

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL

VITOR GONÇALVES MACHADO

VERDADE, PROVA E PROCESSO: ESBOÇO DE
UMA TEORIA DA CONSTRUÇÃO DA
“VERDADE” NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO

VITÓRIA/ES

2015

VITOR GONÇALVES MACHADO

**VERDADE, PROVA E PROCESSO: ESBOÇO DE UMA
TEORIA DA CONSTRUÇÃO DA “VERDADE” NO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. José Pedro Luchi.

VITÓRIA/ES

2015

VITOR GONÇALVES MACHADO

**VERDADE, PROVA E PROCESSO: ESBOÇO DE UMA
TEORIA DA CONSTRUÇÃO DA “VERDADE” NO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

PRESIDENTE: Prof. Dr. José Pedro Luchi (Orientador) (Ufes)

MEMBRO INTERNO: Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem (Ufes)

MEMBRO EXTERNO: Prof^a. Dr^a Fabiana Del Padre Tomé (PUC/SP)

Para Cezar Romero Silva (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Aos meus amigos e aos familiares, pelo carinho especial.

Aos colegas de trabalho que me apoiaram nessa jornada e aos amigos de Mestrado, especialmente: Bruno, Pedro, Juliana, Makena, Guilherme, Marco Aurélio, Ricardo, Renata, Marcelo, Thaís, Tatiana, Julio de Castilhos, Thiago, Lídia, Yuri, Leonardo, Igor e Felipe.

À Coordenação do Mestrado em Direito Processual da Ufes, nas pessoas da Professora Valesca e Luciano, e a todos os professores que contribuíram para a minha formação, em especial: Graça, Arlon, Sara (*in memorian*), Izabel, Ignácio (*in memorian*), P.H., Elder, Cristiane, Kruger, Ulisses Gusman, Ricardo Gueiros, Margareth Zaganelli, Patrícia Pavesi, André Filipe, Bruno Silveira, Carlos Eduardo Ribeiro Lemos e Tárek Moysés Moussallem.

Ao meu professor orientador José Pedro Luchi, pelos ensinamentos e por me fazer conhecer Habermas e a Filosofia no seu modo mais importante para o conhecimento jurídico.

À Rita de Cássia Ribeiro, pelo amor e pela compreensão nessa empreitada.

À minha vó Cacilda, pela doçura de pessoa exemplar para todos nós.

Ao meu avô Lionízio (*in memorian*), por tudo que foi nessa vida e ainda é: meu verdadeiro anjo da guarda.

Ao meu irmão Pedro, pelas constantes ideias, e aos meus lindos sobrinhos Heitor e Thales.

Ao meu pai Renato e à minha mãe Maria Angelica, simplesmente por tudo que representam em minha vida.

A Deus, por todas as graças até então alcançadas e por nunca deixar que a luz da esperança se apague e desanime minha persistência nos desafios enfrentados.

Perguntou-lhe então Pilatos: “és, portanto, rei?”

Respondeu Jesus: “Sim, eu sou rei.

*É para dar testemunho da verdade
que nasci e vim ao mundo.*

Todo o que é da verdade ouve a minha voz”.

Disse-lhe Pilatos: “que é a verdade?...”

(João 18, 37-38).

*“Minha própria visão da verdade
não brilha com mais intensidade
se eu depreciar a maneira de ver
de meus semelhantes”*

(Mahatma Gandhi).

RESUMO

A “verdade” no processo civil brasileiro não tem despertada a atenção dos processualistas, não sendo objeto de uma autêntica pesquisa interdisciplinar. É necessário, nesta dissertação, entender como a “verdade” deve ser construída no processo para que haja uma decisão final mais “justa” e que há de prevalecer no sistema jurídico. A indagação “o que é a verdade” possui um foco intrínseco das discussões filosóficas, devendo o termo “verdade” ser previamente analisado na seara da Filosofia. Jürgen Habermas ensina que a “verdade” é o resultado a que se chega por meio do consenso entre os sujeitos em determinado tempo, num diálogo aberto e abrangente visando à busca de um entendimento mútuo racional. Entre os processualistas civis e penais, há variadas compreensões sobre como deve ser entendida a “verdade”, mas nenhuma consegue êxito na análise que deve se pautar a construção da “verdade” no processo. Na relação intrínseca entre prova e “verdade”, entende-se que aquela deve ser compreendida sob uma nova perspectiva, voltada para o aspecto dialético e argumentativo. A prova é um enunciado linguístico fruto da interpretação do homem sobre o fato que, no processo civil, deve advir de um procedimento racional e discursivo, dentro de um contexto onde estão presentes o debate, a argumentação, o consenso, o discurso e, sobretudo, o contraditório. O princípio do contraditório figura como fundamental instrumento para construir a “verdade” no processo civil, devendo ser considerado de forma ampla. Quanto à participação dos sujeitos processuais, entende-se que ao juiz civil deve ser reconhecido um maior poder instrutório, pois a ele incumbe julgar, e julgar é conhecer tanto a norma quanto o fato. Quanto às partes e seus advogados, verifica-se que estes estão em busca dos interesses dos seus clientes, mas não se pode invariavelmente concluir que eles não possuam a pretensão de verdade. No âmbito dos Tribunais Superiores, constatam-se posições diversas sobre qual “verdade” deve ser refletida no processo civil. A dicotomia “verdade formal” *versus* “verdade real” e a problemática das “verdades adjetivadas” são imbróglis a serem superados pelos intérpretes do direito, devendo ser superados os termos usualmente empregados pelos processualistas. De fato, numerosos problemas presentes no Direito são de ordem linguística. Interessantes enunciados no novo Código de Processo Civil brasileiro trazem a positivação de ideias que podemos conectá-las à teoria discursiva da verdade de Habermas, como a primazia pela busca consensual dos litígios a partir da cooperação entre os sujeitos. No processo judicial, especialmente no processo civil brasileiro modernamente compreendido, a “verdade” deve ser entendida sem adjetivações. Ela é uma relação entre palavras, entre linguagens. Mas não deve ser somente um jogo de palavras. O procedimento para se pautar sua construção no processo é essencial, devendo haver um consenso verdadeiro e uma adoção recíproca de perspectivas em respeito à visão dos demais sujeitos do processo, onde estejam presentes a cooperação e o diálogo a fim de reconstruir fatos e interpretações de maneira mais consensual possível, o que leva em conta o respeito às normas válidas ao caso submetido ao julgador.

PALAVRAS-CHAVE: “verdade”; construção; prova; consenso; linguagem.

ABSTRACT

The “truth” in the Brazilian civil procedure has not aroused the attention of the legal experts, not being the object of a genuine interdisciplinary research. It is necessary, in this work, understand how the “truth” will be constructed in the process so that there is a final decision more “fair” and that will prevail in the legal system. The question “what is truth” has an intrinsic focus of philosophical discussions, but the term “truth” should be previously analyzed in the field of Philosophy. Jürgen Habermas teaches that “truth” is the result that is reached through consensus among the subjects in a given time, in an open and comprehensive dialogue with a view to seeking a rational mutual understanding. Among the civil and criminal procedural experts, there is varied insights into how it should be understood the “truth”, but none can succeed in the analysis that should guide the construction of the “truth” in the process. In the intrinsic relationship between proof and “truth”, it is understood that proof should be explained in a new perspective, within a dialectical and argumentative aspect. The proof is a statement language that results of the interpretation of man on the fact that, in the civil proceedings, it shall be constructed by a rational and discursive procedure, within a context where we can see debate, argument, consensus, speech and, mainly, the adversarial principle. The adversarial principle figure as a key tool to construct the “truth” in civil procedure and should be considered broadly. Regarding the participation of procedural subjects, it is understood that must be recognized to the civil judge a greater instructive power, because it is the judge’s duty to judge, and judge is know both the law and the fact. Regarding the parties and their lawyers, it appears that lawyers are seeking the interests of its customers, but it cannot invariably conclude that they do not have the truth claim. As part of the Superior Courts, we found several positions on which “truth” should be reflected in civil proceedings. The dichotomy “formal truth” versus “real truth” and the problem of “adjectival truths” are imbroglios to be overcome by the interpreters of the law and must be overcome the terms usually used by legal experts. In fact, many problems present in the law are linguistic. Interesting legal texts in the new Brazilian Civil Procedure Code bring affirmations of ideas that we can connect them to the Habermas’ discursive theory of truth, as the primacy by consensual search of disputes from the cooperation between subjects. In the judicial process, especially in the Brazilian civil procedure modernly understood, the “truth” must be analyzed without adjectives. “Truth” is a relationship between languages. But it should not be just a game of words. The procedure to guide the construction of the “truth” in the process is essential and there must be a real consensus and mutual adoption of perspectives with respect to the vision of the parties involved, where must be present cooperation and dialogue with the goal to reconstruct facts and interpretations in a way more consensual as possible, wich takes into account the respect of the rules valid for the case at trial.

KEYWORDS: “truth”; proof; construction; consensus; language.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. QUE É A “VERDADE”?	18
2.1. ANÁLISE SOBRE O CONCEITO DE “VERDADE” NA FILOSOFIA	19
2.1.1. <i>Aletheia, veritas e emunah</i>	22
2.1.2. As teorias da verdade	24
2.1.3. Friedrich Nietzsche: ilusões, metonímias e metáforas	28
2.1.4. Michel Foucault: verdade, poder e formas jurídicas	29
2.1.5. Hans-Georg Gadamer: revelação, desocultação das coisas, hermenêutica e o primado da pergunta	30
2.1.6. A teoria de Jürgen Habermas sobre a “verdade” e sobre como se pautar o procedimento para sua construção	32
2.2. ANÁLISE SOBRE O CONCEITO DE “VERDADE” NO DIREITO	44
2.2.1. O “dever de dizer a verdade” na legislação estrangeira e no ordenamento jurídico brasileiro	46
2.2.2. Por que verdade (verdade/falsidade) e não validade (válido/não-válido)? A linguagem e suas funções descritiva e prescritiva de condutas	50
2.2.3. Análise sobre o conceito de “verdade” entre os processualistas civis (ou aqueles que discorrem sobre o processo civil) e entre os processualistas penais (ou aqueles que discorrem sobre o processo penal)	55
2.2.3.1. A “verdade” para os processualistas civis	57
2.2.3.2. A “verdade” para os processualistas penais	72
3. RELAÇÕES ENTRE PROVA E “VERDADE”	88
3.1. DEFINIÇÃO DE PROVA	89
3.2. CARACTERÍSTICAS DA PROVA	95
3.2.1. Função e finalidade da prova	95
3.2.2. Objeto da prova	98
3.2.3. Destinatário da prova	99
3.2.4. Meios de prova	100
3.3. CLASSIFICAÇÃO DA PROVA	101

3.4. ÔNUS DA PROVA	104
3.4.1. Uma crítica à regra do sistema brasileiro de distribuição do ônus da prova	104
3.4.2. A “inversão” do ônus da prova e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)	107
3.5. O DIREITO À PROVA E SEU ASPECTO CONSTITUCIONAL	109
3.6. PRINCÍPIOS RELATIVOS À PROVA (NA JURISDIÇÃO CÍVEL)	110
4. UMA NOVA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E SUA RELAÇÃO COM A CONSTRUÇÃO DA “VERDADE” NO PROCESSO	115
5. A PARTICIPAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA CONSTRUÇÃO DA “VERDADE” PELA PROVA NO PROCESSO	121
5.1. O PAPEL DO JUIZ E O INÍCIO DA CONSTRUÇÃO DA “VERDADE” NO PROCESSO CIVIL	122
5.2. O PAPEL DOS ADVOGADOS E DAS PARTES NA CONSTRUÇÃO DA “VERDADE” NO PROCESSO CIVIL	127
6. ANÁLISE SOBRE O CONCEITO DE “VERDADE” NOS ACÓRDÃOS EMANADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	132
7. VERDADE FORMAL <i>VERSUS</i> VERDADE REAL: A DICOTOMIA AINDA PERSISTE?	145
7.1. O PROBLEMA DAS “VERDADES ADJETIVADAS” (OU “VERDADES NOMINADAS”) NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO	147
7.2. A SUPERAÇÃO DA “VERDADE FORMAL” NO PROCESSO CIVIL	150
7.3. A IMPOSSIBILIDADE DA “VERDADE REAL”, “VERDADE MATERIAL” OU “VERDADE SUBSTANCIAL”	152
7.4. NORMAS EM VIGOR QUE DEMONSTRAM A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA	154
8. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A LIGAÇÃO COM A TEORIA DISCURSIVA DA VERDADE DE HABERMAS	156
8.1. DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL	157

8.2. DOS PODERES, DOS DEVERES E DA RESPONSABILIDADE DO JUIZ	159
8.3. DO SANEAMENTO E DA ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO	161
8.4. DO <i>AMICUS CURIAE</i>	163
9. QUE É (OU O QUE DEVERIA SER) A “VERDADE” NO PROCESSO CIVIL? OU “COMO CONSTRUIR A ‘VERDADE’ NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO?” ...	166
10. CONCLUSÃO	186
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	190

1. INTRODUÇÃO

A “verdade” e sua busca sempre foram um dos maiores desafios e também intrigante desejo do homem. Diz-se, inclusive, que aquilo que levou os homens a filosofar foi muito por causa da ordem e beleza do mundo, o buscar a “verdade”, conhecer, duvidar.

Contudo, é possível notar que a problemática sobre a “verdade” no processo judicial brasileiro não tem despertada a atenção que merece. Indagações como “o que é a verdade?”, ou “para quê serve a verdade?”, ou “como deve ser interpretada a verdade no processo e como construí-la – por meio de qual procedimento?”, ou, ainda, “qual a importância da verdade para o processo?”, têm sido pouco trabalhadas criticamente pelos processualistas pátrios.

Várias literaturas há sobre o assunto, entretanto muitas também são as que se atentam apenas a uma *visão superficial* dos imbróglios que residem na temática da “verdade” no contexto do processo judicial, em especial no processo civil brasileiro.

Fartos são os manuais existentes que escrevem algo sobre a “verdade” no campo do direito processual civil, do direito processual penal, do direito processual trabalhista, enfim. Em vários campos do saber processual há um autor que escreve sobre o “princípio da verdade processual”, ou sobre “a busca da verdade real”, ou a “verdade formal como objetivo do processo civil”. Não obstante o grande número, escasso é o tratamento dedicado ao assunto sob um foco mais comprometido com o estudo da linguagem e com ensinamentos filosóficos intrínsecos à reflexão sobre a “verdade” e sua busca, quer dizer, sua *construção* no processo.

A ausência de pesquisa séria sobre o tema evidencia mais um problema no Direito e nas legislações. Cássio Scarpinella Bueno, comentando sobre o que é a pesquisa no Direito, especialmente no campo do Direito Processual, aponta que faltam nas atuais legislações, as quais geralmente saem das academias, pesquisas empíricas, que contem com dados seguros e confiáveis que, muitas vezes, alavancarão oportunas e pontuais mudanças no processo civil codificado, sem mencionar que as reformas indubitavelmente serão mais eficazes¹.

¹ BUENO *apud* NOBRE *et al*, 2005, p. 183.

Para o desiderato a ser atingido em determinada pesquisa jurídica, entende-se que deve existir a interdisciplinaridade², uma relação umbilical entre Direito e outras ciências humanas no trato de questões que, antes, pensávamos que cabia apenas ao Direito. O Direito sozinho não é capaz de responder a todos os problemas da sociedade, e nem é esta a sua função. Nesse caminho, a pesquisa também não pode ser compreendida como ato solilóquio, uma ação individual do pesquisador³.

É relevante que haja liberdade na pesquisa como maneira de garantir uma atuação franca, respeitosa, interativa e reflexiva para que, após sua conclusão ou ainda durante seu desenvolvimento, seja o conhecimento extraído dali voltado para a “verdade” como forma de compartilhamento. É fundamental o compartilhamento na estruturação do saber, devendo a “verdade” extraída da pesquisa apenas ser concebida caso seja fruto da dialogicidade⁴.

A pesquisa, desse modo, se constitui num procedimento formal para a obtenção de conhecimento sobre a realidade. Ela “exige pensamento reflexivo e tratamento científico”, porém, “não se resume na busca da verdade; aprofunda-se na procura de resposta para todos os porquês envolvidos pela pesquisa”⁵.

Dentro de um método dedutivo e dialógico aliados à ênfase na pesquisa bibliográfica, parte-se de enunciados gerais para o pensamento particular que compõe a conclusão neste trabalho, sem se esquecer de que não existe uma teoria absoluta, uma “verdade” estanque, devendo ser construído um conhecimento compartilhado através do diálogo interdisciplinar.

O método dialético compreende e considera opiniões e diferenças de opiniões desde que fundamentadas racionalmente e em uma argumentação consistente. O método dialético é típico do pensamento de Karl Marx, porém também encontramos em Hegel a noção de

² A educadora Ivani Fazenda, citada por José Virgílio Tagliavini, entende a *interdisciplinaridade* como “uma atitude diante de alternativas para conhecer mais e melhor; atitude de espera ante os atos consumados, atitude de reciprocidade que impele à troca, que impele ao diálogo – ao diálogo com pares idênticos, com pares anônimos ou consigo mesmo – atitude de humildade diante da limitação do próprio saber, atitude de perplexidade ante a possibilidade de desvendar novos saberes, atitude de desafio – desafio perante o novo, desafio em redimensionar o velho – atitude de envolvimento e comprometimento com os projetos e com as pessoas neles envolvidas, atitude, pois, de compromisso em construir sempre da melhor forma possível, atitude de responsabilidade, mas, sobretudo, de alegria, de revelação, de encontro, enfim, de vida (FAZENDA *apud* TAGLIAVINI, 2013, p. 82).

³ BITTAR, 2014, p. 127-130.

⁴ Idem, *ibidem*.

⁵ MEDEIROS, 2007, p. 49.

dialética, onde três são os momentos desta noção: i) tese: uma pretensão de verdade; ii) antítese: a tese negada; iii) síntese: o resultado do confronto, uma nova tese⁶. Dessa maneira, utilizando a dialética como método de raciocínio, seria possível pesquisar com mais rigor os objetos de análise, colocando-os frente a frente com as suas possíveis contradições. É esse o caminho que se pretende trilhar, mediante esforço em coletar amplo material para comparar as visões dos processualistas pátrios no entendimento sobre a busca da “verdade” no processo judicial. Ao final, verificar-se-á a existência de uma possível compreensão entre as teses e antíteses pesquisadas, buscando a síntese que será fruto de um conhecimento interdisciplinar e de embates entre as teses apresentadas e as superações de seus maiores percalços.

Já o método dialógico, que corresponde à construção do saber de modo compartilhado através do diálogo interdisciplinar⁷, ergue-se como raciocínio ideal para a pesquisa que se propõe, uma vez que será a partir da interdisciplinaridade entre Direito e Filosofia, além da contribuição da linguagem para o conhecimento, que se baseará o estudo em torno da “verdade” e sua construção no processo civil.

Nosso corte metodológico cinge em perseguir uma *análise sobre o processo civil brasileiro a partir de uma perspectiva mais moderna e calcada nas teorias de Jürgen Habermas e no estudo da linguagem como fator essencial ao conhecimento e à construção da “verdade” no processo*. Assim, procuramos concentrar nossos objetivos em:

- a) Pesquisar como o termo “verdade” é tratado no Direito (jurisprudência, textos legais e doutrina processual) e na Filosofia (teorias da verdade, verdade em outras línguas e entendimentos de filósofos);
- b) Analisar as relações intrínsecas entre prova e “verdade” no sentido da importância daquela para a construção desta no decorrer do processo civil;
- c) Verificar como o princípio do contraditório pode contribuir para a construção da “verdade” no processo civil e como ele deve ser entendido para cumprir tal mister;
- d) Compreender o papel dos sujeitos processuais, mormente o juiz, na construção da “verdade” no processo civil;

⁶ MEZZARROBA, MONTEIRO, 2014, p. 96-99.

⁷ Nesse sentido: BITTAR, 2014, p. 34.

- e) Analisar o problema das chamadas “verdades adjetivadas” (ou nominadas) presentes nos discursos dos processualistas pátrios e dos julgadores dos principais Tribunais Superiores;
- f) Superar a dicotomia verdade formal *vs.* verdade real vivenciada nos campos do processo civil e do processo penal, predominantemente;
- g) Buscar demonstrações de enunciados do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) em comparação à codificação vigente que parecem ir ao encontro da teoria discursiva e da construção cooperativa da “verdade” que disserta Habermas;
- h) Analisar como deve ser construída a “verdade” no processo civil brasileiro com base na teoria de Habermas e no estudo da linguagem para os meandros do direito processual.

Esclarece-se que por “construção”, expressão que utilizaremos neste trabalho, devemos entender como o produto terminado da atividade de criar, de estabelecer uma obra, de dar estrutura a algo, de compor ou edificar algo organizado.

Além disso, vale esclarecer que o termo verdade não está sendo utilizado como a verdade para o mundo das coisas. Verdade aqui é aplicada fora do conceito coloquialmente empregado, como na frase: “é verdade que em janeiro de 2015 não choveu em São Paulo”. O termo é utilizado com um sentido especial, que ao longo do estudo será minuciosamente analisado. A verdade nesta dissertação é, sem dúvida, um termo que almejamos pôr em evidência, e por isso a utilização das aspas quando da sua menção.

Assim, buscaremos seguir as lições mais bem elaboradas de Jürgen Habermas em sua teoria discursiva a respeito da “verdade”. Da mesma forma, pesquisa-se como a “verdade” e sua compreensão são tratadas por Hans-Georg Gadamer, Theodor Viehweg, Niklas Luhmann e outros autores, inclusive juristas pátrios, como Cássio Scarpinella Bueno, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Ovídio Baptista da Silva, Lenio Luiz Streck, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, Paulo Rangel, Eugênio Pacelli de Oliveira e Aury Lopes Junior. Vale notar que não deixaremos de lado as elucidações expostas por Professores da Ufes, como José Pedro Luchi, Margareth Vetis Zaganelli, Marcellus Polastri Lima, Marcelo Abelha Rodrigues, Hermes Zaneti Júnior, Manoel Alves Rabelo e Tárek Moysés Moussallem.

Decerto, tem-se noção de que a *mixagem* entre matrizes e autores, ou o sincretismo entre paradigmas inconciliáveis, a qual alude Lenio Luiz Streck, pode representar um percalço ao estudo a partir da confusão entre teses contraditórias, que jamais resolverá a problemática central. Por isso, o cuidado em pesquisar os mais diferentes entendimentos entre os autores e correntes é essencial, sob pena de confundir conceitos e aglomerá-los quando, com efeito, são inconciliáveis, ou, quando juntos, não conseguem trazer o desenvolvimento apto a superar os problemas que se pretende.

No entanto, a pesquisa científica, como suso mencionada, deve buscar dados em variadas fontes, sendo livre, até certo ponto, em fazer essa chamada “mixagem”, para, ao cabo, aprofundar-se na discussão centrada e fundamentada, consciente, mesmo que a partir de teses inconciliáveis, com argumentações propícias e sustentadas a fim de perquirir fielmente o objetivo inicial proposto. Não podemos deixar de lembrar que o termo “inconciliável” pode ser um termo cuja arbitrariedade o sujeito pode empregar, pois ele é quem decidirá o que entre as teses é considerado inconciliável, a partir do seu corte metodológico.

Sobre a estruturação do trabalho, discorrer-se-á na primeira parte, que corresponde ao Capítulo 02, especialmente acerca do que o termo “verdade” representa tanto no âmbito do Direito quanto no campo da Filosofia. Procuraremos trazer as mais variadas visões que os autores que discorrem sobre o processo possuem sobre a “verdade”. A demonstração da doutrina não se cingirá apenas na visão dos processualistas civis, mas também focaremos os entendimentos tidos por muitos processualistas penais, propiciando a comparação entre o que é a “verdade” para o processo civil e o que ela representa para o processo penal. Também será demonstrado o que o termo representa na Filosofia, buscando em grandes filósofos as explanações para bem construirmos a “verdade” que deve se refletir no moderno processo civil brasileiro.

Ainda no Capítulo 02, a relevância maior será dada à contribuição de Jürgen Habermas e sua teoria fincada na linguagem, no discurso, na comunicação voltada para o entendimento mútuo e na busca cooperativa da “verdade”. Habermas, com um modo de escrita denso e terminologias que lhes são próprias (como mundo da vida e agir comunicativo), não é um autor que se pode ler apressada e superficialmente. A dedicação ao estudo de suas obras deve

ser profunda e com foco, muito embora este estudo não tenha a pretensão de examinar profundamente suas teorias.

Assim, apresentaremos no segundo Capítulo algumas premissas essenciais das obras do pensador alemão, para que seja possível, no decorrer do desenvolvimento desta dissertação, melhor nos pautar acerca da construção da “verdade” no processo civil modernamente considerado. Consenso, cooperação, diálogo, discurso, comunicação e linguagem são expressões que notaremos na formação de seu conceito de “verdade”, as quais, por certo, deverão estar presentes no procedimento judicial em um processo que prime mais pelo diálogo e pela autocomposição e menos pelo conflito.

No Capítulo 03, analisar-se-á uma nova perspectiva que deve revestir a prova compreendida no contexto da Teoria Geral do Processo. A prova no processo civil urge ganhar uma nova roupagem, sob uma dimensão voltada para o aspecto dialético e argumentativo. A prova será analisada a partir da contribuição da linguagem como importante fator à construção do conhecimento e da interação humana, donde poderemos extrair que ela é um enunciado linguístico fruto da interpretação do homem sobre o fato.

O princípio do contraditório merecerá uma dedicação à parte no Capítulo 04, onde poderemos perceber sua relevância para construir a “verdade” em volta de um ambiente estruturado de forma cooperatária, colaborativa, com abertura para o diálogo entre os sujeitos processuais e sem espaço para decisões que surpreendam as partes (“decisões-surpresas”).

Quanto aos sujeitos processuais e o papel que desempenham – ou deveriam desempenhar – no decorrer do processo civil rumo à construção da “verdade”, cumprirá no desenvolvimento do Capítulo 05 as demonstrações desses papéis, concedendo valor salutar à participação do magistrado na dinâmica do processo e na produção e valoração das provas.

Já no Capítulo 06, serão analisados como os conceitos de “verdade” são compreendidos pelos dois principais Tribunais Superiores do país em demandas cíveis (o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal), onde verificaremos quais são os termos que mais dominam em seus julgados e como estas Cortes entendem as principais terminologias empregadas.

O Capítulo 07 buscará abordar a problemática das chamadas “verdades adjetivadas” e superar a dualidade que existe entre “verdade formal” e “verdade real ou material”, presente em larga escala nos manuais de direito processual.

Encontraremos interessantes enunciados no novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) em comparação com o texto ainda em vigor do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) no Capítulo 08, parte esta na qual demonstraremos a ligação peculiar que pode ser feita entre o novel diploma e a teoria discursiva da verdade de Habermas, como a primazia pela busca consensual dos litígios, a cooperação entre os sujeitos do processo para obter uma decisão de mérito justa e efetiva, o dever do juiz em promover a autocomposição a qualquer momento, etc.

Chegando ao Capítulo 09, acreditamos ter o ambiente propício delineado para esboçar uma teoria geral de como deve ser construída a “verdade” no processo civil brasileiro, quando pretendemos, concomitantemente, conceituar a “verdade” que deve ser compreendida para fins do processo civil modernamente considerado.

De fato, certos pré-conceitos e tradicionais pensamentos devem ser superados e reinterpretados para se poder melhor compreender o processo civil atual, e não apenas a “verdade” a ser construída no processo.

Acreditamos que a solução para almejar uma teoria da construção da “verdade” no processo civil brasileiro deve ser buscada em volta de um pensamento norteado pela linguagem como instrumento ímpar para o conhecimento e a interação humana, além das considerações presentes na teoria discursiva da verdade de Habermas, não sem antes discorrer de forma mais profunda sobre “o que é a verdade”.

2. QUE É A “VERDADE”?⁸

Antes de analisar a construção da “verdade” no processo civil brasileiro e os possíveis problemas daí decorrentes, faz-se mister discorrer acerca de uma das mais intrigantes indagações que o homem pode ter desenvolvido em toda a sua história: *Que é a “verdade”?*

A problemática acerca da “verdade” tem atormentado não só os intérpretes do direito, mas também – e sobretudo – os filósofos, pois faz suscitar inquietações e dúvidas, uma atividade reflexiva pertencente muito mais à Filosofia do que às ciências jurídicas.

Marilena Chauí explica que “para a atitude crítica ou filosófica, a verdade nasce da decisão e da deliberação de encontrá-la, da consciência da ignorância, do espanto, da admiração e do desejo de saber”. A concepção da autora para a Filosofia possui ligação com a definição da “verdade” em grego (“ver-perceber”), em latim (“falar-dizer”) e em hebraico (“crer-confiar”), como se verá no item 2.1.1: “Nessa busca, a filosofia é herdeira de três grandes concepções da verdade: a do ver-perceber, a do falar-dizer e a do crer-confiar”⁹.

Seguindo entendimento semelhante, Joseph M. Fernandez escreve ser “necessário confrontar o significado de verdade na filosofia, pois o termo não pode ser dissociado da filosofia”¹⁰. Aliás, a própria indagação “o que é verdade?” (“*what is truth?*”) tem um foco intrínseco das discussões filosóficas, como escreve Fernandez.

De fato, diferentes concepções existem para definir o que vem a ser a “verdade” no processo judicial, porém muitas não trazem a exata compreensão do que ela deveria representar para o ambiente processual. Isto porque as tentativas de conceituar a “verdade” no processo

⁸ O presente capítulo foi escrito com base em artigos científicos produzidos ao longo do Curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo, tanto como aluno regular quanto como aluno especial. Conferir: a) MACHADO, Vitor Gonçalves. Que é (ou o que deveria ser) a “verdade” no moderno processo civil? In: IOCAHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Orgs.). *Processo e Jurisdição: 25 anos da Constituição Cidadã: os atores sociais e a concretização sustentável dos objetivos da República*. Vol. XXII. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 458-477; b) MACHADO, Vitor Gonçalves. Breves considerações sobre a “verdade” e sua importância para o Direito. In: *Anais do II Congresso Nacional da Federação de Pós-graduandos em Direito (FEPODI): Pós-graduação e extensão universitária*. Vol. II. São Paulo: PUC/SP, 2013, p. 1307-1312; c) MACHADO, Vitor Gonçalves. O problema da “verdade processual”: nova perspectiva sobre a busca da verdade pela prova no processo civil. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 14, n. 28, jul./dez. 2011, p. 198-217.

⁹ CHAUI, 2010, p. 121.

¹⁰ FERNANDEZ, 2009, p. 57 (tradução livre).

esbarram em não analisar previamente as teorias da verdade, além da falta do estudo da linguagem (verdade dentro de um sistema linguístico) e da análise do que o termo significa em grego, em latim e em hebraico.

O que se percebe é uma celeuma que há muito atormenta a prática processual e lhe traz graves consequências: a assunção automática para o processo da denominada verdade por correspondência e a dicotomia verdade formal *versus* verdade real, onde, basicamente, aquela vigora para o processo civil e esta para o processo penal por estar em jogo interesses e direitos mais importantes para o homem, como a vida e a liberdade.

Somado a essas dificuldades, percebe-se que o uso constante das chamadas “verdades adjetivadas”, com variados usos de adjetivos ou locuções adjetivas ao termo “verdade” ou com a utilização de conceitos vagos carregados de subjetivismos, prejudica a compreensão dos objetivos do processo, o qual, precipuamente, possui a incumbência de servir de instrumento para a entrega da tutela jurisdicional a quem dela faz jus.

Dessa forma, a fim de possibilitar a análise em torno da “verdade” no âmago do processo civil brasileiro, é necessário que ocorra uma genuína interdisciplinaridade a fim de estudar a “verdade” não somente no campo do Direito, mas também na seara da Filosofia.

2.1. ANÁLISE SOBRE O CONCEITO DE “VERDADE” NA FILOSOFIA

Diversos problemas relacionados ao Direito necessitam de soluções que devem ser buscadas em conjunto com outras áreas das ciências humanas, sobretudo com a Filosofia.

Com efeito, o intérprete do direito não pode ficar estancado em um único pensamento/única teoria e deve desenvolver um raciocínio crítico sobre institutos e enunciados, expandindo os horizontes de seu saber, buscando encontrar as respostas satisfatórias nas proposições contidas tanto na Teoria Geral do Direito quanto na Filosofia do Direito¹¹.

¹¹ Nesse sentido: CARVALHO, 2013, p. 03-05.

A Filosofia, segundo Ludwig Wittgenstein, tem por objetivo a clarificação lógica dos pensamentos. Ela não é uma das ciências da natureza nem uma doutrina, mas sim uma atividade. O trabalho da Filosofia, dessa maneira, não é fazer proposições, mas esclarecer as proposições, sendo um trabalho que consiste essencialmente em elucidações. “A Filosofia deve tornar claros e delimitar rigorosamente os pensamentos, que doutro modo são como turvos e vagos”¹². Ainda, a Filosofia “deve delimitar o que é pensável, e assim o impensável. Ela deve delimitar o impensável, do interior, através do pensável. Ela denotará o indizível, ao representar claramente o que é dizível”¹³.

Nesse sentido, compreende-se que a Filosofia, segundo pensamento de Miguel Reale, inicialmente propõe uma dedicação desinteressada e contínua ao bem, ao conhecimento e à verdade: “dedicar-se ao conhecimento, de maneira permanente e não ocasional, sem visar intencionalmente a qualquer escopo prático ou utilitário, eis a condição primordial de todo e qualquer conhecimento filosófico”¹⁴.

A forma de conhecer da Filosofia busca pensar e refletir sobre os acontecimentos, objetos e coisas muito além da pura aparência dos mesmos. Por isso é que podemos aplicá-la a qualquer área do conhecimento humano. O termo “filosofar” designa o ato de refletir criticamente sobre algo. De acordo com Orides Mezzaroba e Cláudia Servilho Monteiro, “o conhecimento filosófico não tem compromissos com **a verdade**, mas com **as verdades** possíveis”¹⁵ (negritos no original). Desse modo, o conhecimento filosófico “pode incomodar a forma de ser das pessoas, do mundo, porque questiona a cultura e as práticas políticas, econômicas e culturais, enfim, toda e qualquer forma de ser e agir”¹⁶.

A Filosofia do Direito não se esgota em investigar e estudar apenas um fenômeno. Ela vai além, buscando superar a visão estanque que os intérpretes do direito possuem dos fenômenos jurídicos. Suas metas estão compreendidas em suas perspectivas de investigação, quer dizer, a própria *ratio essendi* da Filosofia. São suas metas principais:

- i) Proceder à crítica das práticas, das atitudes e atividades dos operadores do direito;

¹² WITTGENSTEIN, 2002, p. 63.

¹³ Idem, ibidem.

¹⁴ REALE, 1998, p. 14.

¹⁵ MEZZAROBA; MONTEIRO, 2014, p. 57.

¹⁶ Idem, ibidem.

- ii) Avaliar e questionar a atividade legiferante, bem como oferecer suporte reflexivo ao legislador;
- iii) Depurar a linguagem jurídica, os conceitos filosóficos e científicos do Direito, bem como analisar a estrutura lógica das proposições jurídicas;
- iv) Investigar a eficácia dos institutos jurídicos, sua atuação social e seu compromisso com as questões sociais, seja no que tange a indivíduos, seja no que tange a grupos, seja no que tange a coletividades, seja no que tange a preocupações humanas universais;
- v) Esclarecer e definir a teleologia do Direito, seu aspecto valorativo e suas relações com a sociedade e os anseios culturais;
- vi) Por meio da crítica conceitual institucional, valorativa, política e procedimental, auxiliar o juiz no processo decisório;
- vii) Inculpir a mentalidade da justiça como fundamento e finalidade das práticas jurídicas¹⁷.

Nesse entendimento, a Filosofia do Direito é considerada como a proposta de investigação que dá valor à abstração conceitual, servindo de reflexão crítica, engajada e dialética sobre as construções jurídicas, sobre os discursos jurídicos, sobre as práticas jurídicas, sobre os fatos e as normas jurídicas¹⁸. Sua função cinge a ser uma escora reflexiva das ciências jurídicas, considerando sua proposta mais aberta e livre das amarras do direito vigente e dos pré-conceitos contidos nas leis, conforme analisam Eduardo Bittar e Guilherme de Almeida¹⁹.

Verificando o destaque que os ensinamentos filosóficos possuem para o sistema jurídico, não podemos deixar de elucidar que a “verdade” é *metafísica*, isto é, aquilo que está além da física, que a transcende e que não pode ser solucionada mediante a experiência. Conceitos como verdade, justiça e segurança jurídica são metafísicos, que não podem ser apreendidos por exames empíricos. Segundo Fabiana Del Padre Tomé, a verdade “não é susceptível de apreciação pelo método das experiências: todos falam em nome da verdade, mas não há como saber, mediante procedimentos experimentais, quem está realmente dizendo a verdade”²⁰.

Não obstante essa identificação, registra-se que o metafísico é passível de conhecimento, embora não empírico. Quer dizer, o fato de ser algo inexperimentável não se confunde com a sua incognoscibilidade. Por isso mesmo, conceitos como verdade, justiça e segurança jurídica não são ininteligíveis. O conceito da verdade, apesar de ser metafísico, pode ser entendido, compreendido²¹. E isso é o que tentaremos fazer adiante para, ao cabo deste estudo, concluir

¹⁷ BITTAR, ALMEIDA, 2005, p. 51-52.

¹⁸ Idem, p. 44.

¹⁹ Idem, ibidem.

²⁰ TOMÉ, 2011, p. 12.

²¹ Idem, ibidem.

uma teoria que se possa valer para a *construção da “verdade”* no moderno processo civil brasileiro.

2.1.1. *Aletheia, veritas e emunah*

Dentro do estudo da “verdade”, não se pode deixar de investigar o que o termo representa nas diferentes línguas que se mostram. Aliás, é bem interessante a crítica manifestada por Friedrich Nietzsche: “dispostas lado a lado, as diferentes línguas mostram que, nas palavras, o que conta nunca é a verdade, jamais uma expressão adequada: pois, do contrário, não haveria tantas línguas”²².

Marilena Chauí concebe a “verdade” como a síntese dos três significados que o vocábulo apresenta em *grego (aletheia)*, em *latim (veritas)* e em *hebraico (emunah)*: “verdade se refere (i) à percepção das coisas reais (realidade), (ii) à linguagem que relata fatos passados (linguagem) e (iii) à expectativa de coisas futuras (confiança-esperança)”²³. Em outras palavras, a concepção do mundo ocidental sobre “verdade” é uma síntese do que ela representa nessas três fontes (*aletheia, veritas e emunah*)²⁴.

Em grego, “verdade” é *aletheia*, que significa aquilo que não foi esquecido. Para a compreensão grega, a “verdade” é aquilo que não está dissimulado, o que não está escondido, encoberto²⁵. Pode-se fazer uma alusão ao “Mito da Caverna”, de Platão, no qual demonstra o verdadeiro como aquilo que realmente é, e não aquilo que aparenta ser, de forma dissimulada²⁶. A “verdade” é o “que se manifesta ou se mostra para os olhos do corpo e do espírito; (...) a verdade é a manifestação daquilo que é realmente ou do que existe realmente tal como se manifesta ou se mostra; (...) é o plenamente visível para a razão ou o evidente”²⁷.

²² NIETZSCHE, 2008, p. 31.

²³ CHAÚÍ, 2010, p. 123.

²⁴ A “nossa concepção da verdade abrange o que é (a realidade), o que foi (os acontecimentos passados) e o que será (as ações e acontecimentos futuros). Refere-se, portanto, à própria realidade (como na *alétheia*), à linguagem (como na *veritas*) e à confiança-esperança (como na *emunah*)” (CHAÚÍ, 2010, p. 123).

²⁵ GHIRALDELLI JUNIOR, 2001.

²⁶ CHAÚÍ, 2010, p. 122.

²⁷ Idem, *ibidem*.

Assim, quando predomina num discurso ou pensamento de um filósofo a “verdade” como *aletheia*, quer isto dizer que o critério é a *adequação* ou correspondência da ideia ao objeto que se faz dela, conforme explica Chauí²⁸.

Em latim, o termo designado para expressar a “verdade” é *veritas*, que está ligado com a precisão, a exatidão de um relato. “Refere-se à linguagem como narrativa de fatos acontecidos”, em outras palavras, a “enunciados que dizem fielmente as coisas tais como foram ou aconteceram”²⁹. O âmbito do que torna algo verdadeiro ou não *se liga à linguagem*, ao que um relato traz de veracidade, sendo verdadeiro somente se ele enuncia pormenorizadamente e exatamente os fatos. Um relato poderá ser verdadeiro ou falso, mentiroso, mas aqui não se visualiza a aparência das coisas e dos fatos (se são reais ou imaginários), mas apenas os relatos e os enunciados sobre eles (se são verdadeiros ou falsos). Por isso é correto afirmar que quando predomina a *veritas* num discurso ou pensamento, o critério de verdade se estabelece pela *coerência* interna das ideias que formam um raciocínio.

Por sua vez, em hebraico o termo “verdade” significa *emunah* (sinônimo de confiança). Elucida Fábio Konder Comparato que “o vocábulo ‘emet provém da raiz *’mn*, que indica firmeza, constância, fidedignidade”³⁰. Foi daí que a palavra “Amém” surgiu, que significa “assim seja”. O autor lembra que na Bíblia, como se pode ver facilmente, “fala-se de um caminho verdadeiro, no sentido de uma vida reta, sem desvios; de homens verdadeiros, no sentido de homens capazes, seguros, tementes a Deus, incorruptíveis, nos quais se pode confiar”³¹. Portanto, a “verdade” *emunah* é quando algo inspira confiança e fidelidade ao mesmo tempo em que se mantém a expectativa, a esperança de coisas futuras³².

