrito em códigos ou coleções, sendo inspirado no direito romano, diferentemente do *common law*, não é fruto da criação de juízes mas apenas é aplicado por eles; nesse sistema, parece-me razoável que se dê ao magistrado maior liberdade para produzir uma prova de ofício, desde que essa liberalidade esteja limitada na lei ou em critérios pré-fixados.<sup>139</sup>

De qualquer forma, é relevante tecer menção ao fato de que as diferenças entre os dois principais sistemas de direito contemporâneos têm diminuído de forma substancial. Isso porque um movimento de aproximação entre o *civil law* e o *common law* tem acontecido na prática. Cada vez mais, o primeiro tem dado maior importância aos precedentes, e o segundo, editado leis escritas.<sup>140</sup>

Em especial, no Brasil, a teoria dos precedentes vem ganhando adeptos e a sua força pode ser identificada, *e. g.*, na inclusão do instituto da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro. Simultaneamente, a força das chamadas codificações – esteio do sistema *civil law*, já vinha diminuindo com o fenômeno da

---

<sup>137</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. p. 101.

<sup>138</sup> PINTO, Maurício Luiz Pereira. *In Poderes Probatórios do Juiz no Civil Law e no Common Law. Processo, Verdade e Justiça*. p. 213.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 214.

Constitucionalização dos direitos e garantias. A ascensão dos precedentes foi mais um golpe sobre a “ditadura dos códigos”.

Esta tendência já apresentava sintomas desde o século XIX. Rui Barbosa (*Plataforma*) já dizia:

Ninguém ignora, hoje em dia, que a jurisprudência modifica incessantemente as leis do direito privado. Toda codificação apenas decretada, entra sob o domínio dos arestos, no movimento evolutivo que, com o andar dos tempos, acaba por sobrepor à letra escrita o direito dos textos judiciais.<sup>141</sup>

E a previsão de Rui Barbosa vem se confirmando. Além da já mencionada súmula vinculante, o Código de Processo Civil recentemente aprovado (Lei 13.105/15), que entrará em vigor em março de 2016, traz vários indicativos sobre a relevância dos precedentes, que deixam de ser mero instrumento persuasivo, passando a ter caráter de vinculação.

Mas, ao contrário do que se poderia supor, no sistema adotado no Brasil, apesar de existir, cada vez mais, a influência do *common law*, não há qualquer movimento no sentido de diminuir a participação do juiz na instrução do processo. Pelo contrário, vislumbra-se um paulatino crescimento na atividade instrutória por parte do magistrado.

#### 2.5.1 Sistemas de produção da verdade: uma comparação entre Estados Unidos e Brasil

Embora as citadas diferenças entre os sistemas do *Common Law* e do *Civil Law* já expliquem como há caminhos diferentes para se alcançar a verdade, há a necessidade de realização de um comparativo específico entre os Estados Unidos da América e o Brasil, especificamente no que diz respeito aos mecanismos de produção da verdade no processo penal.

O sistema *Common Law* típico dos Estados Unidos da América, há tempos, e com lastro na economia processual, tem apostado em instrumentos como o *plea*

---

<sup>141</sup> Apud DINIZ. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*. p. 297.



*bargaining*, que visam o consenso entre as partes antagônicas no processo penal. “O regime de verdade no *criminal justice system* dos EUA repousa sobre a ideia de que a verdade é fruto de uma decisão consensual sistematicamente negociada.”<sup>142</sup>. Convém deixar claro que o modelo, como regra geral, confere a possibilidade de estabelecimento de um *acordo* na fase pré-processual, que impede a instauração da fase efetivamente judicial.

Naquele sistema, a verdade pública é produzida com a finalidade de administrar os conflitos. E, claramente, essa verdade nada mais é do que um produto da negociação patrocinada pela promotoria (*Attorney Office*), em que cada parte desiste de sua verdade para compor uma versão que seja satisfatória para todos<sup>143</sup>, ou seja, uma verdadeira transação. Grande parte dos casos criminais, nos Estados Unidos, acaba resolvida por meio do referido sistema. Não há portanto, nessa hipótese, qualquer compromisso com a verdade real. O que se mira, realmente, é a solução do conflito social.

Diferentemente, no Brasil, o regime para alcançar a verdade é diverso. A verdade não nasce de uma negociação, pois existe um compromisso com a busca pela reconstrução dos fatos, uma vez que nesse sistema a ideia de justiça necessariamente se espelha na verdade real.

Laura Nader - em *A civilização e seus negociadores: a harmonia como técnica de pacificação* - ao abordar técnicas de pacificação social, aponta que:

... os procedimentos criminais de produção da verdade, no Brasil, não nascem de uma *negociação*, que produz verdades para resolver conflitos produzindo novos contratos de ordenamento social, mas pretendem se fundar na *descoberta* de uma verdade, tarefa que se impõe para a produção da ordem social pela conservação da harmonia em sociedade.<sup>144</sup>.