É importante esclarecer um ponto quanto à questão da “verdade” *emunah* e sua conexão com a “verdade” das Escrituras Sagradas: não é propósito de nenhuma Escritura (pelo menos não a finalidade principal) a especulação, o esclarecimento para seus seguidores do que seja a “verdade”, mas sim a revelação da dita “verdade divina” que seja necessária para a salvação do fiel seguidor, uma verdade revelada que tem como fundamento a fidelidade e a veracidade

²⁸ Idem, p. 123.

²⁹ Idem, p. 122.

³⁰ COMPARATO, 2006, p. 522-523.

³¹ Idem, p. 522.

³² CHAUI, 2010, p. 123.

de Deus³³. Ademais, é equivocada a afirmação de que a “verdade” da Bíblia é sempre uma “verdade” *emunah*, posto que, em muitas passagens do Livro, verifica-se a presença da “verdade” como adequação (correspondência).

Ainda sobre a “verdade” *emunah*, escreve Chauí que quando ela predomina num discurso, essa “verdade” tende a ser um acordo (pacto de confiança) entre os pesquisadores, isto é, o *consenso* e a confiança recíprocos entre os pesquisadores e estudiosos³⁴.

2.1.2. As teorias da verdade

Acerca das teorias da verdade sobre que discorre a Filosofia, podem-se extrair estas como as principais:

- a) verdade por correspondência ou adequação;
- b) verdade por coerência;
- c) verdade por consenso ou consentimento;
- d) verdade por autoridade;
- e) verdade pragmática;
- f) verdade semântica;
- g) verdade por redundância.

Para este estudo, importante se deter sobre as teorias da verdade por correspondência e da verdade por coerência, em razão da maior constatação da primeira no campo processual e da relevância da compreensão da segunda para a construção da “verdade” no discurso jurídico.

Destaca-se que a Filosofia tradicional revelava a verdade como *correspondência* (também definida como *adequação* ou *conformidade*) da ideia ao objeto, ou seja, do pensamento à realidade (“x é verdadeiro se x corresponde a um fato”). Seria verdade “a adequação de

³³ Nesse sentido explica Mario Bruno Spoviero, em notas introdutórias à obra de São Tomás de Aquino, *Verdade e Conhecimento*, 2013, p. 109-110.

³⁴ CHAUI, 2010, p. 123.

determinada sentença à realidade, exigindo-se identidade entre a proposição afirmativa ou negativa de algo e a realidade por ela referida”³⁵.

Era com base na *filosofia do ser* (fase anterior à *filosofia da consciência* e à *filosofia da linguagem*), quando a linguagem era compreendida como o instrumento que conectava o sujeito ao objeto do conhecimento, que a “verdade” resultava da correspondência entre a proposição linguística e o objeto referenciado³⁶.

Peter Häberle, com amparo em J. R. Searle, ensina que esta teoria postula que “uma convicção é então e apenas então verdade ‘quando ela corresponder a um fato objetivo concreto’”. Por isso que “sentença ou convicção são contrapostas ao ‘mundo natural ou à realidade’, as quais a pessoa humana não pode simplesmente ‘criar’”³⁷.

A ideia vem de Aristóteles e sua conhecida formulação (a chamada *concepção aristotélica clássica da verdade*): “dizer daquilo que é, que é, e daquilo que não é, que não é, é verdadeiro; dizer daquilo que não é, que é, e daquilo que é, que não é, é falso”³⁸. Tal noção é ainda seguida por muitos pensadores que discorrem sobre o Direito, embora alguns não tão contemporâneos a esta época. Para maior compreensão, é válido citarmos, respectivamente, Nicola Abbagnano e Richard Kirkham, referenciados por Vinícius Lott Thibau, a respeito da verdade como correspondência:

O conceito de verdade como correspondência é o mais antigo e divulgado. Pressuposto por muitas das escolas pré-socráticas, o primeiro a formulá-lo foi Platão, na definição do discurso verdadeiro feito em Crátilo: “verdadeiro é o discurso que diz as coisas como são: falso é aquele que as diz como não são” (...). Por sua vez, Aristóteles dizia: “negar aquilo que é e afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é verdade” (...) Aristóteles enunciava também as duas teses fundamentais dessa concepção de verdade. A primeira é que a V. está no pensamento ou linguagem, não no ser ou na coisa (...). O segundo é que a medida da V. é o ser ou a coisa, não o pensamento ou o discurso: de modo que uma coisa não é branca porque se afirme com V. que ela assim é, mas afirma-se com V. que ela é branca porque é (...)”³⁹.

Parece que todas as teorias da correspondência têm em comum a alegação de que uma das condições individualmente necessárias e conjuntamente suficientes para a

³⁵ TOMÉ, 2011, p. 12.

³⁶ Idem, p. 01.

³⁷ HÄBERLE, 2008, p. 67.

³⁸ ARISTÓTELES *apud* MARINONI; ARENHART, 2011, p. 27.

³⁹ ABBAGNANO *apud* THIBAU, 2011, p. 38.

verdade de uma crença (proposição, ou o que for) é que o fato mesmo a respeito do qual é a crença (ou o fato mesmo que é expresso pela proposição) deve ocorrer⁴⁰.

Diz-se que a afirmação de correspondência é fruto do “conhecimento da estrutura da coisa, das relações internas necessárias que constituem a essência da coisa e das relações e nexos necessários que ela mantém com outras”⁴¹. Ou seja, a ideia corresponde à coisa conhecida na medida de que aquela seja uma ação realizada por obra intelectual, e esta seja uma realidade externa conhecida pelo intelecto. Por isso, é errôneo pensarmos que a teoria da verdade como correspondência seja aquela em que a ideia e a coisa se correspondem mutuamente como uma ideia que seja uma cópia da coisa verdadeira.

Todavia, Fabiana Del Padre Tomé identifica ao menos dois obstáculos à adoção da verdade como correspondência, corrente esta a qual nos filiamos: O primeiro, está relacionado ao fato do mundo da experiência não poder ser integralmente descrito pela linguagem, não podendo a proposição o espelhar de forma completa. Nessa perspectiva, válido frisar que os sujeitos cognoscentes sempre terão percepções parciais do mundo. O segundo problema, compreende que as coisas somente existem para o homem a partir do instante que se tornam compreensíveis para ele por meio da constituição delas em linguagem. Ou seja, haverá apenas realidade onde atua a linguagem, assim como somente será possível conhecer o real mediante enunciados linguísticos⁴².

Desse modo, pensando dentro ou fora do processo, ficou verificado que no decorrer do tempo houve a tentativa de superar a ideia da correspondência com a da verdade como *coerência* (“x é verdadeiro se x se traduz em algo de um conjunto de crenças coerente internamente”⁴³).

Häberle analisa que, através dessa teoria, uma convicção “é então e só então verdadeira quando ela é parte integrante de um sistema coerente e complexo de convicções”⁴⁴.

Jean-Louis Léonhardt, com base em David Hilbert e Gottlob Frege, compreende assim a definição da verdade como coerência:

⁴⁰ KIRKHAM *apud* THIBAU, 2011, p. 38.

⁴¹ CHAÚÍ, 2010, p. 126.

⁴² TOMÉ, 2011, p. 03 e p. 12-13.

⁴³ Também explicitada por ser uma relação de não contradição (coerência) de enunciados dentro de um mesmo sistema.

⁴⁴ HÄBERLE, 2008, p. 68.

Se os axiomas arbitrariamente estabelecidos não se contradizem mutuamente ou ainda em relação a uma de suas consequências, eles são verdadeiros (como coerência) e as coisas assim definidas existem (no pensamento). Eis para mim o critério da verdade(-coerência) e da existência⁴⁵.

A teoria da verdade por coerência tenta justamente apresentar uma saída para os problemas de considerar a “verdade” como mera correspondência entre coisa e ideia. Há fenômenos não somente linguísticos nas coisas. Há algo linguístico e também não-linguístico. Dessa maneira, conforme ensina Paulo Ghiraldelli Junior⁴⁶:

[...] a verdade, na teoria coerentista como ela se apresenta atualmente, não é um predicado que se aplica a frases ou crenças isoladas, mas se aplica a conjuntos de frases, conjuntos de crenças em um todo, um sistema. Assim, um sistema de crenças é dito coerente quando seus elementos são consistentes uns com os outros em uma rede de crenças, e quando eles estão dispostos de certa maneira que detém um tipo específico de simplicidade capaz de provocar a inteligência racional normal. Dessa forma, o sistema todo e cada um de seus elementos são verdadeiros – a verdade é a propriedade de se pertencer a um sistema harmoniosamente coerente de crenças ou enunciados⁴⁷.

Segue, abaixo, quadro sinótico com as comparações e definições necessárias para o estudo em questão⁴⁸:

Tabela 1 – Teorias da Verdade.

Correspondência (ou adequação)	Um enunciado é verdadeiro se corresponde a um fato (adequação ou correspondência do objeto/realidade à ideia/intelecto que se faz dele). Dito de outro modo: é verdade quando há identidade entre a proposição afirmativa ou negativa de alguma coisa e a realidade por ela referida.
Coerência	Um enunciado é verdadeiro se este mesmo enunciado se traduz em algo de um conjunto de crenças coerente internamente (relação de não contradição – coerência – de enunciados dentro de um mesmo sistema), não podendo as proposições serem contraditórias entre si.

⁴⁵ LÉONHARDT, 2009, p. 05.

⁴⁶ GHIRALDELLI JUNIOR, 2001.

⁴⁷ Entretanto, o próprio Paulo Ghiraldelli Junior apresenta possíveis problemas em se reconhecer a verdade apenas como “coerência”, sobretudo no relativismo que tal teoria poderia apresentar (vide: GHIRALDELLI JUNIOR, 2001).

⁴⁸ Para a elaboração do presente quadro, foram utilizadas as seguintes bibliografias do Direito e da Filosofia: BORGES, 2013, p. 64-65; CHAUI, 2010, p. 122-123 e p. 126; COMPARATO, 2006, p. 522-523; HAACK, 2002, p. 127-133 e p. 177; MARINONI, ARENHART, 2011, p. 27-52; MORRISON, 2006, p. 346-347; MOUSSALLEM, 2001, p. 38; TOMÉ, 2011, p. 11-16; VAZ, 2010, p. 164.

Consentimento (ou consenso)	Um enunciado é verdadeiro se detém maior prestígio dentro do sistema do qual emerge, isto é, do consenso ou acordo entre os indivíduos de uma comunidade ou cultura. A verdade histórica é um exemplo de verdade consensual.
Pragmática	A verdade de uma crença deriva da sua correspondência com a realidade, mas também é manifestada pela sobrevivência da crença à experiência, isto é, sua coerência com outras crenças. Tal teoria sustenta a praticidade, a utilidade e a eficácia da verdade. É também denominada de “verdade como utilidade”, sendo verdade um enunciado que tem efeitos práticos para quem o sustenta e lhe é útil.
Semântica	A verdade é definida em termos da relação semântica de satisfação, uma relação entre sentenças abertas e objetos não-linguísticos. Tal teoria relaciona a verdade à sua demonstração, ao uso da linguagem.
Redundância	Dizer que um enunciado é verdadeiro é redundante, pois afirmar que “x” é verdadeiro é equivalente a dizer que “x”. Caso os predicados “verdadeiro” e “falso” sejam eliminados de um contexto, sem perda semântica, nada se perderia.

Especificando visões mais críticas, mesmo que não ligadas unicamente a uma teoria da verdade, almejaremos estabelecer, mesmo que de modo resumido, o que o termo “verdade” significa para Friedrich Nietzsche, Michel Foucault, Hans-Georg Gadamer e, com maior incurso teórico, Jürgen Habermas.

2.1.3. Friedrich Nietzsche: ilusões, metonímias e metáforas

Friedrich Nietzsche traz interessantes e críticas questões a respeito da “verdade”, particularmente presente em sua obra *Sobre verdade e mentira (no sentido extramoral)*.

O ceticismo de Nietzsche é bem notório quanto à “verdade”. Peter Häberle, ao comentar a obra do autor em foco, destaca certa passagem na qual ele escreve que a “verdade é aquela espécie de erro sem o qual uma determinada espécie de seres vivos não poderia viver”⁴⁹.

Percebemos que a clássica definição de “verdade” para Nietzsche é aquela que diz que ela trata de ser

[...] *um exército móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, numa palavra, uma soma de relações humanas que foram realçadas poética e retoricamente, transpostas e adornadas, e que, após uma longa utilização, parecem a um povo consolidadas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões das quais se esqueceu que elas assim o são, metáforas que se tornaram desgastadas e sem força sensível, moedas que perderam seu troquel e agora são levadas em conta apenas como metal, e não mais como moedas*⁵⁰ (destacou-se).

Nos fragmentos póstumos da obra ora analisada, Nietzsche escreve que “por verdadeiro compreende-se, antes de mais nada, apenas aquilo que usualmente consiste na metáfora habitual”, ou seja, “somente uma ilusão que se tornou familiar por meio do uso frequente e que já não é mais sentida como ilusão: metáfora esquecida, isto é, uma metáfora da qual se esqueceu que é uma metáfora”⁵¹.

O que se observa é que a “verdade” para Nietzsche é uma *verdade parcial*. “É uma unidade de representação de um mundo formado por muitos fluxos de energia diferentes e conflitantes, sempre fugindo a nossas tentativas de obter uma ‘visão clara’”⁵². Essa “verdade” pode servir a uma ou outra finalidade, por isso mesmo suas consequências podem ser perigosas, perturbadoras, por ter esse efeito pragmático. Uma dita “verdade” atual poderá não ser mais a “verdade” que se encontrará e provará amanhã.

2.1.4. Michel Foucault: verdade, poder e formas jurídicas

⁴⁹ HÄBERLE, 2008, p. 67.

⁵⁰ NIETZSCHE, 2008, p. 36.

⁵¹ Idem, p. 80. Segundo Nietzsche, “acreditamos saber algo acerca das próprias coisas, quando falamos de árvores, cores, neve e flores, mas, com isso, nada possuímos senão metáforas das coisas, que não correspondem, em absoluto, às essencialidades originais” (NIETZSCHE, 2008, p. 33).

⁵² MORRISON, 2006, p. 347.

Em uma posição conexas com a de Nietzsche, Michel Foucault afirma que a verdade está *intrinsecamente ligada a poder*: “a verdade não existe fora do poder ou sem o poder”⁵³ (destaque nosso). É certo que por “verdade” Foucault não quer dizer “o conjunto das coisas verdadeiras a descobrir ou a não fazer aceitar, mas o conjunto das regras segundo as quais se distingue o verdadeiro do falso e se atribui ao verdadeiro efeitos específicos de poder”⁵⁴.

Foucault, a partir de seu pensamento sobre instituições, poder e disciplina, assevera que as “verdades” são “efeitos de verdade produzidos por mecanismos estratégicos de poder presentes nas práticas sociais”, conforme destaca Cesar Candiotto⁵⁵. Isto leva a dizer que um discurso será considerado verdadeiro quando “produzir efeitos de poder estatuidando regras para o governo das pessoas, dividindo-as, examinando-as, adestrando-as, sujeitando-as”⁵⁶.

Nesse diapasão, Michel Foucault ensina uma concepção acerca da verdade que merece ser aqui transcrita:

A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. *Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua 'política geral' de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro*⁵⁷ (destaque nosso).

Nessa linha (verdade ligada a *poder*), Chauí⁵⁸ analisa que a “verdade” pode ser, ao mesmo tempo, *frágil* (porque os poderes constituídos podem destruí-la ou substituí-la por outra) e *poderosa* (porque a exigência do verdadeiro é o que concede sentido à existência humana).

2.1.5. Hans-Georg Gadamer: revelação, desocultação das coisas, hermenêutica e o primado da pergunta

⁵³ FOUCAULT, 1979, p. 12.

⁵⁴ Idem, p. 13.

⁵⁵ CANDIOTTO, 2006, p. 69-70.

⁵⁶ Idem, p. 70.

⁵⁷ FOUCAULT, 1979, p. 12.

⁵⁸ CHAUI, 2010, p. 130.

Hans-Georg Gadamer, em artigo intitulado “O que é a verdade?” dentro da obra “Verdade e Método II”, encontra em Martin Heidegger (com quem estudou e do qual foi assistente entre 1923 e 1928) o que podemos compreender como o significado da verdade. Segundo Gadamer, *a verdade é a revelação, é a desocultação das coisas*, é, assim por dizer, a verdade-*aletheia*. E, por isso, “a verdade precisa ser arrebatada da ocultação (*Verborgenheit*) e do velamento (*Verhohlenheit*)”⁵⁹.

No entanto, Gadamer é consciente que essa ocultação, esse velamento (as duas coisas pertencem ao mesmo fenômeno) pertence “à ação e ao falar próprios dos seres humanos, pois o discurso humano não transmite apenas a verdade, mas conhece também a aparência, o engano e a simulação”⁶⁰.

Ocorre que, quando tentamos buscar a verdade, não está em jogo apenas o fato de que a encobrimos e a esquecemos, mas também o fato de estarmos presos aos limites de nossa hermenêutica, o que nos leva, por conseguinte, a não conseguir conhecer muita coisa do que é verdadeiro, pois, sem o saber, sempre estamos limitados por preconceitos⁶¹.

Todo enunciado tem uma motivação e um pressuposto que ele não enuncia. É a partir deste ponto que Gadamer afirma ser essencial o *primado da pergunta*. Toda pergunta tem uma motivação, e por isso o decisivo para o investigador na ciência é *ver as perguntas*, isto é, “poder-romper com uma camada, como que fechada e impenetrável, de preconceitos herdados, que dominam todo nosso pensamento e conhecimento”⁶². Assim continua Gadamer: “o que perfaz a essência do investigador é a capacidade de ruptura que possibilita ver, assim, novas perguntas e encontrar novas respostas. Todo enunciado tem seu horizonte de sentido no fato de ter surgido de uma situação de pergunta”⁶³.

Gadamer, analisando o que é a “verdade” e a importância da interpelação, da linguagem e do diálogo, escreve:

⁵⁹ GADAMER, 2004, p. 60.

⁶⁰ Idem, *ibidem*.

⁶¹ E uma conclusão aqui, por princípio, é necessária: não pode haver enunciado que seja verdadeiro de modo absoluto (GADAMER, 2004, p. 61).

⁶² Idem, p. 67.

⁶³ Idem, *ibidem*.

Em todo o nosso esforço por alcançar a verdade, *descobrimos admirados que não podemos dizer a verdade sem interpelação e sem resposta e assim sem o caráter comum do consenso obtido*. O mais admirável, porém, na essência da linguagem e do diálogo é que *eu próprio não estou ligado ao que penso quando falo com outras pessoas sobre algo, e que nenhum de nós abarca toda a verdade em seu pensar, mas que a verdade no seu todo, no entanto, pode abarcar a todos nós em nosso pensar individual*. Uma *hermenêutica* adequada à nossa existência histórica *deveria assumir a tarefa de desenvolver as relações semânticas entre linguagem e diálogo, que nos atingem e ultrapassam*⁶⁴ (destaque nosso).

Interessante, por fim, é a ponderação de Gadamer ao comparar a “verdade” no processo a um jogo, conforme citação feita por Marinoni e Arenhart:

A melhor maneira de determinar o que significa a verdade será, também aqui, recorrer ao conceito de jogo: o modo como se desenvolve o peso das coisas que nos vêm ao encontro na compreensão é, por sua vez, *um processo linguístico, por assim dizer, um jogo de palavras que circunscrevem o que queremos dizer*. São também jogos linguísticos os que nos permitem chegar à compreensão do mundo na qualidade de aprendizes – e quando deixaremos acaso de o ser? Por isso vale a pena recordar aqui as nossas constatações sobre a essência do jogo, segundo as quais *o comportamento do jogador não deve ser entendido como um comportamento da subjetividade, já que é, antes, o próprio jogo o que o joga*, na medida em que se inclui em si os jogadores e se converte desse modo em verdadeiro *subjectum* do movimento lúdico (destaque nosso)⁶⁵.

2.1.6. A teoria de Jürgen Habermas sobre a “verdade” e sobre como se pautar o procedimento para sua construção

Jürgen Habermas, pensador alemão e considerado uma das figuras mais importantes da Filosofia contemporânea, traz fundamentais ensinamentos sobre a “verdade” principalmente quando disserta sobre suas teorias do agir comunicativo e do discurso.

Cumprе ressaltar que nosso giro temático não explora todo o campo do saber desenvolvido por Habermas, pois suas pesquisas e seus estudos são bastante vastos, servindo, inclusive, para vários campos das ciências humanas. Habermas possui uma obra multiforme, tendo se tornado uma voz importante em diversas discussões intelectuais e políticas.

⁶⁴ Idem, p. 71.

⁶⁵ GADAMER *apud* MARINONI, ARENHART, 2011, p. 50.

Por isso, o corte metodológico proposto ficará restrito à compreensão sobre a “verdade” e sobre as lições que podemos buscá-las de Habermas para melhor se pautar o procedimento judicial de *construção da “verdade”* e formulação da sentença.

A seguir, apresentam-se premissas essenciais contidas nas obras do pensador para, no decorrer deste estudo, melhor estabelecer como *construir* a “verdade” dentro do processo judicial, em especial o processo civil brasileiro:

a) A *linguagem* é o traço distintivo do ser humano⁶⁶, permitindo a expressão das representações e dos pensamentos entre os sujeitos que compõem a relação (evidenciando, assim, uma intenção comunicativa); por isso diz-se que a linguagem é “autorreferencial” (manifestação explícita da intenção de um falante para um ouvinte) e “autossuficiente” (ela já é observável empiricamente, não necessitando de ser complementada com outro método)⁶⁷.

b) A linguagem e a realidade se interpenetram de uma forma indissolúvel, de modo que toda realidade já se encontra impregnada pela linguagem, *não* existindo uma realidade “nua”, não interpretada⁶⁸.

c) Os *discursos* filtram aquilo que é racionalmente aceitável para todos, por isso são compreendidos como “máquinas de lavar”. As crenças questionáveis e desqualificadas são separadas daquelas crenças que, por certo tempo, voltam ao *status* de conhecimento não problemático⁶⁹. O *discurso* não tem por objetivo a troca de informações, ou fazer experiências, ou, ainda, direcionar ou praticar ações, mas sim *procurar argumentos e oferecer justificações*⁷⁰, também sendo entendido como uma “forma de comunicação caracterizada pela argumentação”⁷¹.

⁶⁶ Fato curioso é que, por causa de um lábio leporino e as dificuldades decorrentes desta deficiência que lhe causou na escola, Habermas afirma, numa palestra realizada em 2004, em Kyoto, que os distúrbios comunicativos resultantes dela teriam provocado sua maior atenção para o mundo da linguagem e para o seu caráter intersubjetivo (PINZANI, 2009, p. 13).

⁶⁷ ZYMLER, 2002, p. 110.

⁶⁸ HABERMAS, 2004b, p. 45 e p. 242.

⁶⁹ HABERMAS, 2004a, p. 63.

⁷⁰ PINZANI, 2009, p. 68.

⁷¹ HABERMAS *apud* PINZANI, 2009, p. 90.

d) A *racionalidade* é, antes de tudo, “a disposição dos sujeitos capazes de falar e de agir para adquirir e aplicar um saber falível”⁷². A racionalidade de um sujeito é medida pelo fato desta pessoa se expressar racionalmente de forma que possa prestar contas de seus proferimentos adotando uma atitude reflexiva⁷³. Vale dizer que “é possível inferir empiricamente a existência de uma racionalidade associada à linguagem, cujo sentido original é permitir o entendimento entre pessoas”⁷⁴, isto é, o entendimento mútuo pelo discurso racional, sendo que tal racionalidade (chamada de *racionalidade comunicativa*) vem a superar a razão pura e a razão prática.

e) A *razão* está naquilo que os sujeitos produzem a partir de elementos comuns (linguagem), e não está mais no mundo (paradigma do ser) ou no sujeito individual (paradigma do sujeito). A razão não é mais centrada na reflexão isolada de apenas um sujeito (subjetividade), mas sim na comunicação (intersubjetividade). A razão é buscada na *argumentação* baseada no relacionamento humano, e não apenas no íntimo (solipsismo) do sujeito cognoscente⁷⁵.

f) Denomina-se *racional* uma pessoa quando ela age no campo cognitivo-instrumental de modo eficiente e exterioriza opiniões fundamentadas. Essa racionalidade, no entanto, será apenas casual se não for ligada “à capacidade de aprender a partir de fracassos, a partir da refutação de hipóteses e do insucesso de algumas intervenções”⁷⁶.

g) É insustentável a clássica forma de conceber um conhecimento como mera correspondência entre proposições e fatos⁷⁷.

h) Todo saber é falível, de modo que os argumentos que nos convencem aqui e agora da verdade de algo, num verdadeiro concurso que visa aos melhores argumentos, podem se revelar falsos em outra situação epistêmica⁷⁸.

⁷² HABERMAS, 2000, p. 437.

⁷³ HABERMAS, 2004a, p. 102.

⁷⁴ ZYMLER, 2002, p. 111.

⁷⁵ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 45.

⁷⁶ HABERMAS, 2012a, p.49.

⁷⁷ HABERMAS, 2004b, p. 17.

⁷⁸ Idem, p. 48.

i) Os *argumentos* são considerados como “meios com os quais é possível obter o reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade levantada pelo proponente de forma hipotética”⁷⁹.

j) A *argumentação* possui uma relação entre a dimensão do significado e a validade de expressões linguísticas, o que pode fortalecer convicções ou estremecê-las (representando uma “faca de dois gumes”)⁸⁰. A argumentação se volta “a produzir argumentos procedentes e convincentes, em razão de propriedades intrínsecas com que é possível resolver ou refutar pretensões de validade”⁸¹. Ainda, “pode-se conceber a argumentação como um prosseguimento reflexivamente direcionado do agir que se orienta por outros meios ao entendimento”⁸².

k) A *argumentação* também possui a forma de um concurso que visa aos melhores argumentos a favor ou contra pretensões de validade controversas e serve à *busca cooperativa da verdade*⁸³.

l) A comunicação pela linguagem entre os sujeitos necessariamente deve se apoiar num *consenso* que possui a função de servir de pano de fundo para a ação comunicativa. “O consenso torna-se manifesto através do reconhecimento recíproco, prévio, de pretensões de validade, pressupostas”, sendo que tais pretensões de validade são: “pretensão de compreensibilidade da comunicação, pretensão de verdade do conteúdo, pretensão de correção (de justiça) do conteúdo normativo e pretensão de sinceridade e autenticidade relativas ao mundo subjetivo”⁸⁴. Assim, o *consenso* surge quando as quatro pretensões de validade (compreensibilidade, verdade, veracidade e justeza) são aceitas e que concernem à “compreensibilidade da expressão linguística, à verdade do seu elemento proposicional, à legitimidade do seu elemento performativo e à veracidade da intenção expressa pelo falante”⁸⁵.

⁷⁹ HABERMAS, 2012a, p. 61.

⁸⁰ HABERMAS, 1997, p. 57.

⁸¹ HABERMAS, 2012a, p. 60-61.

⁸² Idem, p. 61.

⁸³ HABERMAS, 2004b, p. 250.

⁸⁴ LUDWIG *apud* MARINONI, ARENHART, p. 46.

⁸⁵ HABERMAS *apud* PINZANI, 2009, p. 91.

m) Um *consenso* é visto apenas como racional quando é estabelecido numa *situação ideal de fala*, definida por Habermas através de regras básicas cuja obediência é essencial para que possamos falar em autêntico discurso. Tais condições são divididas em condições triviais e não triviais. As *condições triviais* são: i) que todos os participantes devem ter as mesmas chances de participar do diálogo, sendo permitido iniciar, em cada momento, um discurso e mantê-lo por meio de intervenções e contraintervenções, perguntas e respostas; ii) que todos os participantes devem ter iguais chances para apresentar interpretações, afirmações e explicações, bem como para justificar, questionar ou refutar suas pretensões de validade, de forma que nenhuma opinião prévia possa se afastar, a longo prazo, da discussão e da crítica. As *condições não triviais*, por sua vez, são: i) que todos os falantes devem ter chances iguais para expressar seus sentimentos, suas atitudes e suas intenções; ii) que devem ser apenas admitidos no discurso falantes que possuam as mesmas chances enquanto agentes para dar ordens e se opor, permitir e proibir, prestar e exigir contas, etc⁸⁶.

n) Ou seja, somente se tornará possível atingir o *consenso* quando há um discurso argumentativo e livre de coações, interesses e influências, onde se permite, ademais, o afloramento e a conservação da diferença e pressupõe um mundo partilhado intersubjetivamente⁸⁷.

o) A linguagem contém uma estrutura racional, a chamada *razão comunicativa*, a qual possui como único critério a busca do melhor argumento; para Habermas, é necessário instituir a *ação comunicativa*, uma atividade social voltada para a busca de acordos intersubjetivos entre os sujeitos, que ocorre por meio da argumentação com as pretensões de validade dos “atos de fala” proferidos⁸⁸.

p) Denomina-se *agir comunicativo* as ações orientadas (e coordenadas) para o entendimento mútuo (acordo racional) obtido através da linguagem, tendo em vista a compreensão consensual entre as partes. Os atores coordenam seus planos de ação voltados *para o entendimento recíproco*, convencendo-se daquilo que entendem e que têm por verdadeiro⁸⁹. Ou seja, os atores buscam definir *cooperativamente* os seus planos de ação, levando em conta

⁸⁶ TUGENDHAT, 2012, p. 163-164; HABERMAS *apud* PINZANI, 2009, p. 94.

⁸⁷ BOLZAN *apud* BITTAR, 2014, p. 128-129.

⁸⁸ ZYMLER, 2002, p. 112.

⁸⁹ HABERMAS, 1997, p. 46-47 e p. 56-57.

uns aos outros, mas dentro de um mundo da vida compartilhado e a partir de interpretações comuns da situação⁹⁰. O agir comunicativo “depende da sinceridade dos participantes, exige que eles se expressem, na interação subjetiva, de modo transparente as suas posições, desejos e sentimentos”⁹¹. É essencial, da perspectiva da ação do tipo comunicativa, que seja ouvido o maior número possível de vozes, de opiniões e de questionamentos, sem restrições⁹². Vale notar uma ligação do agir comunicativo com o *enfoque performativo* de Habermas, em que se trata do discurso no qual se vincula ao ponto de vista dos participantes do processo, desejando um ator entender-se com outros autores sobre condições a serem preenchidas em comum, tendo a finalidade da regra “amarrar” sua “vontade livre”.

q) Já o *agir estratégico* significa que as ações são orientadas (e coordenadas) por seus atores que buscam, antes de tudo, atingir o fim desejado, o sucesso de seus planos de ação, sendo que os sujeitos enxergam os outros como fatos sociais, valorizando-os conforme suas próprias preferências. Os atores agem orientados *para o sucesso*: pode haver racionalidade em suas ações, mas aqui a racionalidade está centrada “na eficácia dos meios utilizados para a obtenção da finalidade”, ou seja, são ações racionais com respeito a fins⁹³. As ações estratégicas “são, egocentricamente, orientadas para a obtenção de êxito frente ao adversário, não pressupondo a sinceridade da manifestação linguística do agente”⁹⁴. Ademais, pode-se notar uma ligação do agir manifestamente estratégico com o *enfoque objetivador*, sendo este o discurso no qual se vincula mais ao ponto de vista do observador, não do participante; a regra, aqui, constitui um empecilho fático na expectativa da imposição do mandamento jurídico – com consequências previsíveis, no caso de uma transgressão da norma⁹⁵.

r) As *normas jurídicas*, para Habermas, devem ser formuladas por escrito, além de serem compreensíveis, isenta de contradições e precisas. “Elas precisam ser conhecidas por todos os endereçados, então ser públicas; elas não podem reivindicar validade retroativa”⁹⁶. As normas “precisam ser aplicadas por todas as pessoas a casos semelhantes de modo semelhante”⁹⁷,

⁹⁰ HABERMAS, 1990, p. 72.

⁹¹ CAMBI, 2011, p. 128.

⁹² NOBRE, 2008, p. 21.

⁹³ REPA, 2008, p. 57.

⁹⁴ CAMBI, 2011, p. 128.

⁹⁵ HABERMAS, 1997, p. 51.

⁹⁶ HABERMAS *apud* LUCHI, 2005, p. 139.

⁹⁷ LUCHI, 2005, p. 139.

devendo, juntamente com as afirmações, serem constantemente justificadas e legitimadas para se verificar a manutenção do consenso⁹⁸.

s) A *ética discursiva* é quando há a passagem da argumentação do sujeito solitário (solipsista) à participação da denominada “*práxis argumentativa intersubjetiva*”, a qual se baseia nos seguintes pressupostos⁹⁹: publicidade e total inclusão de todos os envolvidos; distribuição equitativa dos direitos de comunicação (participação com direitos iguais para todos); caráter não-violento de uma situação que admite apenas a força não-coercitiva do melhor argumento, baseada na ausência de repressão e na imunização contra coerções internas e externas; proibidade dos proferimentos de todos os participantes; e orientação dos participantes para o entendimento mútuo racional¹⁰⁰.

Inúmeras ideias de Habermas são válidas para refletirmos sobre problemas presentes no Direito, sobretudo na prática forense. Por exemplo, como não pensar na possibilidade de fazer uma transposição das premissas da ética discursiva para o âmbito do processo civil brasileiro na medida em que se pense na garantia de participação de todas as partes por meio do contraditório, na igualdade de tratamento (paridade de tratamento/isonomia material) e na busca consensual dos conflitos (priorizar as tentativas de conciliação e mediação)?

É necessário frisar que quando os participantes do discurso iniciam uma prática argumentativa, para Habermas, então eles *devem estar dispostos a atender à exigência de cooperar uns com os outros na busca de razões aceitáveis para os outros*¹⁰¹.

Aqueles envolvidos num discurso, dentro da chamada *práxis argumentativa*, participam de uma concorrência cooperativa pelos melhores argumentos. A força de convencimento dos argumentos possivelmente conduzirá a resultados “racionalmente aceitáveis” e “convincentes”. Habermas menciona quatro qualidades do processo argumentativo, que são:

- i) nenhuma pessoa que possa dar uma contribuição relevante pode ser excluída da participação;
- ii) a todas as pessoas se dará a mesma chance de dar contribuições;

⁹⁸ Nesse sentido: MARINONI, ARENHART, 2011, p. 47.

⁹⁹ HABERMAS, 2004b, p. 47, p. 55 e p. 254-255.

¹⁰⁰ No entendimento mútuo, as funções da representação e da comunicação se pressupõem mutuamente, ou seja, são co-originais.

- iii) a comunicação deve ocorrer isenta de coações internas ou externas, de tal modo que os posicionamentos de “sim” e “não” ante reivindicações de validação criticáveis sejam motivados apenas pela força de convencimento das melhores razões;
- iv) os participantes devem pensar aquilo que falam¹⁰².

Essas quatro qualidades se somam com aquelas condições triviais e não triviais acima expostas:

- i) que todas as pessoas devem ter as mesmas chances de participar do diálogo;
- ii) que todos os participantes devem ter as mesmas chances para a crítica;
- iii) que todos os falantes devem ter as mesmas chances para expressar seus sentimentos, suas intenções e suas atitudes;
- iv) que devem somente ser admitidos no discurso os falantes que possuam as mesmas chances enquanto agentes para dar ordens e se opor, permitir e proibir, etc.

E para que seja possível que os participantes se convençam uns aos outros, do que quer que seja, faz-se relevante que os envolvidos, em toda argumentação, suponham certas condições de comunicações que:

- i) previnem uma ruptura racionalmente imotivada da controvérsia;
- ii) asseguram tanto a liberdade da escolha de temas quanto a consideração de todas as informações e razões disponíveis, seja pelo acesso de forma irrestrita à deliberação (sob igualdade de direitos), seja pela participação simétrica nessa mesma decisão (sob igualdade de chances);
- iii) excluem toda coerção que aja a partir de fora sobre o processo de acordo mútuo, ou que surja a partir dele mesmo, exceto a coerção do “argumento melhor”, e neutralizam com isso todos os motivos, salvo o motivo da busca cooperativa da verdade¹⁰³.

Passados os ensinamentos sobre os pressupostos da práxis argumentativa, pensamos que estas ideias devem somar e fazer parte de um procedimento onde se prime pela resolução pacífica dos litígios e pela *construção da “verdade”* de forma cooperativa:

¹⁰¹ HABERMAS, 2004a, p. 15.

¹⁰² HABERMAS, 2007, p. 60-61.

¹⁰³ HABERMAS, 2007, p. 355-356.

- i) *existência de um procedimento que considere sensatamente todas as vozes, temas e contribuições relevantes*¹⁰⁴, *sempre de modo a considerar o outro participante do discurso, suas opiniões, suas argumentações, seu ponto de vista;*
- ii) a validade de uma norma consiste no fato de merecer reconhecimento, o qual possa ser demonstrado através do discurso¹⁰⁵, sendo que um enunciado somente será verdadeiro se puder resistir a todas as tentativas que tendem invalidá-lo¹⁰⁶;
- iii) a “verdade” de forma alguma pode ser um conceito ligado ao sucesso¹⁰⁷, como ocorre na assunção do agir estratégico pelos atores (em contraposição ao agir comunicativo).

Outra relevante contribuição necessária para este estudo está relacionada à *democracia*, cuja discussão é considerada a mais importante para Habermas de toda a sua carreira. Com apoio em Kant e discorrendo sobre a tensão entre autonomia privada e pública, José Pedro Luchi anota que a democracia representa uma forma de governo que não significa superação ou abolição do domínio estatal, mas sim uma forma desse domínio. O conteúdo do conceito de democracia denota que o exercício concreto do poder deve ser controlado, constituído e legitimado pelo povo. “Democracia significa, então, o exercício do poder de decisão política pelo povo concreto, empírico”¹⁰⁸.

Nesse diapasão, percebe-se que somente será possível a democracia quando houver a capacidade de respeitar os direitos dos outros, as suas diferentes concepções políticas e buscar entendimento com iguais chances de manifestação ou de chegar ao exercício do poder. A democracia também exige a prontidão a tomar decisões não apenas visando os próprios interesses, mas os interesses de todos¹⁰⁹.

Do que foi exposto, podemos afirmar que caso uma pessoa que se envolva em uma argumentação tiver de fazer todas essas pressuposições pragmáticas, então apenas poderá ter espaço as razões dos participantes nos discursos práticos que levem em consideração, de forma equânime, os interesses e as orientações de valor de cada um, isto por causa do caráter

¹⁰⁴ HABERMAS, 2004b, p. 47.

¹⁰⁵ Idem, p. 52.

¹⁰⁶ Idem, p. 46.

¹⁰⁷ Idem, p. 47.

¹⁰⁸ LUCHI, 2010, p. 66.

¹⁰⁹ Idem, ibidem.

público e inserção de todos os participantes e por causa da igualdade de direitos de comunicação¹¹⁰.

Vale frisar que a explanação sobre a busca cooperativa da verdade e sobre o envolvimento dos participantes do discurso para a tentativa de se chegar a um entendimento mútuo racional parte da premissa de que “os envolvidos pretendem solucionar seus conflitos sem violência ou acertos ocasionais, mas sim através de um acordo mútuo”¹¹¹.

Entretanto, Habermas escreve que, não importa o pano de fundo cultural, os envolvidos do discurso sabem muito bem que um consenso fundado na convicção apenas será possível *quando houver relações simétricas entre estes participantes da comunicação*, ou, em outras palavras, que haja “*relações de reconhecimento mútuo, de adoção recíproca de perspectivas, de uma disposição comumente pressuposta de também considerar as tradições próprias com os olhos de um estranho, de aprender uns com os outros etc*”¹¹² (destacou-se).

Mas em uma sociedade bastante pluralista e heterogênea como a que se presencia no Brasil é difícil vivenciar na prática a tentativa de concretizar entendimentos mútuos racionais – ou pelo menos estar disposto a adotar tal prática –, ainda mais em um ambiente tão litigioso como os fóruns cíveis pátrios.

Evidentemente não podemos regrar certas situações que são eticamente controversas, como o aborto e a eutanásia. Mas é necessária, ainda assim, uma mudança de perspectiva. Os envolvidos precisam deixar de lado a visão egocêntrica para uma visão que seja “igualmente boa para todos”. Em uma sociedade tão diversificada “é necessário haver tolerância, caso se pretenda que permaneça intacto o fundamento do respeito recíproco das pessoas do direito uma pelas outras”¹¹³.

O dissenso e a contradição não são – e não devem ser – condenáveis em um discurso em busca do entendimento mútuo. Afinal, no sistema da ciência, eles estão institucionalizados a serviço da busca cooperativa da “verdade”, no entender de Habermas. E isso se torna mais

¹¹⁰ HABERMAS, 2007, p. 60-61.

¹¹¹ Idem, p. 55-56.

¹¹² HABERMAS, 2004b, p. 325.

¹¹³ Idem, p. 321-323.

claro quando afirmamos que *é a partir do dissenso que podemos chegar ao consenso*. Ou seja, é através do embate de ideias e argumentações que conseguiremos lograr êxito em chegar a um entendimento mútuo.

Uma comunidade na qual se vivencia situações empreendidas na ação comunicativa insere e, *a priori*, não exclui nenhuma pessoa capaz de falar e agir, desde que o sujeito esteja em condições de dar contribuições relevantes¹¹⁴. Ao que parece, é essa comunidade que o legislador processual civil deseja, como se pode observar em enunciados da Lei nº 13.105/2015, que promulgou o novo Código de Processo Civil no Brasil.

Porém, é importante observar que a *ação estratégica* é admitida pelo Direito, conforme entende Habermas. Por exemplo, quando o agente estatal busca técnicas para levar o autor do fato delituoso a confessar o crime, objetivando, com isso, o sucesso de sua ação para surtir os efeitos esperado da reprimenda penal.