Resta evidenciado, portanto, que, enquanto no Brasil ainda buscamos uma verdade estabelecida na utópica tentativa de reconstrução dos fatos, os estadunidenses, com o foco voltado para a resolução dos conflitos, aposta em uma verdade que, embora fictícia, representa uma resposta mais rápida para a sociedade. No entanto, como

---

<sup>142</sup> LIMA, p. 28.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>144</sup> *Apud* LIMA, p. 34.

contraponto, o foco na pacificação social por meio da transação, muita das vezes, significa colocar os fatos de lado.

## CAPÍTULO III - VERDADE COMO VALOR SOCIAL E COMO FATOR LEGITIMADOR DA COISA JULGADA

No sentido de facilitar a compreensão do que se investiga, aqui, nesse capítulo, é relevante comentar tanto sobre a legitimidade, como também sobre o instituto da coisa julgada.

### 3.1 A legitimidade e respeitabilidade das decisões proferidas no processo

Primeiramente, cabe mencionar o que se rotulou chamar de *legitimidade*. O termo advém de um raciocínio vinculado à política, e que também se aplica às decisões judiciais. Isso porque o poder do Estado é uno e a divisão em executivo, legislativo e judiciário é meramente pedagógica e faz menção às diferentes e principais *funções* desempenhadas pelo Estado. Não existem, portanto, poderes diferentes vinculados ao Estado. E o poder que emana do Estado deve ser legítimo.

Não se cuida propriamente de examinar a legitimidade da jurisdição, em separado da legitimidade das outras manifestações do poder, simplesmente porque uno é este e cada uma dessas manifestações carece de autonomia sistemática e mesmo conceitual. Pensa-se na legitimidade da jurisdição, como mera projeção ou aspecto da legitimidade do poder.<sup>145</sup>

Bobbio e Mateucci definem *legitimidade*, trazendo à baila o debate acerca do respeito e acatamento às decisões que emanam do Estado:

... podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador da relação de poder que se verifica no âmbito do Estado.<sup>146</sup>

Aqueles que atuam no âmbito estatal têm as funções justificadas no poder emanado de seu real detentor – o povo, cujo exercício lhes é transferido. A jurisdição, como

---

<sup>145</sup> DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*, fl. 169.

<sup>146</sup> BOBBIO e MATEUCCI, p. 675.

típica função estatal, também deve estar lastreada não somente na legalidade, como na legitimidade.

Em linhas gerais, pode-se dizer que legítimo é o sistema processual na medida em que conquiste maiores graus de aceitação social a partir da observância desses três princípios (*due process of Law*, isonomia e contraditório). (...) Se a jurisdição é poder e um dos mais destacados atos de seu exercício, a sentença, é antes de tudo um ato político, é no contexto dos atos políticos que se examina a legitimidade da jurisdição.<sup>147</sup>

É fundamental, para que haja legitimidade no exercício da atividade jurisdicional, que a sociedade confirme a correção das decisões, aceitando-as e, assim, confirmando-lhes. Para Dinamarco “o repúdio individual ou mesmo social a algum ato do titular do poder é fator de desgaste deste e pode até conduzir a alguma degradação na aceitação do sistema -, mas não é, em si mesmo, causa de exclusão da legitimidade.<sup>148</sup>”

### 3.2 A coisa julgada e a pacificação dos litígios

Instituto que também merece atenção nesse tópico, que é de grande relevância, e que tem sua função intrinsecamente vinculada à ideia de *verdade* é a *coisa julgada*. Das bases do Direito Romano até a Idade Média, a coisa julgada era fundada na presunção de verdade em relação aos fatos mencionados na decisão judicial<sup>149</sup>.

Apesar da modificação de como o instituto da *verdade* é, hoje, concebido pelos estudiosos do processo no Brasil, a coisa julgada continua sendo instituto essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito, que nos remete imediatamente ao princípio da segurança jurídica.

... a doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como *elemento de existência do estado democrático de direito*. Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a

---

<sup>147</sup> DINAMARCO, p. 170.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>149</sup> MARINONI. *Prova*. p. 30.

magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do estado democrático de direito...<sup>150</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni defende que a estabilidade das decisões é o que confere confiança ao Poder Judiciário:

Uma decisão judicial não seria propriamente uma firmação da autoridade do poder jurisdicional caso pudesse ser modificada, depois do encerramento do processo em que foi proferida, por outro órgão judicial. Ora, se a decisão jurisdicional é protegida contra o Executivo e o Legislativo, não deveria ser sequer preciso dizer que ela deve ser absolutamente intocável pela própria esfera que a produziu. Um poder que pudesse eternamente rever a sua interpretação seria uma gritante aberração diante da teoria política. O poder para se afirmar, deve gerar confiança, para o que é imprescindível a estabilidade de suas decisões.<sup>151</sup>.

Obviamente que a segurança que decorre da imutabilidade da decisão é fator decisivo no alcance da paz social. Se o contrário ocorresse, a jurisdição acabaria por atizar os conflitos com decisões passíveis de modificação a qualquer tempo.

O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (*rectius*: desconsideração) da coisa julgada.<sup>152</sup>.

### **3.3 A verdade como fator de legitimação das decisões proferidas no processo e como suporte necessário à pacificação dos conflitos por meio da coisa julgada**

Justamente pelo caráter instrumental da jurisdição, é essencial que a decisão judicial, que é alçada ao plano de coisa julgada, tenha um viés ético em sua fundamentação, lhe conferindo, além de legitimidade, a aceitação social. Essa força nuclear que permeia a coisa julgada e lhe confere fundamentos é a “verdade”.

Na prática, pode não se alcançar a verdade, como correspondência fidedigna aos fatos. No entanto, as ações instrutórias devem dirigir-se no sentido de buscá-la, incessantemente. É este o sentido ético que respalda a decisão judicial.

---

<sup>150</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. P. 60.

<sup>151</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. P. 61.

<sup>152</sup> *Ibidem*. 61.

... a intenção de buscar a verdade é um fator importante na formação do convencimento, bem como na distinção entre o convencimento em sentido próprio e a ficção. Por conseguinte, um comportamento social fundado em uma falsa comunicação de convencimentos não sinceros (e errôneos, pois não fundados em uma busca precisa da verdade) seria inaceitável justamente por carecer da “*virtude da verdade*”.<sup>153</sup>

Mesmo fora da via processual, a verdade deve ser enxergada como condição prévia para o bom funcionamento das relações sociais, subtraindo-se a ideia de que a *verdade* seria uma questão a ser analisada somente no plano abstrato. Assim, não seria necessário afirmar aquilo que se saber ser falso, como também afirmar fatos carentes de provas adequadas.

A verdade, embora muitas das vezes seja escondida, por seu valor social tem papel preponderante, principalmente, no regime democrático, e deve ser enxergada como compromisso do Estado com os indivíduos.

Em outros termos: em um sistema verdadeiramente democrático o princípio da verdade pode sofrer limitações, mas a decisão correspondente não pode ser arbitrária, devendo, ainda, ser sempre sujeita a controle e não podendo fundar-se na mentira ou em manipulações da opinião pública.<sup>154</sup>

### **3.4 Legitimação da *verdade processual* pelo procedimento**

Como contraponto, reproduzimos, ainda, a observação de Luiz Guilherme Marinoni e de Sérgio Cruz Arenhart quanto não ser a busca da verdade que confere as bases para a legitimidade da decisão, mas sim a participação dialógica das partes.

... o que realmente importa para pensar na legitimidade da decisão judicial como apta a se tornar indiscutível e imutável é saber se as partes tiveram a possibilidade de efetivamente participar em contraditório, influenciando sobre o convencimento do juiz e, dessa maneira, sobre a decisão judicial.<sup>155</sup>

Sem dúvida que, sob o prisma procedimental, a legitimidade do direito aplicado na decisão pauta-se na efetivação da participação dos sujeitos processuais parciais. Mas isso, de forma alguma, vai de encontro ao aspecto substancial da decisão, que

---

<sup>153</sup> TARUFFO, p. 117.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>155</sup> MARINONI; AREHART. *Prova*, p. 74.

deve ser decorrência direta da busca da verdade, ainda que, na prática, como já reiteradamente afirmado, ela não possa ser alcançada em seu estado puro.

A legitimação, portanto, adviria por meio da observância das regras estabelecidas para o funcionamento do próprio sistema. Esta teoria trata-se de uma legitimação pelo procedimento. A participação conferiria possibilidade de contribuir para a construção da decisão e isto é que conferiria legitimação à própria decisão que, em regra, será oponível, somente, àqueles que tomaram parte no processo.

Em que pese tudo aquilo que já foi exposto ter deixado evidente haver pouca chance de ser alcançada a verdade dos fatos, a verdade processual, indubitavelmente, é construída no processo. Não há contradição na afirmação, haja vista que a verdade processual vai ser erigida como produto dos pontos e contrapontos apresentados pelas partes, dialeticamente, seja em suas manifestações escritas, seja nos atos instrutórios e em quaisquer manifestações realizadas no processo. Embora se defenda, aqui, ser pouco provável “a reprodução dos fatos”, a verdade possível, que emerge no processo, não é contrária aos fatos, mas sim coerente com eles. Porém, conforme já consignado, as afirmações de fatos levadas ao processo estão impregnadas de subjetividade. Ao fim, as afirmações das partes criam uma tensão entre si, que vai se diluindo, a partir das provas produzidas, que vão gerando o convencimento do magistrado.