Sobre propriamente a “verdade” de um fato, Habermas ensina que ela é um *conceito dialético*, advindo do embate das *argumentações* desenvolvidas. A “verdade” acaba por ter sua base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes, existindo uma interação do sujeito com os demais sujeitos a fim de atingir um consenso. A “verdade” se manifesta não através de ações bem-sucedidas, mas mediante *argumentações bem-sucedidas*¹¹⁵. Habermas, citado por Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart, afirma que “*a verdade não se descobre, mas se constrói, através da argumentação*”¹¹⁶ (destacou-se).

A “verdade” na perspectiva habermasiana, de acordo com Eduardo Bittar, não é entendida como mera relação entre sujeito e objeto e nem como fruto da criação subjetiva sobre a coisa em si. Ela *é fruto de um processo social de compartilhamento de argumentos em volta de objetos que podem ser sustentados de forma racional*¹¹⁷.

¹¹⁴ HABERMAS, 2007, p. 57.

¹¹⁵ PINZANI, 2009, p. 93.

¹¹⁶ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 45.

¹¹⁷ BITTAR, 2014, p. 127-130.

Peter Häberle disserta que Habermas compreende a “verdade” como “a conformidade de uma alegação ou, respectivamente, como a capacidade de consenso no discurso dos participantes, o qual, entretanto, está sob a ideia orientadora de um ‘diálogo livre’ e ‘universal’”¹¹⁸.

“A verdade é uma pretensão de validade que ligamos a proposições ao afirmá-las”¹¹⁹, diz Habermas. Isto leva a crer que, enquanto as *afirmações* são *legítimas ou ilegítimas*, as *proposições* (conteúdo das afirmações) é que se estabelecem como *verdadeiras ou falsas*¹²⁰.

Diálogo, discurso, consenso, comunicação e linguagem são expressões presentes na formação do conceito de “verdade” para Habermas, a chamada *teoria discursiva da verdade*¹²¹. A “verdade”, assim, é apenas provisória, porque ela deve prevalecer a partir da verificação do consenso discursivo. Segundo Marinoni e Arenhart, explicando o entendimento de Habermas,

[...] a verdade não mais é buscada no conteúdo da assertiva, mas na forma pela qual ela é obtida (consenso). O conteúdo é evidentemente importante, mas nada tem a ver com a verdade, pois para esta apenas interessa a forma pela qual a afirmação é obtida. O verdadeiro e o falso não têm origem nas coisas, nem na razão individual, mas no procedimento¹²².

Posto isso, compreende-se que a “verdade” para Habermas é o resultado a que se chega por meio de um consenso entre os sujeitos naquele determinado tempo, sendo buscada por meio da cooperação. Mas não é uma idealização como da Filosofia tradicional (correspondência do objeto à ideia), e sim comunicativa, onde o melhor discurso, por meio do consenso, é escolhido como ideal, numa discussão – com diálogo aberto e abrangente – visando à busca de um acordo racional, a um entendimento mútuo, sendo eleitas apenas as soluções racionalmente aceitáveis por todos os envolvidos e por estas decisões afetados.

¹¹⁸ HÄBERLE, 2008, p. 33.

¹¹⁹ HABERMAS *apud* PINZANI, 2009, p. 89.

¹²⁰ PINZANI, 2009, p. 89.

¹²¹ “Frequentemente se fala de uma teoria consensual da verdade. O próprio Habermas faz isso, mas reconhece também que talvez seria melhor falar em teoria discursiva da verdade”, escreve Alessandro Pinzani (2009, p. 96). Lenio Luiz Streck, por outro lado, denomina a “verdade” que desenvolve Habermas em sua teoria de “verdade argumentativa”: [...] “assim, a verdade deixa de ser conteudística para ser uma verdade como idealização necessária. É uma *verdade argumentativa*, atingida por *consenso*. Não há fundamentação válida de qualquer enunciado (norma) que não seja pela via argumentativa, insiste Habermas, mesmo mais recentemente em *Verdade e justificação*” (STRECK, 2011, p. 97) (destacou-se).

¹²² MARINONI; ARENHART, 2011, p. 47.

2.2. ANÁLISE SOBRE O CONCEITO DE “VERDADE” NO DIREITO

Entre os intérpretes do direito que estudam a “verdade”, encontram-se numerosos processualistas, visto que o tema é umbilicalmente ligado com assuntos intrínsecos ao direito processual. Contudo, há estudiosos que trazem interessantes conceituações sobre a “verdade”, analisando seu termo em consonância com o estudo da linguagem, como o fazem Fabiana Del Padre Tomé e Tárek Moysés Moussallem.

Para Moussallem, a “verdade” é a *relação entre enunciados*, sendo correto afirmar que ela somente é criada porque a *linguagem é independente da realidade*. A “verdade” nada tem a ver com uma relação entre a linguagem e a realidade, mas sim entre linguagens (explica-se uma palavra por outra palavra), da mesma forma que não se pode estabelecer a relação entre suporte físico e objeto representado para dizer o que é significado, pois este é a relação de significações entre suportes físicos (entre linguagens)¹²³.

Mesma concepção possui Fabiana Tomé, para quem a “verdade” não ocorre pela relação entre a palavra e a coisa, mas entre as próprias palavras, quer dizer, *entre linguagens*¹²⁴. Definimos palavras empregando outras palavras. Por isso, a “verdade” não é simplesmente *revelada* ou *descoberta*, mas sim *criada* pelo homem e *construída* dentro de determinado sistema (quadro referencial), nascendo do relacionamento intersubjetivo¹²⁵.

Assim sendo, filiamos ao entendimento de que não há que se falar em uma “verdade” objetiva, absoluta ou que pretenda ter validade universal. Dentro do estudo da linguagem, proposições como conhecimento e verdade são construções linguísticas. É a linguagem que cria os objetos. Não são as coisas propriamente verdadeiras ou falsas, mas os enunciados que a elas se referenciam. O ser humano apenas consegue conhecer algo do mundo caso o apreenda e o constitua linguisticamente. Portanto, é a palavra que precede os objetos. Ora, se uma árvore cai e nenhuma pessoa toma conhecimento desse evento, então não haverá jamais a ocorrência do fato correspondente no mundo social. Como assinala Ludwig Wittgenstein, “os

¹²³ MOUSSALLEM, 2001, p. 38.

¹²⁴ TOMÉ, 2011, p. 16.

¹²⁵ Nesse sentido: TOMÉ, 2011, p. 16-18.

limites de minha linguagem denotam os limites de meu mundo”. Ou seja, somente por intermédio da linguagem é possível o conhecimento¹²⁶.

Outro conceito de “verdade” no Direito faz sua ligação com o valor que se confere às coisas e aos indivíduos. Nesse sentido, Margareth Zaganelli e Ana Paula Avellar escrevem que a “verdade” significa o “*valor* que confere às coisas e aos indivíduos um sentido que jamais teriam se permanecessem indiferentes à veracidade e à falsidade”¹²⁷ (destacou-se).

Também Fabiana Del Padre Tomé identifica uma relação da verdade como sendo o *valor em nome do qual se fala*. “Sempre que alguém transmite uma mensagem de teor descritivo, o faz em nome de uma ‘verdade’, que pretende seja aceita. Sem essa pretensão veritativa, a informação não tem sentido”¹²⁸.

Já o jurista alemão Carl Mittermaier, citado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, disserta que “a verdade é a *concordância* entre um fato ocorrido na realidade sensível e a ideia que fazemos dele”¹²⁹ (destaque nosso).

Nicola Malatesta, ressaltando mais a noção de “certeza”, ensina que “a verdade, em geral, é a *conformidade* da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza”¹³⁰ (destacou-se). E continua:

A certeza é um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros¹³¹.

Malatesta afirma que a eficácia de uma prova será tanto maior “quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a *crença de posse da verdade*” (destaque nosso),

¹²⁶ Conferir: TOME, 2011, p. 02-20.

¹²⁷ ZAGANELLI; AVELLAR, 2009, p. 07.

¹²⁸ TOMÉ, 2011, p. 17.

¹²⁹ MITTERMAIER *apud* MARINONI, ARENHART, 2011, p. 27.

¹³⁰ MALATESTA, 1996, p. 21.

¹³¹ Idem, *ibidem*.

destacando, aqui nessa passagem, a força que a prova ostenta na formação do convencimento judicial e na crença da verdade dos fatos¹³².

Michele Taruffo entende, em certo sentido, que o juiz deve buscar por meio das provas a uma *verdade como correspondência*, sendo a única que se mostra sensata dentro do contexto do processo, conforme adiante se infere:

En todo caso, también frente a enunciados que afirman la existencia de hechos como los que hemos tomado en consideración, que con seguridad no pueden ser reducidos a su mera dimensión empírica, *el juez debe establecer la correspondencia del enunciado con la realidad del hecho que se describe*. Para eso están las pruebas, tanto en el proceso como en cualquier otro ámbito de la experiencia¹³³ (destacou-se).

Peter Häberle, ao analisar a “verdade” e sua importância para o Estado constitucional, escreve que “a verdade é um conceito conexo à *liberdade, à equidade e ao bem comum* (‘verdade no plural’)”, afirmando que “a busca da verdade é o fator que determina – reforçada através da hermenêutica de Gadamer – a capacidade de interconexão recíproca entre todas as ciências – e as artes. Em verdade, toda despedida do postulado da busca da verdade é uma despedida da cultura”¹³⁴.

Hans Kelsen, por sua vez, identifica a verdade como uma *qualidade do enunciado*. Diz o eminente jurista que “verdadeiro” e “bom” são duas qualidades, e um enunciado somente será estabelecido como verdadeiro se ele *corresponder* ao seu objeto. “Um enunciado é verdadeiro se ele corresponde ao seu objeto, e no caso principal: no caso de enunciado sobre um fato da realidade, se o enunciado corresponde à realidade, a qual o enunciado se refere, a qual é o objeto do enunciado”¹³⁵.

2.2.1. O “dever de dizer a verdade” na legislação estrangeira e no ordenamento jurídico brasileiro

¹³² Idem, p. 19.

¹³³ TARUFFO, 2002, p. 124.

¹³⁴ HÄBERLE, 2008, p. 108 e p. 124.

¹³⁵ KELSEN, 1986, p. 221-222.

Antes de analisar como a doutrina e, em Capítulo à parte, como os Tribunais brasileiros entendem a “verdade” no processo, é necessário verificar como está estabelecido nas legislações de outros países e na legislação brasileira (direito positivo) o chamado “dever de dizer a verdade”.

Na Alemanha, o seu Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung – ZPO*), na Seção 138 (ou § 138) dispõe que “the parties are to make their declarations as to the facts and circumstances fully and completely and are obligated to tell the truth”¹³⁶.

O Código de Processo Civil da Itália, por sua vez, estabelece em seu art. 88:

Art. 88. As partes e os seus defensores têm o dever de comportar-se em juízo com lealdade e probidade. Havendo inobservância de tal dever pelos defensores, o juiz deve comunicá-la às autoridades que exercem o poder de disciplina sobre eles¹³⁷.

Em Portugal, o recém-publicado Código de Processo Civil (Lei nº 41, de 26 de junho de 2013, retificada pela Declaração de Retificação nº 36/2013)¹³⁸, traz enunciados a respeito da “verdade” sobretudo nos seus artigos 265, 456 e 519, os quais, respectivamente, regem sobre o dever do juiz na direção do processo, a responsabilidade da parte que atua de má-fé, e o dever de cooperação de todos os sujeitos na “descoberta da verdade” (assim como está escrito no Código):

ARTIGO 265.º

Poder de direção do processo e princípio do inquisitório

1 - Iniciada a instância, cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, providenciar pelo andamento regular e célere do processo, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório.

2 - O juiz providenciará, mesmo oficiosamente, pelo suprimento da falta de pressupostos regularização da instância ou, quando estiver em causa alguma modificação subjetiva da instância, convidando as partes a praticá-los.

3 - Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, *todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio*, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.

¹³⁶ Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html>, acesso em: 10 ago. 2014. Tradução: “as partes devem fazer suas declarações sobre os fatos e as circunstâncias de forma plena e completa e são obrigadas a dizer a verdade”.

¹³⁷ BUZAID, 1987, p. 93.

¹³⁸ Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/consolidacao-processo/codigo-processo-civil/downloadFile/file/CODIGO_PROCESSO_CIVIL_VF.pdf?nocache=1286970369.12>, acesso em: 15 ago. 2014.

ARTIGO 456.º

Responsabilidade no caso de má fé – Noção de má fé

1 - Tendo litigado de má fé, a parte será condenada em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir.

2 - Diz-se litigante de má fé quem, com dolo ou negligência grave:

- a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar;
- b) *Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa;*
- c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação;
- d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da Justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

3 - Independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má fé.

ARTIGO 519.º

Dever de cooperação para a descoberta da verdade

1 - *Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados.*

2 - Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344.º do Código Civil.

3 - A recusa é, porém, legítima se a obediência importar:

- a) Violação da integridade física ou moral das pessoas;
- b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações;
- c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4.

4 - Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado (destaque nosso).

O CPC da Áustria instituiu normativamente o “dever de dizer a verdade” em seu § 178, que ficou assim redigido:

§ 178. Cada parte aduzirá, nas suas alegações, de modo completo, determinado e segundo a verdade, todas as circunstâncias de fato ocorrentes na espécie que fundamentam a sua pretensão, oferecendo as provas necessárias para estabelecer as suas assertivas, manifestar-se-á com precisão sobre as alegações de fato expostas pelo seu adversário e sobre provas por ele oferecidas, explanará os resultados das provas feitas e pronunciar-se-á também com nitidez sobre considerações do seu contendor¹³⁹.

O Código de Organização Judiciária e Processo Civil do Estado de Vaticano, como mencionado por Alfredo Buzaid, também traz disposição relativa à obrigação de “dizer a

¹³⁹ BUZAID, 1987, p. 93.

verdade”, estando redigida no art. 20, *ipsis litteris*: “as partes têm o dever de dizer a verdade e de não propor pretensões, defesas ou exceções destituídas de fundamento”¹⁴⁰.

Já o atual Código de Processo Civil brasileiro (CPC) elenca o dever de dizer a verdade no art. 14, inciso I, expondo também outros deveres das partes e de todos aqueles que participam do processo, sendo que tais deveres, quando comparados às normas do novo Código de Processo Civil brasileiro (NCPC – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), estão dispostos no art. 66, do Projeto de Lei nº 166/2010, e no art. 77 do novo CPC, com pequenas alterações (os destaques mostram as alterações que ocorreram):

Tabela 2 – Comparação entre o CPC vigente e o NCPC sobre o dever de dizer a verdade.

Redação do CPC/1973 (em vigor)	Redação original do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010	Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105/2015)
<p>Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:</p> <p>I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;</p> <p>II – <i>proceder com lealdade e boa-fé</i>;</p> <p>III – não formular pretensão, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;</p> <p>IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;</p> <p>V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos finais, de natureza antecipatória ou final.</p>	<p>Art. 66. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:</p> <p>I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;</p> <p>II - <i>proceder com lealdade e boa-fé</i>;</p> <p>III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;</p> <p>IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;</p> <p>V - cumprir com exatidão <i>as decisões de caráter executivo ou mandamental</i> e não criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.</p>	<p>Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:</p> <p>I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;</p> <p>II – não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;</p> <p>III – não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;</p> <p>IV – cumprir com exatidão <i>as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final</i>, e não criar embaraços a sua efetivação;</p> <p><i>V – declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão</i></p>

¹⁴⁰ Idem, ibidem.

		<i>intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;</i> <i>VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.</i>
--	--	---

Segundo Alfredo Buzaid, esse regramento é um dever das partes entre si e destas com o juiz. A norma “serve para combater a mentira, competindo às partes fazer as suas declarações sobre as circunstâncias de fato com toda amplitude e conforme a verdade”. Assim, destina o dever de veracidade “a precator o tribunal contra o engano e o adversário contra o logro”¹⁴¹.

E o que dizer sobre o dever das partes e dos procuradores de procederem com lealdade e com boa-fé? Pois este dever, como podemos notar, não está insculpido no texto final do novo CPC, embora tenha sido previsto no Projeto original de 2010, igual está no CPC atual. De toda forma, acreditamos que não há necessidade de positivar uma regra para que as partes e seus advogados entendam que devem atuar no decorrer do processo com boa-fé, de forma proba, com lealdade, com moralidade, com dignidade, de forma ética, etc. Claro que cada parte levará ao conhecimento do juiz a sua forma de ver a “verdade”, colocando em primeiro plano seus interesses e tendo como objetivo que o fato narrado seja reconhecido como verdadeiro. No entanto, é pressuposto para qualquer vida em sociedade a atuação de todos com lealdade entre si, sem contar que o Código de Ética e Disciplina da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) já expressamente prevê esse dever para os advogados¹⁴².

2.2.2. Por que verdade (verdade/falsidade) e não validade (válido/não-válido)? A linguagem e suas funções descritiva e prescritiva de condutas

¹⁴¹ Idem, p. 95

¹⁴² Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinado a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único: São deveres do advogado:

(...) II. Atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé.

Vislumbramos acima como é posto o dever de dizer a verdade no direito. Ocorre que há um problema em tentar conceituar a “verdade” para o processo quando analisamos o termo dentro do estudo da linguagem: a função da linguagem do direito positivo não coaduna com a função da linguagem que se revestem os valores “verdade/falsidade”. Daí a indagação: como continuar a afirmar que a “verdade” no processo deve ser buscada (leia-se: construída) quando sequer podemos falar em “verdade” dentro do direito positivo?

Calcado na premissa de que a “verdade” representa uma proposição linguística, construída pelo homem tal como o conhecimento, faz-se necessário elucubrar sobre as funções que a linguagem apresenta com o intuito de melhor nos situarmos nessa problemática.

Primeiramente, por *sistema*, apesar de ser um termo dotado de pluralidade de sentidos e difícil de estabelecer uma concepção uníssona para todos os contextos, entende-se como uma totalidade ordenada, um conjunto de organismos entre os quais existe uma ordem, ou, por outras palavras, um conjunto de elementos relacionados entre si e reunidos perante uma referência em comum, um princípio unificador.

Sobre *língua, linguagem e fala*, verifica-se que são noções indissociáveis, todavia devem ser diferenciadas para que fixemos um ponto de apoio, como ensina Paulo de Barros Carvalho: a) *linguagem* é a palavra mais abrangente dos três vocábulos e se trata do sistema convencional de signos que assume o caráter de uma autêntica instituição social, uma vez se mostrar resistente a tentativas de modificação por parte dos indivíduos de forma isolada; b) *fala* é, diferente de linguagem, um ato individual de seleção e de atualização da linguagem; c) e *língua* se trata, a grosso modo, da linguagem sem a fala, consistente num conjunto sistematizado de signos¹⁴³.

Já por *signo*, conforme explica Paulo de Barros Carvalho¹⁴⁴, compreende-se como a unidade de um sistema que possibilita a comunicação entre os homens, possuindo um caráter lógico de relação, na qual um suporte físico se associa a um significado e a uma significação.

¹⁴³ CARVALHO, 1999, p. 10-12.

¹⁴⁴ Idem, p. 12.

A linguagem pode ser estudada, conforme entendem Charles Peirce e Charles Morris¹⁴⁵, em três planos: sintático, semântico e pragmático: Fala-se em estudar a linguagem: i) pelo *plano sintático* quando se pesquisa as relações dos signos entre si (signo x signo). Um exemplo seria a gramática de um determinado idioma; ii) no *plano semântico*, pesquisa-se a relação do signo com a realidade que ele quer exprimir (signo x suporte físico). Exemplificando: os dicionários cuidam de selecionar os signos de uma língua (enquanto idioma), tendo em vista a explanação de seu significado; iii) já no plano *pragmático*, o estudo foca na relação que o signo possui com os sujeitos da linguagem (signo x emissor/destinatário). Exemplos do plano pragmático não faltam. Podemos exemplificar com o caso que nos apresenta Paulo de Barros Carvalho, no qual um emissor de um elogio para uma terceira pessoa o transmite falando e com um sorriso irônico, podendo levar a entender que não se trata de um autêntico elogio.

Ainda para Carvalho¹⁴⁶, existe o denominado *triângulo semiótico*, o qual é composto de três fenômenos linguísticos que estão intrinsecamente interligados: o suporte físico, o significado e a significação: a) *suporte físico* é uma palavra falada ou escrita; possui, assim, natureza física ou material, referindo-se a algo do mundo exterior ou interior, de existência concreta ou imaginária; b) *significado*, nesse sentido, é esse pedaço da existência concreta ou imaginária, atual ou passada, a que se refere o suporte físico, criando, por via de consequência, uma ideia ou conceito na mente do sujeito cognoscente; e c) seguindo nesse caminho, essa ideia ou conceito criados formam o que se chama de *significação*.

A partir dos ensinamentos de Roman Jakobson quanto ao processo constitutivo da interação comunicacional¹⁴⁷, entende-se que o enunciado linguístico sempre apresentará uma *forma* e uma *função*. Porém, nenhum enunciado possuirá uma única função¹⁴⁸, e, por isso mesmo, o melhor a se adotar para a classificação é o critério do *efeito imediato ou função dominante*, distinguindo estas as funções que a linguagem pode apresentar:

¹⁴⁵ PEIRCE, MORRIS *apud* CARVALHO, 1999, p. 14-15.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 12-13.

¹⁴⁷ Jakobson descreve seis componentes dessa interação, a seguir grifados: “O remetente envia uma mensagem ao destinatário. Para ser eficaz, a mensagem requer um contexto a que se refere (ou “referente”, em outra nomenclatura algo ambíguo), apreensível pelo destinatário, e que seja verbal suscetível de verbalização; um código total ou parcialmente comum ao remetente e ao destinatário (ou, em outras palavras, ao codificador e ao decodificador da mensagem); e, finalmente, um contacto, um canal físico e uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que os capacite a entrarem e permanecerem em comunicação” (JAKOBSON *apud* CARVALHO, 1999, p. 16).

¹⁴⁸ Um exemplo é o enunciado do artigo 18, § 1º, da Constituição Federal de 1988: “Brasília é a Capital Federal”.

- descritiva;
- expressiva de situações subjetivas;
- prescritiva de condutas;
- interrogativa (ou linguagem das perguntas ou dos pedidos);
- operativa (ou performativa);
- fáctica;
- propriamente persuasiva;
- afásica;
- fabuladora;
- metalinguística¹⁴⁹.

Cabe esmiuçar as duas principais funções da linguagem para nós: a descritiva e a prescritiva.

Diz-se que uma linguagem é *descritiva* quando ela é informativa, declarativa; é aquela utilizada normalmente na transmissão de notícias para informar ao receptor algo que ocorreu no mundo existencial. Seus enunciados podem ter valores de verdade ou de falsidade, inerente à lógica do discurso descritivo: serão verdadeiros se os fatos relatados tiverem efetivamente acontecido no mundo real, ao passo que serão falsos caso não tenha sido verificado conforme descrito pelo emissor da linguagem.

Por outro lado, a linguagem será classificada como *prescritiva de condutas* quando possuem a função de emanar ordens, comandos, sendo importante para as organizações normativas para incidir no proceder humano, pois tratam-se de prescrições dirigidas ao comportamento dos indivíduos. Os enunciados não se submetem aos critérios de verdade e de falsidade, mas sim de validade ou não validade, inerente ao discurso prescritivo da lógica.

No entanto, como conceber o valor “verdade” dentro do processo judicial quando sabemos que o direito positivo é formado pela linguagem prescritiva, a qual se submete à lógica deôntica, e o termo “verdade” cinge-se à lógica clássica [também conhecida como lógica apofântica ou lógica alética (que vem de *aletheia*, termo que estudamos quando se designa a “verdade” em grego)]?

¹⁴⁹ Conferir: CARVALHO, 1999, p. 17-27; TOMÉ, 2011, p. 29-30.

Fabiana Tomé bem explica a questão: enquanto que as normas jurídicas configuram enunciados prescritivos, sujeitando-se, desse modo, aos valores “válido e não-válido”, os comandos por elas expedidos, quer dizer, expedidos pelas normas gerais e concretas e pelas normas individuais e concretas, são formados por enunciados descritivos. Estes, por sua vez, submetem-se aos valores “verdade e falsidade”¹⁵⁰.

Vale frisar que nenhuma linguagem exercerá uma única função. Ou seja, as funções da linguagem serão dadas por predominância, e não por exclusividade. E isso é o que ocorre com o fato jurídico previsto no antecedente normativo: a linguagem se mostra descritiva de um evento, porém prescritiva de efeitos jurídicos¹⁵¹.

Outro exemplo é quando se pensa na linguagem *propriamente persuasiva*, aquela animada pelo intuito imediato de convencer, persuadir, instigar. O caráter persuasivo se manifesta de forma ostensiva, onde a comunicação é expedida com a finalidade prioritária de convencer o interlocutor e induzi-lo a aceitar sua argumentação¹⁵². Ora, não é exatamente isso que se presencia na praxe forense? Na linguagem propriamente persuasiva, os valores lógicos não são exclusivamente os do discurso descritivo (verdade/falsidade) ou do discurso prescritivo (válido/não-válido), pois os sujeitos participantes do discurso estão orientados sobretudo em convencer o órgão judicial. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho:

Com efeito, se atinarmos bem, veremos que o rigoroso apego à verdade dos enunciados, à precisão ao relatar os acontecimentos factuais, a adequada subfunção dos conceitos dos fatos ao conceito das normas, tudo isso, ainda que sirva de instrumento valioso para a configuração das peças judiciais, no contexto processual, cede lugar ao objetivo primeiro, ao fim último que os interessados almejam alcançar, qual seja o convencimento do órgão decisório. É certo que há expedientes dentro do processo, como os laudos periciais, por exemplo, cuja função preponderante da linguagem não é persuasiva, todavia tais manifestações longe estão de predominar, a ponto de exercer função caracterizadora do discurso judicial ou do campo mais amplo da linguagem que trata dos procedimentos decisórios¹⁵³.

¹⁵⁰ TOMÉ, 2011, p. 30-31.

¹⁵¹ Idem, p. 31-32.

¹⁵² Vide: CARVALHO, 1999, p. 23.

¹⁵³ CARVALHO, 1999, p. 24-25.

2.2.3. Análise sobre o conceito de “verdade” entre os processualistas civis (ou aqueles que discorrem sobre o processo civil) e entre os processualistas penais (ou aqueles que discorrem sobre o processo penal)

A seguir elucidar-se-á os pontos de vista de alguns dos principais doutrinadores do país sobre processo civil e sobre processo penal em relação ao entendimento sobre a “verdade” e sua busca no respectivo processo.

De início, cumpre noticiar que a tentativa de superar a dicotomia entre processo civil e processo penal é uma tendência moderna¹⁵⁴ que, embora se reconheçam diferenças entre ambos (principalmente no campo didático), nada impede que se reconheça a validade da Teoria Geral do Processo, com “a adoção de linhas processuais comuns, universais, para qualquer das exteriorizações desse instrumento de realização da justiça”¹⁵⁵.

José Frederico Marques, aliás, disserta que “o processo, como instituto jurídico, é um só, quer quando tenha por conteúdo uma lide penal, quer quando focalize uma lide de direito privado, ou de direito administrativo, ou de direito fiscal”. O autor ensina que a variação que pode ocorrer, como de fato ocorre dentro do próprio direito processual civil e do direito processual penal, *é a forma de um procedimento*¹⁵⁶. Para o doutrinador, não há que se falar no dualismo entre processo civil e processo penal, como muitos estabelecem, já que apenas se diferenciam quanto ao procedimento ou ao conteúdo do processo, e nada mais:

Pretende-se estabelecer um dualismo irreconciliável entre processo civil e penal, em nome do princípio da especialização. Bem de ver, no entanto, que esta ou se refere ao procedimento, e então surge no próprio seio de cada um dos processos; ou se liga ao conteúdo do processo, e então nada tem com este, mas tão-só com os preceitos legais sobre os interesses em conflito na lide a ser decidida. Pode-se falar, por exemplo, em especialização do juiz penal; mas com isso em nada é atingido o processo, pois que tal especialização se refere a maior conhecimento do direito penal e disciplinas afins, e nunca a radicais transformações de ordem processual¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Segundo José Renato Nalini e José Carlos G. Xavier de Aquino, essa tendência à unificação da parte geral do processo já se verifica no âmbito dos Juizados Especiais, nada impedindo o trato simultâneo às questões penais e cíveis oriundas de um único fato (AQUINO, NALINI, 2005, p. 62).

¹⁵⁵ AQUINO, NALINI, 2005, p. 61.

¹⁵⁶ MARQUES, 2001, p. 05.

¹⁵⁷ Idem, p. 07.

Paulo Rangel, embora não concordando com tal pensamento, cita o mesmo processualista, o qual afirma que o processo tem uma teoria geral que é aplicável em todos os seus ramos, porém para fins práticos encontra-se dividido em dois grandes campos: o direito processual civil e o direito processual penal. “Este último é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a atuação da jurisdição penal, enquanto que o primeiro consiste na regulamentação da jurisdição não-penal”¹⁵⁸.

Há que se ressaltar o problema que traz à tona Francesco Carnelutti em relação à reconstrução dos fatos no processo penal e o antagonismo que ocorre no processo civil. Exemplifica o autor que no processo penal, pela ocorrência de um delito, o acusado tende a se esforçar ao máximo em apagar todos os vestígios de seu acontecimento; já no processo civil acontece exatamente o contrário: o indivíduo se esforça para conservar, com extremo cuidado, todas as provas de determinado fato, como um contrato¹⁵⁹.

E o que se verifica, quando se comparam os pontos de vista que os processualistas civis possuem em contraposição com os que possuem os processualistas penais acerca da “verdade”, é que, normalmente, a parte relativa à busca da verdade nos manuais de processo civil encontra-se atrelada ao capítulo relativo das *provas*. Já nos manuais de processo penal, essa parte é discorrida, via de regra, logo em seu introyto, quando do estudo dos *princípios* inerentes ao processo penal.

Do mesmo modo se nota que parece existir uma tendência maior entre os processualistas penais em fazer distinguir a “verdade” que é buscada no processo civil daquela que é perseguida no processo penal, vigorando aqui a verdade real, e, naquele ramo, a verdade formal.

Ademais, percebe-se que há boa parte dos processualistas da área cível que entendem pela vigência neste campo da busca da verdade real, ao contrário do tradicional pensamento civilista (que deve vigorar a busca da verdade formal).

¹⁵⁸ MARQUES *apud* RANGEL, 2011, p. 10.

¹⁵⁹ CARNELUTTI, 2010, p. 66-67.

Contudo, muitos autores do direito processual civil trazem a noção da “verossimilhança”, um termo que, se não bem definido, não fugirá do problema da linguagem e tenderá a cair no abismo crônico do formalismo exacerbado e a problemática da verdade formal como objetivo ou princípio para o processo civil.

De outro lado, vislumbra-se uma considerável parcela dos processualistas penais escrever que a “verdade” neste ramo deve se cingir ao máximo grau possível da verdade, ou algo bem próximo da verdade (real). Muitos também escrevem que a “verdade”, aqui, não poderia deixar de ser uma verdade processual, ou uma verdade processualmente válida (termo não conceituado propriamente entre os autores). Não obstante esses entendimentos, o que ainda permanece forte é a compreensão de ser a verdade real aquela que deve vigorar no campo do processo penal.

2.2.3.1. A “verdade” para os processualistas civis

Para superarmos certos (pré)conceitos existentes na corrente doutrinária do direito processual civil quanto à *construção da “verdade”* no processo, bem como encontrarmos (se é possível encontrar um caminho “correto”) o conceito de “verdade” para o processo e como buscá-la (*como construí-la*), é essencial, previamente, a pesquisa das diferentes visões que os principais doutrinadores possuem, uns mais atuais, outros mais antigos.

Elpídio Donizetti afirma que o processo deve retratar a “verdade”, sendo que esta verdade só pode ser uma e apenas pode ser a verdade real, aquela “obtida a partir da cabal comprovação dos fatos”¹⁶⁰.

Completa Donizetti que, caso não seja suscitado dos autos elementos que permitam ao magistrado alcançar a verdade, a solução será fazer a distribuição do ônus da prova conforme a regra prevista no art. 333 do CPC, em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (vide REsp nº 981.532/RJ, julgado em 07 ago. 2012)¹⁶¹.

¹⁶⁰ DONIZETTI, 2014, p. 600.

¹⁶¹ Idem, ibidem.

Hermes Zaneti Júnior, discorrendo sobre a “verdade” que se obtém no processo civil, escreve que a verdade absoluta jamais poderá ser atingida. O máximo que poderá ser obtido no processo civil é uma verdade provável, um juízo de probabilidade¹⁶². “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 um patamar de ‘certeza jurídica’ (*rectius*: estabilidade e previsibilidade)”¹⁶³.

Nesse sentido estaria a posição de Michele Taruffo, citado por Zaneti Júnior, o qual sustenta que “a ‘verdade dos fatos’ não é jamais absoluta, mas é dada pela hipótese mais provável, sustentada pela maioria de elementos que a confirme”¹⁶⁴.

A “verdade” buscada no processo deve contar obrigatoriamente com o debate entre o juiz e as partes a respeito da valoração dos fatos, devendo ser admitido no procedimento o denominado contraditório preventivo, “princípio geral que obriga o juiz à preventiva discussão com as partes, no exercício dos seus poderes de ofício, toda vez que uma determinada decisão interfira no processo”¹⁶⁵.

Dessa maneira, conforme lições de Hermes Zaneti Júnior,

[...] para obter-se a decisão judicial mais qualificada, será preciso uma revolução cultural, ao mesmo tempo abandonando-se a onisciência dos juízes (e do legislador), admitindo-se, no mesmo passo, a insuficiência da norma *a priori* para fornecer a “verdade” e dos fatos isoladamente para levarem à certeza jurídica.

Nessas águas, é de rigor que se discuta direito e fato, buscando-se uma verdade provável, com alto grau de correção, dependente justamente do elevado contraditório processual e do comprometimento com a decisão justa e aderente aos problemas discutidos, demonstrando-se a racionalidade dessa “certeza” judicial pelo *racconto* (narrativa) do procedimento utilizado na sua construção¹⁶⁶.

¹⁶² Hermes Zaneti Júnior assim compreende o que hoje deve ser entendido por “probabilidade”: “o conceito de probabilidade grego/retórico não guarda nenhuma relação com o conceito moderno. Era considerada provável a afirmação efetuada pela parte dentro de uma determinada hipótese que tivesse congruência com as provas dos autos, ou seja, relacionadas a um evento único. Hoje, ao contrário, a probabilidade vem analisada em termos objetivos, estatísticos e de frequência, fundada na lógica extraída de uma série de eventos” (ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 83). Ainda, esclarece o doutrinador que *as expressões “verdade possível”, “verossimilhança” e “probabilidade” não podem ser usadas indistintamente, pois elas guardam entre si uma escala crescente de certeza para o processo*: “provável é mais do que verossímil e verossímil mais do que verdade possível” (idem, p. 80). Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, diz que probabilidade é mais do que mera credibilidade, porém menos que certeza (DINAMARCO *apud* ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 80).

¹⁶³ ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 79-80.

¹⁶⁴ TARUFFO *apud* ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 79.

¹⁶⁵ ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 81.

¹⁶⁶ Idem, p. 83-84.

Humberto Theodoro Júnior, em artigo escrito em 2004, sustenta que no processo (o autor não distingue o ramo do processo: se civil, ou penal, ou trabalhista, ou eleitoral) há um compromisso com a ampla busca da verdade real – embora seja um desiderato inatingível pelo conhecimento limitado do homem –, devendo o juiz contemporâneo, com o espírito de servir à causa da verdade e operar pela sociedade como um todo, assumir o comando oficial do processo com base nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito¹⁶⁷.

Já Misael Montenegro Filho escreve que, no campo probatório, há um abandono com a preocupação da busca pela verdade real, devendo as partes se contentarem com a verdade formal, aquela verdade sobreposta para os autos, uma vez que *o fato como tema central da controvérsia judicial comporta múltiplas interpretações (pelo autor, pelo réu, e, eventualmente, outra visão pelo juiz)*¹⁶⁸.

Rui Portanova, discorrendo sobre os princípios do processo civil, afirma que não há como negar a vigência também no processo civil do chamado princípio da verdade real, material ou substancial. Com amparo em obra escrita por Humberto Theodoro Junior em 1981, escreve o autor que, “sendo a finalidade do processo a justa composição do litígio, tem-se que esta só pode ser alcançada quando se baseia na verdade real ou material”. Outrossim, elucida que a adoção no contexto do processo civil do princípio da verdade real é uma consequência natural da modernidade publicística do processo e sua busca pelo juiz é uma consequência lógica de outros institutos, sendo certo concluir que o Código não impõe limitações à pesquisa da verdade para o magistrado¹⁶⁹.

Fredie Didier Junior, juntamente com Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga, ensinam que *o algo pretérito se encontra no campo ôntico (do ser), enquanto que a verdade está no campo axiológico (da valoração)*. Por isso mesmo, “as afirmações ou são verdades, ou são mentiras – conhecem-se os fatos pelas impressões (valorações) que as pessoas têm deles”¹⁷⁰.

¹⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 12.

¹⁶⁸ MONTENEGRO FILHO, 2014, p. 419.

¹⁶⁹ PORTANOVA, 2013, p. 199-200.

¹⁷⁰ DIDIER JUNIOR *et al*, 2009, p. 21.

Não se busca com a prova reconstruir o evento acontecido no passado, assim escrevem os processualistas baianos. Isto porque, obviamente, não se pode voltar no tempo. Desse modo, a ideia da verdade real é utópica, é algo místico, sendo uma meta inatingível, “até porque, além da justiça, *há outros valores que presidem o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar*”¹⁷¹ (destaque nosso). Portanto, a “verdade” que deve ser buscada no processo, para Fredie Didier, Oliveira e Braga, com amparo nas lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é a verdade mais próxima possível da real, *onde há presença da dialética durante o procedimento*:

O mais correto, mesmo, é entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível do real, própria da condição humana. Esta, sim, é capaz de ser alcançada no processo, porquanto há verdadeiro exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem, mediante a argumentação, a veracidade de suas alegações¹⁷².

Ao discorrer sobre a apreciação ou valoração da prova, o processualista Vicente Greco Filho escreve que o princípio da verdade formal é consagrado por outro princípio: o princípio *id quod non est in actis non est in mundus* (“o que não está nos autos não existe”). O juiz civil, segundo o processualista, decidirá conforme a verdade que está nos autos, e não conforme a verdade da natureza, chamada de verdade real. A justificativa dada pelo autor é que “a verdade real, a certeza objetiva, é sempre sujeita à interpretação individual”, e, além disso, “a verdade real, ainda que mereça ser perseguida como ideal, se não está nos autos, não foi submetida ao contraditório e ao conhecimento das partes, causando-lhes surpresa e podendo ser instrumento de arbítrio”¹⁷³.

Greco Filho também frisa a diferença que existe entre o processo civil e o processo penal quanto à posição do juiz na atividade probatória, sustentando que o juiz civil, embora não possa ser inerte, não pode ser inquisitivo a ponto de substituir o ônus das partes de trazer as provas para os autos; já o magistrado penal deve perseguir a verdade real, tendo maiores poderes inquisitivos em virtude dos interesses envolvidos no processo criminal¹⁷⁴.

¹⁷¹ Idem, p. 22.

¹⁷² Idem, p. 22.

¹⁷³ GRECO FILHO, 2003, p. 200.

¹⁷⁴ Idem, p. 200

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na obra *Teoria geral do processo*, demonstram a dicotomia que existe entre o processo civil e o processo penal sobre a busca da verdade e a atividade probatória do juiz:

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). Assim, por exemplo: absolvido o réu, não poderá ser instaurado novo processo criminal pelo mesmo fato, após a coisa julgada, ainda que venham a ser descobertas provas concludentes contra ele. É uma concessão à verdade formal, ditada por motivos políticos¹⁷⁵.

Veja-se, assim, que a posição de Cintra, Grinover e Dinamarco tende a ser a adoção da dicotomia verdade formal vs. verdade real, de modo que aquela, por ser a verdade resultado daquele conjunto probatório carreado aos autos, está predominantemente presente no processo civil, enquanto que esta predomina no campo do processo penal, sendo tarefa do juiz o descobrimento da verdade real em virtude da natureza pública do interesse repressivo. Com raras exceções, os autores verificam que, em certas ocasiões, a verdade formal pode estar presente no processo penal (por exemplo, quando o réu é absolvido com sentença transitada em julgado não poderá ser instaurado novo processo pelo mesmo fato delituoso), assim como a verdade real pode prevalecer para certos casos na seara do processo civil (por exemplo, nas causas que versam sobre direito de família)¹⁷⁶.

Marcelo Abelha Rodrigues, em uma posição mais moderna no que concerne ao processo civil brasileiro, ressalta que o escopo da paz social, que deve ser buscada no processo, não é trazida apenas com a coisa julgada, mas sim quando esta é assentada “em elementos de convicção que sejam os mais próximos da realidade histórica conflituosa que foi levada ao Estado-juiz”¹⁷⁷.

¹⁷⁵ CINTRA *et al*, 2010, p. 71

¹⁷⁶ *Idem*, p. 71.

¹⁷⁷ RODRIGUES, 2010, p. 212.

Para cumprir o desiderato de formar o fenômeno da coisa julgada, nada mais importante que a existência da prova, único instrumento legitimador da coisa julgada, e, especialmente, a convicção que dela resulta, que serve como elemento para fazer coincidir a verdade formal e a verdade real¹⁷⁸.

Assim, de acordo com Marcelo Abelha, a verdade deve ser sim buscada no processo. Entretanto, esta verdade não é a verdade formal nem a verdade real. Trata-se de uma verdade que adquire a feição de verossimilhança, de aparência, ou até ilusão de verdade, citando Sérgio Luís Wetzel de Mattos¹⁷⁹. O juiz não irá buscar a verdade real porque esta é inatingível, uma utopia. Todavia, deve ser dado poderes ao mesmo para ir em busca da verdade, de forma independente e imparcial, sem ser um mero espectador no processo, e com base no que foi angariado da participação dos litigantes ou do efetivo contraditório (leia-se: *contraditório cooperativo entre os sujeitos* – interessados e desinteressados – que participam do processo, uma vez que, em relação à busca da verdade, o fim de todos deve ser comum)¹⁸⁰.

Ao tratar sobre a verdade real, verdade formal e poderes instrutórios do juiz, Sidnei Amendoeira Junior escreve que é comum os doutrinadores distinguirem a verdade que existe no processo civil daquela que predomina no processo penal.

O autor sustenta que o juiz não possui a mesma liberdade de atuação que um cientista por encontrar limites previstos em lei. Ainda, enxerga que a busca da verdade no processo civil não é um fim absoluto, e por isso a doutrina afirma que o julgador, neste campo, contenta-se com uma verdade suficiente ou verdade formal, melhor definida como verossimilhança; já no processo penal, a doutrina disserta que, em razão das próprias características e consequências deste ramo, principalmente no que tange à liberdade do réu, há uma busca pela verdade real, sendo válido afirmar que aqui a verossimilhança não é querida, mas, às vezes, tolerada pelo sistema¹⁸¹.

¹⁷⁸ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁹ MATTOS *apud* RODRIGUES, 2010, p. 213.

¹⁸⁰ RODRIGUES, 2010, p. 213.

¹⁸¹ AMENDOEIRA JUNIOR, 2012, p. 507-508.

“Para nós, não existe essa distinção entre verdade formal e verdade real”¹⁸², escreve Sidnei Amendoeira. Sustenta o autor que esses conceitos tinham sua razão de ser quando se pensava em um processo eminentemente privatístico, justificando algo que não existia. O juiz possui meios limitados para agir, não podendo lançar-se a uma cruzada em busca da verdade. Aliás, é importante notar que a verdade, segundo o autor, é apenas uma, podendo ou não ser alcançável. Sobre os meios que dispõe o juiz, revela-se que os mesmos podem não levá-lo necessariamente à verdade, porém irão deixá-lo próximo dela. “E é exatamente isso o que se busca, algo que foi chamado por Grinover de verdade processual, de verdade judicial”¹⁸³.

Mais adiante, Sidnei Amendoeira afirma que dificilmente o juiz chegará a uma verdade ou certeza absoluta sobre os fatos da causa através do processo, embora seja seu dever perseguir a verdade dentro dos limites legais e dos meios que possui. Por isso mesmo, o que se pode atingir é um grau bem extremado de probabilidade, aproximando-se da certeza. Assim, o autor diz que “a verdade processual é aquela possível; muito diferente da verdade formal, que é a verdade derivada do conformismo e da neutralidade do magistrado”¹⁸⁴.

Alexandre Freitas Câmara, ao tratar sobre o direito probatório, diz que “o processo civil busca a verdade real”, ou seja, “o objetivo maior do processo civil é atingir um grau tal que permita a prolação de um provimento que corresponda à verdade dos fatos, ou seja, à certeza”¹⁸⁵.

Em artigo acerca dos poderes instrutórios do juiz no processo civil, Câmara explica que a ideia de que o processo não serve para produzir “decisões verdadeiras” não deve prosperar, pois é típica daqueles juristas que veem o processo apenas como mero mecanismo de resolução de conflitos. Por isso, sustenta o autor que a finalidade do processo é sim realizar a vontade concreta do direito, isto é, “decisões que estejam de acordo com a verdade dos fatos. E para isso, é preciso que a instrução probatória busque determinar a verdade”¹⁸⁶.

Mas Alexandre Câmara escreve que, em determinadas ocasiões, o processo acaba por abrir mão da busca da verdade, pois, em nome da segurança jurídica, contenta-se com decisões baseadas em probabilidades, sendo chamado isto, tradicionalmente, de “verdade formal”.

¹⁸² Idem, p. 508.

¹⁸³ Idem, p. 508-509.

¹⁸⁴ Idem, p. 509.

¹⁸⁵ CÂMARA, 2013, p. 430.

Porém, não se deve falar em “verdade formal” e em “verdade material”, terminologias consagradas tradicionalmente. As expressões a serem utilizadas, em substituição a estas, são “probabilidade” e “certeza”. No entendimento de Câmara, “o processo busca permitir que o julgamento seja baseado em certeza. Busca, então, decisões verdadeiras, mas muitas vezes tem de se contentar com decisões baseadas em probabilidade [como se dá (...) no processo em que o réu é revel e a decisão se baseia em uma presunção]”¹⁸⁷.

Arruda Alvim ensina que a verdade não é algo absolutamente essencial para sustentar uma determinada decisão. Para tanto, a verossimilhança é suficiente, com exceção da regra disposta nos incisos VI e IX do art. 485, CPC. O escopo do juiz é a descoberta da verdade, mas este fim não é absoluto, como escreve Arruda Alvim. O legislador deu entendimento que há preocupação de se buscar a verdade no processo, mas não ficou positivado isto como um fim absoluto em si mesmo¹⁸⁸.

Ocorre que quando tratamos de bens indisponíveis no processo, Arruda Alvim elucida que deve se procurar fazer com que o “resultado obtido no processo (verdade formal) seja o mais aproximado da verdade material, que se pretende fielmente retratar no processo (...)”¹⁸⁹. Vemos, assim, que para Arruda Alvim há “uma maior ou menor severidade na aferição das provas, em função do bem da vida em lide”¹⁹⁰. Ademais,

[...] tem o juiz liberdade, como regra geral, de valorar as diversas provas e até de mandar completá-las, desde que isso seja necessário ao seu convencimento, nos casos em que a atividade produtora de provas pelos litigantes não resolva suficientemente as questões de fato¹⁹¹.

Ao analisar o art. 14, incisos I a V, do CPC, em especial o dever das partes e de todos aqueles que participam do processo de “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (inciso I), Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery escrevem que “o processo é um jogo fundado no contraditório”, sendo que nele “o autor deduz pretensão e o réu dela se defende”, mas que tais alegações das partes sejam “deduzidas em obediência à verdade”. Para os

¹⁸⁶ CÂMARA, 2007, p. 40.

¹⁸⁷ CÂMARA, 2013, p. 430.

¹⁸⁸ ALVIM, 2013, p. 962-963.

¹⁸⁹ Idem, p. 963.

¹⁹⁰ Idem, ibidem.

¹⁹¹ Idem, p. 964.

autores, “a verdade de que trata a norma é de índole subjetiva, sendo suficiente para a observância do princípio, que a parte acredite naquilo que afirma”¹⁹².

Já ao analisar no CPC vigente o capítulo “das provas”, notadamente o art. 332, os doutrinadores sustentam que o ideal é a busca da verdade real no processo, embora o sistema admita casos em que poderá valer para o julgamento a verdade formal:

O ideal do Direito é a busca e o encontro da verdade real, material, principalmente se o direito sobre o que versam os autos for indisponível. No direito processual civil brasileiro vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz (CPC 131), mas sempre com o objetivo de buscar a verdade real. Contudo, o sistema processual civil admite, para o julgamento, a verdade formal, salvo os casos de direito indisponível, como já se disse, ou daqueles em que se exige prova legal, cuja valoração o legislador prefixa¹⁹³.

O atual Ministro do STF Luiz Fux disserta que, para o processo, “o que importa é a verdade que migra para os autos, ou seja, a verdade do judiciário, aquela que importa para a decisão e que timbra de imutabilidade a definição que advém da cognição”. Mas o Ministro reconhece que, se provar é convencer, então é correto o entendimento de que este convencimento nem sempre condiz com a verdade, mas sim com o provável¹⁹⁴.

Ainda para Fux, entende-se que o juiz *não tem um compromisso com a “verdade”*, mas sim “com a justiça, a estabilidade e a segurança sociais”, *devendo ser alcançadas mediante a colaboração das partes*¹⁹⁵.

Por fim, Luiz Fux analisa que, atendendo-se mais ao realismo da prova, normalmente o resultado dela é a verossimilhança (quer dizer, considera-se suficiente aquela prova que conduz à convicção da verossimilhança, como ocorre no disposto no art. 273 do CPC), “que se aufera mediante um juízo de probabilidade engendrado sobre os elementos de convicção moralmente legítimos carreados para os autos, por iniciativa das partes ou por atuação oficial autorizada”¹⁹⁶.

¹⁹² NERY JUNIOR, NERY, 2010, p. 220.

¹⁹³ Idem, p. 632.

¹⁹⁴ FUX, 2001, p. 594.

¹⁹⁵ Idem, ibidem.

¹⁹⁶ Idem, p. 594-595.

O processualista Cássio Scarpinella Bueno, por sua vez, escreve que não há como acolher a distinção que hodiernamente é feita, entre a busca de uma “verdade real” para o processo penal e a busca de uma “verdade formal” para o processo civil. É imperioso *abandonar essa clássica dicotomia, pois, dentre outros fatores não menos importantes, “o processo é público e os compromissos do juiz com a sociedade também o são, trate-se (sic) de processo voltado à aplicação da lei penal ou da lei não penal”* (destaque nosso), e, por isso, “a distinção entre as ‘verdades’ (se é que ela existe e como se toda a verdade não fosse, necessariamente, convencional e relativa) não justifica a distinção destes – e de outros – ramos do direito processual”. Para Bueno, os valores agasalhados pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), que devem ser realizados por qualquer processo, são os mesmos. Vale dizer, o “modo de ser” do processo é somente um, vinculado à Lei Maior¹⁹⁷.

Seguindo esse entendimento, Cássio Scarpinella Bueno sustenta que a “verdade” a ser buscada pelo juiz no processo civil deve ser a verdade real, sendo imprescindível reconhecer ao magistrado uma maior quantidade de poderes e atribuições e viabilizar a compreensão do princípio do *contraditório* em sua *leitura mais ampla, dentro do contexto de “participação”, de “colaboração”, de “cooperação”*. Concluindo, assim ressalta Bueno:

A qualidade da prestação da tutela jurisdicional, em atenção ao “modelo constitucional do direito processual civil”, não pode tolerar qualquer outro comprometimento do magistrado que não a busca da “verdade real”, isto é, a “verdade”, que no seu íntimo corresponda àquilo que realmente aconteceu no plano exterior ao processo e, por ter acontecido, acabou por motivar a necessidade de atuação do Estado-juiz para prestar a tutela jurisdicional¹⁹⁸.

Outro importante jurista, Ovídio A. Baptista da Silva explica que preliminarmente à preocupação com a imaginada “vontade da lei” ou com a “verdade dos fatos”, o que interessa ao processo é (e sempre será) *o seu “significado”*. Segundo Ovídio, “para o Direito, o que realmente interessa não é a ‘verdade’, mas o ‘significado’”¹⁹⁹.

Como sustenta Dworkin, o processo judicial não lida com fatos em estado puro, mas, ao contrário, lida com “fatos que carecem de interpretação que lhes atribua significado”²⁰⁰.

¹⁹⁷ BUENO, 2014a, p. 133.

¹⁹⁸ BUENO, 2014b, p. 247.

¹⁹⁹ SILVA, p. 05.

Para Ovídio Baptista, com amparo nas lições de John H. Merryman, o dogma da plenitude do ordenamento jurídico, aliado à busca da certeza, “cria o pressuposto de que a letra da lei mantenha seu significado invariável”, por isso a dificuldade e total impertinência em conceber a jurisdição como algo que irá revelar a “vontade da lei” ao proferir a sentença, tal como o ser inanimado pensado por Montesquieu.

O sentido dos conceitos jurídicos, que são, basicamente, hermenêuticos²⁰¹, mormente quando em discussão os chamados conceitos indeterminados, deve ser dado pelo intérprete do direito, pois o sentido não está, univocamente, no texto. De acordo com Ovídio, amparado em doutrina de Karl-Otto-Apel, “depois de estabelecer a ‘verdade’ dos fatos, o que já constitui uma tarefa laboriosa e sempre discutível (...), quem tenha a tarefa de interpretar (aplicar) o direito, terá de encontrar o ‘significado’ do ‘fato’”²⁰². Além disso, escreve o autor que

o processo não cuida de fatos tratados em sua pura materialidade, e sim de “fatos jurídicos”, ou fatos juridicizados. Em última análise, o que se busca no processo é o “significado” a ser atribuído aos fatos. O juiz não labora com a simples descrição empírica dos fatos. Ele deve interpretar tanto a norma legal quanto atribuir aos fatos “significados” que haverão de ser qualificados como jurídicos (Paul Ricoeur, *Anuario di ermeneutica giuridica – Ars interpretandi*, Cedam, 1996, Pádua, p. 90)²⁰³.

Assim, Ovídio Baptista entende que é a verossimilhança – a “verdade contextual e possível” – que “preside a atividade processual, tanto do juiz quanto, especialmente, dos litigantes que, como advertiu James Goldschmidt, não podem contar, enquanto figurantes da relação processual, senão com expectativas a respeito de seus pretensos direitos”²⁰⁴. Percebe-se claramente no entendimento do autor que, além da importância que possui o “significado” dos fatos, é igualmente relevante a *argumentação* (no processo judicial exerce uma função complementar de *interpretação*, de forma que “tanto mais se argumenta, melhor

²⁰⁰ DWORKIN *apud* SILVA, p. 03.

²⁰¹ Citado por Ovídio Baptista da Silva, o filósofo Hans-Georg Gadamer adverte sobre não nos esquecermos de que o “fato” é, antes de tudo, um conceito hermenêutico: “não nos esqueçamos de que, inclusive nas ciências, o ‘fato’ não se define como o simplesmente presente, fixado através da mensuração, da ponderação ou da contagem: ‘fato’ é antes um conceito hermenêutico, ou seja, algo sempre referido a um contexto de suposições ou expectativas, a um contexto de compreensão inquiridora de tipo complicado. Não tão complicado, mas igualmente difícil de levar a cabo é ver, na práxis vital de cada um, aquilo que existe, e não o que gostaríamos que existisse” (GADAMER *apud* SILVA, p. 06).

²⁰² SILVA, p. 08.

²⁰³ *Idem*, p. 10.

²⁰⁴ *Idem*, p. 11

hermeneuticamente se compreende”²⁰⁵), a *linguagem*, a *retórica* (como instrumento complementar da hermenêutica, conforme entende Gadamer) e a *tolerância com o “outro”*, como pressuposto básico para a *democracia* verdadeiramente universal e participativa, além de servir como princípio que anula a pretensão de que a lei possa ter um único sentido.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, em explanação sobre as relações entre verdade e prova, sustentam, primeiramente, que a ideia de verdade formal é hoje absolutamente inconsistente e, pouco a pouco, vem perdendo seu prestígio dentro do processo civil, pois vem a representar um “mero argumento retórico a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática”²⁰⁶.

Segundo, Marinoni e Arenhart escrevem que a verdade real sobre determinado acontecimento fático não passa de uma utopia, já que é impossível atingir a verdade pelo processo por vários motivos: i) a essência da verdade é intangível; ii) é ingênuo acreditar que o juiz irá analisar objetivamente um fato sem qualquer dose de subjetividade; iii) há limites à atividade probatória; iv) o juiz não é capaz de reconstruir os fatos ocorridos no passado, sendo apenas possível exigir que as provas juntadas aos autos não divirja da opinião comum média que o magistrado realizaria sobre as mesmas provas²⁰⁷. O que se pode obter durante o processo é uma elevada probabilidade sobre como o evento histórico se passou, mas jamais a certeza da obtenção da verdade²⁰⁸. Por isso, “o mito da verdade substancial tem servido apenas para atarracar o processo, alongando-o em nome de uma reconstrução precisa dos fatos, que é, como visto, impossível”²⁰⁹.

Os autores entendem que a distinção entre verdade formal e a verdade substancial (verdade material) perdeu seu brilho, sendo essa dicotomia paulatinamente rechaçada pela moderna doutrina do direito processual, muito em razão do fato de que

²⁰⁵ Idem, p. 04.

²⁰⁶ MARINONI; ARENHART, 2011, p. 35

²⁰⁷ Idem, p. 36-40.

²⁰⁸ Idem, p. 40.

²⁰⁹ Idem, p. 42.

os interesses objetos da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos diverso daquela adotado pelo processo civil²¹⁰.

Marinoni e Arenhart, assim, compreendem que o resultado a que chegará o juiz nunca passará – por maior que seja o empenho do magistrado no processo – de um juízo de verossimilhança, “que jamais se confunde com a essência da verdade sobre o fato (se é que podemos afirmar que existe *uma* verdade sobre um fato pretérito)”²¹¹. É importante dizer que, para os citados processualistas, *o procedimento para a busca da verdade (para a construção da verdade) deve ser por meio de uma argumentação em colaboração (não a conflituosidade), assumindo relevante papel o princípio do contraditório e o discurso habermasiano (baseado principalmente no consenso discursivo), deixando claro as ideias de diálogo, de argumentação e de persuasão para formar a ideia de “verdade factível”*²¹².

Após elucidadas as visões dos doutrinadores que discorrem sobre a “verdade” no processo civil, podemos fazer este quadro esquemático comparativo com as posições resumidas:

Tabela 3 – Entendimentos dos autores que discorrem sobre o processo civil.

AUTOR (PROCESSO CIVIL)	O QUE ENTENDE?
AUTORES QUE ENTENDEM QUE NO PROCESSO CIVIL DEVE SER BUSCADA A “VERDADE REAL” (OU “VERDADE MATERIAL”) OU ALGO PRÓXIMO A ELA.	
Elpídio Donizetti	A verdade só pode ser uma, e apenas pode ser a verdade real , aquela obtida a partir da cabal comprovação dos fatos.
Humberto Theodoro Júnior	Há uma preocupação no processo com uma ampla busca da verdade real , mesmo que isso represente um desiderato inatingível pelo conhecimento humano. A busca pela verdade deve ter uma especial participação do juiz, assumindo o comando oficial do processo com base nas garantias fundamentais.
Rui Portanova	Vigora no processo civil o princípio da verdade real , sendo uma consequência da visão moderna e publicista do processo. É importante ressaltar que o Código não impõe limites à busca da verdade pelo juiz.

²¹⁰ Idem, p. 34.

²¹¹ Idem, p. 43.

²¹² Idem, p. 42-52.

Cássio Scarpinella Bueno	É imperioso abandonar a clássica distinção entre verdade real (para o processo penal) e a verdade formal (para o processo civil). Sendo o processo público e os compromissos do juiz com a sociedade também o são, a “verdade” a ser buscada pelo juiz no processo civil deve ser a “ verdade real ”, dotando o magistrado de uma maior quantidade de poderes e atribuições, devendo ser viabilizada, ainda, uma compreensão mais ampla do princípio do contraditório, sobretudo dentro do contexto de “colaboração” e “cooperação”.
Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery	O ideal no processo é a busca da verdade real , mas o sistema processual civil admite casos em que poderá valer para o julgamento a verdade formal, exceto nos casos de direitos indisponíveis.
Arruda Alvim	O processo não possui como um fim absoluto a descoberta da verdade. O resultado obtido no processo (verdade formal) deve ser o mais próximo possível da verdade material , sendo certo que há uma maior ou menor severidade na aferição das provas em função do bem da vida em lide.
Fredie Didier Junior, Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga	A ideia da verdade real é utópica. Por isso, a verdade que deve ser buscada no processo é aquela mais próxima possível da real , onde há presença da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes comprovarem, através da argumentação, a veracidade de suas alegações.
Alexandre Freitas Câmara	As expressões a serem utilizadas em substituição a verdade formal e verdade material são “probabilidade” e “certeza”. O processo busca proferir julgamento baseado em certeza (em substituição a verdade material) , mas muitas vezes se contenta com decisões baseadas em probabilidades (em substituição a verdade formal) .
AUTORES QUE ENTENDEM QUE NO PROCESSO CIVIL DEVE SER BUSCADA A “VERDADE FORMAL” OU ALGO PRÓXIMO A ELA.	
Misael Montenegro Filho	As partes devem se contentar com a verdade formal , que é aquela verdade sobreposta para os autos, pois o fato como tema central do litígio comporta múltiplas interpretações, por exemplo, pelo autor, pelo réu, e, eventualmente, outra visão pelo juiz.
Vicente Greco Filho	O juiz civil deve julgar conforme a verdade que está nos autos, ou seja, a verdade formal ; já o magistrado penal deve perseguir a verdade real , tendo maiores poderes inquisitivos que o juiz civil em razão dos interesses envolvidos no processo penal.
Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e	No campo do processo civil , o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal , limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando o pedido autoral ou a defesa

Cândido Rangel Dinamarco	do réu por falta de provas; já no campo do processo penal , só excepcionalmente o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal, pois deve aqui buscar a verdade real , em virtude da natureza pública do interesse repressivo.
AUTORES QUE ENTENDEM QUE NO PROCESSO CIVIL DEVE SER BUSCADA A “VERDADE PROVÁVEL” OU ALGO PRÓXIMO A ELA.	
Hermes Zaneti Júnior	A verdade absoluta jamais pode ser atingida. O máximo que se pode ser obtido no processo civil é uma verdade provável , um juízo de probabilidade, com alto grau de correção, advindo de um elevado contraditório processual e do comprometimento com uma decisão justa e uma preventiva discussão entre o juiz e as partes.
Sidnei Amendoeira Junior	Não existe a distinção entre verdade formal e verdade real. O que se pode atingir no processo é um grau bem extremado de probabilidade , aproximando-se da certeza. A verdade processual é aquela possível , diferente da verdade formal, que é aquela derivada do conformismo e da neutralidade do juiz.
AUTORES QUE ENTENDEM QUE NO PROCESSO CIVIL DEVE SER BUSCADA A “VERDADE” COMO VEROSSIMILHANÇA OU ALGO PRÓXIMO A ELA.	
Marcelo Rodrigues Abelha	A verdade que é buscada no processo não é a verdade formal nem a verdade real (esta é inatingível, uma utopia), mas sim a verdade que assume a feição de verossimilhança, de aparência da verdade . De todo modo, deve ser dado amplos poderes ao juiz para perseguir a verdade no processo, de forma independente e imparcial e com base no efetivo contraditório e no que foi angariado da participação dos litigantes.
Luiz Fux	O juiz não tem um compromisso com a verdade, mas sim com a justiça, a estabilidade e a segurança sociais. O que importa no processo é a verdade do judiciário , ou seja, aquela que migra para os autos. Mas, normalmente, o resultado da prova é a verossimilhança , que se aufere mediante um juízo de probabilidade sobre as provas colhidas pelas partes ou pelo juiz.
Ovídio A. Baptista da Silva	É a verossimilhança , entendida como a verdade contextual e possível , que preside a atividade processual, tanto do juiz quanto, em especial, dos litigantes. Deve-se dar importância aos “significados” dos “fatos”, à linguagem, à argumentação, à retórica e ao princípio da tolerância com o “outro”.
Luiz Marinoni e Guilherme Cruz Arenhart e Sérgio	A ideia de verdade formal é hoje absolutamente inconsistente e a verdade real sobre determinado fato histórico não passa de uma utopia no processo. Assim, o resultado que chegará o magistrado nunca passará de um juízo de verossimilhança , devendo a “verdade” ser <i>construída</i> por meio de um procedimento que tenha em conta a argumentação em colaboração, assumindo importante

	<p>papel o contraditório e as premissas que ensina Habermas, tais como a importância do discurso, do diálogo, do debate, da argumentação, tudo para formar a ideia da chamada “verdade factível”.</p>
--	--

2.2.3.2. A “verdade” para os processualistas penais

A iniciar a demonstração de como é tratada a “verdade” entre os doutrinadores que escrevem sobre o direito processual penal, não é difícil notar a presença mais forte da discussão em torno da verdade real.

No entanto, Eugênio Pacelli de Oliveira salienta que este princípio, batizado como da verdade real, vem a ser uma disseminação da cultura inquisitiva, expressão portadora de efeitos mágicos, que veio a autorizar uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação do Ministério Público (ou da acusação) no processo penal. Sob o argumento da relevância dos interesses tratados no processo penal, e considerando a gravidade das questões penais, chegou-se à conclusão que a verdade neste ramo deve ser buscada de forma mais ampla e mais intensa, ao contrário do que ocorre no processo civil. Por isso, mesmo em tempos mais recentes, instalavam-se práticas probatórias as mais diversas possíveis, ainda que sem qualquer previsão legal, tudo em nome da busca da verdade²¹³.

Para Pacelli, um necessário esclarecimento deve ser feito: “toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica”; *a verdade “revelada na via judicial” será, dessa maneira, uma verdade “reconstruída, dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza”*²¹⁴ (destaque nosso).

Há, porém, uma diferenciação que parece fazer Eugênio Pacelli: a verdade real não seria sinônima da verdade material, como podemos verificar no trecho abaixo:

²¹³ Conferir: OLIVEIRA, 2008, p. 285-287.

Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 302, CPC), sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de verdade formal, porque decorrente de uma presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, de uma verdade material²¹⁵.

Dessa forma, para se buscar a “verdade”, cabe abandonar aquela postura inquisitorial do processo penal, “impondo-se o redimensionamento de vários institutos ligados à produção da prova, sobretudo no que respeita à iniciativa probatória do juiz”²¹⁶. Apesar dessa discussão, a verdade material continua a ser um relevante princípio processual quando está em discussão a temática da prova, de acordo com Pacelli.

Já Fernando Capez coloca a verdade real como um dos princípios informadores do processo penal: “no processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos”²¹⁷. E continua, ao explicar o princípio da verdade material ou da livre investigação das provas: “é dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença”²¹⁸.

Por outro lado, Capez destaca que, na seara do processo civil, apesar de ser próprio deste ramo o princípio da verdade formal ou princípio dispositivo, “nota-se clara tendência publicista no processo, levando o juiz a assumir uma posição mais ativa, impulsionando o andamento da causa, determinando provas *ex officio* e reprimindo condutas abusivas e irregulares”²¹⁹.

Escreve Fernando Capez que também no processo penal, excepcionalmente, o juiz poderá se curvar diante da verdade formal quando não disponha de meios suficientes para assegurar a verdade real, o que pode ocorrer, por exemplo, nos casos de absolvição por falta de provas.

²¹⁴ Idem, p. 286.

²¹⁵ Idem, *ibidem*.

²¹⁶ Idem, *ibidem*.

²¹⁷ CAPEZ, 2007, p. 28.

²¹⁸ Idem, p. 22-23.

Por sua vez, Marcellus Polastri Lima assim elucida a dicotomia que existe na doutrina sobre a verdade formal para o processo civil vs. verdade real para o processo penal:

[...] O juiz civil ou não penal, de acordo com aquela doutrina tradicional se contentaria, em maior grau, com a verdade formal, ou seja, aquela acordada entre as partes (hoje a moderna doutrina processual civilista já vislumbra a busca da verdade real ou provável no processo civil, mormente em face do art. 130 do CPC e em situações excepcionais); já no Processo Penal o juiz deve procurar pelo menos a verdade provável, já que, como veremos a seguir, a chamada “verdade real ou material”, que é fruto do processo inquisitivo e não do processo acusatório (como muitos afirmam de forma errônea), é impossível de se atingir. De qualquer forma, o que interessa ao processo acusatório é sempre a busca pela Justiça²²⁰.

Polastri sintetiza que, no processo, dificilmente ou nunca se conseguirá atingir a certeza absoluta, mas meramente *relativa*, pelas próprias deficiências humanas (não há como reconstruir os fatos tal como ocorreram no passado). Isso, no entanto, não quer dizer que o juiz não possa fazer um “acertamento verdadeiro no processo”, como afirma Polastri, pois a verdade relativa está situada entre o não conhecer (ignorância) e a verdade absoluta, ou seja, “a maior aproximação possível (considerada em graus) da verdade, ou, em outras palavras: probabilidade”²²¹. Por isso que para Polastri se busca no processo a denominada *verdade provável*, sendo que apenas através da instrução probatória o magistrado conseguirá 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”²²².

Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves, a seu turno, anotam brevemente que, através da prova, almeja-se a demonstração da verdade processual (ou verdade relativa), uma vez que é impossível alcançar a verdade absoluta no processo, assim como nas demais atividades humanas²²³.

Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna, ao escrever sobre os princípios do processo penal, tecem importantes comentários sobre o princípio da verdade real, a quem chamam também de máxima probabilidade ou ausência de dúvida razoável.

²¹⁹ Idem, p. 22.

²²⁰ LIMA, 2009, p. 04.

²²¹ Idem, p. 12.

²²² Idem, p. 19.

²²³ REIS, GONÇALVES, 2014, p. 247.

Segundo Bedê Júnior e Senna, é válido compreender que a ideia do princípio da verdade real no processo penal é que este não pode se contentar somente com a verdade formal (ou verdade processualizada), pois o que se espera é “que os autos sejam o espelho fiel do fato ocorrido no mundo da vida”, mesmo que esta empreitada seja irrealizável – mas é necessária²²⁴.

Citando Danielle Souza de Andrade Silva, que discorre sobre a atuação do juiz no processo penal, Bedê Júnior e Senna criticam que não há nenhuma fórmula pré-concebida que possa garantir a presença da verdade real nos processos. Assim disserta a autora Danielle Silva:

O jurista não pode fechar-se num método previamente traçado e acreditar que, seguindo-o, chegará a uma verdade sobre o objeto pesquisado. É mais a partir da contestação que da reprodução, da dialética que da demonstração, que se poderá chegar a uma solução justa e, pois, admitida como verdadeira para o caso. A essa dialética deve servir o processo, que, para além de um instrumento de justiça, representa garantia da liberdade, pela vivificação de normas que são genuínas garantias não só do acusado, mas do processo e da jurisdição²²⁵.

Os autores chegam a sustentar que é impossível falar em verdade real, pois o que devemos aceitar é a condenação com base na máxima probabilidade. No entanto, mesmo essa máxima probabilidade, para eles, é mais outro problema, uma vez que “trabalhar com probabilidade ainda é trabalhar com certa falta de certeza, pois admite a condenação com fulcro no que se revela provável, o que é perigoso e inconstitucional”²²⁶.

Portanto, não podendo o juiz julgar a verdade, pois a mesma é inalcançável para nós, mortais, o julgamento nos processos penais devem se basear numa versão do fato que não deixa qualquer dúvida razoável de que o acusado praticou o crime²²⁷.

Norberto Avena, ao dissertar sobre o princípio da verdade real ou da verdade substancial (termo utilizado pelo art. 566 do CPP), diz que este estabelece que o juiz deve apurar os fatos com o fito de descobrir como estes efetivamente ocorreram, “de forma a permitir que o *ius*

²²⁴ BEDÊ JÚNIOR, SENNA, 2009, p. 102.

²²⁵ SILVA *apud* BEDÊ JÚNIOR, SENNA, 2009, p. 102-103.

²²⁶ BEDÊ JUNIOR, SENNA, 2009, p. 103.

²²⁷ *Idem*, p. 105.

puniendi seja exercido em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal e somente contra essa pessoa”²²⁸.

Avena ressalta que na esfera penal a investigação dos fatos trilha caminho diferente daquele que é seguido na esfera civil, “em que, vigorando o princípio da verdade formal, deve contentar-se o juiz com o resultado das manifestações formuladas pelas partes, circunscrevendo-se aos fatos por elas debatidos e às provas que tenham produzido”²²⁹. Entretanto, o mesmo processualista afirma que é necessário ter em vista que esta busca da verdade real não pode afrontar os direitos e as garantias estabelecidos nas leis infraconstitucionais e na Constituição Federal de 1988, como, por exemplo: art. 5º, inciso LVI, CF; art. 621, incisos I, II e III, CPP; art. 207, CPP; e arts. 72 e 76 da Lei nº 9.099/95.

Renato Brasileiro de Lima escreve que a dicotomia entre verdade formal (típica do processo civil) e verdade material (própria do processo penal) deixou de existir. Conforme analisa o autor, mesmo nos casos de direitos disponíveis na seara cível, tem sido admitido que o juiz possa, de ofício, determinar a produção de provas necessárias ao esclarecimento da verdade²³⁰. Já no campo do processo penal, é certo que não se pode atingir a verdade absoluta, e, por isso, tem prevalecido na doutrina que o princípio que aqui vigora é o da busca da verdade (ou princípio da livre investigação da prova no interior do pedido e princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova), e não o princípio da verdade real ou material²³¹.

O que entende Renato Brasileiro é que, uma vez considerado o processo como meio efetivo da realização da justiça, tendo como objeto da lide direito disponível ou direito indisponível, tanto faz, “a busca de um processo justo passa inevitavelmente pela previsão de meios efetivos para que se atinja a maior aproximação possível da verdade”²³².

Guilherme de Souza Nucci, autor que discorre sobre direito penal e direito processual penal, destaca o princípio da busca da verdade real como concernente à relação processual. Segundo

²²⁸ AVENA, 2013, p. 43.

²²⁹ Idem, p. 43

²³⁰ LIMA, 2012, p. 47

²³¹ Idem, p. 47-48.

²³² Idem, p. 47.

Nucci, “o princípio da verdade real significa (...) que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente”²³³.

Contrariamente à verdade formal, inspiradora do processo civil, onde o juiz não está obrigado a buscar provas, mormente em ações de conteúdo exclusivamente patrimonial, que constitui interesse disponível, contentando-se com a trazida pelas partes e extraíndo sua conclusão com o que se descortina nos autos, a verdade real vai além: quer que o magistrado seja coautor na produção de provas. Esse princípio muitas vezes inspira o afastamento da aplicação literal de preceitos legais. Exemplo disso é o que ocorre quando a parte deseja ouvir mais testemunhas do que lhe permite a lei. Invocando a busca da verdade real, pode obter o magistrado a possibilidade de fazê-lo²³⁴.

No entanto, Nucci admite que a doutrina tem mitigado o princípio da busca da verdade formal no processo civil, pois há vários dispositivos presentes no CPC, como expõe Marco Antonio de Barros (vide arts. 130, 342, 355 e 440 do CPC), que impoariam ao juiz a tarefa de buscar a verdade dos fatos pela prova tanto quanto as partes²³⁵.

Ocorre que, de acordo com Nucci, a distinção entre verdade formal e verdade real é feita para que seja demonstrada a finalidade diversa que existe entre os dois tipos de processo, embora o autor entenda que a “verdade é una e sempre relativa, consistindo busca inviável, no processo, encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram”²³⁶. Para ele, “enquanto que na esfera cível o magistrado é mais um espectador da produção da prova, no contexto criminal, deve atuar como autêntico copartícipe na busca dos elementos probatórios”²³⁷. Citando Benedito Roberto Garcia Pozzer, Nucci afirma que, no processo penal brasileiro, “o julgador não pode contentar-se com a verdade apresentada pelas partes. Ao contrário, busca, incansavelmente, os verdadeiros fatos, encontrando limites, somente, na moral e legalidade das provas”²³⁸.

Para reforçar o posicionamento existente em se manter a distinção entre as “verdades” de acordo com os ramos processuais em xeque, Nucci traz as seguintes lições:

Além disso, a realidade nos demonstra que o juiz, exercendo suas atividades em Vara Cível, tem nitidamente menor preocupação em produzir provas de ofício, especialmente quando cuida de interesses patrimoniais, aguardando a atitude

²³³ NUCCI, 2007, p. 97.

²³⁴ Idem, *ibidem*.

²³⁵ Idem, p. 97-98.

²³⁶ Idem, p. 98.

²³⁷ Idem, *ibidem*.

²³⁸ POZZER *apud* NUCCI, 2007, p. 98.

positiva das partes nesse sentido. Por outro lado, na esfera criminal, ainda que o réu admita o teor da acusação, o juiz determinará a produção de provas, havendo um cuidado maior para não levar ao cárcere um inocente, visto que estão em jogo, sempre, interesses indisponíveis.

Vale ressaltar que a verdade formal é a que emerge no processo, conforme os argumentos e as provas trazidas pelas partes. Exemplo maior disso é o que ocorre no processo civil, quando o réu não contesta a ação, da qual foi devidamente cientificado: pode o magistrado julgar antecipadamente a lide, dando ganho de causa ao autor, por reputar verdadeiros, porque não controversos, os fatos alegados na inicial (arts. 319 e 330, II, CPC).

Tal situação jamais ocorre no processo penal, onde prevalece a verdade real, que é a situada o mais próximo possível da realidade. Não se deve contentar o juiz com as provas trazidas pelas partes, mormente se detectar outras fontes possíveis de buscá-las.

Finalmente, deve-se destacar que a busca da verdade material não quer dizer a ilimitada possibilidade de produção de provas, pois há vedações legais que necessitam ser respeitadas, como, por exemplo, a proibição da escuta telefônica, sem autorização judicial²³⁹.

Em outro livro mais específico sobre provas no processo penal, Nucci traz um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro afirmando que a verdade processual no processo penal deve corresponder tanto quanto possível à verdade real:

A finalidade da prova é convencer o magistrado acerca da veracidade dos fatos alegados, formando assim a verdade processual, que no Processo Penal, dado o grau de intromissão na esfera dos direitos individuais da sanção penal, deve corresponder à verdade real tanto quanto possível (Ap. 03655-12-34.2009.8.19.0001/RJ, 8ª Câmara Criminal, julgado em: 03/08/2011, relator: Claudio Tavares de O. Junior)²⁴⁰.

Por sua vez, José Renato Nalini, em obra conjunta com José Carlos G. Xavier de Aquino, observam que “não é modernamente aceito (...) que no processo penal se cogite da verdade real, enquanto no processo civil se cuida da verdade formal ou verdade dos autos”. Conforme entendimento dos juristas “importa também na composição dos litígios cíveis, alcançar-se a verdade possível e, tanto quanto possível, a verdade real”²⁴¹.

Para Aquino e Nalini, embora hodiernamente se nota essa preocupação maior com a verdade real mesmo no processo civil – “atenuando-se a distinção teórica existente entre as duas faces mais utilizadas de um mesmo processo” –, compreende-se que o “juízo civil pode se limitar à verificação das proposições das partes, restando o julgador satisfeito com a verdade aparente,

²³⁹ NUCCI, 2007, p. 98-99.

²⁴⁰ NUCCI, 2011, p. 19.

²⁴¹ AQUINO, NALINI, 2005, p. 61.

formal ou convencional derivada dessas manifestações²⁴²; contrariamente, o juiz penal, segundo Vélez Mariconde, “tem o dever de investigar a verdade real, objetiva, substancial dos fatos submetidos a juízo, para dar base certa à justiça, não obstante a confissão do imputado”²⁴³.

Ocorre que os autores escrevem, com amparo em Vélez Mariconde, que a verdade é só uma: “identidade, adequação ou conformidade entre a realidade ontológica e a noção ideológica”²⁴⁴, ou, ainda, que a verdade é para o homem mera “adequação do intelecto com o objetivo conhecido”²⁴⁵, onde podemos verificar, assim, um apego à verdade por correspondência ou adequação.

Na verdade, para Aquino e Nalini não é possível atingir a dita verdade absoluta, inapreensível para o ser humano. Por isso, “a possibilidade é a de alcançar o máximo grau possível de verdade, com as limitações da condição humana”²⁴⁶; “o operador jurídico não pode alimentar a pretensão de atingir a verdade”, pois o que irá encontrar será “um arremedo de verdade, às vezes remota da real, outras mais próxima, mas quase sempre diversa dela”²⁴⁷. Contudo, não pode deixar o juiz “de procurar sempre atingir o máximo de verdade real em cada processo a ele confiado”, isto porque “a sentença do juiz não satisfaz a consciência social e não corresponde aos fins do processo, se não reflete a realidade e não é fruto de uma investigação plena e sem prejuízos”²⁴⁸. Ainda para os autores, sentença justa no processo penal significa aquela “adequada à verdade objetiva”, sendo que a verdade se mostra “mais apreensível quanto mais observado o princípio da inquisitividade e estimulada a racional concepção do princípio da livre apreciação da prova”²⁴⁹.

Paulo Rangel, em uma complexa posição a respeito do consenso em Habermas, disserta sobre a verdade processual como um dos princípios básicos do processo. As premissas que podemos colher de seus ensinamentos são estas²⁵⁰:

²⁴² Idem, p. 91

²⁴³ MARICONDE *apud* AQUINO, NALINI, 2005, p. 91.

²⁴⁴ Idem, p. 91.

²⁴⁵ TOMAZ DE AQUINO *apud* AQUINO, NALINI, 2005, p. 92.

²⁴⁶ AQUINO, NALINI, 2005, p. 91.

²⁴⁷ Idem, p. 92.

²⁴⁸ Idem, p. 92.

²⁴⁹ Idem, p. 92-93.

²⁵⁰ RANGEL, 2011, p. 06-09.

- a) a verdade é dentro dos autos e pode não corresponder à verdade do mundo dos homens;
- b) o conceito de verdade é relativo;
- c) no processo penal, o juiz deve ter o mínimo de dados necessários (leia-se: meios de prova) para julgar admissível ou não a pretensão da acusação;
- d) o que há dentro dos autos do processo é um consenso diante das provas que nele se encontram;
- e) porém, esse consenso não é aquele que Habermas disserta, posto que a verdade “envolve uma questão com a qual não se pode transigir e aqui haverá um problema na teoria consensual da verdade: com liberdade e vida não se pactua consensualmente, pelo menos enquanto eticamente considerados”;
- f) a verdade consensualmente obtida apenas terá validade se o for através da ética da alteridade, compromissada com o outro como ser igual a nós, por sua diferença, ou seja, a verdade processual (veja que a verdade é processual) deve ser vista sob um enfoque da ética, e não do consenso;
- g) a valoração e a motivação recaem sobre tudo que se apurou e que se encontra nos autos do processo;
- h) apesar de ser chamada de verdade processual, observa-se que nem sempre a verdade condiz com a realidade fática ocorrida;
- i) é importante dizer que mesmo o que está nos autos do processo nem sempre se mostra verdadeiro (testemunhas mentem, peritos erram laudo, etc.);
- j) a verdade deve ser buscada dentro de um devido processo legal, não podendo o juiz se afastar das provas juntadas aos autos e ofender um dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana.