E é a verdade processual, resultado da participação dos sujeitos processuais de forma dialética, que vai legitimar a coisa julgada, no processo civil, e até mesmo no processo penal, inclusive no caso de decisão condenatória.

Afastada a utópica ideia de verdade como correspondência, não perde a verdade processual a sua autoridade, eis que sua obtenção decorrente da dialeticidade confere a segurança necessária para subsidiar decisões que venham atribuir ou retirar direitos dos jurisdicionados.

Para Cândido Rangel Dinamarco:

“quando se diz que o procedimento legitima o resultado do exercício do poder, tem-se em vista agora o modo de ser dos procedimentos que o direito positivo oferece e que constituem o penhor da lei à preservação dos princípios constitucionais do processo, a começar pelo contraditório. Se

algun procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se-ia com a ordem constitucional.<sup>156</sup>

Dinamarco lastima o fato de a teoria mais importante dos últimos tempos sobre a legitimidade ter sido criada não por um jurista, mas sim consignada na obra *Legitimação pelo Procedimento*, de Niklas Luhmann, um sociólogo do direito:

mesmo assim, foi da sociologia jurídica que veio a mais séria e empenhada tentativa de enquadramento do sistema processual no plano da legitimidade, com a afirmada idéia da 'legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias'.<sup>157</sup>

Teria legitimidade, portanto, o sistema processual que alcançasse maior grau de aceitação na sociedade, a partir da observância de três princípios: o do *due process of law*, o da isonomia e o do contraditório<sup>158</sup>.

O componente valorativo relativo à observância dos princípios é inerente à decisão judicial, pois que imuniza os cidadãos contra o arbítrio. Isso fica ainda mais claro, no caso do processo penal, haja vista que uma decisão que não seja produto da participação dialética dos atores sociais pode gerar a aplicação de sanções privativas da liberdade de ir e vir do cidadão.

Desse modo, não é paradoxal vincular a legitimidade do processo tanto ao procedimento como à busca da verdade. Na realidade, a verdade processual obtida nada mais é que um produto da atuação dialógica das partes, garantida pelo procedimento.

... o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das *liberdades* do cidadão, mediante a garantia da *verdade* – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro.<sup>159</sup>

A partir de tudo o que foi consignado, percebe-se a singularidade da função jurisdicional, que se aparta completamente das demais funções do Estado, no que se refere à sua legitimação.

---

<sup>156</sup> DINAMARCO, p. 169.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>159</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. P. 503.



O princípio da separação dos poderes, positivado na Constituição da República Federativa do Brasil, nesse momento, deve ser invocado, eis que fornece as bases para a independência da atividade judicial. Enquanto os chamados “poderes” legislativo e executivo esteiam suas atividades típicas no princípio da autoridade, construído, no Estado Democrático de Direito, por meio do apoio da maioria, isso inexistente na função jurisdicional. Considerando que a atividade judicial é eminentemente cognitiva, não há como atrelá-la ao o princípio da autoridade.

Esse nexos entre verdade e validade dos atos jurisdicionais representa o primeiro fundamento teórico da divisão dos poderes e da independência do Poder Judiciário no moderno Estado representativo de direito. Uma atividade cognitiva, ainda que inclua inevitavelmente opções, convenções e momentos decisórios, não pode, por princípio, submeter-se a imperativos que não aqueles inerentes à procura da verdade. (...) O princípio da autoridade, mesmo se a autoridade for “democrática” e exprimir a maioria ou até mesmo a unanimidade dos cidadãos, não pode jamais ser um critério de verdade.<sup>160</sup>

### **3.5 Revisão por inobservância da *verdade***

A prestação da tutela jurisdicional, necessariamente, firma-se na razão, na lógica, as quais, por sua vez, bebem na “fonte da verdade”, inexoravelmente. Isso não garante uma decisão justa, evidentemente. Porém, evidencia que a verdade foi buscada, diminuindo os riscos de injustiça.

A sede pela verdade não é só teoria. Ela materializa-se, no processo, de algumas formas. Isso se confirma pela necessidade de fundamentação das decisões judiciais, que faz com que o magistrado ou o Tribunal indique as razões do seu convencimento, permitindo que a atividade, tipicamente pública, seja fiscalizada não somente pelos órgãos competentes, como também pelos próprios jurisdicionados. A fiscalização interna, promovida pelas partes e terceiros interessados, por meio de recursos e ações de impugnação, confere possibilidade de pontos incoerentes entre a decisão e as provas produzidas nos autos serem identificados. Isso nada mais é do que a defesa da justiça, ou mesmo da verdade da decisão.

Sem o pano de fundo da busca pelo verdadeiro, pelo “justo”, a decisão judicial perde os seus próprios fundamentos.

---

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 501.