No que tange à dicotomia verdade formal (para o processo civil) vs. verdade processual (assim como o autor chama a verdade para o processo penal), Paulo Rangel sustenta que não se deve estabelecer tal diferenciação. De fato, devemos identificar a natureza do direito em litígio, pois, se, em regra, o direito é disponível no juízo cível, no juízo criminal o direito geralmente é indisponível. Dessa forma, entende-se que é desnecessária a busca da verdade processual no processo civil, enquanto que no processo penal – com exceção das infrações

penais de menor potencial ofensivo – “o Estado deve investigar a verdade dos fatos, quem realmente os praticou e em quais circunstâncias foram perpetrados”²⁵¹.

Entretanto, o juiz que instrui o processo civil não pode ser um mero sujeito inerte da relação jurídico-processual, pois, como podemos observar da interpretação do art. 130 do CPC, a simples leitura deste dispositivo impõe ao magistrado a incumbência de determinar as provas necessárias à instrução do processo²⁵². Ocorre que no processo civil há a possibilidade de serem aceitas presunções, ficções e transações, o que afasta a ideia da verdade material.

Assim, não se deve afirmar que no processo civil vigora uma verdade ficta, enquanto que no processo penal vige a denominada verdade processual. Para o doutrinador, “ambos os ramos da ciência jurídica processual (civil e penal) movem-se pelo princípio da verdade processual, devendo-se atentar para a *res in judicio deducta*, se disponível ou indisponível”²⁵³.

Os processualistas Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho do mesmo modo crítico dissertam sobre a verdade no processo penal, especialmente sobre o equívoco da verdade material como uma forma de liberdade absoluta que tende a possuir o juiz penal.

Para os autores, a dicotomia verdade material *vs.* verdade formal, “*que poderia resultar simplesmente imprecisa, mas não provocadora de sérias consequências negativas, transformou-se em algo mais grave, acabando por prejudicar a teoria e a prática penais*”²⁵⁴ (destaque nosso).

Isto porque há uma corrente no processo penal que adota a posição de proeminência da pretensão punitiva, devendo ser dotado o juiz penal, ao contrário do juiz civil, de amplos poderes, ilimitados, motivado pelo escopo da “defesa social”. A busca da verdade se transformou num valor mais sagrado, mais precioso do que a própria proteção da liberdade.

²⁵¹ Idem, p. 09.

²⁵² RANGEL, 2011, p. 09-10.

²⁵³ Idem, p. 10.

²⁵⁴ GRINOVER *et al*, 2006, p. 147.

Assim sendo, os processualistas entendem que o termo “verdade material” deve ser entendido corretamente como uma “verdade processualmente válida”, e não uma verdade obtida pelo juiz penal a qualquer preço, em quaisquer circunstâncias.

Por isso é que o termo “verdade material” há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida.

Esta é a razão pela qual os ordenamentos processuais modernos abandonaram o sistema inquisitório em que as funções de acusar e julgar estavam concentradas no mesmo órgão (juiz ou Ministério Público). E é por isso que desperta preocupação o texto da Lei 9.034, de 03/05/1995, destinada a regular a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão dos crimes oriundos de organizações criminosas, que transforma o juiz em verdadeiro inquisitor, atribuindo-lhe a colheita das provas, com que fere a mais importante garantia do devido processo legal, que é a garantia de imparcialidade²⁵⁵.

Aury Lopes Junior, em uma posição parecida com a que sustenta Eugênio Pacelli de Oliveira, afirma que a verdade real é um mito forjado durante o período inquisitivo, representando uma “artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório”²⁵⁶, buscando, assim, uma “verdade” a qualquer custo e pelas práticas probatórias as mais diversas possíveis (é importante dizer que a tortura foi legitimada em determinados momentos históricos)²⁵⁷.

Citando Luigi Ferrajoli, Lopes Junior diz que a “verdade substancial” é perseguida fora das regras e dos controles, degenerando o juízo de valor e abrindo espaço dentro do processo penal para uma compreensão autoritária e irracionalista deste ramo²⁵⁸.

Com essa ideia em mente, o autor afirma que apenas a verdade formal ou processual se legitimaria no processo penal²⁵⁹.

No entanto, aprofundando seu posicionamento em uma crítica visão a respeito do “mito da verdade” no processo penal, o autor compreende que *há no decorrer do processo um labirinto*

²⁵⁵ Idem, p. 148.

²⁵⁶ LOPES JUNIOR, 2010, p 259.

²⁵⁷ Idem, p. 260.

²⁵⁸ FERRAJOLI *apud* LOPES JUNIOR, 2010, p. 260.

²⁵⁹ LOPES JUNIOR, 2010, p. 260.

de subjetividades e contaminações as mais diversas possíveis, o que o leva a afirmar que ao processo não é permitido atribuir, através da sentença, a função de revelar a “verdade”, nem a “verdade real”, nem a “verdade processual”, pois o problema todo está na “verdade” (considerada um mito na sentença)²⁶⁰.

Para Lopes Junior²⁶¹, a verdade, dentro do ritual judiciário (arquitetura dos tribunais, o latim, a confissão, a toga, os juramentos, etc.), vem a ser uma revelação sagrada. A verdade não é fundante ou estruturante dentro do processo acusatório, e sim contingencial. A verdade não deve ser a função do processo, porém não se pode abandoná-la ou negá-la completamente no processo penal. Apenas não se pode idolatrá-la.

Trilhando nesse pensamento, a sentença – que não será sempre reveladora da “verdade” – representa um ato de crença, um ato de fé, na qual pode ou não coincidir com a “verdade”. A *sentença* vem a ser o ato processual onde o juiz *demonstra seu convencimento, construindo a “sua” história do delito com base nos significados (da norma) que lhe parecem válidos e “elegendo” as versões entre os elementos fáticos apresentados*²⁶² (destacou-se).

A conclusão do autor não poderia ser de forma distinta:

A verdade assim é contingencial e a legitimação da decisão se dá através da estrita observância das regras do devido processo. São essas regras que, estruturando o ritual judiciário, devem proteger do decisionismo e também do outro extremo, onde se situa o processo inquisitório e sua verdade real²⁶³.

Outro grande processualista penal, Fernando da Costa Tourinho Filho, disserta, na parte das “provas”, sobre a busca da verdade real e os valores éticos em questão.

Segundo Tourinho Filho, é preferível nos dias de hoje a terminologia “verdade processual”, em substituição a “verdade real”. A sua busca não é um valor absoluto, devendo ser limitada por valores éticos e jurídicos do Estado de Direito. Por isso, pode-se concluir que a busca da verdade no processo encontra limites na lisura moral e ética – que “forma uma espécie de barreira intransponível que prejudica a reconstrução fiel e integral dos fatos” –, devendo as

²⁶⁰ Idem, p. 268.

²⁶¹ Idem, p. 265-272.

²⁶² Idem, p. 270-271.

²⁶³ Idem, p. 272.

provas, ademais, serem colhidas com observância das garantias intrínsecas ao devido processo legal e de outros direitos fundamentais do homem²⁶⁴.

Em específica obra sobre o tema, Marco Antônio de Barros afirma que “não se pode confundir a descoberta da verdade com o fim do processo. A busca da verdade não significa o fim do processo e não se pode concluir que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado”²⁶⁵.

A tese de que o princípio da verdade material pertence ao processo penal, assim como o princípio da verdade formal pertence ao processo civil, para Barros, é um grave equívoco, uma vez que “essa concepção já não conta, nos dias atuais, com irrestrito apoio, pois ditos princípios podem encontrar guarida indistintamente numa e noutra área do Direito, segundo as condições reveladas em cada caso”²⁶⁶.

Com o enfraquecimento dos dogmas, sustenta Barros que se deve dosar corretamente os limites da investigação dos fatos dentro do processo penal, devendo ser respeitados rigorosos princípios éticos e não podendo ser perdido de vista alguns parâmetros que regem a busca da verdade no moderno processo penal. Dessa maneira, “a verdade material há de ser uma verdade judicial processualmente válida, de modo que o princípio da verdade material significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial”²⁶⁷.

Muito lúcida outra lição do autor é sobre a preservação de direitos e garantias individuais no campo do processo penal. Como, para Marco Antonio de Barros, a investigação da verdade não pode se transformar no objetivo supremo do processo penal, já que o seu objetivo maior é “produzir a verdadeira justiça”, não se pode subverter preceitos morais relacionados com os direitos e as garantias individuais constitucionais na busca pela verdade dos fatos. Segundo Barros, “a questão se resolve em sede de política criminal e de acordo com a opção legislativa que emoldura o sistema processual, de sorte que se permite vedar a utilização de algum direito justamente para se garantir a preservação de outro que a lei considere mais relevante”²⁶⁸.

²⁶⁴ TOURINHO FILHO, 2006, p. 226.

²⁶⁵ BARROS, 2013, p. 27.

²⁶⁶ Idem, p. 37.

²⁶⁷ BARROS, 2013, p. 40-41.

Neste momento, depois de elucidadas também as visões dos doutrinadores que discorrem sobre a “verdade” no processo penal, podemos resumir os posicionamentos assim:

Tabela 4 – Entendimentos dos autores que discorrem sobre o processo penal.

AUTOR (PROCESSO PENAL)	O QUE ENTENDE?
AUTORES QUE ENTENDEM QUE NO PROCESSO PENAL DEVE SER BUSCADA A “VERDADE REAL” (OU “VERDADE MATERIAL”) OU ALGO PRÓXIMO A ELA.	
Fernando Capez	O princípio da verdade real (ou material) é um dos princípios informadores do processo penal , tendo o juiz o dever de investigar os fatos como se passaram na realidade; apenas excepcionalmente o juiz criminal pode se curvar diante da verdade formal. Por sua vez, vigora no processo civil o princípio da verdade formal ou princípio dispositivo, embora haja clara tendência publicista no processo para que o juiz assuma uma posição mais ativa.
Norberto Avena	O princípio da verdade real , conhecido também como princípio da verdade material ou substancial, está presente no processo penal , mas a busca pela verdade real deve respeitar direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais; já no âmbito do processo civil , é o princípio da verdade formal que vigora.
Guilherme de Souza Nucci	A verdade formal é a que emerge do processo, conforme os argumentos e as provas trazidas pelas partes, presente maior no processo civil . Já a verdade real , que prevalece no processo penal , é aquela situada o mais próximo possível da realidade, mas essa busca não quer dizer a ilimitada produção de provas, pois há vedações legais que devem ser respeitadas. Assim, embora deva existir a distinção entre verdade formal e verdade real (para que seja demonstrada a finalidade diversa existente entre processo civil e processo penal), diz-se que a verdade é una e sempre relativa , consistindo busca inviável, no processo, encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram.
AUTORES QUE ENTENDEM QUE NO PROCESSO PENAL DEVE SER BUSCADA A “VERDADE PROCESSUAL” OU “VERDADE PROCESSUALMENTE VÁLIDA” OU ALGO PRÓXIMO A ESSES TERMOS.	
Eugênio Pacelli de Oliveira	Toda verdade judicial é uma verdade processual , por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica. A verdade no processo será uma verdade reconstruída, com maior ou menor grau de contribuição das partes e, eventualmente, do magistrado. Mas compete à acusação, no processo penal, a produção de provas da

²⁶⁸ Idem, p. 41.

	existência do fato e da respectiva autoria, podendo se falar, assim, de uma verdade material.
Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves	Busca-se, através da prova, a demonstração da verdade processual (ou verdade relativa) , eis que é impossível alcançar através do processo a verdade absoluta.
Fernando da Costa Tourinho Filho	Atualmente, é preferível o termo verdade processual em substituição a verdade real, sendo relevante afirmar que sua busca não é um valor absoluto, pois ela está limitada por valores éticos e jurídicos do Estado de Direito, que formam uma espécie de barreira intransponível que prejudica a fiel e integral reconstrução dos fatos.
Paulo Rangel	Não se pode afirmar que no processo civil vigora uma verdade ficta (ou verdade formal), enquanto que no processo penal vige a verdade processual. Ambos os ramos movem-se pelo princípio da verdade processual , apenas devendo se atentar para o direito tutelado, se disponível (via de regra, o direito é disponível no juízo cível) ou indisponível (como geralmente é no juízo criminal).
Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho	A dicotomia verdade formal vs. verdade material se transformou em algo grave, acabando por prejudicar a teoria e a prática penais. A posição adotada no processo penal transformou a busca da verdade num valor mais sagrado, mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual. A verdade material, assim, deve ser entendida corretamente como uma verdade judicial, prática, uma verdade processualmente válida , e não uma verdade obtida pelo juiz a qualquer preço e sob quaisquer circunstâncias.
Marco Antonio de Barros	O fim do processo não é a descoberta da verdade. É um equívoco sustentar que a verdade formal pertence ao processo civil assim como a verdade material pertence ao processo penal. Há que se dosar certos limites na busca da verdade no campo do processo penal, sobretudo respeitando rigorosos princípios éticos. A verdade material, assim, há de ser compreendida como uma verdade judicial processualmente válida , tendente a uma certeza próxima da verdade judicial.
AUTORES QUE ENTENDEM QUE NO PROCESSO PENAL DEVE SER BUSCADA A “VERDADE PROVÁVEL” OU “MÁXIMA PROBABILIDADE” OU ALGO PRÓXIMO A ESSES TERMOS.	
Marcellus Polastri Lima	Difícilmente ou nunca se conseguirá atingir a certeza absoluta no processo. Busca-se no processo a verdade provável , ou seja, aquela mais próxima possível (considerada em graus) da verdade.
Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna	No processo penal, o julgamento deve se basear na máxima probabilidade ou ausência de dúvida razoável , pois é impossível

	falar em verdade real no processo (inalcançável para o homem), devendo o juiz se basear numa certa versão dos fatos que não deixa qualquer dúvida de que o réu praticou o crime.
AUTORES QUE ENTENDEM QUE NO PROCESSO PENAL DEVE SER BUSCADA A “VERDADE POSSÍVEL” OU “MAIOR APROXIMAÇÃO POSSÍVEL DA VERDADE” OU ALGO PRÓXIMO A ESSES TERMOS.	
Renato Brasileiro de Lima	Deixou de existir a dicotomia entre verdade formal (processo civil) e verdade real (processo penal). No processo civil, tem sido admitido um maior poder do juiz para determinar as provas necessárias ao esclarecimento da verdade; já no processo penal , o princípio que vigora não é o da verdade real (ou material), mas sim o da busca da verdade , entendido como livre investigação da prova no interior do pedido e imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova. Ou seja, para que haja um processo justo, deve haver meios efetivos para atingir a maior aproximação possível da verdade .
José Carlos G. Xavier de Aquino e José Renato Nalini	Modernamente, não é aceita a distinção entre verdade real para o processo penal, e verdade formal (ou verdade dos autos) para o processo civil. Tanto quanto possível, importa também para o processo civil alcançar a verdade possível , e, tanto quanto possível, a verdade real . Na verdade, sendo a verdade absoluta inapreensível para nós, no processo devemos alcançar o máximo grau possível de verdade , com as limitações do homem.
AUTORES QUE ENTENDEM QUE NO PROCESSO PENAL A “VERDADE” SERÁ CONTINGENCIAL E O JUIZ DEVE CONSTRUIR A “SUA” HISTÓRIA DO DELITO.	
Aury Lopes Junior	A verdade real é um mito forjado pelo período inquisitivo, a qual buscava uma “verdade” a qualquer custo e pelas práticas probatórias as mais diversas possíveis. Por conta do “ritual judiciário”, há no decorrer do processo um labirinto de subjetividades e contaminações, fazendo com que o problema todo passe para a órbita da “verdade”, e não da verdade processual, da verdade real, etc. O processo não possui a função de revelar a “verdade”, mas não se pode abandoná-la. A sentença vem a ser um ato de crença, de fé , que pode ou não coincidir com a “verdade”. A “verdade” é, assim, contingencial , e não estruturante, e o juiz formará seu convencimento construindo a “sua” história do delito com base nos significados da norma e “ elegendo ” as versões entre os elementos fáticos demonstrados.

3. RELAÇÕES ENTRE PROVA E “VERDADE”²⁶⁹

Ao escrever sobre a “verdade” e sua *construção no processo civil*, nada mais importante que tratar com o mesmo rigor científico o tema das provas, uma vez que, nas palavras de Antonio Dallepiane, a “prova é sempre e em todo caso a pedra de toque da verdade”²⁷⁰.

Compreende-se que uma nova perspectiva sobre a prova e os institutos a ela imanescentes começou a se modelar a partir da passagem do Estado Liberal para o chamado *Estado Social*, surtindo, conseqüentemente, importantes reflexos dentro do processo (civil).

Exemplo dessa passagem é a participação mais atuante do magistrado dentro do processo, de modo que incessantemente tenda a buscar, juntamente com as partes, a concretização da *paz social* mediante o uso democrático dos instrumentos processuais²⁷¹.

O nascimento do Estado Social fez com que a prova ganhasse uma orientação publicista e o processo se preocupasse em perseguir a igualdade material entre as partes, e não mais a igualdade formal.

Mas o nascimento do Estado Social fez surgir um modelo que, diante de suas insuficiências e ambigüidades de sentidos, não conseguiu assegurar a “justiça social”, tampouco a “autêntica participação democrática do povo no processo político”, como ressalta José Afonso da Silva, citado por Fernanda Borges²⁷².

Outra concepção de Estado foi necessária, emergindo a concepção do Estado Democrático de Direito onde os cidadãos, se desejarem que o direito produzido seja legítimo, democrático, precisam reconhecer, reciprocamente, uns aos outros²⁷³.

²⁶⁹ Este Capítulo foi escrito com base em artigos científicos produzidos durante o Curso de Mestrado na Ufes, tanto como aluno regular quanto como aluno especial. Conferir: a) MACHADO, Vitor Gonçalves. O problema da “verdade processual”: nova perspectiva sobre a busca da verdade pela prova no processo civil. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 14, n. 28, jul./dez. 2011, p. 198-217; b) MACHADO, Vitor Gonçalves. Análise crítica e sistemática acerca da (moderna) teoria geral da prova cível. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 6, vol. IX, jan. a jun. 2012, p. 734-764.

²⁷⁰ DALLEPIANE *apud* TOMÉ, 2011, p. 11.

²⁷¹ Conferir: RODRIGUES, 2008, p. 176-177; SANTOS, RABELO, 2009, p. 97.

²⁷² SILVA *apud* BORGES, 2013, p. 38.

Seguindo essa linha, aliada a uma postura mais constitucionalista e democrática²⁷⁴, temos que o estudo da linguagem como base para a análise da “verdade” e da prova no processo civil é salutar. O conhecimento pressupõe a existência da linguagem, sendo a linguagem que cria ou constitui a realidade. Se nada existe onde faltam palavras, então não podemos falar sobre algo sem que se possa vê-lo em linguagem²⁷⁵. Segundo Lenio Luiz Streck, citado por Fabiana Del Padre Tomé, “estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem”²⁷⁶.

Muito embora o trabalho pretenda abordar o tema da “verdade” dentro de uma Teoria Geral do Processo, explorando entendimentos obtidos tanto no processo civil quanto no processo penal, realizaremos nos próximos tópicos um corte metodológico para explorar com mais profundidade a teoria geral da prova cível sob os auspícios do estudo da linguagem, consubstanciado na premissa da identificação do direito como espécie de sistema comunicacional, assim como entende Fabiana Tomé²⁷⁷.

3.1. DEFINIÇÃO DE PROVA

Há farta discussão na doutrina em relação ao que verdadeiramente poderia ser o conceito de prova, não sendo sua conceituação uma tarefa simples, nem unívoca. Mas Fabiana Tomé ressalta que é desaconselhável pretender conceituar o termo em um único sentido, visto que seu conceito varia segundo o instante em que a considere²⁷⁸.

²⁷³ BORGES, 2013, p. 40.

²⁷⁴ De acordo com Fernanda Borges, “(...) para que a prova seja concretizadora do Estado Democrático de Direito, *necessária se faz sua ressemantização teórica, por meio dos preceitos constitucionais democráticos*, pois, lamentavelmente, *a teoria da prova está inserida em concepções antidemocráticas, centradas na autoridade do julgador* e na teoria do processo como relação jurídica” (destacou-se) (BORGES, 2013, p. 41).

²⁷⁵ TOMÉ, 2011, p. 06.

²⁷⁶ STRECK *apud* TOMÉ, 2011, p. 07.

²⁷⁷ Conforme entende Fabiana Tomé (que finca a premissa inicial em sua obra de estudar uma teoria geral da prova), ao se conceber o direito como um fenômeno de comunicação dentro da teoria comunicacional, tem-se como premissa a identificação do direito positivo como um sistema de comunicação que se manifesta como linguagem. O direito é linguagem, uma vez que é a linguagem que constitui as normas jurídicas. O direito é composto por linguagem, a qual cria sua própria realidade. Em outras palavras, e com apoio em Gregorio Robles, “*o direito é texto*”, tomando o vocábulo “texto” em seu sentido lato dentro das três dimensões sócio-semióticas (triângulo semiótico): suporte físico, significado e significação (TOMÉ, 2011, p. 46-47).

²⁷⁸ TOMÉ, 2011, p. 76.

Para iniciar a compreensão, buscamos em Tércio Sampaio Ferraz Junior os contornos éticos da prova, que envolvem características relativas à justiça, à equidade, ao bem comum, para afirmar com mais ênfase a importância da prova para o processo. Segundo Tércio Sampaio,

[...] no sentido etimológico do termo – *probatio* advém de *probus* que deu, em português, prova e probó –, provar significa não apenas constatação demonstrada de fato ocorrido – sentido objetivo –, mas também provar ou fazer aprovar – sentido subjetivo. Fazer aprovar significa a produção de uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança, bem como a possibilidade de garantir, por critérios de relevância, o entendimento dos fatos em sentido favorável (o que envolve questões de justiça, equidade, bem comum etc.)²⁷⁹.

Importantes lições no que tange à prova da mesma forma nos dá Antonio Magalhães Gomes Filho, ao asseverar que sua noção pertence aos domínios da Filosofia, pois está relacionada ao âmbito das operações do intelecto na busca e na comunicação do conhecimento verdadeiro. Segundo o autor, a noção de prova “pode ser encarada tanto sob uma vertente objetiva, relacionada aos procedimentos de investigação, como através de uma ótica subjetiva, que privilegia o assentimento, a crença, que pode ou não decorrer da utilização daqueles procedimentos”²⁸⁰.

Decerto, o termo “prova” encontra acepção não somente nos domínios do direito processual. A figura da prova está presente em inúmeras disciplinas, tanto em ciências exatas quanto em ciências humanas, como noticia Fabiana Tomé²⁸¹.

Paulo de Barros Carvalho reuniu, aliás, cinquenta e oito diferentes possibilidades significativas para o termo, quais sejam:

1. procedimento, entendido como a sequência de atos mediante os quais se opera o relato probatório;
2. rito da enunciação, legalmente previsto, ou procedimento organizacional da prova;
3. resultado do procedimento probatório, ou seja, seu produto;
4. conjunto de regras que regulam a admissão, produção e valoração dos elementos trazidos aos autos, determinando o transcurso probatório;
5. enunciação;
6. enunciaçãoenunciada;
7. enunciado linguístico;
8. suporte físico;
9. conteúdo do suporte físico;
10. proposição;
11. veículo introdutor;
12. norma em sentido amplo;
13. norma em sentido estrito;
14. mensagem;
15. signo;
16. indício;
17. pista;
18. vestígio;
19. marca;
20. sinal;
21. ato de fala;
22. atitude pragmática;
23. relação de implicação entre enunciados linguísticos;
24. elemento constitutivo do fato jurídico;
25. fato;
26. fato de provar;
27. fato provado;
28. fato que causa o convencimento do julgador acerca da verdade de outro fato;
29. fato da convicção provocada na

²⁷⁹ FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 295.

²⁸⁰ GOMES FILHO, 1997, p. 41

²⁸¹ Vide: TOMÉ, 2011, p. 73.

consciência do julgador; 30. meio de controle das proposições que os litigantes formulam em juízo; 31. soma dos meios produtores de certeza; 32. fundamentação; 33. justificação da crença na verdade de um fato; 34. certeza; 35. verdade; 36. evidência; 37. certificação de que ocorreu elemento constitutivo do fato jurídico; 38. prova direta; 39. prova indireta; 40. presunção; 41. sobreprova; 42. metaprova; 43. reforço de prova; 44. enunciado de segundo nível; 45. contraprova; 46. protoprova; 47. análise; 48. argumento retoricamente produzido; 49. experiência sensorial, decorrente da utilização de um dos cinco sentidos – audição, tato, olfato, paladar e visão; 50. testemunho; 51. competição; 52. concurso; 53. processo seletivo; 54. prova de conhecimento; 55. providência preliminar; 56. exibição; 57. certificação autenticadora; 58. certificação constituidora²⁸².

Leonardo Greco, em artigo sobre o conceito de prova, igualmente vislumbrou as mais variáveis concepções, porém analisadas tão somente no direito processual. Segundo Greco, a prova pode ter uma concepção metajurídica (como um fenômeno que o conhecimento humano faz uso em todas as áreas do saber), ou um sentido mais lógico (raciocínio pelo qual se fixam as conclusões que derivam de certas premissas), ou uma concepção puramente processual (prova como o significado da soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo, conforme define Moacyr Amaral Santos). Pode ter, ainda, um sentido vinculando prova como sistema normativo (conjunto articulado de regras jurídicas e princípios), ou como argumento/raciocínio jurídico, ou, como conclui Greco, assimilando prova como garantia (apta à descoberta da verdade objetiva)²⁸³.

No entanto, o autor se equivoca ao sustentar que a prova deve ser um instrumento de reconstrução racional dos fatos e apto a buscar a verdade objetiva no processo²⁸⁴, visto que é intangível a “verdade” e irrepetível o real.

Marcelo Abelha Rodrigues, por sua vez, ressalta que a prova possui dois prismas, a saber: i) um objetivo, que são os elementos que possibilitam ao magistrado chegar ao conhecimento da verdade; ii) e outro subjetivo, o qual se trata da convicção do juiz perante as provas produzidas²⁸⁵.

Luiz Fux, em posição convergente com a de Abelha Rodrigues, afirma que “prova é o meio através do qual as partes demonstram, em juízo, a existência dos fatos necessários à definição

²⁸² CARVALHO *apud* TOMÉ, 2011, p. 75-76.

²⁸³ GRECO, 2005, p. 368, 370-371, 381-382 e 387-388.

²⁸⁴ *Idem*, p. 387-388.

²⁸⁵ RODRIGUES, 2008, p. 186.

do direito em conflito”, sustentando, ainda, que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos relevantes para a causa”²⁸⁶.

Giuseppe Chiovenda aduz seu entendimento no sentido de que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”. Para o processualista, a prova em geral não pode ter limites, porém a prova no processo “sofre a primeira limitação na necessidade social de que o processo tenha um termo”, e, assim, quando ocorre o trânsito em julgado da sentença, preclui-se definitivamente a investigação sobre os fatos da causa²⁸⁷.

Escrevendo sobre o processo penal, Fernando da Costa Tourinho Filho entende que provar é estabelecer a existência da verdade, sendo as provas justamente os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Aqueles elementos produzidos pelas partes ou pelo juiz visando estabelecer a existência de certos fatos dentro do processo também se denominam prova. Assim, consoante Tourinho Filho, “provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não”²⁸⁸.

Já para Moacyr Amaral Santos e Eduardo Cambi, citados respectivamente por Leonardo Greco e por Manoel Alves Rabelo e Katharine dos Santos, a prova possuiria uma concepção tripartida em atividade, meio e resultado, compreendendo-a conjuntamente dessa forma²⁸⁹:

- a) Como atividade: a prova seria a instrução ou o conjunto de atos processuais desenvolvidos por diversos sujeitos com o fito de reconstruir os fatos deduzidos em juízo e que concedem suporte à decisão do juiz, isto é, que comunicam ao magistrado o conhecimento dos fatos.
- b) Como meio: a prova é sinônimo de instrumento pelo qual as informações são introduzidas no processo; é o meio de comunicação que transmite os fatos probantes ou fatos probandos, visando convencer o juiz das alegações dos fatos. A prova deixa de se vincular diretamente a uma atividade humana para se conectar aos meios

²⁸⁶ FUX, 2004, p. 692.

²⁸⁷ CHIOVENDA, 2002, p. 109-110.

²⁸⁸ TOURILHO FILHO, 2005, p. 213.

²⁸⁹ Conferir: SANTOS, RABELO, 2009, p. 100-101; GRECO, 2005, p. 373-374; THIBAU, 2011, p. 31-33. Idêntica tripartição faz Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 41-42), e Germano Marques da Silva, citado por Fernando da Costa Tourinho Filho (SILVA *apud* TOURINHO FILHO, 2005, p. 214).

utilizados na atividade, responsáveis pela condução a um resultado quantos aos fatos alegados²⁹⁰.

- c) Como resultado: a prova seria o mesmo que o êxito ou a valoração, consubstanciado no convencimento do magistrado, vale dizer, é o resultado das atividades acima elencadas.

Arruda Alvim disserta, em um sentido semelhante, que o conceito jurídico de prova consiste em ser um meio idôneo (ou meios idôneos) a “convencer o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade, principalmente dos litigantes”²⁹¹.

Não obstante os conceitos expostos, deve-se expurgar o entendimento que compreende a prova como reconstituição de um fato pretérito. O juiz não é um historiador e não se pode perfeitamente reconstruir a verdade real, material ou substancial pelo processo, pois o real é irrepetível. Portanto, a ideia de que a prova consiste em reconstruir um fato no passado é uma concepção a ser definitivamente superada.

O sentido de prova, na perspectiva do processo civil em consonância com o estudo da linguagem, primeiro deve ser entendido como um elemento construído linguisticamente por um sujeito competente dentro do sistema comunicacional do direito. Mesmo diante do caráter plurissignificativo do termo, deve-se consignar que o seu conceito varia de acordo com o instante que a prova é considerada, “podendo referir-se a aspectos relacionados à sua fonte, aos enunciados probatórios ou à sua valoração”²⁹², restando desaconselhável pretender atribuir um único sentido para o termo.

Mas observando o corte metodológico proposto, a prova é mais bem entendida tal como concebe Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, sendo “*todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios*

²⁹⁰ Essa teoria é muito prestigiada entre os processualistas brasileiros. Vinícius Lott Thibau (2011, p. 32) discrimina os autores que a agasalham: Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart; José Eduardo Carreira Alvim; Sérgio Bermudes; Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco; Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini.

²⁹¹ ALVIM, 2006, p. 407.

²⁹² TOMÉ, 2011, p. 77.

racionais, a convencer o Estado-juíz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo²⁹³ (destaque nosso).

Ou seja, a prova deve ser compreendida como o resultado de um procedimento *racional e discursivo*, consistindo, assim, em uma *interpretação do ser humano sobre o fato*²⁹⁴, com inegável carga de subjetividade, a qual é submetida ao contraditório e passa pela percepção dos outros indivíduos²⁹⁵. *O que se prova, portanto, não são os fatos, mas suas versões (ou alegações dos fatos)*.

A tônica que deve moldar essa dimensão do conceito de prova está no seu *aspecto dialético* e no *método argumentativo-retórico*, não importando se ela é vista como meio, atividade ou resultado, mas sempre aliada à observância necessária das regras e princípios jurídicos e aproximando-se da concepção da prova como elemento argumentativo, onde o processo civil esteja em um contexto voltado para o debate, a argumentação, o consenso, o discurso e, sobretudo, o contraditório.

Além disso, não se pode esquecer que a prova, como enunciado linguístico que é, representa produto da interpretação do homem. Desse modo, sendo um *signo* representativo de um fato alegado, *ela se apresenta sempre como representação apenas parcial de outro fato*, cujo ingresso no sistema do direito positivo se dará por meio do relato efetuado em linguagem emitida pelo sujeito competente²⁹⁶. Fabiana Tomé utiliza a seguinte figura para demonstrar a prova como um *fato alegado particularizado mediante linguagem competente de um fato social*:

*Figura 1 – Fato social, fato alegado e prova*²⁹⁷.

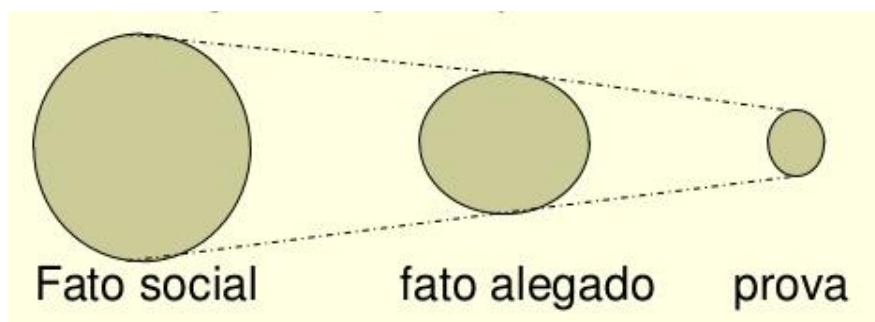
²⁹³ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 59.

²⁹⁴ Vale pontuar a diferenciação que necessita ser realizada entre evento e fato: *evento* é o acontecimento do mundo desprovido de qualquer relato linguístico, enquanto que *fato* é o enunciado denotativo de certa situação, delimitada no espaço e no tempo (TOMÉ, 2011, p. 35). Para ingressar no mundo do direito, o fato requer linguagem competente, isto é, linguagem das provas, sem a qual será mero evento, segundo Paulo de Barros Carvalho, citado por Fabiana Tomé (CARVALHO *apud* TOMÉ, 2011, p. 37). A citada Professora também referencia Maria Rita Ferragut, quem sustenta que aquilo que realmente os sujeitos sabem sobre os eventos nada mais são que suas *versões*, materializadas por meio de linguagem que, por sua vez, os descrevem e constituem fatos (FERRAGUT *apud* TOMÉ, 2011, p. 65).

²⁹⁵ Nesse sentido: RIBEIRO, 2014, p. 42-43.

²⁹⁶ Nessa linha: TOMÉ, 2011, p. 103-104 e p. 110.

²⁹⁷ Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/FernandaMoreira22/aula-dia-24-0913-dra-fabiana-tom>>. Acesso em: 28 fev. 2015.



Mesmo com a adoção desse entendimento, não podemos deixar de nos filiar com a crítica visão de Antonio Magalhães Gomes Filho, para o qual essa multiplicidade de significações do termo “prova” acaba fazendo crescer as dificuldades e inconvenientes, mormente quando se leva em consideração que a ideia de prova vem associada à de “verdade”, a qual “não é só portadora de indiscutível carga emocional, mas também oferece outras tantas perplexidades na exata delimitação de seu conceito”, problemas estes que ficam mais evidentes “com a atribuição ao termo verdade de outras qualidades, como real, material, objetiva, etc”²⁹⁸.

3.2. CARACTERÍSTICAS DA PROVA

Utilizamos a expressão “características” da prova para elucidar os elementos que a compõem. Porém, igualmente concordamos com a utilização do vocábulo “morfologia” por Fabiana Tomé, visto que se realizará uma decomposição das partes da prova, uma *anatomia* do objeto examinado para melhor estudá-lo.

3.2.1. Função e finalidade da prova

Tendo em vista a perspectiva que deve esculpir a definição de prova na jurisdição cível, seu escopo precípua deve ser compreendido como o de apoiar a argumentação retórica das partes e do juiz acerca das alegações dos fatos controvertidos²⁹⁹.

²⁹⁸ GOMES FILHO, 1997, p. 42.

²⁹⁹ Conferir: MARINONI, ARENHART, 2011, p. 56.

Comumente se estabelece que a prova cível, como elemento argumentativo-retórico construído pela linguagem competente, possui a *finalidade* de formar a convicção do Estado-juiz da validade ou probabilidade das proposições fáticas que tenham sido objeto de questionamento.

Já no que concerne à *função* da prova, Marinoni e Arenhart afirmam que esta consiste em “permitir o embasamento concreto das proposições formuladas, de forma a convencer o juiz de sua validade, diante de sua impugnação”³⁰⁰.

Para Cristiano Chaves de Farias, a prova assume uma função argumentativa e dialética, que permite a revelação de fatos (convencimento sobre fatos e situações), que projetam consequências jurídicas, e não a reconstrução dos mesmos³⁰¹.

Assim sendo, a depender da posição adotada em razão da função da prova e dos modelos probatórios, verifica-se que o caminho a se chegar à “verdade” no processo terá diferenças significativas.

Aury Lopes Junior expõe três grandes linhas sobre a “verdade” e a função da prova no processo, sendo, na verdade, um resumo das ideias de Michele Taruffo. Cumpre neste estudo enfatizar a terceira posição, no qual ensina que *a verdade será aquela determinada no curso do processo*. Há, assim, um nexó instrumental entre a prova e a “verdade” dos fatos, esclarecendo Taruffo, citado por Lopes Junior, que a “verdade judicial” pode ter diferentes versões a depender dos sistemas processuais e das opções epistemológicas adotadas³⁰².

Por sua vez, Hermes Zaneti Júnior, colacionando as considerações tecidas por Taruffo, distingue três modelos de prova: i) modelo clássico, simétrico ou persuasivo, no qual a prova é entendida como argumento persuasivo; ii) modelo moderno, assimétrico ou científico, em que a prova é concebida como demonstração; iii) e a racionalidade prática procedimental, modelo explicado pelo autor no qual a prova vem a ser buscada através do procedimento em contraditório, com participação ativa do juiz, num ambiente de discurso jurídico racional e

³⁰⁰ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 55.

³⁰¹ FARIAS, 2006, p. 12.

³⁰² LOPES JUNIOR, 2010, p. 265.

uma inegável importância da utilização das máximas de experiência pelo magistrado. A “verdade” atingida nos autos, assim, deve ser uma verdade provável³⁰³.

O terceiro modelo tende a ser uma tentativa de superar o raciocínio de que a tarefa do juiz se limita à mera subsunção do fato à norma abstrata (juiz como “a boca da lei”). Na racionalidade prática procedimental, o que legitima as atitudes e decisões racionais é a “observância de um procedimento orientado por regras convencionadas ou institucionalizadas que leva à justificação, legitimação e validade da atitude prática racional”³⁰⁴.

Michele Taruffo, de seu modo, analisa que existem apenas duas concepções a respeito da função da prova: a) a primeira concepção considera a prova essencialmente como um meio/instrumento de *conhecimento* (a prova busca realizar uma reconstrução fidedigna dos fatos); enquanto isso, b) a segunda concepção afirma que a prova nada mais é que um meio/instrumento de *persuasão*. Assim, nesta última concepção, a prova não serviria para estabelecer a verdade/falsidade de enunciado, mas sim teria como única finalidade *persuadir o juiz*, convencendo-o para crer em uma (im)plausibilidade de certo enunciado fático³⁰⁵.

A segunda concepção caminha no sentido de que a prova busca trazer elementos de persuasão ao juiz. É assim considerada como uma função retórica da prova, sendo capaz de produzir uma crença na mente do juiz. Será somente “verdadeiro” aquele enunciado de cuja “verdade” esteja o juiz persuadido no contexto dos discursos e narrativas do processo. Caso se considere persuadido, a coisa estará provada, e assim deve ser considerada como verdadeira no processo³⁰⁶.

Com isso, um possível problema surge: a prova, nesse caso, pode ser qualquer coisa que haja sido capaz de influir sobre a formação desse estado psicológico do juiz (mente do juiz). Nessa linha, também pode ser a persuasão formada por qualquer outra causa, e não somente pela existência das provas. Por isso que Taruffo afirma que o papel dos Tribunais nessa concepção

³⁰³ ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 102-107.

³⁰⁴ Idem, p. 71.

³⁰⁵ TARUFFO, 2002, p. 116.

³⁰⁶ Idem, ibidem.

é de ser alguém que será “persuadido para crer em algo, e não de um sujeito que busca a verdade objetiva de algo”³⁰⁷.

Ocorre que *é necessário diferenciar função e finalidade da prova*, não podendo ser tratadas indistintamente. Escreve Fabiana Tomé que a *função* da prova é convencer o destinatário sobre a falsidade ou a verdade de um fato, o que ocorre com o conhecimento dos elementos juntados aos autos processuais. Por outro lado, a *finalidade* da prova, sendo esta entendida como “instrumento para construir a verdade no processo” que possui função persuasiva, é a constituição ou desconstituição do fato jurídico em sentido estrito, ou seja, é a fixação dos fatos no mundo jurídico³⁰⁸.

Aquela bipartição adotada por Taruffo, distinguindo a concepção cognoscitiva da concepção persuasiva como função da prova não tem sentido. A distinção realizada se baseia na teoria da verdade por correspondência, que *não* deve encontrar guarida na moderna compreensão da prova no processo. Veja-se que a prova se destina ao convencimento de outrem, e *persuadir* significa contrapor opções, não para conhecer os acontecimentos, mas para criar a certeza do julgador a partir de uma determinação formal dos fatos³⁰⁹.

3.2.2. Objeto da prova

Conforme premissa fincada na importância da linguagem para o Direito, temos que o objeto da prova não se trata propriamente do direito nem dos eventos a serem provados, mas sim das *afirmações dos fatos controvertidos*, ou, melhor, das *afirmações relativas aos eventos*.

O que se prova são as *afirmações* relativas aos eventos ocorridos no mundo fenomênico. A prova será sempre das afirmações, e jamais dos eventos. Sobre o tema, disserta Paulo de Barros Carvalho, citado por Fabiana Tomé: “O acontecimento concreto, na sua interminável multiplicidade de aspectos (afinal de contas, o real é infinito e irrepetível), não ingressa nos autos. Tão só os enunciados a eles referidos”³¹⁰.

³⁰⁷ TARUFFO, 2003, p. 208

³⁰⁸ TOMÉ, 2011, p. 199-201.

³⁰⁹ Vide: TOMÉ, 2011, p. 199-200.

³¹⁰ CARVALHO *apud* TOME, 2011, p. 179.

No entanto, o direito deverá excepcionalmente ser provado em certos casos pela parte que alegar, de acordo com a regra do art. 337 do CPC: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

Ainda segundo o CPC vigente, prescreve o art. 334 que “não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade”. Apesar de ser essa a redação da legislação em vigor e também da que irá vigorar a partir de 18 de março de 2016 (esse enunciado vem sendo repetido na Lei nº 13.105/2015), não concordamos com tal enunciado, pois os fatos, isto é, os enunciados denotativos de certa situação delimitada no tempo e no espaço, quaisquer que eles sejam, dependem de prova. Por isso, pensamos que, a rigor e dentro do estudo da linguagem, é incorreto afirmar que os fatos notórios, os fatos confessados pela parte contrária, os fatos incontroversos e os fatos que possuem presunção legal de veracidade não dependerão em nenhuma hipótese de prova.

Sobre os “fatos negativos”, há corrente doutrinária que sustenta que os mesmos, quando alegado por uma das partes, não precisam ser provados. Marcelo Abelha Rodrigues, no entanto, alerta que a negativa da parte não exclui dela o ônus de provar sua alegação, pois deve prevalecer a regra na qual, “se a negativa resulta de uma afirmação de que se pretende obter por via de uma declaração negativa, impõe-se à parte que nega o ônus de prová-los”, não possuindo esta negação da afirmação da parte o condão de alterar a natureza constitutiva de seu direito³¹¹.

3.2.3. Destinatário da prova

Ainda consoante o compromisso de afirmar a relevância da linguagem para o Direito e para o processo civil, não podemos dispensar a ideia de que qualquer comunicação se estabelece entre sujeitos, e não entre sujeitos e coisas. Para toda comunicação haverá um remetente, uma mensagem e um destinatário. O destinatário, assim, sempre será um sujeito. Por isso,

entendemos que *o destinatário da prova é o magistrado (sujeito)*, e não o processo (coisa), embora boa parte da doutrina mais moderna do processo civil entenda que é o processo o destinatário³¹², sobretudo em razão do princípio da aquisição processual e do brocardo “o que não está nos autos não está no mundo”.

É importante frisar, para melhor nos posicionarmos acerca dessa compreensão, que o conhecimento, dentro da relação com a linguagem, é um fenômeno que ocorre não em uma relação entre termo-sujeito ou entre termo-objeto, mas sim entre a linguagem do sujeito cognoscente e a linguagem do sujeito destinatário sobre a linguagem do objeto (enunciado)³¹³. Dessa forma, haverá o sujeito que transmite o ato de fala e o sujeito que é o destinatário dessa mensagem, que, no nosso caso, são as alegações dos fatos.

Com o mesmo posicionamento encontra-se Fabiana Tomé, para quem o destinatário, dado o caráter eminentemente persuasivo da enunciação probatória, é o julgador, “isto é, o sujeito a quem se pretende convencer de algo mediante o uso das provas em direito admitidas”³¹⁴.

Dentre os processualistas, encontramos Moacyr Amaral Santos, o qual afirma que “as afirmações de fatos, feitas pelos litigantes, se dirigem ao juiz, que precisa e quer saber a verdade quanto aos mesmos. Para esse fim é que se produz a prova, na qual o juiz irá formar sua convicção”. E o autor continua: “o juiz é o destinatário principal e direto: na convicção, que formar, assentará a sentença. Destinatários, embora indiretos, também são as partes, que igualmente precisam ficar convencidas, a fim de acolherem como justa a decisão”³¹⁵.

3.2.4. Meios de prova

³¹¹ RODRIGUES, 2008, p. 187-188.

³¹² Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery elucidam de forma concisa que é o processo o destinatário da prova, e não o magistrado: “Destinatário da prova. É o processo. O juiz deve julgar segundo o alegado no processo, vale dizer, o instrumento que reúne elementos objetivos para que o juiz possa julgar a causa. Portanto, a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo. Feita a prova, compete à parte convencer o juiz da existência do fato e do conteúdo da prova. Ainda que o magistrado esteja convencido da existência de um fato, não pode dispensar a prova se o fato for controvertido, não existir nos autos prova do referido fato e, ainda, a parte insistir na prova. Caso indefira a prova, nessas circunstâncias, haverá cerceamento de defesa” (NERY JUNIOR, NERY, 2010, p. 632-633).

³¹³ Nesse sentido: MOUSSALLEM, 2001, p. 29.

³¹⁴ TOMÉ, 2011, p. 69.

³¹⁵ SANTOS, 2004, p. 338.

Os meios de prova costumam ser definidos como as fontes probantes, levadas ao processo, e onde o juiz pode extrair a verossimilhança das alegações dos fatos.

No entanto, *prova* e *meio de prova* não se confundem. Enquanto prova denota algo que possa servir ao convencimento de outrem, *meios de prova* são os instrumentos utilizados para conduzir os fatos aos autos processuais, constituindo, em linguagem competente prescrita pelo direito e em observância às regras de organização probatória vigentes, as provas³¹⁶.

Eles estão disciplinados no CPC em rol meramente exemplificativo, visto que a codificação permite (art. 332 do CPC) outros meios de prova que não estejam tipificados (as chamadas provas atípicas), desde que sejam moralmente legítimos.

Analisando o CPC vigente, podemos constatar os seguintes meios de prova: depoimento pessoal (art. 342 e seguintes); confissão (art. 348 e ss.); exibição de documento ou coisa (art. 355 e ss.); prova documental (art. 364 e ss.); prova testemunhal (art. 400 e ss.); prova pericial (art. 420 e ss.); e inspeção judicial (art. 440 e ss.).

No novo CPC (Lei nº 13.105/2015), o Capítulo XII (“Das provas”) ainda vem apresentando como meios de prova: a produção antecipada de prova (arts. 381 a 383); a ata notarial (art. 384); e os documentos eletrônicos (arts. 439 a 441).

Quanto à prova emprestada (aquela que é produzida em um processo, porém serve para a construção de uma idêntica prova em feito diferente que envolve as mesmas partes), a celeuma sobre a falta de sua positivação no ordenamento jurídico parece findar com o novo CPC, pois, tanto no art. 260 do Projeto original quanto no art. 372 da Lei nº 13.105/2015 (NCPC), adota-se a seguinte redação: “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

3.3. CLASSIFICAÇÃO DA PROVA

Na presente classificação da prova, procurou-se englobar um sistema que compreenda aqueles adotados por Moacyr Amaral Santos (citado por Abelha Rodrigues³¹⁷), Francesco Carnelutti, Jeremy Bentham e Nicola Malatesta (os três últimos citados por Ovídio Baptista e Fábio Gomes³¹⁸), complementando-a com o entendimento acerca das denominadas provas típicas e atípicas, provas invasivas e não invasivas, e provas lícitas e ilícitas, e, após, com o estudo crítico e condizente com a linha proposta por Fabiana Tomé de ser o direito um texto e um sistema comunicacional.

a) Segundo o *sujeito*, a prova pode ser real (a alegação do fato é comprovada por meio de uma coisa) ou pessoal (quando a confirmação da alegação do fato provém de uma pessoa).

b) Segundo o *objeto*, a prova pode ser direta (quando o objeto é o próprio fato probando, existindo contato imediato entre o magistrado e a alegação do fato a provar) ou indireta (quando o objeto, na verdade, não é o fato probando, mas os fatos a ele conectados, não existindo uma ligação direta entre o juiz e a alegação do fato a provar. Exemplo: os indícios).

c) Segundo a *forma*, a prova poderá ser entendida como testemunhal (afirmação pessoal oral), documental (afirmação escrita) ou material (quando a afirmação provém da materialidade do fato a provar, ou seja, seria uma prova real, mas aqui sob a classificação segundo a “forma”).

d) Segundo a *reprodução do fato probando* ao magistrado, Carnelutti divide as provas em históricas (há reprodução do fato ao juiz, como acontece com a prova testemunhal) ou críticas (não há uma reprodução do fato a se provar, porém é possível que o juiz, por meio de raciocínio, chegue à conclusão a respeito da veracidade ou não da alegação do fato).

e) Segundo a *casualidade* ou não da constituição do meio de prova, Bentham afirma que a prova pode ser ou casual (caso seja utilizada ocasionalmente, sem prévia intenção de empregá-la como prova), ou pré-constituída (caso já tenha se formado a prova com o intuito de utilizá-la futuramente em um processo, ou, no dizer de Chiovenda, “que preexiste à

³¹⁶ Nesse sentido: TOMÉ, 2011, p. 100 e p. 363.

³¹⁷ RODRIGUES, 2008, p. 198-199.

³¹⁸ SILVA, GOMES, 2006, p. 297-298.

necessidade de provar um fato em juízo, mas preparada, também, em vista de tal necessidade e já perfeitamente idônea para ser comunicada ao juiz³¹⁹ – na maioria, os documentos).

f) Segundo a *dependência de colaboração da outra parte* na formação da prova (mais visualizada no processo penal), tal como discrimina a autora Nara Borgo Machado³²⁰, as provas podem ser invasivas (dependem de intervenção no organismo humano, como o exame de sangue) ou não invasivas (as provas são obtidas a partir de determinados vestígios, como um fio de cabelo de certa pessoa, ou seja, não há intervenção direta no corpo humano).

g) Segundo a *tipicidade* dos meios de prova, constata-se a existência no ordenamento jurídico das provas típicas (previstas expressamente no CPC) e das provas atípicas (que, embora não estejam elencadas no ordenamento, são permitidas pelo legislador desde que moral e legalmente legítimas, estando seu uso limitado, por sua vez, na ilicitude, ilegitimidade e na inconstitucionalidade do método de obtenção da prova³²¹).

h) Segundo a *licitude* dos meios de prova, diz-se que a prova pode ser lícita (obtida sem violação às normas jurídicas) ou ilícita (aquela que não é admitida pois foi obtida com violação às normas jurídicas de direito material ou foi derivada de uma prova ilícita, embora seja lícita quando isoladamente considerada), ou, ainda, ilegítima (obtida com violação às normas de direito processual, podendo ser admitida caso não haja prejuízo ou já tenha ocorrido a preclusão para alegá-la).

Referidas classificações, todavia, apresentam deficiências. Por isso, concordamos com Fabiana Tomé em anotar que, (i) sendo a prova um enunciado linguístico produzido por interpretação do homem, todas as provas são *pessoais*, também em razão de que as coisas nada atestam, dependendo de ingressar no sistema jurídico por intermédio de linguagem competente; ainda, (ii) todas as provas são *documentais*, porque os fatos serão necessariamente reduzidos a escrito para ingressar nos autos processuais, até mesmo as afirmações realizadas oralmente; são as provas, por fim, (iii) sempre *indiretas*, já que nunca teremos acesso aos fatos que se pretende provar, os quais se encontram no passado (daí se

³¹⁹ CHIOVENDA, 2002, p. 114.

³²⁰ MACHADO, 2007, p. 73.

³²¹ RABELO, SANTOS, 2009, p. 113.

chega à conclusão de que toda prova é *indiciária*, porque jamais toca o objeto a que se refere)³²².

Sobre a classificação da prova ser documental, assim escreve Paulo de Barros Carvalho ao analisar a teoria das provas:

O processo civil e o processo penal dizem que as provas podem ser materiais, testemunhais e documentais. Eu digo que todas elas são documentais! Não há provas materiais e não há provas testemunhais. O relato das testemunhas é, necessariamente, reduzido a termo, em linguagem escrita; caso contrário, não entram nos autos e, conseqüentemente, não ingressam no mundo jurídico sem essa linguagem específica. Como é que os sons produzidos pelo depoente ou por aquele que o está interrogando poderiam ingressar nos autos? É algo absurdo. Aquilo que foi dito oralmente é reduzido a escrito. O escrivão o lerá em voz alta, entregará o documento ao depoente, este o assinará e pronto: é o termo escrito, resultado deste procedimento que ingressará nos autos³²³.

3.4. ÔNUS DA PROVA

3.4.1. Uma crítica à regra do sistema brasileiro de distribuição do ônus da prova

A regra sobre a distribuição do *ônus* da prova está disciplinada no art. 333 do CPC vigente, o qual estabelece que ao autor compete provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do requerente.

Quanto à definição de *ônus*, compreende-se que ele significa peso, encargo (estruturado na forma *ter-que*), e não uma obrigação (que se funda no operador deôntico *obrigatório*). Fabiana Tomé aponta que por *ônus* se entende a necessidade de se praticar certa atividade para obter o resultado pretendido. Trata-se de um direito subjetivo de agir, que pode ou não ser exercido pelo sujeito³²⁴.

³²² TOMÉ, 2011, p. 103-104.

³²³ CARVALHO, 2013, p. 953.

³²⁴ TOMÉ, 2011, p. 256-257.

O ônus da prova é previsto no sistema jurídico como uma forma de possibilitar a decisão em certas ocasiões em que o conjunto probatório se mostra insuficiente para o convencimento do juiz. Compreende-se, assim, que ao mesmo tempo em que o ônus da prova corresponde ao encargo das partes em produzir as provas para demonstrar a veracidade das suas alegações dos fatos, serve ao órgão julgador como instrumento auxiliar na formação de sua convicção, especialmente nas situações em que a prova é faltante, incerta ou insuficiente³²⁵.

Ocorre que a partir da leitura do art. 333 do CPC, vislumbra-se o cunho privatista que possui o sistema brasileiro atual quanto ao ônus da prova, devendo, pois, ser (re)interpretado.

Considerar que o processo civil é marcado pela perseguição da “verdade formal” e que ao juiz não cabe a função de ser um sujeito participativo na colheita das provas são pensamentos ultrapassados. Sabe-se que o magistrado, diante da ausência ou insuficiência de provas, não pode eximir-se de julgar, isto é, de dar o direito, de prestar a tutela jurisdicional (situações de *non liquet*: “não está claro”, deixo de julgar). E esta é, pois, a razão de ser da existência do ônus da prova na sistemática processual. Sendo assim, não pode existir mais espaço para a atuação desvencilhada da *construção da “verdade”* das alegações dos fatos, sendo importante que nesta empreitada se consiga trazer aos autos o maior número de provas possíveis (fatos jurídicos linguisticamente produzidos pelo sujeito competente), num ambiente propício *para o discurso, o consenso, a argumentação, a dialeticidade*. Nessa linha, ressaltam Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart que “a ideia do ônus da prova não tem o objetivo de ligar a produção da prova a um resultado favorável, mas sim o de relacionar a produção da prova a uma *maior chance de convencimento do juiz*”³²⁶ (destaque nosso).

Por outro lado, pensando ainda longe da polêmica de saber se realmente o ônus da prova é uma regra de julgamento ou regra de conduta/comportamento³²⁷, o fato é que no NCPC está inserto o instituto da chamada *dinamização do ônus da prova*.

³²⁵ Nesse sentido: TOMÉ, 2011, p. 258.

³²⁶ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 179.

³²⁷ Aliás, essa dualidade (regra de conduta e regra de julgamento) existe apenas para fins de estudo analítico, uma vez que as funções se coimplicam, não existindo uma sem a outra. Assim explica Fabiana Tomé: “Sendo o ônus uma faculdade, exige um titular que a exerça, servindo de base para a aplicação da regra de julgamento. Por outro lado, a falta de certeza que conduz o julgador a decidir conforme os preceitos do ônus da prova não pode ser dissociada do encargo que pesa sobre quem solicita a tutela jurisdicional, cujo pressuposto é a verificação desse fato incerto. O âmbito objetivo do ônus da prova está, portanto, intimamente ligado ao aspecto subjetivo, sendo ambos necessários para a compreensão do instituto do ônus da prova” (TOMÉ, 2011, p. 259).

A teoria dinâmica do ônus da prova, ou simplesmente dinamização do ônus da prova, prevê uma complementação – mas não substituição total – da regra geral do art. 333 do CPC. Tal como está no NCPC, o juiz possuirá poderes para distribuir de modo diverso o ônus probatório, na medida em que as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato demonstrarem que uma das partes tem melhores condições de produzir a prova que outra.

A dinamização, na prática, já vem sendo aplicada por alguns Tribunais pátrios. Porém, mesmo assim, será um novel instituto a ser incorporado expressamente no processo civil brasileiro e que, indubitavelmente, irá trazer discussões, como a polêmica em torno de se aumentar os poderes do magistrado dentro da atividade probatória e a análise dos critérios que permitem realizar essa dinamização.

A seguir demonstra-se quadro esquemático comparativo entre os dispositivos elaborados sobre a dinamização do ônus da prova, em comparação com o CPC vigente, com o Projeto original do novo CPC e a Lei nº 13.105/2015 (NCPC) (destaques nossos):

Tabela 5 – Comparação entre o CPC vigente e o NCPC sobre a dinamização do ônus da prova.

Redação do CPC/1973 (em vigor)	Redação original do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010	Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105/2015)
<p>Art. 333. O ônus da prova incumbe:</p> <p>I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;</p> <p>II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.</p>	<p>Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:</p> <p>I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;</p> <p>II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.</p> <p>Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores</p>	<p>Art. 373. O ônus da prova incumbe:</p> <p>I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;</p> <p>II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.</p> <p>§ 1º <i>Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça</i></p>

<p>Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:</p> <p>I – recair sobre direito indisponível da parte;</p> <p>II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.</p>	<p>condições de produzi-la.</p> <p>§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.</p> <p>§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.</p> <p>Art. 263. É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando:</p> <p>I – recair sobre direito indisponível da parte;</p> <p>II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.</p> <p>Parágrafo único. O juiz não poderá inverter o ônus da prova nas hipóteses deste artigo.</p>	<p><i>por decisão fundamentada</i>, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.</p> <p>§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.</p> <p>§ 3º <i>A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes</i>, salvo quando:</p> <p>I - recair sobre direito indisponível da parte;</p> <p>II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.</p> <p>§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.</p>
--	---	---

3.4.2. A “inversão” do ônus da prova e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)

O Código de Defesa do Consumidor dispõe em seu art. 6º, inciso VIII, a previsão de que haverá a “inversão” do ônus da prova em favor do consumidor, “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”.

O citado enunciado representa uma exceção ao sistema do ônus da prova, uma vez que permite ao magistrado, quando se deparar com o *non liquet*, “inverter” o ônus da prova em

favor do consumidor, beneficiando-o quando do julgamento da lide consumerista³²⁸. Assim, percebe-se que a “inversão” se trata de uma regra de julgamento, e não de conduta, devendo as partes ser alertadas o quanto antes acerca da possibilidade de incidência da norma citada.

Cumprido esclarecer que há uma atecnia em dizer que haverá uma “inversão” na regra do ônus da prova. O que parece é que, afirmando que se inverterá o ônus, então a lógica é de que ao réu competirá provar os fatos constitutivos do direito do autor, e ao autor competirá a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos de seu direito, ou seja, inverte-se literalmente a regra geral do art. 333 do CPC. Na verdade, nada se inverte, pois

[...] quando se fala de inversão do ônus da prova quer o legislador dizer que, em determinadas situações, há a *dispensa* da parte de fazer prova de *algum fato por ela alegado*. Em tais circunstâncias, dispensa a lei que o demandante faça prova do fato constitutivo de seu direito. Ou seja, não basta ao demandado impugnar os fatos apenas alegados pela parte contrária; tem ele o encargo, como imperativo de seu próprio interesse, de *fazer prova de que aqueles fatos alegados pelo demandante não ocorreram* ou, admitindo-os, que *não produziram as consequências afirmadas na petição inicial* (defesa direta) ou, ainda, *apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daqueles integrantes da causa petendi descrita na petição inicial* (defesa indireta)³²⁹ (destaque nosso).

De fato, o encargo não está determinado previamente para este ou aquele sujeito, já que fica na dependência da alegação efetuada pela parte. Quem alega sempre deverá provar algo decorrente de sua manifestação. Por exemplo, o consumidor que comprou o produto com vício/defeito, deve provar que fez a compra, apresentar a nota fiscal, etc. Desse modo, há quem afirme que sequer poderia se falar em “inversão do ônus da prova” ou outro termo semelhante. Os dispositivos, quando interpretados sistematicamente, levam à conclusão de que eles não invertem, efetivamente, o ônus de provar, isto porque continuará existindo a necessidade de que cada uma das partes demonstre o pressuposto de fato previsto na hipótese normativa que sustenta como fundamento à sua alegação³³⁰.

Porém, refletindo como está disposto na legislação consumerista, o autor – no caso, o consumidor lesado – deverá demonstrar verossimilhança nas suas alegações dos fatos ou ser técnica, social ou economicamente hipossuficiente para que, ao menos, seja possível a

³²⁸ RODRIGUES, 2008, p. 196-197.

³²⁹ LUCON, p. 16-17.

³³⁰ TOMÉ, 2011, p. 265.

“inversão”, devendo o juiz, conforme rege o CDC, utilizar-se das máximas de experiência para verificar se os requisitos citados estão presentes *in casu*.

Por outro lado, a “inversão” do CDC, ao que parece, perderá força quando da vigência da Lei nº 13.105/2015 (NCPC) e o instituto ali consagrado da dinamização do ônus da prova.

3.5. O DIREITO À PROVA E SEU ASPECTO CONSTITUCIONAL

A partir de uma rápida busca no texto constitucional, logo se percebe que não há menção alguma em relação a um “direito à prova”³³¹ aos cidadãos nos processos judiciais ou administrativos. Ora, então não restaria consagrado constitucionalmente o direito à prova?

De fato, não há expressamente reconhecido na CF/88 o direito à prova. Isto porque nem a Constituição Federal e nem a legislação infraconstitucional, como notado por Antonio Magalhães Gomes Filho, afirmam esse direito de modo direto e amplo, porém sua garantia é, indubitavelmente, inferida de outros textos de uma amplitude mais geral, como o art. 332 do CPC, no plano infraconstitucional, e o art. 5º, incisos LIV e LV, dentro da CF/88³³².

Na verdade, o direito à prova é um desdobramento do postulado do devido processo legal (*due process of law*), previsto no art. 5º, inciso LIV, CF/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A cláusula do devido processo legal surge mais robustamente com a Magna Carta, de 1215, na Inglaterra³³³. A cláusula *law of the land* da *Great Charter* foi a primeira limitação ao poder do rei, estabelecendo o seguinte:

³³¹ Para José Carlos Barbosa Moreira, citado por Antonio Scarance Fernandes, três são as exigências fundamentais do direito à prova, visto em correlação com o contraditório: i) necessidade de “conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas”; ii) inexistência de “disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento” das “provas pelo órgão judicial”; e iii) igualdade, para as partes, de “possibilidade de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados” (BARBOSA MOREIRA *apud* FERNANDES, 2005, p. 77-78).

³³² GOMES FILHO, 1997, p. 46-48.

³³³ DURÇO, 2009, p. 100-101.

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land³³⁴.

No direito brasileiro, nota-se que o devido processo legal representa verdadeiro princípio fundamental, traduzindo-se numa garantia de que haja um procedimento legal e previamente estabelecido a regular o caminho que desenvolvem os atos processuais, seja na esfera cível, penal ou administrativa (aspecto formal), exigindo, além disso, limites ao poder estatal como um todo, de modo que se observe a proporcionalidade e a razoabilidade do conteúdo das decisões judiciais, dos atos normativos e dos atos administrativos (aspecto substancial)³³⁵.

Fabiana Tomé aponta que desse princípio decorrem vários outros princípios (ou garantias), como a “vedação a juízo ou tribunal de exceção, proibição de julgamento do processo por autoridade incompetente, garantia de que o particular não será privado de sua liberdade física ou de seus bens sem o correspondente processo judicial”³³⁶, etc.

Sendo assim, apesar de não conter previsão explícita na Constituição Federal, o direito que o jurisdicionado possui a produzir e requerer prova não está despido de garantia constitucional, pois se apresenta como corolário do postulado do devido processo legal.

3.6. PRINCÍPIOS RELATIVOS À PROVA (NA JURISDIÇÃO CÍVEL)

A principiologia imanente ao tema da prova civil possui suas particularidades, e por isso se diferencia daquela utilizada em outros sistemas do saber jurídico, como a do processo trabalhista ou do processo penal, embora seja possível observar vários pontos de contato (como já tivemos oportunidade de escrever no Capítulo anterior), todos ligados a uma mesma base fundamental: os princípios e valores insculpidos na Constituição Federal de 1988.

³³⁴ Tradução livre: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra maneira, nem procederemos com força contra ele nem mandaremos outros procederem assim, a não ser por meio de um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra”.

³³⁵ DURÇO, 2009, p. 104-108.

³³⁶ TOMÉ, 2011, p. 251.

Por princípio, conforme ensina Miguel Reale, diz-se que são “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”. Tratam-se, pois, de “verdades fundantes de um sistema de conhecimento”, admitidas por serem evidentes, por terem sido comprovadas ou por motivos de ordem prática³³⁷.

De modo geral, apesar da observância de Paulo de Barros Carvalho de que existem quatro usos distintos para o termo “princípio” (que, assim como muitos termos na linguagem do direito, sofre do vício da polissemia), compreende-se que eles nada mais são que normas jurídicas dotadas de forte conotação axiológica³³⁸.

Sobre os princípios em espécie que se relacionam diretamente ao tema da prova, consideramos como essenciais os seguintes:

a) *Devido processo legal*

Como já retratado, é do postulado do *due process of law* que deriva o direito à prova. O devido processo legal se traduz numa garantia tão ampla que abarca várias outras garantias, como a ampla defesa, a vedação a juízo ou tribunal de exceção, a exigência de motivação das decisões e publicidade dos julgamentos, o direito de ação e, conseqüentemente, o direito à prova.

b) *Ampla defesa e contraditório*

Representando corolários do devido processo legal e sendo extremamente relevantes para o direito à prova, a ampla defesa e o contraditório estão previstos no art. 5º, inciso LV, CF/88.

c) *Proibição da prova obtida ilicitamente ou derivada de ilícita*

Está prevista no art. 5º, LVI, CF/88, não sendo permitida em qualquer processo a utilização de provas ilícitas nem de provas que, apesar de ser lícita isoladamente considerada, possui inegável nexos causal (interdependência) com outra prova que é ilícita. Apenas o enunciado probatório produzido segundo as normas não vedadas pelo ordenamento constituirá prova jurídica.

³³⁷ REALE, 2002, p. 303.

³³⁸ TOMÉ, 2011, p. 245.

d) *Igualdade (material)*

É inegável que deve existir no ambiente processual uma igualdade material entre as partes (e não somente formal), devendo na instrução probatória, por via de consequência, haver esse equilíbrio, essa paridade de armas, que também possui índole constitucional.

e) *Necessidade da prova*

As alegações dos fatos não podem ser inúteis ou incontroversas para se admitir que sejam passíveis de prova. Devem os fatos, portanto, ser necessários ao processo e ao deslinde da causa.

f) *Dispositivo e inquisitivo*

A questão de se conferir ao juiz amplos poderes para a iniciativa probatória é uma polêmica à parte na doutrina processual, e os princípios dispositivo e inquisitivo regem a tônica da controvérsia. No direito probatório, o princípio inquisitivo confere ao juiz liberdade de iniciativa probatória dentro do processo, enquanto o princípio dispositivo rege que às partes cabe a incumbência de produzir as provas, sendo o magistrado mero espectador na relação processual.

g) *Unidade*

As provas devem ser produzidas e colhidas num mesmo lugar, num mesmo processo, devendo ser examinadas em seu conjunto, e não de forma isolada. Entretanto, o princípio admite exceções. Uma clássica exceção no processo civil é a questão da carta precatória, onde determinada prova deve ser colhida em outra comarca que não a de origem do processo.

h) *Lealdade*

Aos sujeitos que participam do processo cabe a função de perseguir a admissão, produção e valoração da prova sob os valores da lealdade, da ética e da boa-fé, os quais indubitavelmente regem o moderno processo civil.

i) *Livre convencimento motivado*

Trata-se do sistema de avaliação da prova em vigor no Brasil, previsto no art. 131 do CPC: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe

formaram o convencimento”. Com o advento do NCPC, tal princípio, em sua nomenclatura usual, desaparecerá do processo civil.

j) *Aquisição processual*

Tal princípio traz informa que a prova pertence ao processo (“o que não está nos autos não está no mundo”), e, dessa maneira, pode o magistrado julgar a lide com base nas provas constantes dos autos inclusive em desfavor da parte que requereu e produziu a prova³³⁹.

k) *Oralidade*

O princípio da oralidade decorre do disposto no art. 336 do CPC (“salvo disposição em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência”), e vem a consagrar um maior contato que deve existir entre o juiz e a prova. O princípio é formado por vários subprincípios, tais como o da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, o da concentração, o da identidade física do juiz e o da imediatidade. Diante do NCPC, o enunciado norteador do princípio está redigido no art. 361 [“as provas orais serão produzidas em audiência, ouvindo-se nesta ordem, preferencialmente: I – o perito e os assistentes técnicos (...); II – o autor e, em seguida, o réu (...); as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu (...)”].

Na conciliação e na mediação a oralidade também será um dos princípios informadores, conforme rege o art. 166 do NCPC: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”.

l) *Imediação (ou imediatidade)*

Como afirmado acima, trata-se de um subprincípio da oralidade, derivado da regra insculpida no art. 446, inciso II, do CPC (“compete ao juiz em especial proceder direta e pessoalmente à colheita das provas”). Assim, não deve existir obstáculo algum entre a prova e o juiz, devendo ele, “pessoal, direta e imediatamente, colher a prova junto às partes e testemunhas e receber os esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos”³⁴⁰. Esse princípio está ligado com o princípio da concentração dos atos instrutórios e com o da identidade física do juiz.

³³⁹ RODRIGUES, 2008, p. 192.

³⁴⁰ Idem, ibidem.

m) *Identidade física do juiz*

Violado na prática processual, o princípio da identidade física do julgador (que também é subprincípio da oralidade) está disposto no art. 132 do CPC³⁴¹, o qual estabelece que o juiz que concluir a audiência de instrução e julgamento deve ser o mesmo que irá proferir a sentença, uma vez que, tendo participado da audiência onde foram colhidas as provas, terá, logicamente, maior contato com o conjunto probatório e maior segurança em proferir decisão mais próxima da “justiça”. Todavia, tal princípio não restará mais expressamente previsto no ordenamento processual civil com o advento do NCPC.

³⁴¹ Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

4. UMA NOVA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E SUA RELAÇÃO COM A CONSTRUÇÃO DA “VERDADE” NO PROCESSO

Não à toa, reservou-se um Capítulo em particular para a análise e a discussão em torno do princípio do contraditório, um dos mais importantes princípios processuais elencados pela Constituição Federal. Considerado uma peça-chave para a *construção da “verdade”* das alegações dos fatos no processo, não somos forçados a dizer que desmorona qualquer tentativa de perquirir o fim do processo sem o contraditório.

O ponto inicial para a análise do contraditório necessariamente deve ser a CF/88, ainda mais se considerarmos as disposições da Lei nº 13.105/2015 (NCPC) e o objetivo proposto pelo legislador de elaborá-lo em consonância com o texto constitucional³⁴².

De fato, antes da atual Constituição houve diversos esforços doutrinários no sentido de ampliar a garantia do contraditório. Estava longe, no entanto, de contar com uma amplitude tão elástica que hoje se vive com a Carta Magna em vigor, porque parecia que pela Constituição Federal de 1967 apenas aos processos penais poderia aplicá-lo, a lume do disposto no art. 150, §§ 15 e 16, do texto constitucional daquela época.

Com o advento da CF/88, a amplitude de ordem legal dada ao contraditório e à ampla defesa foi a máxima possível, colocando a contraditoriedade ao lado dos direitos e das garantias fundamentais e abarcando todo e qualquer tipo de processo, atualmente positivado no art. 5º, LV, CF/88.

Nessa perspectiva constitucional, o contraditório, assim como o processo, somente pode ser interpretado sob o prisma do “Estado Constitucional Democrático Pluralista de Direito”. Segundo entende Hermes Zaneti Júnior, a Constituição de 1988 assumiu expressamente uma postura garantista, sendo moldurado o processo com apoio em um viés democrático, sob a “máxima da cooperação” (*kooperationsmaxima*) e tendo o contraditório como *valor-fonte*

³⁴² Cabe conferir o disposto no artigo 1º do NCPC: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

(expressão tomada de empréstimo de Miguel Reale) deste denominado novo processo constitucional³⁴³. O contraditório surge renovado, como garantia do dever de influência e dever de debate, e não unicamente como garantia do direito de resposta³⁴⁴.

Sobre a função do contraditório, Adriana Pires explana que “contradizer é uma função essencialmente de diálogo”³⁴⁵. Com isso, a dialética passa a desempenhar a função de base fundamental para a formação do princípio do contraditório (sintetizado no brocardo *audiatur et altera pars*: “ouça-se a parte contrária”).

A natureza dialética do contraditório, portanto, tem por função o *equilíbrio/igualdade* das partes no processo, pois é através da correspondência “ação-reação” (bilateralidade do processo) que se permite atingir o equilíbrio da balança na relação processual, a qual somente se completa com a citação do réu (art. 213 c/c art. 219, ambos do CPC).

Insta frisar a importância que possui o postulado do devido processo legal para o estudo do contraditório, uma vez que se apresenta, assim como a contraditoriedade, como *princípio-garantia* das partes e do próprio processo³⁴⁶. O devido processo legal e as garantias constitucionais que derivam deste postulado convertem-se e transformam o procedimento, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, citada por Adriana Pires, “em um processo jurisdicional de *estrutura cooperatória*, em que a garantia de *imparcialidade* da jurisdição brota da *colaboração entre partes e juiz*”³⁴⁷ (destacou-se).

Na mesma linha de ser o contraditório um instrumento fortalecedor da ideia de comunicação entre os sujeitos, anota Paulo Cesar Conrado, citado por Fabiana Del Padre Tomé, que o “contraditório tem por missão imediata aperfeiçoar a noção de *intersubjetividade* que é intrínseca ao direito, equivalendo, nesse particular, a um símbolo jurídico da *ideia de comunicação*”³⁴⁸ (destaque nosso).

³⁴³ ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 191-194.

³⁴⁴ Idem, p. 191-192.

³⁴⁵ PIRES, 2005, p. 65.

³⁴⁶ Idem, p. 67.

³⁴⁷ GRINOVER *apud* PIRES, 2005, p. 67-68.

³⁴⁸ CONRADO *apud* TOMÉ, 2011, p. 253.

No que tange à garantia da imparcialidade através do contraditório, Sérgio Luiz Wetzel de Mattos, referenciado por Marcelo Abelha Rodrigues, escreve que o princípio do contraditório representa a “mais eficaz garantia contra o risco de uma atuação parcial do juiz”³⁴⁹.

O princípio do contraditório (ou da audiência bilateral), portanto, vem a ser o preceito no qual “o juiz não pode decidir sobre uma pretensão se não for ouvida, ou instada a ser ouvida, a parte contra a qual ou em face da qual é formulada tal pretensão”³⁵⁰. Seria formado, então, pelo binômio ciência necessária dos atos judiciais + possível reação aos mesmos, a fim de participar ativamente do processo e poder exercer influência na convicção do juiz.

Embora possa parecer bem vinda essa conceituação, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira não a considera suficiente, posto que repousa na ideia de que “o direito deveria ser dito exclusivamente pelo juiz, sem a interferência das partes”³⁵¹. Alvaro de Oliveira, citado por Hermes Zaneti Júnior, orienta:

[...] O conteúdo mínimo do contraditório *não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes*. Por isso, para que seja atendido este mínimo, insta a que cada uma das partes *conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão*, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas, etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de *participar* do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante *mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial*³⁵² (destacou-se).

Complementando, Nalini e Aquino, ao citar Vélez Mariconde, escrevem que o contraditório (*audiatur et altera pars*) implica dizer que as partes tenham:

- a) oportunidade de serem ouvidas pelo tribunal durante o processo; especialmente antes da decisão jurisdicional capaz de afetar seus interesses;
- b) possibilidade de provocar o ingresso ao processo das provas pertinentes e úteis;
- c) possibilidade de controlar a atividade judicial ou da parte contrária;
- d) possibilidade de refutar os argumentos que possam afetá-las, ou seja, os que tendam a demonstrar sua culpabilidade (se é o imputado), ou a falta de direito a

³⁴⁹ RODRIGUES, 2008, p. 184. Vale observar que a atuação imparcial do juiz não significa que deve ele ser neutro nem inerte durante a instrução probatória, já que é totalmente inadequado o frequente isolamento do magistrado em relação às partes, devendo haver entre elas e o juiz uma permanente colaboração e prudente e constante diálogo (idem, ibidem).

³⁵⁰ PIRES, 2006, p. 66.

³⁵¹ Idem, ibidem.

³⁵² ALVARO DE OLIVEIRA *apud* ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 196.

reclamar a indenização que persegue (o ator civil) ou sua responsabilidade civil (demandado civil)³⁵³.

Aliás, Cássio Scarpinella Bueno sustenta uma posição, na qual nos filiamos, de que o contraditório deve ser entendido de forma *ampla*, no sentido, inclusive, de *cooperação*³⁵⁴.

Segundo Bueno,

[...] é importante que o juiz ouça sempre as partes (e, na normalidade dos casos, antes) para decidir. Até porque pode acontecer de o juiz reputar-se convencido de um fato quando, por qualquer razão, uma das partes pretende produzir prova precisamente sobre ele e, com ela, a possibilidade de formação de uma nova e diversa convicção do juiz é indesmentível³⁵⁵.

Sem embargos, temos que constatar que a colaboração (ou cooperação), como princípio, vem ganhando espaço dentro do processo civil, sendo ela a manifestação mais moderna que inspira a prática processual³⁵⁶.

O princípio da cooperação (ou da colaboração) dispõe que deve ser conferida oportunidade às partes de, *em igualdade de condições*, participar do convencimento judicial, *cooperar entre si (e com o juiz) para a solução da controvérsia*, de modo que não sejam submetidas a uma decisão surpresa.

Ademais, segundo Scarpinella Bueno, o princípio da cooperação deve também ser entendido como diálogo, “no sentido de troca de informações, de municiar o magistrado com todas as informações possíveis e necessárias para melhor decidir”³⁵⁷.

Com efeito, a cooperação (ou colaboração) como princípio redundaria em conceber o processo como um *palco também para o diálogo entre as partes e o juiz*, e não um combate, um “jogo” egoístico, com diferentes egos em disputa (que às vezes sobrepõem inclusive o próprio direito material em litígio). É uma questão de compreender modernamente o processo (e

³⁵³ AQUINO, NALINI, 2005, p. 93.

³⁵⁴ “Não é despropositado acentuar, ademais, que o princípio do contraditório, máxime porque previsto expressamente ao lado do ‘princípio da ampla defesa’ pelo mesmo texto constitucional (art. 5º, LV), tem que ser lido no sentido mais amplo, de ‘participação’, de ‘cooperação’, de ‘colaboração’” (BUENO, 2014a, p. 134).

³⁵⁵ BUENO, 2014b, p. 246.

³⁵⁶ É extremamente relevante ressaltar que vários dispositivos do novo Código de Processo Civil traz alusões à postura cooperativa entre as partes, primando os sujeitos processuais em estimular os métodos de solução consensual dos conflitos e cooperar entre si para que se obtenha a solução do processo com efetividade e em tempo razoável.

³⁵⁷ BUENO, 2014a, p. 133.

praticar no processo) a partir de uma postura colaboradora entre os sujeitos processuais, com a presença de um juiz que coopera com as partes no desenvolvimento processual e com a *construção da “verdade”* das alegações dos fatos.

Com este princípio se fortalece, então, (i) a importância e a necessidade do efetivo contraditório no decorrer de todo o processo judicial; (ii) a necessária fundamentação da decisão judicial; e (iii) a oportunidade de participação das partes como atividade para influenciar as decisões judiciais.

O que se quer salientar é que o contraditório deve assumir um papel de ser um “dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo”³⁵⁸. Assim, “exigir-se que o pronunciamento jurisdicional tenha apoio tão somente em elementos sobre os quais as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar significa evitar a decisão-surpresa no processo”³⁵⁹, o que, caso não seja observado, violará claramente a cooperação e o diálogo que devem existir no processo, com afronta inegável ao dever de consulta ao órgão jurisdicional às partes, ao dever de debate e ao contraditório³⁶⁰.

Vale dizer que o atual Código de Processo Civil de Portugal, de 2013, em seu artigo 266º, já concretiza expressamente o princípio da cooperação:

Artigo 266º - Princípio da cooperação:

1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.
2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.
3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 519º.
4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício da faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

³⁵⁸ MITIDIERO, 2011, p. 150.

³⁵⁹ Idem, p. 151.

³⁶⁰ Nesse sentido: MITIDIERO, 2011, p. 151-152.

Diante do exposto, não se olvida que a tendência mais moderna é seguir rumo à construção de um processo cooperativo, reconhecendo, ainda, a força normativa da Constituição Federal (como salienta Lenio Streck) e o fenômeno da constitucionalização do direito. Um novo modelo de processo almeja uma base centrada no diálogo, onde reconheça a construção “comparticipativa” das soluções dos casos concretos³⁶¹. Segundo Ravi Peixoto,

deve-se deixar de lado qualquer forma genuína de procedimentalismo, no sentido de “a legitimidade da decisão decorre unicamente da observância dos parâmetros fixados pelo legislador”. Não é qualquer decisão que será legítima pela tão si observância do procedimento, *devendo o magistrado estar sempre atento ao consenso formado no iter procedimental a partir das discussões e debates realizados.*

*A partir da valorização do diálogo e, estando nele inserido o magistrado, a fundamentação passa a ganhar novos contornos, havendo a necessidade de que nela sejam consagrados todos os argumentos discutidos no processo, passando ela a ser o momento de demonstrar que as decisões podem até ser o momento de protagonismo isolado do magistrado, mas que esse isolamento leva, consigo, todo o diálogo empreendido durante o processo*³⁶² (destacou-se).