Cândido Rangel Dinamarco, na obra *A instrumentalidade do Processo*, leciona:

É certo que o juízo do bem e do mal das condutas humanas é feito em primeiro lugar pelo legislador e depositado no texto da lei, mas também ninguém desconhece que esta, uma vez posta, se destaca das intenções de quem a elaborou e passa a ter o seu próprio 'espírito'; a *mens legis* corresponde, assim, ao juízo axiológico que razoavelmente se pode considerar como instalado no texto legal. Ao juiz cabe esse trabalho de descoberta. Mesmo não sendo legislador o a ele equiparado, mesmo negando-se que o juiz seja substancialmente criador de direitos e obrigações, mesmo desconsiderando-se a influencia que emana do 'direito jurisprudencial', ainda assim sempre é preciso reconhecer que o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo.<sup>161</sup>

E continua o mesmo autor, na já referida obra, defendendo que o juiz que não assumir essa postura valorativa “perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça.”<sup>162</sup>.

Inequivocamente, os ideais de “justiça” ora se confundem, ora se relacionam estritamente com a busca da verdade no processo. Apesar de não se pretender, nesse trabalho, discutir a idéia de justiça, assim como as teorias que a defendem como a fonte real da legitimidade da decisão, não se vislumbra, evidentemente, a possibilidade de que a decisão que transitou em julgado tenha legitimidade se possuir o seu lastro em prova sabidamente falsa ou em depoimento decorrente de coação. Aliás, a própria lei brasileira garante a possibilidade de cassação dessas decisões por meio de ação rescisória.

O artigo 485 do Código de Processo Civil, ainda em vigor, traz, especialmente, quatro casos, nos quais fica evidente que a coisa julgada não possui legitimidade, caso não se fundamente na *verdade*. Vejamos:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:  
VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;  
VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

---

<sup>161</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. P. 360.

<sup>162</sup> *Idem*, p. 360.

VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência, transação, em que se baseou a sentença.<sup>163</sup>

Analisando especificamente as hipóteses, acima transcritas, podemos verificar que: no caso do inciso VI do artigo 485 é claro ao fazer menção sobre a possibilidade de invalidação de decisão fundada em prova falsa. Neste caso, é evidente que o legislador, ao fazer a previsão, visa assegurar-se que o pronunciamento judicial seja fundamentado na *verdade*.

No caso do inciso VII, embora a palavra falsidade ou verdade não estejam constando do texto do dispositivo legal, implicitamente, pela ideia de “surgimento de documento novo, cuja existência ignorava, que possa assegurar pronunciamento favorável” como hipótese de cabimento de ação rescisória, quis o legislador, mais uma vez, assegurar uma oportunidade a mais ao interessado de comprovar que verdade (que será comprovada com a apresentação do documento) está do outro lado, e não daquele que obteve decisão favorável, que transitou em julgado.

Já no caso do inciso VIII, que comenta sobre a existência de fundamento para invalidar confissão, desistência e transação em que tenha se baseado a sentença, alguns apontamentos devem ser feitos. Primeiramente, devemos mencionar o erro técnico do legislador quanto à previsão da *desistência*, no caso. Isto porque a desistência da ação, por ser causa de extinção do processo sem resolução do mérito, prevista no artigo 267, VIII, não conduz à coisa julgada material, o que, por si só, retira um dos pressupostos para o cabimento da ação rescisória. Já quanto à menção feita à confissão e à transação, importante frisar que, de certo modo, o legislador, ao prever a possibilidade de rescisão da decisão, também ataca suposto vício que tenha maculado o livre exercício da vontade no caso de confissão, como

---

<sup>163</sup> O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), que entrará em vigor em março de 2016, praticamente repete os incisos do artigo transcrito, conforme se vê a seguir: “Art. 963. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: VI – se fundar em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, obtiver prova nova, cuja existência ignorava ou que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII – fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.”.

também na transação. Igualmente, estaríamos diante de uma *decisão* manchada por coação ou outro defeito, que tenha vilipendiado a *verdade* dos fatos.

Nessa esteira, a coisa julgada, para alçar-se à importância que lhe conferiu o legislador deve guardar, em sua substância, estrita vinculação com a verdade. Isso fica evidente na permissão conferida pelo legislador, em alguns casos, da possibilidade de cassação da decisão transitada em julgado em decorrência de *injustiça*. Esta injustiça deve ser lida também como *incompatibilidade com a verdade*. Assim, não é a decisão em si mesma que deve transitar em julgado e ganhar caráter definitivo, mas sim “a decisão judicial” com fundamento na busca da *verdade*.

A ação rescisória é remédio excepcional e também tem, como os recursos, de certo modo, a função de corrigir a decisão. Até certo ponto, são vícios da decisão (ou do processo em que a decisão foi proferida) que se pretende sejam corrigidos, e, em parte, o que se faz É ADEQUAR a decisão à realidade dos fatos, embora sem corrigir-lhes defeitos, como é o caso da ação rescisória fundada em documento novo (art. 485, VII), o que, é claro, é ainda mais excepcional.<sup>164</sup>.