Portanto, termos e expressões como dialeticidade, debates, argumentação e contra-argumentação, oportunidades iguais, oposição entre proposições contraditórias, cooperação e influência na convicção judicial são formadores do conceito amplo que assume (ou deve assumir) o contraditório no processo civil constitucional.

Nesse sentido, a prova, como analisada no Capítulo anterior, deve também ser entendida como uma *projeção particularizada do princípio do contraditório*³⁶³, pois o processamento da prova nada mais é do que a manifestação da contraditoriedade³⁶⁴.

No entanto, como fica a participação do juiz durante a instrução probatória? E, caso siga a orientação de que lhe deve ser concedido amplos poderes, isso afetaria o contraditório? Como podemos pensar sobre a participação dos sujeitos processuais para a *construção da “verdade”* no processo? E o que devemos entender, calcado no compromisso do estudo dos enunciados como construções linguísticas, sobre o conceito de “cooperação”, “argumentação”, “diálogo” e outros termos formadores da moderna acepção do contraditório como princípio processual constitucional? Estes são os desafios a serem enfrentados nos próximos Capítulos.

³⁶¹ PEIXOTO, 2013, p. 90.

³⁶² Idem, p. 91.

³⁶³ LOPES, 2008, p. 112.

³⁶⁴ PIRES, 2005, p. 68.

5. A PARTICIPAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS NA CONSTRUÇÃO DA “VERDADE” PELA PROVA NO PROCESSO³⁶⁵

A *construção da “verdade”* no processo recebe especial atenção quando se estuda a função que possui e os papéis que representam os diferentes sujeitos processuais, com destaque para a participação do juiz e dos advogados das partes.

Diante de um quadro de incertezas que se fundam os fatos controvertidos e as versões trazidas pelas partes, cada uma espelhando seus sentimentos, seus valores, seus interesses, sua “verdade”, faz-se necessária uma maior compreensão a respeito da participação dos diferentes sujeitos, e como os mesmos se empenham (participam) para a concretização de uma decisão “justa” ao final do processo sob a ótica que este estudo se propõe.

O que inicialmente pode se pontuar é a observação de que, no hodierno processo judicial, o advogado da parte autora fala em nome da verdade; o patrono da parte ré contra-argumenta também em nome da verdade; o magistrado, por sua vez, decide em nome da verdade; o recorrente apresenta peça recursal para anular ou reformar a sentença em nome da verdade; o Tribunal analisa e reforma a sentença em nome da verdade; e assim por diante. Isso demonstra a necessidade de se bem definir a “verdade” no processo, mas alude também ao fato de que dentro do processo a “verdade” se apresenta como um elemento *a priori* da argumentação (típico de um discurso comunicativo): ao realizar afirmações e construir sua tese, o sujeito o faz com a finalidade de que sua alegação dos fatos seja reconhecida como verdadeira, podendo, assim, existir “diversas verdades arguidas”, todas analisadas para que o órgão julgador chegue, por intermédio do procedimento competente, a uma decisão final que há de prevalecer no sistema jurídico³⁶⁶.

³⁶⁵ O presente capítulo é fruto dos artigos publicados nos anos de 2011 e 2012: a) MACHADO, Vitor Gonçalves. O papel do juiz e o início da construção da “verdade” no processo civil. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3102, 29 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20745>>. Acesso em: 15 jun. 2014; b) MACHADO, Vitor Gonçalves. Considerações sobre a participação dos sujeitos processuais na formação da “verdade” no processo civil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11328&revista_caderno=21>. Acesso em 15 ago. 2014.

³⁶⁶ Nesse entendimento: TOMÉ, 2011, p. 27-28.

Novamente, o corte metodológico será investigar a participação dos sujeitos dentro do processo civil, embora podemos interpretar que muitos dos raciocínios realizados sirvam para todo o direito processual, como de fato ocorre.

5.1. O PAPEL DO JUIZ E O INÍCIO DA CONSTRUÇÃO DA “VERDADE” NO PROCESSO CIVIL

Reitera-se que a prova na jurisdição cível deve ganhar uma nova perspectiva, e disso não se pode esquecer quando se pretende discorrer sobre o papel do juiz e sua importância para a *construção da “verdade”* no processo.

A problemática que envolve os *poderes instrutórios do juiz* e a questão da “verdade” processual são assuntos que seguramente propiciam distintos – e por vezes altamente antagônicos – pontos de vista. Várias indagações surgem a respeito do tema: o art. 130 do CPC deveria ser interpretado no sentido de conferir amplos poderes ao juiz na atividade probatória ou apenas um poder de caráter suplementar à iniciativa das partes? É legítima a atribuição ao magistrado de amplos poderes probatórios no campo processual civil? Essa atitude caminharia ao encontro da “verdade” e de sua construção dentro do processo? E se assim for, estaria conforme os ditames do modelo constitucional do processo civil brasileiro?

É claro que não podemos acreditar que o magistrado julgará o processo isento de subjetividades, e isto é uma questão que nada tem a ver com a assunção pelo juiz de seu papel frente à sociedade – pois é um legítimo representante do Estado – e, principalmente, frente à relação jurídica processual. Dentro dessa margem de liberdade conferida ao juiz, atuam as máximas de experiência: tratam-se dos conhecimentos obtidos pelo julgador ao longo de sua vida social e profissional, influenciando-o na apreciação das provas³⁶⁷.

Assim, ao magistrado urge assumir uma posição de maior participação na questão da produção e valoração das provas. Para tanto, é importante conceder ao juiz um papel ativo,

³⁶⁷ TOMÉ, 2011, p. 278.

efetivo e dinâmico³⁶⁸ no que tange à produção e valoração dos meios probatórios, sem se descuidar, obviamente, das garantias processuais e do princípio do contraditório.

A posição que deve assumir o magistrado, conforme ressalta Michele Taruffo, é fundamental não apenas ao processo, mas inclusive em um plano extrajurídico:

Assim como no plano da interpretação e aplicação do Direito o juiz assume um papel cada vez mais ativo e criativo, de *problem-solver*, de *policy-maker* e cada vez mais frequentemente de *law-maker*, assim também no plano extrajurídico ele só pode ser definido como intérprete ativo da cultura, da consciência social, dos princípios e dos valores de seu tempo. Naturalmente, isso não significa recepcionar noções preconstituídas, mas analisar problemas, proceder a escolhas, adquirir e metabolizar conhecimentos muitas vezes incertos e complexos, bem como aferir criticamente o fundamento e a validade epistêmica das noções e dos critérios de julgamento fornecidos pela experiência e pelo senso comum. [...] Seu dote essencial não deve ser uma passiva ortodoxia cultural, ou a supina aceitação daquilo que vem do lado de fora do mundo fechado do Direito, mas a assunção de responsabilidades pelas escolhas que faz com a consciência de que nada é mais fornecido *a priori* e de que também o conhecimento do mundo é o resultado de um incerto, laborioso, complicado e jamais exaurido processo de aprendizagem e interpretação³⁶⁹.

Quanto ao tema-problemático da iniciativa do juiz a realizar e requerer provas, Alexandre Freitas Câmara analisou a questão sob um aspecto mais voltado para o que denomina de *processo civil democrático*. Segundo o jurista, a preocupação de se conferir ou não amplos poderes instrutórios ao magistrado deve girar, inicialmente, em torno da verificação dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro e dos escopos da jurisdição e, conseqüentemente, do processo.

Segundo Câmara, o modelo processual que a Constituição Federal vem a adotar enseja que o processo seja um instrumento de realização dos objetivos do Estado, e somente é possível a implementação da igualdade, da cidadania e da dignidade humana, bem como a construção de uma sociedade justa, se o processo produzir decisões verdadeiras, isto é, quando a instrução probatória busque determinar a “verdade”³⁷⁰.

Sem dúvida, a prova e os assuntos ligados a ela devem ser revestidos de uma perspectiva publicista e condizente com os ditames da Constituição Federal e com a premissa da

³⁶⁸ Segundo Hermes Zaneti Júnior, “o papel do juiz é fundamental no Estado Democrático de Direito e seu desempenho no processo descreve a opção democrática efetuada pelo Estado” (ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 126).

³⁶⁹ TARUFFO, 2001, p. 196-197.

³⁷⁰ CÂMARA, 2008, p. 40-42.

importância da linguagem para o Direito. Porém, afirmar que os poderes instrutórios do juiz devem ser amplos porque a busca da “verdade” é o que faz com que o processo possa atingir seus fins é uma falácia.

Compreende-se que o magistrado não pode ficar inerte durante a fase instrutória, sendo um mero espectador, à espera da iniciativa das partes, já que esse era um pensamento que bem vingava antigamente, quando o direito processual civil possuía uma visão privatista, conforme lembra Fredie Didier Júnior, citado por Câmara³⁷¹.

Ressalta-se que, atualmente, deve haver um equilíbrio quanto à atividade probatória do juiz, uma vez que não pode ser ilimitada, figurando o magistrado como um “desvairado e faminto caçador de provas, esquecendo-se da atividade das partes, mas não deve juntar-se à investigação instrutória sob argumentos privatistas e sob o argumento de normalidade”³⁷². Nesse sentido, como entende Sérgio Luís Wetzel de Mattos, referenciado por Marcelo Abelha Rodrigues, deve ficar pontuado o seguinte:

[...] A proposição das provas cabe, em primeiro lugar, às partes, porque conhecem bem os fatos e se encontram em condições superiores à do juiz no sentido da identificação das fontes de prova. Além disso, *a iniciativa probatória das partes representa talvez a mais clara expressão do princípio fundamental do contraditório*. Nada obstante, o juiz não deve permanecer à mercê do aproveitamento das iguais oportunidades concedidas às partes no concernente à iniciativa em tema de prova. À adequada formação da convicção do juiz e, conseqüentemente, à justiça da decisão impõem-se o melhor esclarecimento dos fatos e o decorrente descobrimento da verdade. Por isso, *relevante é a iniciativa probatória do juiz*. E indispensável é a conciliação entre o abandono do imobilismo do juiz, espectador em tema de prova, e o princípio do contraditório (destacou-se)³⁷³.

José Carlos Barbosa Moreira, em conferência realizada no ano de 1984, já assinalava que o instrumento “corretivo” para o juiz mais valioso consistia na adoção *ex officio* de iniciativas relacionadas com a instrução do feito. Confiar ao magistrado um papel mais ativo na direção e na instrução do feito não implica, forçosamente, instaurar um “autoritarismo” ou um “paternalismo” no processo civil, como alguns poderiam rezear, ou amesquinhar (ou até eliminar) o papel das partes. Pelo contrário, a importância dessa atitude positiva pelo juiz

³⁷¹ DIDIER JÚNIOR *apud* CÂMARA, 2008, p. 32.

³⁷² RODRIGUES, 2008, p. 183. José Renato Nalini e José Carlos Xavier de Aquino escrevem que não se pode confundir o “poder-dever inquisitivo do juiz” com o chamado “processo penal inquisitório”, o qual é “gerado pelo direito romano e cultivado pelo direito canônico. O primeiro é sadio, resultante do princípio da verdade real, também voltado a vedar qualquer sacrifício indevido da liberdade humana” (AQUINO, NALINI, 2005, p. 95).

³⁷³ WETZEL DE MATTOS *apud* RODRIGUES, 2008, p. 184.

ressalta ainda mais que o processo contencioso deva ser essencialmente dialético, devendo menos se assemelhar à imagem da chamada “jurisdição voluntária”³⁷⁴.

O STJ, por sua vez, entende que a iniciativa probatória do magistrado deve estar presente em três casos: i) quando se tratar de direito indisponível (ações de estado); ii) quando o juiz estiver em estado de perplexidade; iii) ou quando houver significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes:

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DE AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHAS. POSSIBILIDADE. DIREITO INDISPONÍVEL. ART. 130, CPC. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. HERMENÊUTICA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

[...]

II – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

III – *Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária*, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto *direito indisponível (ações de estado)*, ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em *estado de perplexidade* ou, ainda, quando haja *significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes* (STJ, REsp nº 43.467/MG, Órgão julgador: Quarta Turma, relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, data do julgamento: 12 de dezembro de 1995) (destacou-se).

Entretanto, há julgados da mesma Corte salientando que a iniciativa probatória do juiz, com a realização das provas de ofício e em busca da verdade real, *é amplíssima*, pois é feita no interesse público de efetividade da justiça, como podemos conferir abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL. ÔNUS DA PROVA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR. ADMISSIBILIDADE.

- Os juízos de 1º e 2º grau de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC.

- *A iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.*

- (...)

Recurso especial improvido (STJ, REsp 1.012.306/PR, Órgão julgador: Terceira Turma, Relatora: Nancy Andrichi, data do julgamento: 28/04/2009, data da publicação: 07/05/2009) (destaque nosso)³⁷⁵.

³⁷⁴ Conferir: BARBOSA MOREIRA, 1985, p. 146-147.

³⁷⁵ Nesse mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp nº 738.576/DF, Órgão julgador: Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrichi, data do julgamento: 18/08/2005.

Em outro interessante acórdão do Egrégio STJ, a Quarta Turma se debruçou em caso no qual determinado Tribunal devolveu os autos ao juízo monocrático a fim de determinar, de ofício, realização de provas para verificação de possíveis violações contratuais, o que não afrontaria sua imparcialidade:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ. DETERMINAÇÃO EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. ART. 130 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. No caso dos autos, determinou o Tribunal *a quo* o retorno dos autos à primeira instância, cassando, por conseguinte, a sentença de improcedência prolatada, na medida em que, *tendo admitido expressamente o magistrado singular que as provas colacionadas aos autos não seriam suficientes para verificação da alegada violação de cláusulas contratuais, deveria ter determinado, ex officio, sua realização.*

2. “A experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar o sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas de um sadio ativismo” (in: Instituições de Direito Processual Civil, volume III, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, páginas 52-54).

3. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 629.312/DF, Órgão julgador: Quarta Turma, Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, data do julgamento: 27/03/2007) (destaque nosso)³⁷⁶.

Posto isso, deve-se salientar que o juiz não pode ser neutro nem indiferente, já que não determinar a prova necessária à *construção da “verdade”* seria um alheamento à sua missão jurisdicional de assegurar às partes a mais efetiva e justa composição da lide³⁷⁷. Citando o processualista Barbosa Moreira, alerta-se: “ao juiz incumbe precipuamente julgar. Que é julgar? Julgar é aplicar a norma ao fato. Então é preciso que o juiz conheça tanto a norma quanto o fato. Isto está dentro da sua função precípua”³⁷⁸.

Nesse ponto, caso o magistrado demonstre desinteresse em buscar de forma impessoal a “verdade” das alegações dos fatos, conforme analisa Leonardo Greco, há o risco de “reduzir o processo a um jogo de sofismas e armadilhas, incompatível com um Estado de Direito que proclama a promessa de ser o guardião da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos”³⁷⁹.

³⁷⁶ Conferir também: STJ, REsp nº 894443/SC, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Órgão julgador: Sexta Turma, data do julgamento: 17/06/2010, data da publicação: 16/08/2010.

³⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 13.

³⁷⁸ BARBOSA MOREIRA *apud* THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 13.

³⁷⁹ GRECO, 2008, p. 39.

Mas isso que se propõe não tem ligação alguma em dizer que ao juiz cabe a proposição de provas porque deve *buscar a “verdade”*. Os poderes instrutórios que devem ser conferidos ao magistrado tem a ver com a questão de sua convicção na causa, resultante de um pleno contraditório, evitando decisões as quais não tenha formado plenamente seu convencimento. Ou seja, a investigação das alegações dos fatos deve ser tarefa de todos os sujeitos do processo, numa ordem de colaboração e debates³⁸⁰, onde o princípio do contraditório figure efetivamente como *valor-fonte* dentro do modelo constitucional do processo civil brasileiro, já melhor analisado no Capítulo anterior. E nem que se diga que conceder poderes instrutórios ao juiz afetaria o contraditório, pois sua liberdade e sua participação ativa na instrução probatória não afastam a aplicação do princípio do contraditório. Até mesmo nas matérias e exceções apreciáveis de ofício pelo juiz deve ser dada oportunidade às partes de se manifestarem, antes mesmo que sejam pronunciadas, evitando, com isso, que o julgador faça do processo uma “cartola de mágico”, de cujo conteúdo as partes apenas tomarão ciência após a apreciação do juiz e prolatação de sua decisão, a denominada “decisão surpresa”.

Ademais, há que se ressaltar a importância de se colocar o magistrado no centro do problema probatório, conforme analisam Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart. O debate judicial travado entre as partes no processo é voltado a convencê-lo, sendo o juiz, inclusive, influenciado por critérios extrajurídicos (como as influências de cunho político, social e econômico e os valores arraigados que traz consigo em sua própria formação). Talvez seja esse um dos principais motivos da existência de decisões antagônicas exaradas por juízes distintos em processos idênticos³⁸¹.

5.2. O PAPEL DOS ADVOGADOS E DAS PARTES NA CONSTRUÇÃO DA “VERDADE” NO PROCESSO CIVIL

Análise igualmente delicada a ser feita é sobre a participação das partes e de seus advogados na *construção da “verdade”* no processo.

³⁸⁰ RODRIGUES, 2008, p. 184.

³⁸¹ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 56.

Não podemos negar que o processo judicial vem muitas vezes a representar um “labirinto de subjetividades” (expressão cunhada por Aury Lopes Junior), de interesses que geralmente não estão ligados à realidade dos fatos, quer dizer, das alegações dos fatos, das provas e dos debates realizados, pois o que se leva em conta é a expectativa de ganhar a causa (visão das partes e de seus procuradores). A sentença, ademais, espelha o convencimento do juiz, que, por seu turno, pode vir a construir a “sua” própria história, marcada por variáveis subjetivas e emocionais³⁸², sendo também uma total inocência acreditar que o magistrado proclamará um resultado isento de subjetivismo e ligado a critérios objetivos seguros.

Vislumbra-se assim que, dentro do processo, as narrações de fatos, que provêm de diferentes sujeitos, cumprem finalidades diferentes e muitas vezes discordantes entre si, e um exemplo notório disso é a posição que cada parte assume no decorrer do *iter*, sendo dever de seu patrono defendê-la conforme seus interesses. Desse modo, através dessa inevitável estrutura dialética do processo, fica difícil determinar como a decisão final pode ser coerente com os fatos e ser considerada como “verdadeira” (na perspectiva da verdade por correspondência). Entretanto, caso se pense que a decisão deve ser coerente (nexo de coerência) com as afirmações das partes e com o resultado das provas, pergunta-se: que sentido isso pode ter quando as partes fazem afirmações contraditórias e as provas também oferecem resultados divergentes e contraditórios?³⁸³

Michele Taruffo destaca a participação dos *advogados* quanto à utilização das provas quando enuncia que a prova pode ter sua função persuasiva e o juiz atue como um árbitro passivo. Segundo ele, o objetivo fundamental que um advogado pretende conseguir no processo é ganhar a causa, é ir ao encontro dos interesses de seu cliente, sem se importar com a busca da “verdade”. Quer dizer, não importa ao advogado a descoberta da “verdade” com a utilização das provas, mas sim que estas venham a convencer o juiz da credibilidade de sua versão dos fatos e da plausibilidade de suas alegações³⁸⁴. Até pode ser que o advogado esteja realmente interessado em descobrir a “verdade”, porém somente naqueles casos em que a “verdade” das alegações dos fatos levar seu cliente a conseguir a vitória:

³⁸² Lembrar que sentença vem do verbo *sentire*, *sentir*, *um ato de crença, de fé*, sendo que nela *o juiz expõe o que sente e declara o que sente*, tal como alude Aury Lopes Junior (2010, p. 270-271).

³⁸³ Indagação feita justamente por Michele Taruffo (2002, p. 121-122).

³⁸⁴ TARUFFO, 2002, p. 117.

Por así decir, el abogado puede estar realmente interesado en descubrir la verdad en un único caso, aquél en el que la verdad de los hechos le llevaría a su cliente a conseguir la victoria. De lo contrario, es decir, cuando el descubrimiento de la verdad llevaría a la derrota de su cliente, el interés efectivo del abogado está en conseguir que la verdad quede envuelta en el misterio o, en todo caso, que los hechos sean determinados por el juez en un sentido a él le favorezca aunque no sea verídico³⁸⁵.

Ou seja, as *partes*, por conseguinte, acabam tendo um forte interesse na produção das provas e na descoberta da “verdade”, vinculando suas alegações aos seus interesses, e jamais ao descobrimento desinteressado e objetivo da “verdade”³⁸⁶.

Eduardo Cambi bem salienta que “as partes não visam obter o convencimento uma da outra, mas pretendem persuadir o órgão judicial, devendo, para isto, procurar argumentar de modo que toda pessoa racional pudesse concordar com o seu ponto de vista”. E, assim, ao apresentar os melhores argumentos, pretendem “a obtenção da concordância em condições ideais”³⁸⁷. De acordo com Cambi,

(...) os advogados não são sujeitos imparciais na busca da verdade ou da correção. Isto não significa, todavia, não possuam a pretensão de verdade. Quando um advogado alega fatos, implícita ou explicitamente, afirma que estes fatos são verdadeiros. Não haveria sentido para um advogado alegar um fato como fundamento de sua demanda (causa de pedir) ou de sua defesa e, simultaneamente, dizer ou sugerir que tais enunciados são falsos. Porém, a pretensão da verdade não é equivalente à verdade de um enunciado. O que o advogado narra, em relação a um fato da causa ou da defesa, é uma história hipotética (asserção) em torno daquele fato. Tal hipótese é apresentada como verdadeira, mas não passa de uma hipótese: se é verdadeira ou falsa, isso somente será definido no curso do processo e na decisão final. O advogado não narra a sua versão hipotética dos fatos com a finalidade de informar o juiz, mas de convencê-lo de que tal asserção é verdadeira, assumindo, pois, o ônus de prová-la (*onus probandi incumbit ei qui dicit*). As versões fáticas apresentadas pelos advogados são sempre hipotéticas, porque não incumbe a eles dizer se tais fatos são verdadeiros ou falsos. Apenas propõem hipóteses de decisão, indicando quais elementos que o juiz deve considerar para decidir qual das narrações se apresenta como verdadeira³⁸⁸.

O que isso quer dizer? As partes e seus advogados irão procurar defender os seus interesses, mas isto *não significa concluir que elas não possuam a pretensão de verdade*, pois buscam convencer o órgão jurisdicional acerca das suas histórias (alegações dos fatos) narradas e demonstradas (ônus de prová-las) no decorrer do processo. Mesmo sendo livres os advogados

³⁸⁵ Idem, ibidem.

³⁸⁶ TARUFFO, 2003, p. 209.

³⁸⁷ CAMBI, 2011, p. 129.

³⁸⁸ Idem, ibidem.

para narrarem as histórias da forma que entenderem ser mais vantajosa para os seus clientes, ao processo judicial não é retirado o caráter discursivo³⁸⁹.

Por outro lado, faz-se necessário esclarecer que cada indivíduo possui seus próprios sistemas de referência, suas vivências, dispendo de uma particular e específica compreensão rudimentar do mundo (o denominado “saber de”, que compõe o estudo das três espécies de saber classificadas por Leonidas Hegenberg). É por isso que, conforme afirma Fabiana Tomé, um mesmo evento ou fato podem ser interpretados diferentemente pelos sujeitos³⁹⁰. O seguinte exemplo pode ilustrar melhor:

[...] Uma criança nascida na cidade grande consegue distinguir ruídos de caminhões e automóveis, reconhece o cheiro do monóxido de carbono etc., ao passo que a criança de uma fazenda localizada no interior identifica o som do rastejar da cobra, bem como o piar das diversas espécies de pássaros. O *saber de* de ambas é diferente, em função do sistema de referência de cada uma³⁹¹.

É importante compreender, assim, que não é realmente o advogado que acaba atuando com má-fé nas causas em que patrocina, mas sim a própria representação da verdade (pretensão de verdade) que cada advogado crê, colocando-se na posição de seu cliente. Para exemplificar a questão, Piero Calamandrei, citado por Marinoni e Arenhart, traz o seguinte caso:

Ponham dois pintores diante de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-ia, nesse caso, que um dos dois traiu a verdade?³⁹².

Mas essa relação dos advogados e as provas pode ser extremamente prejudicial ao processo, já que, além da possibilidade de haver desigualdade entre as partes, “a pura e simples persuasão, desvinculada de qualquer possível relação com o conhecimento, pode levar a falsas conclusões”³⁹³.

Quanto aos sujeitos que de qualquer modo participam do processo, Piero Calamandrei sustenta a falibilidade dos instrumentos de investigação, demonstrando, inclusive, certo

³⁸⁹ Nesse mesmo sentido: CAMBI, 2011, p. 128-129.

³⁹⁰ TOMÉ, 2011, p. 09.

³⁹¹ Idem, ibidem.

³⁹² CALAMANDREI *apud* MARINONI, ARENHART, 2011, p. 40.

³⁹³ TARUFFO, 2002, p. 117-118.

ceticismo sobre a busca da “verdade” no processo, uma vez este se basear fundamentalmente no princípio dispositivo. Calamandrei aduz para o fato de que as partes tendem apenas a produzir provas de circunstâncias fáticas que a cada uma delas interessam. Assim, negando qualquer possibilidade de que a “verdade” possa emergir do processo, o processualista italiano reproduz uma frase de Voltaire para ilustrar seu ceticismo: “é certo, doze mil testemunhas poderiam representar doze mil versões dos fatos. Mas, se todas, de ciência própria, relatassem os mesmos fatos, seria difícil desmentir a veracidade dos seus depoimentos”³⁹⁴.

³⁹⁴ CALAMANDREI *apud* GRECO, 2005, p. 376.

6. ANÁLISE SOBRE O CONCEITO DE “VERDADE” NOS ACÓRDÃOS EMANADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Depois de visualizados no Capítulo 02 os conceitos de “verdade” no processo entre os processualistas civis e penais, faz-se fundamental para nosso estudo a elucidação do conceito deste vocábulo empregado pelos principais Tribunais do país no julgamento de demandas cíveis: o STJ e o STF.

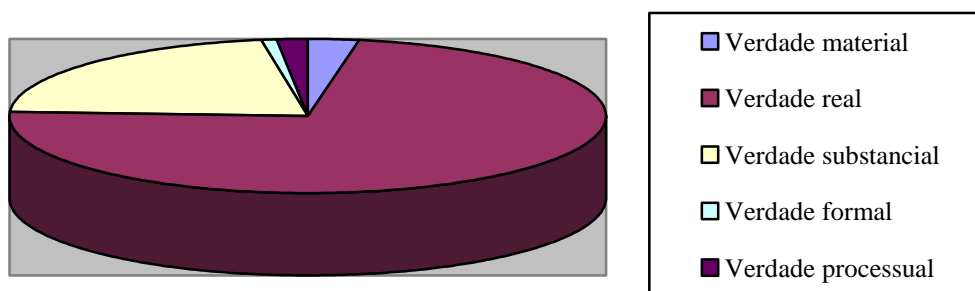
Em pesquisa realizada em 06 e 07 de maio de 2014, consultando os sítios eletrônicos desses dois Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça: www.stj.jus.br e Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br), foi possível constatar os números abaixo em referência aos termos utilizados:

Tabela 6 – Termos utilizados pelo STJ e pelo STF para designar a “verdade”.

TERMOS PESQUISADOS	STJ	STF
“Verdade material”	19 acórdãos	08 acórdãos
“Verdade real”	485 acórdãos	59 acórdãos
“Verdade substancial”	145 acórdãos	35 acórdãos
“Verdade formal”	05 acórdãos	06 acórdãos
“Verdade processual”	11 acórdãos	06 acórdãos
TOTAL	665 acórdãos	114 acórdãos

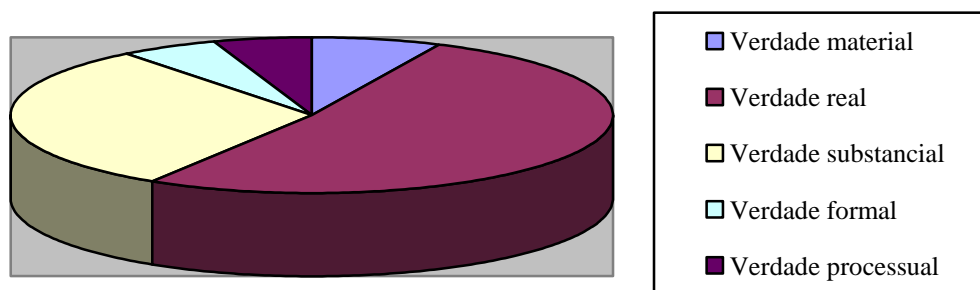
Em gráfico na forma de “pizza”, assim poderíamos ilustrar o que o termo “verdade” representa para o STJ:

Figura 2 – O que o termo “verdade” representa para o STJ.



Já no STF, podemos representar o termo “verdade” em forma de “pizza” com este gráfico:

Figura 3 – O que o termo “verdade” representa para o STF.



Com esses dados iniciais, podemos concluir que os termos mais utilizados pelo STJ e pelo STF são “verdade real” e, logo em seguida, “verdade substancial”. Ao que parece, a predominância destes termos nos Tribunais Superiores reside no fato da grande presença de julgamentos de processos penais proferidos pelas Cortes, principalmente pelo STF (há algo em torno de 43.000 *Habeas Corpus* em matéria penal já julgados ou ainda sendo julgados pela Corte Suprema, segundo dados do *site* do STF), fazendo a ligação tradicional de ser a “verdade real” um dos objetivos do processo penal. Mas isso mostra, pelo menos, que o termo “verdade material” é pouco utilizado.

E como podemos notar, no âmbito do STJ há mais decisões que utilizam o termo “verdade” em seus acórdãos. Vamos analisar algumas interessantes decisões.

O primeiro julgado analisado se trata de um Agravo Regimental em Embargos de Declaração no Recurso Especial de nº 1.374.340, do Rio Grande do Norte (Ag Rg nos EDcl no REsp nº 1.374.340/RN), cujo julgamento foi proferido em 01/10/2013.

Na decisão, a Corte Especial deu entendimento de que “o processo moderno deve refletir a *verdade real*, a qual *condiz com o interesse público de efetividade da justiça em detrimento do apego ao formalismo*, sob pena de prejuízo ao direito de defesa e ao contraditório, dentre outros” (destacou-se). Ou seja, valores como “justiça” devem se sobrepor ao formalismo exacerbado, na ótica do STJ nesta decisão, devendo o entendimento mais moderno sobre

processo (neste caso se tratava de processo civil) buscar a chamada verdade real. Segue a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL. SUCESSÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO SUPOSTO DEVEDOR DO TÍTULO EXEQUENDO. RISCO DE DANO AO ERÁRIO. NULIDADE ABSOLUTA DA SENTENÇA. VERDADE REAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. O acórdão recorrido concluiu que a sentença padecia de nulidade absoluta por falta de intimação do sucessor processual (suposto devedor da quantia exequenda), podendo, caso mantida, colocar em risco elevadas quantias dos cofres públicos. Insuscetível de reexame o referido entendimento, haja vista o óbice do enunciado da Súmula 7/STJ.

2. O processo moderno deve refletir a verdade real, a qual condiz com o interesse público de efetividade da justiça em detrimento do apego ao formalismo, sob pena de prejuízo ao direito de defesa e ao contraditório, dentre outros.

Agravo regimental improvido (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.374.340/RN, relator Ministro Humberto Martins, órgão julgador: Segunda Turma, data do julgamento: 01/10/2013; data da publicação: 09/10/2013).

Outra decisão proferida pelo STJ também na seara do processo civil é a que existiu no Recurso Especial nº 1.012.306/PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 28/04/2009. No julgado, a Corte Especial foi clara: “a iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é *amplíssima*, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça” (grifo nosso). Novamente, vislumbra-se o mesmo valor que prima o STJ: *interesse público de efetividade da Justiça*. Com esse escopo, o entendimento é que a iniciativa para requerer provas, por parte do juiz (de 1º ou 2º grau de jurisdição), pode ser de ofício e é ampla, devendo formar seu livre convencimento motivado conforme rege o art. 130 do CPC, tudo em busca da verdade real e em nome do interesse de efetividade da justiça. Vide a ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL. ÔNUS DA PROVA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR. ADMISSIBILIDADE.

- Os juízos de 1º e 2º grau de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC.

- A iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é *amplíssima*, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.

- Embora recaia sobre o devedor-embargante o ônus de demonstrar a inexistência dos cálculos apresentados pelo credor-exequente, deve-se admitir a iniciativa probatória do julgador, feita com equilíbrio e razoabilidade, para aferir a exatidão de cálculos que aparentem ser inconsistentes ou inverossímeis, pois assim se prestigia a efetividade, celeridade e equidade da prestação jurisdicional. Recurso especial improvido (STJ, REsp nº 1.012.306/PR, órgão julgador: Terceira Turma, data do julgamento: 28/04/2009, data da publicação: 07/05/2009).

Continuando no campo do processo civil, o STJ proferiu interessante julgamento quando analisou o Recurso Especial nº 840.690/DF.

A União interpôs o REsp, sustentando que o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região violou o disposto no art. 333, inciso I, do CPC, na parte que seria ônus do requerente (Empresa Amazônica de Engenharia Ltda) fazer prova do que alegou na sua petição inicial. Por isso, sustentava a União de que o TRF da 1ª Região deveria julgar pela improcedência do pedido, e não anular a sentença a fim de que fossem produzidas novas provas, uma vez reconhecida a inexistência de provas dos fatos constitutivos do direito do autor.

O Ministro relator no STJ Mauro Campbell Marques, seguido por unanimidade pelos demais Ministros da Segunda Turma (Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin), deu provimento ao REsp interposto pela União a fim de julgar o processo extinto com resolução do mérito pela improcedência do pedido autoral.

Em seu voto, o Ministro enfatizou que o requerente não demonstrou (ou pelo menos não teve interesse em demonstrar), de plano (quando do ajuizamento da ação) ou durante todo o processo, os fatos constitutivos do seu direito, tal como alude o art. 333, I, do CPC, mesmo tendo-lhe sido oportunizados momentos para tanto. Frisa-se que foram amplamente oportunizadas aos litigantes chances de requerer novas provas. Todo o *iter* processual foi seguido na forma da lei, dando às partes as oportunidades de fazerem suas alegações e demonstrar a veracidade das mesmas. Bem salientou o Ministro que a parte autora simplesmente deixou de juntar documentos básicos que comprovassem sua pretensão, provas estas que estavam ao seu alcance produzir e cuja produção lhe é imputada pela legislação processual civil.

Assim, o STJ proferiu entendimento de que, *muito mais do que o atingimento da sacrossanta “verdade material” ou da também paradoxal “verdade formal”, ao processo civil também cabe evitar delongas injustificadas*, competindo ao magistrado encerrar o processo com resolução do mérito, pela improcedência do pedido (art. 269, inciso I, do CPC), mesmo que, na sua íntima convicção, também o réu não tenha conseguido trazer cabalmente as provas dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito do autor. Conforme palavras do Ministro Mauro Campbell Marques:

O objetivo do Código de Processo Civil é claro: *evitar delongas injustificadas e não queridas pelos litigantes que, muito mais do que o atingimento da sacrossanta “verdade material” ou o prestígio da igualmente paradoxal “verdade formal”, acabam prejudicando as partes interessadas, na medida em que inviabilizam uma tutela adequada e eficiente* (destacou-se).

Segue a ementa na íntegra:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROBATÓRIO. DISTRIBUIÇÃO DA CARGA DA PROVA. PARTE AUTORA QUE INSTRUI MAL A INICIAL. OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. SILÊNCIO. SENTENÇA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Trata-se de recurso especial interposto pela União contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região em que se entendeu pela anulação da sentença porque “[a]usentes, nos autos, os elementos probatórios imprescindíveis ao exame da causa, [...], a ensejar a adequada instrução do processo”.

2. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação ao art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil (CPC), ao argumento de que incumbia à parte autora fazer prova do que alegou na inicial, razão pela qual, reconhecida a inexistência de prova dos fatos constitutivos de seu direito, correto seria o julgamento de improcedência do pedido, e não a anulação da sentença a fim de que fossem produzidas novas provas, as quais, em momento algum, foram solicitadas na primeira instância pela própria parte autora.

3. O chamado “ônus da prova” é instituto de direito processual que busca, acima de tudo, viabilizar a consecução da vedação ao non liquet, uma vez que, por meio do art. 333, inc. I, do CPC, garante-se ao juiz o modo de julgar quando qualquer dos litigantes não se desincumbir da carga probatória definida legalmente, apesar de permanecer dúvidas razoáveis sobre a dinâmica dos fatos.

4. Ainda acerca do direito probatório, convém ressaltar que, via de regra, a oportunidade adequada para que a parte autora produza seu caderno probatório é a inicial (art. 282, inc. I, do CPC). Para o réu, este momento é a contestação (art. 300 do CPC). Qualquer outro momento processual que possa eventualmente ser destinado à produção probatória deve ser encarado como exceção.

5. Assim, a abertura para a réplica, p. ex., encontra limites estreitos no CPC, seja quando o réu alegar alguma das matérias do art. 301 do mesmo diploma legislativo, seja quando o réu trazer dados inéditos ao processo, tendo a parte autora, como consequência do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, direito de sobre eles se manifestar (arts. 326 e 327 do CPC).

6. Da mesma maneira, em atenção também ao princípio do dispositivo, convém restringir o uso tradicionalmente indiscriminado do despacho que chama as partes a dizerem se têm outras provas a produzir, pois, dogmática e legalmente falando, os momentos para tanto já ocorreram (inicial e contestação).

7. E, ainda, também em observância ao princípio do dispositivo, o magistrado deve ser parcimonioso ao determinar a produção de provas no saneador, evitando tornar controversos pontos sobre os quais, na verdade, as partes abriram mão de discutir - e, portanto, de tornar controvertidos.

8. O objetivo do Código de Processo Civil é claro: evitar delongas injustificadas e não queridas pelos litigantes que, muito mais do que o atingimento da sacrossanta “verdade material” ou o prestígio da igualmente paradoxal “verdade formal”, acabam prejudicando as partes interessadas, na medida em que inviabilizam uma tutela adequada e eficiente.

9. Por tudo isso, se o autor não demonstra (ou não se interessa em demonstrar), de plano ou durante o processo, os fatos constitutivos de seu direito, mesmo tendo-lhe sido oportunizados momentos para tanto, compete ao magistrado encerrar o processo com resolução de mérito, pela improcedência do pedido, mesmo que, por

sua íntima convicção, também o réu não tenha conseguido demonstrar de forma cabal os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito do autor.

10. Na espécie, tem-se ação condenatória cujo objetivo é ver a União ressarcir a parte autora por pagamentos derivados de contratos administrativos e realizados com atraso, sem, contudo, fazer incidir a correção monetária.

11. A partir do acórdão que veio a enfrentar embargos infringentes, fica evidenciado que a parte autora simplesmente deixou de, em sua inicial, juntar documentos básicos que comprovassem sua pretensão, provas estas que estavam ao seu alcance produzir - e, mais do que isto, cuja produção a ela é imputada por lei. Trechos do acórdão recorrido (fls. 342/343, e-STJ).

12. Mais ainda: a leitura atenta da sentença revela que foram amplamente oportunizadas aos litigantes chances de requerer novas provas (fl. 294, e-STJ).

13. Não há como, pois, concluir conforme fez o acórdão dos embargos infringentes - pela anulação da sentença a fim de instaurar-se nova instrução probatória para que a parte autora demonstre os fatos constitutivos de seu direito.

14. Sendo caso de direitos disponíveis (em relação à autora) e tendo ela permanecido silente em réplica e quando chamada a se manifestar pela produção de outras provas, na verdade, é caso puro e simples de sentença de improcedência. Não há nulidade a ser declarada porque todo o iter processual foi seguido estritamente na forma da lei, sob pena de o Tribunal de origem estar se substituindo às partes na condução de seus interesses (*sic*) patrimoniais (malversação do princípio do dispositivo).

15. A formação de coisa julgada material em desfavor da parte autora, longe de ser pena demasiada, é mera consequência de sua desídia na formação do conjunto probatório, desídia esta que não justifica a anulação de sentença proferida nos termos da lei.

16. Recurso especial provido a fim de julgar o processo extinto com resolução de mérito pela improcedência do pedido (STJ, REsp 840.690/DF, relator Ministro Mauro Campbell Marques, órgão julgador: Segunda Turma, data do julgamento: 19/08/2010, data da publicação: 28/09/2010).

Em outro acórdão do STJ, de 26/02/2002 (REsp nº 331.550/RS), ficou consubstanciado o entendimento, externado pela relatora Ministra Nancy Andrighi, de que o magistrado possui, antes do compromisso com a lei, um “*compromisso com a justiça e com o alcance da função social do processo*, para que este não se torne um instrumento de restrita observância da forma, distanciando-se da necessária busca pela verdade real” (destacou-se).

Ação rescisória. Perícia errada e prova falsa. Inteligência do inciso VI do art. 485 do CPC. Confissão de falsidade em escritura pública, pelo falsário. Retratação da perícia grafotécnica, que na ação incidental de embargos de devedor concluiu pela autenticidade da assinatura do devedor. Alegação de que as notas promissórias que embasam o processo de execução não foram verdadeiramente assinadas pelo emitente ali constante. Cabimento da ação rescisória com dilação probatória para verificação da tese do autor da ação rescisória que teve julgado improcedente o pedido de embargos de devedor e designada praça de seu imóvel. Afastamento de exacerbado formalismo.