Ao mencionar a necessidade de adequar a decisão à realidade dos fatos, a jurista afirmou o compromisso do ordenamento jurídico com a *verdade*.

Na seara processual penal, conforme acontece no processo civil, não poderia ser outra a conclusão: o legislador criou o instrumento da revisão criminal “especificamente em favor do réu”, que poderá ser utilizado no caso de surgimento de novas provas e outros, que tenham o condão de modificar o teor da decisão já proferida e transitada em julgado.

No artigo 621 do Código de Processo Penal brasileiro, consta:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:  
II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;  
III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

---

<sup>164</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. p. 262.

Nos incisos II e III, acima transcritos, a revisão criminal encontra fundamento, evidentemente, seja na falsidade apurada, ou mesmo no surgimento de novas provas que acabem dando azo à conclusão pela inocência ou diminuição de pena em favor do condenado. Ambas as hipóteses tratam-se de casos óbvios de valorização do instituto da *verdade* pelo legislador.

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei 3.689/41) dispõe sobre a possibilidade de revisão criminal:

Art. 551. A revisão dos processos findos será admitida:

- a) quando a sentença condenatória for contrária à evidência dos autos;
- b) quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- c) quando, após a sentença condenatória, se descobrirem novas provas que invalidem a condenação ou que determinem ou autorizem a diminuição da pena.

Na mesma linha de raciocínio, mais uma vez, podemos concluir pelo enaltecimento do instituto da *verdade* pela lei brasileira.

No entanto, no que diz respeito à possibilidade de rescisão da coisa julgada no processo penal por meio de revisão criminal, há que se fazer uma ressalva: o artigo 623 do Código de Processo Penal e, da mesma forma, o art. 553 do CPPM prevêm que somente existe possibilidade de pedido de revisão em favor do réu, nos casos de sentenças ou acórdãos condenatórios ou mesmo absolutórios impróprios. Nesse sentido, embora haja uma vocação do ordenamento jurídico pátrio para legitimar a coisa julgada por meio da verdade, a restrição do pedido de revisão pode, na prática, significar uma prova, sabidamente, falsa “legitimando” a decisão que absolveu o réu. Aury Lopes Jr. defende que um dos fundamentos pelos quais não há previsão de revisão criminal *pro societate* é a proibição da *reformatio in pejus*: “o modelo brasileiro ainda não admite a chamada revisão criminal *pro societate*, ou seja, a revisão das sentenças absolutórias, o que constituiria uma autêntica *reformatio in pejus*.”<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> LOPES JR., p. 1037.

Em que pese a expertise do doutrinador, acima mencionado, discordamos do fundamento que o autor apresenta para a falta de previsão da revisão criminal em favor da sociedade, pois que só se poderia configurar uma hipótese de *reformatio in pejus*, caso o prejuízo recaísse sobre o réu, em recurso ou revisão criminal por ele mesmo interposto ou proposta.

O mesmo estudioso conclui, em defesa da extensão das hipóteses de cabimento da revisão criminal *pro societate*, que:

Portanto, ainda que tradicionalmente somente a sentença condenatória frontalmente contrária à evidência dos autos seja passível de ser revisada, pensamos que o processo penal democrático e conforme a Constituição não mais admite tal reducionismo.<sup>166</sup>.

O legislador, apesar de restrito o cabimento seja por limites objetivos (ação rescisória), ou por limites objetivos e subjetivos (revisão criminal), deixa em evidência que a busca da verdade pode, inclusive, dissolver um instituto tão importante para o processo como a “coisa julgada material”.

Apesar da conformação da coisa julgada, se os seus alicerces estiverem fundados no pântano da falsidade, não há que se falar, sequer, em “segurança jurídica”, eis que esta não existe sem os préstimos da *verdade*, ainda que seja impossível alcança-la em sua forma substancial, com as exceções já apontadas.

---

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 1039.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho, chegou-se a várias conclusões, que são apresentadas conforme se segue:

I – O paradigma da verdade como correspondência encontra-se superado, já que não mais serve como fundamento para encontrar a verdade. Não há como se falar em correspondência, haja vista que o sujeito cognoscente captou os fatos por meio de uma “lente pessoal subjetiva”, na qual estão inseridos aspectos relevantes de sua formação cultural, religiosa, familiar, sócio-econômica. Os valores e circunstâncias que envolvem o sujeito cognoscente impedem que ele capte o fato em sua pureza, sendo que os fatos sob a sua perspectiva passam a ser uma interpretação, uma versão, e não o fato em si, impedindo que se vislumbre a “correspondência”.

II – A dicotomia entre verdade real e verdade formal não tem razão de existir.

III – A verdade real é um conceito impossível de ser alcançado na prática, tendo em vista que não há como reconstruir os fatos, conforme ocorreram. O que se consegue, realmente, é ter acesso à perspectiva de algumas pessoas sobre os fatos, que foram consignadas em documentos, ou mesmo que são narradas em testemunhos. Mas, aos fatos em seu *estado puro* não é provável que se chegue. O juiz não é um historiador, e vai se convencer ou não sobre as narrativas levadas ao processo pelas partes e pelos demais sujeitos processuais. Mas, os fatos em si continuam inatingíveis em um passado longínquo. Partindo dessa conclusão, chega-se também à conclusão de que as decisões judiciais, na realidade, repousam a sua base fática na *verdade possível* que emergiu no processo.

IV – Nos casos concretos, será a *verdade possível* também que irá fundar a aplicação da lei penal, haja vista, conforme mencionado, a improbabilidade de reconstrução dos acontecimentos. E, para subsidiar esta conclusão, deve restar consignado que a *verdade possível* que, aqui, se evoca não se confunde com a verossimilhança que fundamenta a tutela antecipada, como previsto no art. 273 do Código de Processo Civil. É, na verdade, um rótulo que se dá à proximidade da verdade ou à *quase verdade*.

V – É imprudente que o magistrado julgue somente tendo por base a presunção de veracidade decorrente da lei, e abandone a possibilidade de utilizar-se de seus poderes instrutórios, ao menos, para corroborar as conclusões decorrentes da mencionada presunção, haja vista que isso poderia significar uma opção pela ficção em detrimento dos fatos.

VI – O julgador conforma a verdade processual, aplica o direito e motiva a sua decisão. A justificação da decisão é intrinsecamente discricionária, considerando a fluidez da *verdade* construída no processo e a possibilidade da coexistência de vários enunciados diferentes, igualmente *verdadeiros*. A decisão seria, portanto, um produto do seu autor, considerando a sua formação intelectual, estética e moral.

VII – No Brasil ainda buscamos uma verdade fundada na utópica tentativa de reconstrução dos fatos. Já nos países que adotam o *Common Law*, principalmente nos Estados Unidos, o foco está voltado para a resolução dos conflitos, com a aposta em uma verdade que, embora fictícia, representa uma resposta mais rápida para a sociedade. No entanto, como contraponto, o foco na pacificação social por meio da transação, muitas das vezes, significa colocar os fatos de lado.

VIII – Mesmo fora da via processual, a verdade deve ser enxergada como condição prévia para o bom funcionamento das relações sociais, subtraindo-se a ideia de que a *verdade* seria uma questão a ser analisada somente no plano abstrato. Assim, não seria necessário afirmar aquilo que se sabe ser falso, como também afirmar fatos carentes de provas adequadas. Inexoravelmente, a verdade constitui-se em um valor social.

IX - O legislador, apesar de restrito o cabimento, seja por limites objetivos (ação rescisória), ou por limites objetivos e subjetivos (revisão criminal), deixa em evidência que a busca da verdade pode, inclusive, dissolver um instituto tão importante para o processo como a “coisa julgada material”, o que, mais uma vez, evidencia a importância da verdade na seara processual.

X – Inevitavelmente, a verdade processual é produto da legitimação pelo procedimento. Não obstante ser a verdade (como correspondência), hipoteticamente, inalcançável, a sua obtenção, na realidade, ocorre a partir da



tensão das versões apresentadas pelas partes, alçando o processo à condição de cenário que contém a segurança necessária para que se confira a razão a uma das partes, seja no processo civil, sejam também no ambiente do processo penal.

## BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad.: Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 3.<sup>a</sup> ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. *Um requiém à busca da verdade no processo civil*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, n.º 23, março-abril/ 2008.

ALVES-MAZZOTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. *O método nas ciências naturais e sociais. Pesquisa quantitativa e qualitativa*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Pioneira, 1999.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, volume 2: Processo de Conhecimento. 9.<sup>a</sup> ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. In: *Revista Ibero-americana de Derecho Procesal*. Buenos Aires: ano 5 (2005). Disponível em [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br). Acesso 13 set. 2014.

ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. Influência do Direito Material sobre o Processo. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem Jurídica*. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 6.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2.<sup>a</sup> edição. Bauru: EDIPRO, 2003.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, volume 1. Trad: Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 12.<sup>a</sup> edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

\_\_\_\_\_. *Dicionário de Política*, volume 2. Trad: Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 12.<sup>a</sup> edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Uma Teoria Normativa do Precedente Judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*. Orientador: Antônio Carlos Cavalcanti Maia. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica (PUC) – Departamento de Direito, 2007.

CABRAL, Antônio do Passo; MITIDIERO, Daniel; COSTA, Eduardo José da Fonseca; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Organização: Fredie Didier Júnior. Salvador: Ed. Juspodivm, 2012.

CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. *Proposições para o Patrimônio Cultural*. Juiz de Fora: FUNALFA, 2014.

CARNEIRO, Maria Francisca. *Prova no Direito e na Ciência: uma comparação*. Revista Bonijuris, V. 26, n.º 4, Abril/ 2014, Ano XXVI, n.º 605.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 2.ª edição. São Paulo: Ed. Noeses, 2008.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24.ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 2.ª edizione. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 2004.

COOLEY, Thomas M. *Princípios Gerais do Direito Constitucional nos Estados Unidos da América*. Trad. e anotações: Ricardo Rodrigues da Gama. Campinas: Ed. Russell, 2002.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad.: Hermínio A. Carvalho. 3.ª ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.

DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. 1999. Disponível em [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br). Acesso 10 set. 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil* (teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela). V. 2. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie (Organização). *Reconstruindo a Teoria Geral do Processo*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador, Ed. Juspodivm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *A verdade como objetivo do devido processo legal*. Teoria do Processo. Panorama doutrinário mundial. Org. Fredie Didier Júnior. Salvador: Ed. Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.I. 6.<sup>a</sup> ed. rev. e atualizada. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 19.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Volume I: parte geral e LINDB. 13.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 4.<sup>a</sup> ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

FIÚZA, Cesar (Coordenação). *Direito Processual na história*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2002.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. *A arqueologia do saber*. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. 8.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2013.

GARDNER, Thomas J.; ANDERSON; Terry M. *Criminal evidence: principle and cases*. 7th edition. Belmont, CA, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, volume 1: Teoria Geral do Processo e Auxiliares da Justiça*. 23.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: EUDEBA, 1985.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1989.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HO, Hock Lai. *A Philosophy of evidence law. Justice in the search for truth*. New York: Oxford University Press Inc., 2008.

HOSPERS, John. *Introducción al análisis filosófico*. Buenos Aires: Editora Machi, 1964.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica*. Processo e Constituição. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. Coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1975.

LIMA, Marcellus Polastri. *A prova penal*. De acordo com a reforma processual penal. 3.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

LIMA, Roberto Kant de. *Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público*. Revista de Sociologia Política, Curitiba: n.º 13, Nov. 1999 .

LOPES FILHO, Aury. *Direito Processual Penal*. 10.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

LUCHI, José Pedro (organização). *Linguagem e socialidade*. Vitória: Editora da Universidade Federal do Espírito Santo (EDUFES), 2005.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Causa de Pedir e teoria da relatividade do fato essencial*. Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. Revista de Processo, São Paulo: ano 39, n.º 237, Nov. 2014.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Direito, Processo e Justiça*. O processo como mediador adequado entre o Direito e a Justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2014.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. *Genealogia do Poder. Recolocando a Questão da História do Direito. Estudos de História do Processo*. Coordenação: Margareth Vetis Zaganelli. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. 3.<sup>a</sup> ed. Campinas: Ed. Bookseller, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Prova*. 2.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Jugada Inconstitucional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *A questão do convencimento judicial*. Jusnavigandi: 2005. Acesso em 12 de setembro de 2014.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil, volume 1: teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil, v. III*. 1.<sup>a</sup> edição revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Editora Millennium, 1999.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume II. 1.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Ed. Forense, 1961.

MAZZEI, Rodrigo (Coord.). *Questões processuais do novo Código Civil*. Barueri: Ed. Manole, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno, v. 1: Parte Geral e Processo de Conhecimento*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Processo civil, penal e administrativo. 9.<sup>a</sup> ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal*. Separata. Volume 351. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2000.

PERELMAN, Chäim. *Retóricas*. Trad.: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999.



PINTO, Maurício Luís Pereira. *Poderes Probatórios do Juiz no Civil Law e no Common Law*. Processo, Verdade e Justiça. Coordenadora: Margareth Vetis Zaganelli, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

POLASTRI, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. 5.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 19. ed., rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 5.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual*. Pensar sin certezas. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar - Biblioteca de Teses, 2002.

STANFORD, Peter. *A Papisa*. A busca da verdade sobre a história de Joana, a Papisa. Tradução: Márcia Frazão. Rio de Janeiro: Gryphus, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem*. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada

nas ações relativas à paternidade (dna). In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.º 3, IBDFAM. Belo Horizonte: Síntese Editora, 1999.

\_\_\_\_\_. *A prova indiciária no novo Código Civil e a recusa ao exame de DNA*. Processo e Direito Material. Organizadores: Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei. Salvador: Ed. Juspodivm, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Volume I. 32.<sup>a</sup> ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

VILANOVA, Lourival. *Sobre o Conceito do Direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória – Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2001.

WARAT, Luiz Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Safe, 1995.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.<sup>a</sup> edição. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional*. O modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.