- É cabível ação rescisória para rescindir sentença ou acórdão proferido em embargos do devedor, porque sentenças "de mérito", e portanto rescindíveis, podem surgir em processos cognitivos incidentes.

- A retratação dos peritos compromissados e a confissão de falsificação das promissórias em escritura pública pelo pretense falsificador podem embasar ação rescisória ajuizada com fulcro no art. 485, inciso VI, do CPC.

- O laudo técnico incorreto, incompleto ou inadequado que tenha servido de base para a decisão rescindenda, embora não se inclua perfeitamente no conceito de "prova falsa" a que se refere o art. 485, inciso VI, do CPC, pode ser impugnado ou refutado na ação rescisória, por falsidade ideológica.

- A falsidade da prova pode ser atribuída tanto à perícia grafotécnica (falsidade ideológica) como às duas notas promissórias (falsidade documental), sendo possível perquirir a ocorrência da prova falsa, sem adentrar na intenção de quem a produziu, quer inserindo declaração não verdadeira em documento público ou particular (falsidade ideológica), quer forjando, no todo ou em parte, documento particular (falsidade material).

- Antes do compromisso com a lei, o magistrado tem um compromisso com a Justiça e com o alcance da função social do processo para que este não se torne um instrumento de restrita observância da forma se distanciando da necessária busca pela verdade real, coibindo-se o excessivo formalismo (STJ, Resp nº 331.550/RS, relatora: Ministra Nancy Andrigli, órgão julgador: Terceira Turma, data do julgamento: 26/02/2002, data da publicação: 25/03/2002).

Por sua vez, nos julgamentos proferidos em processos penais, basicamente em Habeas Corpus, o STJ já teve várias oportunidades de se manifestar sobre a busca da “verdade”.

Interessante se faz vislumbrarmos trecho do voto do Ministro Felix Fischer, relator do processo HC nº 155.149/RJ, julgado em 29/04/2010.

O Ministro cita grandes doutrinadores para desmistificar a concepção sobre a verdade real. Segundo Jorge Figueiredo Dias, referenciado pelo Ministro Felix Fischer, o moderno entendimento sobre a verdade material é “no sentido de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, *há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida*” (destaque nosso). Se fôssemos considerar a concepção ortodoxa do princípio da verdade real, ele não poderia ter limitações. Não obstante, para o STJ neste julgado, não é isso que ocorre, pois, citando Tourinho Filho, Felix Fischer destaca em seu voto inúmeras restrições probatórias, dentre as quais as provas obtidas por meio ilícito e as provas que afetam de alguma forma a autodeterminação, a liberdade do sujeito e possam caracterizar constrangimento ilegal. Referenciando Aury Lopes Junior, o relator do HC nº 155.149/RJ escreve que o mito da verdade real nasce na inquisição para, a partir daí, ser utilizado como justificativa de atos abusivos estatais, na lógica “os fins justificam os meios”.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PROVA EMPRESTADA. UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. EMPREGO DE ARMA. CONFIGURAÇÃO. DISPARO EFETUADO. CÁLCULO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À OCORRÊNCIA DAS MAJORANTES. AUSÊNCIA. REGIME PRISIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ORDEM DE OFÍCIO.

I - A prova emprestada é admissível no processo penal, desde que não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador (Precedentes do c. Pretório Excelso e do STJ).

II - Na espécie, a tese de nulidade aventada pela defesa não comporta acolhimento, a uma porque a prova emprestada foi colhida em processo entre as mesmas partes, com observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, e, a duas, porque assumiu caráter meramente complementar aos demais elementos de convicção que sustentaram o decreto condenatório.

III - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando tenham estes desaparecido, ex vi do art. 167 do Código de Processo Penal.

IV - Esse entendimento deve ser aplicado no que concerne à verificação de ocorrência ou não da majorante do emprego de arma no crime de roubo, caso contrário o cancelamento da Súmula 174 do STJ seria, em boa parte, inócuo.

V - Na hipótese dos autos, consta a efetiva utilização da arma de fogo, utilizada momentos antes do delito de roubo para a prática de latrocínio, restando evidenciada, portanto, sua potencialidade lesiva (Informativo nº 345 do STJ). Ademais, não exsurge, na espécie, o motivo pelo qual a arma não foi apreendida e periciada, questão que não cabe ser dirimida em sede de habeas corpus. E, a impossibilidade de realização do exame pericial, atrai a incidência do disposto no art. 167 do CPP.

VI - Tendo em vista o disposto no parágrafo único, do art. 68 e no § 2º, do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, não pode se dar pela simples constatação da existência das mesmas, como *in casu*, mas deve ser feito com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso (Precedentes desta Corte e do c. Pretório Excelso).

VII - Quanto ao regime prisional verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, passível de ser sanada de ofício. Com efeito, uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, c/c o artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semiaberto. (Precedentes).

VIII - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do CP. (Precedentes).

IX - “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada” (Enunciado da Súmula nº 718 do c. Pretório Excelso).

Habeas corpus parcialmente concedido. Ordem concedida de ofício (STJ, HC 155.149/RJ, relator Ministro Felix Fischer, órgão julgador: Quinta Turma, data do julgamento: 29/04/2010, data da publicação: 14/06/2010).

Em razão dos “interesses maiores em jogo”, tradicionalmente se tem colocado que a busca da verdade real ou material é um dos objetivos do processo penal, diferentemente do que acontece no processo civil. Nessa linha está o julgamento do HC nº 39.852/RS, proferido pela Sexta Turma do STJ, de relatoria do Ministro Nilson Naves. O acórdão foi julgado em 02/06/2005 e estabelece que, uma vez estando em jogo a liberdade do cidadão, não é essencial o apego ao formalismo exacerbado, devendo prevalecer a substância em detrimento da forma, tudo isso com vistas à busca da verdade material. A ementa foi assim publicada:

Tribunal do júri (sentença condenatória). Apelação (interposição). Fundamento legal (ausência). Superior instância (arrazoamento). Formalismo (excesso). Duplo grau (garantia).

1. Se e quando em confronto, a forma há de ceder à substância, havendo esta de prevalecer.
2. Não é salutar o apego exagerado à formalidade, principalmente no processo penal, no qual se haverá de proceder, com vontade redobrada, na busca da verdade material, uma vez que, nele, acha-se em jogo a liberdade.
3. Num sistema de duplo grau, é construtivo tenham os litigantes (mais no circuito em que se impõem penas do que em outros) maior garantia e maior proteção à defesa, em comemoração a princípios que dizem respeito à dignidade da pessoa.
4. O duplo grau visa a que as pessoas tenham, da forma mais aberta possível, duas oportunidades.
5. Posto que ausente, quando interposta a apelação pela defesa, a precisa indicação de seu fundamento à vista do art. 593, III, do Cód. de Pr. Penal, é de se entender sanada a falha, pois, quando do seu arazoamento na superior instância, a defesa se propôs a fazer a faltante indicação – alíneas a, b e c.
6. Tal o contexto, haveria de se conhecer da apelação. Ordem para tal finalidade concedida (STJ, HC 39.852/RS, relator: Ministro Nilson Naves, órgão julgador: Sexta Turma, data do julgamento: 02/06/2005, data da publicação: 20/02/2006).

Nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.203.775/SP (EDcl no AgRg no Ag nº 1.203.775/SP), especialmente no voto do Ministro Jorge Mussi, o STJ entendeu que não se deve exigir “a forma pela forma pura e simplesmente”, devendo ser respeitados, no processo penal, os princípios da celeridade e da instrumentalidade das formas, além de se buscar neste campo a maior aproximação possível com a verdade real e o máximo de efetivação da Justiça social.

[...] Exigir-se tal ratificação, após julgamento de embargos de declaração rejeitados pela Corte local, em que não houve modificação de absolutamente nada na situação jurídica dos sentenciados, afigura-se um excesso de formalismo, à luz dos princípios da celeridade processual e instrumentalidade das formas, principalmente no âmbito do Direito Processual Penal, onde se busca a maior aproximação possível com a verdade dos fatos (verdade real) e o máximo de efetivação da Justiça social.

Aliás, não é razoável exigir-se da parte que espere indefinidamente a posição dos demais corréus em não interporem inúmeros aclaratórios, ao final rejeitados ou improvidos, retardando, assim, desmotivadamente, o curso normal do processo.

Deve-se ressaltar que hodiernamente a doutrina e jurisprudência vêm se posicionando no sentido de que não se deve exigir “a forma pela forma” pura e simplesmente, o que faz com que, várias nulidades relativas estejam sendo convalidadas já que, apesar de não realizadas de acordo com o texto expresso da lei, atingiram o fim para o qual foram criadas.

Vide abaixo a ementa da decisão proferida pelo STJ no EDcl no AgRg no Ag nº 1.203.775/SP:

PROCESSUAL PENAL. SÚMULA N.º 418 DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE À HIPÓTESE DOS AUTOS. REITERAÇÃO PERANTE A CORTE A QUO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS

POR CORRÉU. IMPROVIMENTO. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO, INTEGRAÇÃO OU SUPRESSÃO DOS JULGADOS ANTERIORES. RATIFICAÇÃO POSTERIOR DAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL PELO EMBARGANTE. DESNECESSIDADE. TEMPESTIVIDADE DO APELO NOBRE. CASO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. Constatando-se que a situação fática tratada nos presentes autos é distinta daquelas que serviram de substrato à elaboração do Enunciado Sumular n.º 418/STJ, torna-se de rigor o afastamento do referido entendimento jurisprudencial à hipótese aqui versada, sob pena de se aplicar o mesmo direito à fatos diversos.

2. Tendo sido opostos, por corréu, segundos embargos de declaração perante o Tribunal local e desacolhida a insurgência ao fundamento de que a matéria nele versada já havia sido devidamente analisada, não havendo, assim, qualquer modificação, integração ou supressão nas decisões anteriormente proferidas, seria desarrazoado exigir ratificação posterior do apelo nobre pelo ora Embargante. Tal formalidade implicaria em malferição dos princípios da economia processual, da instrumentalidade das formas, da conservação dos atos processuais, do contraditório e da ampla defesa, não se compatibilizando a Súmula n.º 418/STJ com os princípios que regem hodiernamente o Direito Criminal.

3. Embargos de declaração acolhidos a fim de afastar a aplicabilidade do Enunciado Sumular n.º 418 desta Corte Superior à hipótese dos autos e, desta forma, prover o Agravo de Instrumento para determinar a subida do Recurso Especial para melhor exame da matéria nele versada (STJ, EDcl no AgRg no Ag n.º 1.203.775/SP, relator Ministro Jorge Mussi, órgão julgador: Quinta Turma, data do julgamento: 23/08/2011, data da publicação: 29/08/2011).

Procurando pelo termo “verdade real” em acórdãos proferidos pelo STF, aparecem predominantemente processos que versam sobre crimes dispostos no Código Penal e na legislação extravagante. Raros são os casos que discorrem sobre temas de direito civil ou direito processual civil. A conclusão que se permite, assim, é que a “verdade real” é mais presente no processo penal, e não no processo civil. A ementa abaixo (acórdão no Recurso ordinário em Habeas Corpus n.º 102.813/SP) é um exemplo de decisão que destaca a busca da verdade real como princípio básico do processo:

Recurso ordinário em habeas corpus. Crimes de roubo qualificado e sequestro (CP, arts. 157, § 2º, incisos I e II, e 148, caput). Intimação pessoal da Defensoria para a sessão de julgamento. Não ocorrência. Defensor público posteriormente intimado do resultado do julgamento e do respectivo acórdão. Inexistência de inconformismo da defesa. Alegação de nulidade por ausência de intimação aventada passados onze (11) anos do trânsito em julgado da decisão. Peculiaridade que afasta o reconhecimento da nulidade pretendida. Consumação da preclusão. Precedentes. Recurso não provido.

1. Embora se tenha entendido na Corte que a ausência de intimação pessoal do Defensor Público acarreta nulidade do ato processual, independentemente da demonstração de prejuízo, o caso apresenta particularidades que afastam o reconhecimento da nulidade pretendida.

2. No caso, a insurgência quanto à ausência de intimação pessoal do Defensor Público da sessão de julgamento pelo Tribunal de Justiça que veio a decretar a condenação do paciente, decorrente do recurso do Ministério Público, somente foi aventada onze (11) anos após o trânsito em julgado daquela decisão, da qual fora a defesa regularmente intimada.

3. No momento em que teve ciência inequívoca do acórdão que decidiu a apelação do Ministério Público, abriu-se para o Defensor Público a oportunidade de impugnar

a decisão questionada. Contudo, em estado de letargia, a defesa manteve-se inerte, somente o fazendo onze (11) anos após o trânsito em julgado da decisão.

4. *À luz dessas circunstâncias, possibilitar que, agora, a defesa, depois de consentir com a decisão do Tribunal de Justiça no julgamento do apelo acusatório, questione a ausência de intimação é permitir que o processo se transforme em um instrumento de estratégias totalmente divorciado dos seus princípios básicos, que são a busca da verdade real e a aplicação do direito.*

5. Esta Corte tem posicionamento no sentido de denegar a ordem de habeas corpus “em que a defesa aguarda o segundo julgamento do júri para, só então, diante do resultado desfavorável ao réu, argüir a nulidade da decisão que o mandou a novo júri” (HC nº 76.732/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 1º/9/2000).

6. Recurso não provido (STF, RHC nº 102.813/SP, relator Ministro Dias Toffoli, órgão julgador: Primeira Turma, data do julgamento: 17/04/2012, data da publicação: 04/05/2012) (destacou-se).

O termo “verdade processual” também é visto em alguns acórdãos do STF que julgam processos penais, porém com muito menos ocorrência que a chamada “verdade real”.

Interessante trazermos à baila o julgamento mais importante da história proferido pelo STF. Trata-se da Ação Penal nº 470/MG, mais conhecida como o caso do “Mensalão”.

Nela, o Ministro Luiz Fux proferiu seu voto que, digamos, causou certa revolta em muitos cidadãos brasileiros. Isto porque levou ao conhecimento do povo o que para o mundo jurídico é ou deveria ser a visão sobre a “verdade” no processo.

Sustentou Fux que o importante para o juízo “é a denominada verdade suficiente constante dos autos”, e não a verdade real (entendida como certeza absoluta), sendo igualmente relevante a “argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas”, além da persuasão, do debate e do contraditório durante o processo. Contemporaneamente, destacou Fux, o processo penal não se deve apegar ferrenhamente à compreensão de que uma condenação só possa ser feita quando decorrente da “verdade dita ‘real’ e da (pretensa) certeza absoluta do juiz a respeito dos fatos”. Nessa esteira, os indícios podem sim apontar para uma conclusão segura e correta acerca de uma condenação criminal. Abaixo segue o trecho do voto do Ministro no caso do “Mensalão”:

[...] Com efeito, a atividade probatória sempre foi tradicionalmente ligada ao conceito de verdade, como se constatava na *summa divisio* que por séculos separou o processo civil e o processo penal, relacionando-os, respectivamente, às noções de verdade formal e de verdade material. Na filosofia do conhecimento, adotava-se a concepção de verdade como correspondência.

Nesse contexto, a função da prova no processo era bem definida. Seu papel seria o de transportar para o processo a verdade absoluta que ocorrera na vida dos litigantes.

Daí dizer-se que a prova era concebida apenas em sua função demonstrativa (cf. TARUFFO, Michele. “Funzione della prova: la funzione dimostrativa”, in Rivista di Diritto Processuale, 1997).

O apego ferrenho a esta concepção gera a compreensão de que uma condenação no processo só pode decorrer da verdade dita “real” e da (pretensa) certeza absoluta do juiz a respeito dos fatos. Com essa tendência, veio também o correlato desprestígio da prova indiciária, a *circumstantial evidence* de que falam os anglo-americanos, embora, como será exposto a seguir, o Supremo Tribunal Federal possui há décadas jurisprudência consolidada no sentido de que os indícios, como meio de provas que são, podem levar a uma condenação criminal.

Contemporaneamente, chegou-se à generalizada aceitação de que a verdade (indevidamente qualificada como “absoluta”, “material” ou “real”) é algo inatingível pela compreensão humana, por isso que, no afã de se obter a solução jurídica concreta, o aplicador do Direito deve guiar-se pelo foco na argumentação, na persuasão, e nas inúmeras interações que o contraditório atual, compreendido como direito de influir eficazmente no resultado final do processo, permite aos litigantes, com se depreende da doutrina de Antonio do Passo Cabral. (...)

Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua função persuasiva, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. O que importa para o juízo é a denominada verdade suficiente constante dos autos; na esteira da velha parêmia *quod non est in actis, non est in mundo*. Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Essa função persuasiva da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir (STF, AP nº 470/MG, órgão julgador: Tribunal Pleno, relator: Ministro Joaquim Barbosa, data do julgamento: 17/12/2012, data da publicação: 22/04/2013).

A expressão “verdade substancial”, por sua vez, aparece com mais evidência nos acórdãos do Supremo que versam sobre processo penal e, principalmente, sobre a decretação ou não de nulidade de certos atos processuais, manifestando firme a jurisprudência da Corte Suprema “no sentido de que a declaração de nulidade depende da ocorrência e demonstração de prejuízo efetivo para a defesa ou acusação, ou ainda, de comprovação de interferência indevida na apuração da verdade substancial e na decisão da causa” (vide: STF, HC nº 99.845/RS, órgão julgador: Primeira Turma, relatora: Ministra Cármen Lúcia, data do julgamento: 09/11/2010, data da publicação: 25/11/2010).

Esse termo (“verdade substancial”), que muito utiliza o Supremo, na verdade, é apenas uma reprodução da terminologia que de igual modo emprega o Código de Processo Penal (CPP) e o Código de Processo Penal Militar (CPPM), senão vejamos:

Art. 566, do CPP. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Art. 502, do CPPM. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Já o termo “verdade formal” foi utilizado em acórdãos mais antigos, antes de 2007 (vide: HC nº 92.405/PB; AI nº 156.696 AgR/SP). Hoje, a Corte Suprema não o mais utiliza ou o utiliza em raras situações.

Portanto, ao cabo desta análise, podemos fazer este quadro esquemático comparativo, mostrando, resumidamente, de um lado, o posicionamento que normalmente adota o STJ; e, de outro lado, o entendimento que como regra é adotado pelo STF:

Tabela 7 – Comparação entre os entendimentos do STJ e do STF sobre o termo “verdade”.

	Superior Tribunal de Justiça (STJ)	Supremo Tribunal Federal (STF)
A busca da verdade <i>no processo civil</i>	O moderno processo civil deve refletir a verdade real, a qual condiz com o interesse público de efetividade da justiça. A iniciativa probatória do juiz é amplíssima, visando a busca da verdade real e em nome do interesse público de efetividade da justiça.	Em sede extraordinária, deve-se partir da moldura fática já delineada pelo Juízo <i>a quo</i> , de forma que acaba prevalecendo, assim, a verdade formal em detrimento da verdade real. <i>Observação:</i> poucos são os casos que o STF julga e dá seu entendimento a respeito da busca da verdade no processo civil.
A busca da verdade <i>no processo penal</i>	Não deve aqui vigorar uma verdade obtida a todo preço, mas sim uma verdade processualmente válida. Não deve prevalecer o formalismo exacerbado na busca da verdade. Devemos buscar no processo penal a maior aproximação possível com a verdade real e o máximo de efetivação da justiça social.	Um dos princípios básicos do processo (e também um dos seus fins principais), juntamente com a aplicação do direito, é a busca da verdade real.

7. VERDADE FORMAL *VERSUS* VERDADE REAL: A DICOTOMIA AINDA PERSISTE?³⁹⁵

Uma das dificuldades mais marcantes de superar quando se pensa sobre a “verdade” no processo e sua *construção* é a respeito das denominadas “qualidades” ou “adjetivações” que são empregadas ao termo “verdade”, passando a representar isso qualquer coisa que o intérprete do direito quiser, sem qualquer respeito às argumentações levantadas, aos debates, às provas produzidas, enfim.

As problemáticas das chamadas “verdades adjetivadas” (ou “verdades nominadas”) e da dualidade verdade formal vs. verdade real parecem que não despertaram a consciência dos intérpretes do direito, muito menos dos processualistas, prejudicando a conclusão sobre para quê serve o processo e de qual é, afinal, seu objetivo precípua: servir de instrumento para a entrega da tutela jurisdicional a quem dela faz jus.

O estudo da linguagem levado a sério por Paulo de Barros Carvalho e seguido, dentre outros, por Tárek Moysés Moussallem e Fabiana Del Padre Tomé, coloca em evidência que numerosos problemas presentes no direito são *linguísticos*.

Com efeito, *os conceitos vagos, os subjetivismos e a alta carga emotiva* são os principais obstáculos enfrentados ao perquirir a conceituação da “verdade” para o processo judicial e a definição de outros tantos institutos pertencentes ao direito positivo, como a boa-fé, a segurança jurídica e a igualdade. Caso bem analisados sob o prisma da importância da linguagem para o Direito, ousaríamos dizer que não haveria tantas deficiências quanto há atualmente no campo jurídico. O problema suscitado é notado por Fernanda Gomes e Souza Borges, que assim analisou a questão:

Fala-se em verdade e busca da verdade sem nenhuma delimitação científica, como conceitos vagos, carregados de subjetivismos. São utilizados, também, tanto na doutrina quanto nos textos legais, certos conceitos como critérios de aproximação da

³⁹⁵ O presente Capítulo é fruto do artigo apresentado no II Seminário Científico da Ufes (em 2014) e também uma versão mais atual e completa apresentada no XXIII Encontro Nacional do CONPEDI (UFSC, em 2014) e publicada pelo CONPEDI: MACHADO, Vitor Gonçalves. As “verdades adjetivadas” no moderno direito processual: um problema a erradicar. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ORSINI, Adriana Goulart de Sena. *Processo e Jurisdição I: (Re)pensando o Direito: desafios para a construção de novos paradigmas*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 176-196.

verdade, como: verossimilhança, probabilidade quantitativa e probabilidade lógica ou indutiva³⁹⁶.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta que a celeuma se revela muito mais complexa no contexto dos órgãos judiciais, uma vez que ditos órgãos, ao tentarem justificar certa visão dos fatos, lançam mão de critérios indefinidos e vagos, utilizando fórmulas puramente retóricas, como as alusões, além da “verdade material”, à “certeza moral”, à “prova moral”, à “íntima convicção” e ao “prudente arbítrio”. Para Alvaro de Oliveira, essas e outras expressões parecidas representam sinônimos de subjetivismo, arbítrio e manipulação semântica, por não garantirem “nenhuma racionalidade na valorização da prova, implicar falsa motivação da decisão e ainda impedir o controle da atividade judicial por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior”³⁹⁷.

Como foi possível observar no Capítulo 02, diversos autores que discorrem sobre processo civil e sobre processo penal buscam dizer o que é a “verdade” a ser perseguida no processo. Nesse passo, percebemos no Capítulo 06, dentro da análise de como o termo “verdade” é empregado pelo STJ e pelo STF, quantas expressões vagas são utilizadas para entender que neste ou naquele caso cabe falar em, por exemplo, verdade real ou verdade judicial processualmente válida, tais como “interesse público de efetividade da justiça” e “compromisso do juiz com a justiça e com o alcance da função social do processo”. Cumpre notar, porém, que há deficiências nos conceitos trazidos pelos julgadores e pelos doutrinadores pátrios que foram neste trabalho examinados.

Primeiro, entendemos que o termo “verdade” foi definido em certas passagens (tanto entre os processualistas civis quanto entre os processualistas penais) de uma forma que não poderíamos identificar o que realmente significa “verdade”. Dizer que a “verdade” buscada no processo deve ser “a verdade com o maior grau possível de verdade”, ou “a verdade com maior aproximação possível da verdade”, ou, ainda, “a verdade processual é a verdade possível” *não serve para conceituar o que é a “verdade” no processo*. É o mesmo raciocínio da usual definição de igualdade entre os constitucionalistas: “Igualdade é tratar os iguais de forma igual e os desiguais na medida de suas desigualdades”. Não conseguimos saber o que significa “verdade” tampouco “igualdade” nesses exemplos.

³⁹⁶ BORGES, 2013, p. 65.

³⁹⁷ OLIVEIRA, 2015.

Predominantemente entre os autores que discorrem sobre o processo civil, existe o termo “verossimilhança” com, ao menos, três significados diferentes: i) verossimilhança como uma verdade contextual e possível; ii) verossimilhança como mera aparência de verdade; iii) verossimilhança como verdade factível. Vale notar que em nenhuma das definições o termo verossimilhança foi conceituado, e, além disso, na definição supostamente proposta veio à tona outros elementos difíceis de entendimento, como “verdade contextual” e “verdade factível”.

Observam-se outras possíveis deficiências que não foram enfrentadas pelos processualistas, como definir o que seja “probabilidade” presente na expressão “verdade provável como sinônimo de juízo de probabilidade” ou na conceituação “verdade é a máxima probabilidade”, e o que seja “certeza jurídica” como sinônimo de “estabilidade e previsibilidade”. Igualmente acreditamos que há insuficiência de fundamentação quando se diz que existe no processo uma “verdade que seja processualmente válida” – expressão também encontrada nos julgados dos Tribunais Superiores –, uma vez que aglutina no seu conceito as lógicas clássica e deontica e, mais que isso, não define o que seja “verdade”.

Portanto, a superação das verdades adjetivadas e do dogma verdade formal *versus* verdade real, uma disputa existente na doutrina e nos julgados dos Tribunais pátrios sem qualquer sentido, são passos necessários que devem ser dados para o entendimento moderno que deve se pautar o processo civil.

7.1. O PROBLEMA DAS “VERDADES ADJETIVADAS” (OU “VERDADES NOMINADAS”) NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Atualmente, e como já se percebeu até agora, há muitos doutrinadores que empregam o mais variado vocabulário para exprimir o que deve ser a “verdade” no processo, seja de qual ramo for. Abaixo seguem os principais vocábulos encontrados na doutrina processual:

- a) verdade material;
- b) verdade real;
- c) verdade substancial;

- d) verdade formal;
- e) verdade processualizada;
- f) verdade jurídica;
- g) verdade judicial;
- h) verdade judiciária;
- i) verdade processual;
- j) verdade processualmente (ou judicialmente) válida;
- k) verdade forense;
- l) verdade *tout court*;
- m) verdade atingível (ou inatingível);
- n) verdade objetiva³⁹⁸;
- o) verdade instrumental;
- p) verdade convencional;
- q) verdade contextual;
- r) verdade possível;
- s) verdade provável;
- t) verdade convincente;
- u) verdade suficiente;
- v) verdade empírica.

Veja-se que a lista é extensa, mas ela poderia ser, e, na verdade, até deve ser, mais larga, pois irá depender (e este é um dos mais sérios imbróglios) da *imaginação fértil* do autor de livros de direito processual, que, por sua vez, pode também ser o profissional da magistratura, da advocacia, do órgão do Ministério Público, ou da Defensoria Pública, e, a partir daí, trazer o seu ponto de vista externado em sua obra, compartilhando entre seus pares e demais cidadãos. Por exemplo, pode ser que existam algumas “verdades” que poderiam ser chamadas de “verdade civilista” (por exemplo, para o processo civil), “verdade penalista” (para o processo penal), “verdade publicista” (com maior participação de institutos do Direito Público), “verdade humanista” (para os defensores dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana), entre outras.

³⁹⁸ Streck, por exemplo, alude ao fato de que Guilherme de Souza Nucci se posiciona a favor da dita “verdade objetiva”, a qual, ao cabo, representaria o cerne da assim denominada “verdade real” (STRECK, 2013a, p. 04).

A doutrina tradicional também tende a traçar a diferenciação da “verdade” que existe no processo civil com a “verdade” que existe no processo penal. De fato, parece que existem várias “verdades” para cada específico ramo do processo, segundo a mentalidade de cada doutrinador. Sustentar que deve existir uma melhor e mais cuidadosa busca pela “verdade” no processo penal porque este labora com bens jurídicos mais importantes do que outros ramos, como o processo civil, é uma total falácia.

A “verdade” dentro do processo, quando visualizadas as várias nomenclaturas utilizadas pelos intérpretes do direito, parece ser um dado esquizofrênico, a depender do ponto de vista do doutrinador e do ramo processual estudado, e não, propriamente, dos debates e das provas colhidas e trazidas aos autos do processo. Em sentido parecido é a preocupação de Lenio Streck sobre o problema da “verdade” no Direito:

Na doutrina jurídica mais consumida, a verdade ora é confundida com um dado bruto (o fato em si?) ao qual o sujeito cognoscente deve se amoldar, ora é resumida a uma construção, erguida – a partir de uma pseudo “consciência metodológica” – pelo sujeito cognoscente, algo que parece claramente no conceito de “livre convencimento” ou “livre apreciação da prova”³⁹⁹.

Por isso, é de bom alvitre fazer a conceituação de verdade formal e de verdade real que usualmente faz a doutrina processual, permitindo que, nas próximas páginas, possa ser superada a dicotomia e os problemas das “verdades adjetivadas”:

- i) Verdade formal: o juiz não está obrigado a buscar provas, devendo se contentar com aquilo que lhe é trazido pelas partes (ligação com o princípio dispositivo) e extraindo suas conclusões a partir do que está nos autos. Há, pois, um apego maior ao formalismo e a certos requisitos processuais relacionados ao direito probatório (forma) do que ao conteúdo material da prova.
- ii) Verdade real: o juiz deve buscar provas tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado. O magistrado figura como coautor na produção de provas. Há preponderância em considerar o conteúdo material da prova em desapego às regras processuais formais, como o instituto da preclusão.

³⁹⁹ STRECK, 2013a, p. 01.

Do mesmo modo, Michele Taruffo delinea a distinção que normalmente é realizada pelos juristas⁴⁰⁰, na qual existiria, de um lado, a verdade formal, judicial ou processual; e de outro lado, a verdade material, real, substancial, histórica, empírica ou *tout court*:

Haveria, por um lado, uma verdade “formal” (ou “judicial” ou “processual”), que seria estabelecida no processo por meio das provas e dos procedimentos probatórios; e, por outro lado, haveria uma verdade “material” (ou “histórica”, “empírica”, ou, simplesmente, “verdade”), com referência ao mundo dos fenômenos reais ou, em todo caso, a setores da experiência distintos do processo e que se obtêm mediante instrumentos cognoscitivos distintos das provas judiciais. É comum também a distinção feita entre uma verdade “relativa”, que é típica do processo, e uma verdade “absoluta”, que existiria em algum lugar fora do processo⁴⁰¹.

7.2. A SUPERAÇÃO DA “VERDADE FORMAL” NO PROCESSO CIVIL

A partir da teoria da verdade formal ou, como insistem alguns autores, “princípio da verdade formal”, se um fato for alegado no processo e a outra parte não o impugna especificamente, este se torna incontroverso e tende a se tornar verdadeiro (art. 302 do CPC, parte final: “presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados”).

O entendimento de ser o processo civil orientado à busca da verdade formal é uma ideia antiga e esvaziada. Institutos como a preclusão e a regra estanque do ônus da prova não podem fazer frente ao que traz um importante conteúdo de alguma prova, por exemplo. Além disso, sequer se mostra válido o argumento de que o processo civil tutela bens jurídicos menos importantes que o processo penal. O que dizer do casamento, da propriedade, da intimidade, da família, da proteção às crianças e aos adolescentes? Todos esses institutos são tutelados pela legislação civil, tratando-se, pois, de interesses fundamentais do ser humano. Assim,

[...] a ideia de verdade formal é (...) absolutamente inconsistente e, por essa mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente, perdendo seu prestígio no seio do processo civil. *A doutrina mais moderna nenhuma referência mais faz a esse conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a*

⁴⁰⁰ Dicotomia esta que é insustentável por várias razões, as quais já foram postas em evidência pela doutrina menos superficial, assim como escreve Taruffo (2005, p. 24), citado também por Marcellus Polastri Lima (2009, p. 10).

⁴⁰¹ TARUFFO, 2005, p. 24 (tradução livre). Nesse mesmo sentido: BELTRÁN, 2005, p. 61-63.

*frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática (destaque nosso)*⁴⁰².

Interessante que para Luigi Ferrajoli a verdade formal se trata daquela verdade que busca ser alcançada pelo respeito a regras precisas, relativa apenas a circunstâncias e fatos relevantes⁴⁰³.

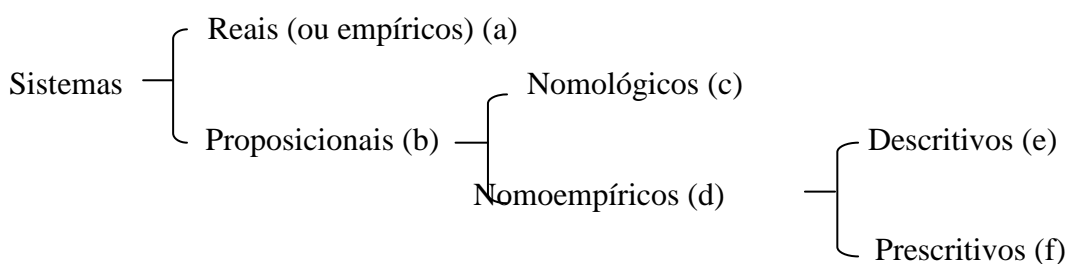
No entanto, é possível perceber que, em certo sentido, há uma visão habitual dos juristas pátrios associando a verdade formal com a verdade do processo (“verdade processual”, “verdade judicial” ou “verdade forense”). Isso, caso não bem explicadas as teorias e o que se entende certamente por verdade formal, pressupõe uma visão equivocada, porque uma coisa é estabelecer o que é a “verdade formal” com apego ao formalismo exacerbado, e outra é explicar o que deve ser a “verdade” no processo, totalmente distinta daquela.

Exemplificando, Tárek Moussallem ensina que toda “verdade” sempre será *formal*. Mas para o autor, vale o entendimento de que a “verdade” só pode ser entendida dentro de um sistema linguístico, sendo irrelevante a classificação entre verdade material e verdade formal⁴⁰⁴.

Para a compreensão da verdade formal como ensina Fabiana Tomé, deve-se realizar um estudo prévio da linguagem dentro do Direito e do que se compreende por sistemas proposicionais nomológicos e sistemas proposicionais nomoempíricos.

De acordo com a posição de Marcelo Neves, citado por Paulo de Barros Carvalho⁴⁰⁵ e a qual nos filiamos, podemos classificar os sistemas da seguinte forma:

Figura 4 – Classificação dos sistemas feita por Marcelo Neves.



⁴⁰² MARINONI, ARENHART, 2011, p. 35.

⁴⁰³ FERRAJOLI, 2010, p. 48

⁴⁰⁴ MOUSSALLEM *apud* TOMÉ, 2011, p. 26.

⁴⁰⁵ NEVES *apud* CARVALHO, 1999, p. 48-51.

- a) *Reais (ou empíricos)*: são os objetos do mundo físico (objetos reais-naturais) ou do mundo social (objetos reais-sociais). É uma classificação dos objetos extralinguísticos, e por isso o que interessa para efeito da classificação é a índole extralinguística dos objetos, vinculando-se mediante laços constantes e tendo em conta um princípio em comum. São exemplos: sistema solar, sistema sanguíneo, etc⁴⁰⁶.
- b) *Proposicionais*: são os sistemas das proposições, que pressupõe linguagem e se subdividem em sistemas proposicionais nomológicos e sistemas proposicionais nomoempíricos.
- c) *Nomológicos*: são os sistemas proposicionais meramente formais, onde as partes componentes sejam entidades ideais. Seu método é o inferencial-dedutivo. Exemplos: a Lógica e a Matemática.
- d) *Nomoempíricos*: tratam-se dos sistemas proposicionais de proposições com referência empírica, subdividindo-se em sistemas proposicionais nomoempíricos descritivos e sistemas proposicionais nomoempíricos prescritivos.
- e) *Descritivos*: são aqueles que possuem proposições meramente descritivas, sendo um exemplo o sistema de enunciados científicos.
- f) *Prescritivos*: são aqueles sistemas que possuem proposições prescritivas, que se dirigem à conduta social. São exemplos os sistemas das regras morais, das regras jurídicas, etc.

Destarte, a verdade formal diz respeito a enunciados demonstráveis e dotados de coerência lógica, pertencente ao sistema das proposições nomológicas e fixada *independentemente de seu conteúdo*⁴⁰⁷. Principalmente *por desprezar o conteúdo*, a apreciação da veridicidade dos enunciados feita pelos adeptos da verdade formal não se aplica às proposições nomoempíricas, descritas ou prescritivas, podendo se concluir que ela é inaplicável aos enunciados descritivos da Ciência do Direito e aos prescritivos do direito positivo.

7.3. A IMPOSSIBILIDADE DA “VERDADE REAL”, “VERDADE MATERIAL”, OU “VERDADE SUBSTANCIAL”

⁴⁰⁶ Escreve Paulo de Barros Carvalho que, na verdade, não há que se falar na existência dos sistemas reais, posto que todos os sistemas pressupõem linguagem, sendo, desse modo, todos da espécie sistemas proposicionais (CARVALHO, 1999, p. 51).

No que tange à verdade real, ensinam Eugênio Pacelli de Oliveira e Aury Lopes Junior – como já pudemos demonstrar – que o aludido princípio vem a ser uma disseminação da cultura inquisitiva, expressão portadora de efeitos mágicos, que veio a autorizar uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação do Ministério Público (ou da acusação) no processo penal. A verdade real nasce no período da Inquisição, onde a prova era usada para justificar as abusividades do Estado no raciocínio de Maquiavel “os fins justificam os meios”, sendo a dita verdade buscada a qualquer custo⁴⁰⁸.

Para Luigi Ferrajoli, a verdade real, material ou substancial se traduz na “verdade absoluta”, perseguida fora de regras e controles⁴⁰⁹.

Fica perceptível que essa verdade substancial (material ou real), como “verdade absoluta”, não pode subsistir no seio do processo civil ou penal. Não é demais frisar que jamais se conseguirá, através do processo judicial, reconstruir fidedignamente os fatos tais como ocorreram. É impossível ao intérprete do direito querer perfeitamente reconstituir um determinado fato, posto que o mesmo, conforme destaca Aury Lopes Junior⁴¹⁰, ficará sempre no passado, na memória, no imaginário, sendo determinante nesta tarefa o fator tempo/velocidade⁴¹¹.

Seguindo essa trilha, não podemos deixar de concordar e novamente afirmar que *o real é irrepitível e o mundo da experiência não pode ser totalmente descrito em linguagem competente*. Por isso mesmo, não se presta a chamada verdade material ou real aos fins que se propõe este trabalho, *porque se funda na teoria da verdade por correspondência e pressupõe existir a possibilidade de espelhar o mundo real por meio da linguagem a ingressar nos autos processuais*⁴¹².

⁴⁰⁷ TOMÉ, 2011, p. 27.

⁴⁰⁸ OLIVEIRA, 2008, p. 285-287; LOPES JUNIOR, 2010, p. 260.

⁴⁰⁹ FERRAJOLI, 2010, p. 48.

⁴¹⁰ LOPES JUNIOR, 2010, p. 266-268.

⁴¹¹ Quanto maior o tempo decorrido entre o fato e a reconstrução do mesmo, maior é a chance do fato e das informações se “perderem” com o tempo.

⁴¹² Nesse sentido: TOMÉ, 2011, p. 27.

7.4. NORMAS EM VIGOR QUE DEMONSTRAM A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA

Por sua vez, no plano do direito positivo (enunciados prescritivos), existem previsões legais expressas tanto no CPC quanto no CPP de *superação da verdade formal no processo civil e da verdade real no processo penal*, pois, em diversas ocasiões, a legislação processual civil mitiga o que comumente a doutrina entende por verdade formal e fortalece a chamada verdade real, enquanto que ocorre o contrário na legislação processual penal.

A começar pelo processo civil, citam-se os artigos 130, 342, 355 e 440 do atual CPC como dispositivos legais que se identificam com a aplicação do chamado princípio da verdade real (os destaques demonstram a superação):

Art. 130. Caberá ao juiz, *de ofício* ou a requerimento da parte, *determinar as provas necessárias à instrução do processo*, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 342. O juiz pode, *de ofício*, em qualquer estado do processo, *determinar o comparecimento pessoal das partes*, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 355. O juiz pode *ordenar que a parte exhiba documento ou coisa*, que se ache em seu poder.

Art. 440. O juiz, *de ofício* ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, *inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa* (destacou-se).

Já no CPP e também na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995), observamos alguns artigos que se identificam com a aplicação do denominado princípio da verdade formal e com alguns institutos presentes no campo do direito privado, como a transação, que seguem (os destaques demonstram a superação):

Art. 207, CPP. *São proibidas de depor as pessoas* que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Art. 621, CPP. *A revisão dos processos findos* será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

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.

Art. 72, Lei 9.099. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a *possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade*.

Art. 73, Lei 9.099. A *conciliação* será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os *conciliadores* são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74, Lei 9.099. A *composição dos danos civis* será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, *o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação*.

Art. 89, Lei 9.099. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, *poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos*, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

8. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A LIGAÇÃO COM A TEORIA DISCURSIVA DA VERDADE DE HABERMAS⁴¹³

Ao que parece, nota-se que a tentativa de superar a verdade formal como pertencente ao processo civil vem fortalecida com os enunciados do novo CPC, em especial com o esforço do legislador em coibir práticas judiciárias que formam a denominada “jurisprudência defensiva”⁴¹⁴.

A respeito da teoria de Jürgen Habermas acerca da “verdade”, observar-se-á que é possível fazer um liame entre esta e os dispositivos do NCPC.

O que visualizaremos no Projeto original e no texto da Lei nº 13.105/2015 serão, de fato, semelhanças existentes com a perspectiva habermasiana sobre a *construção da “verdade”* amoldada ao procedimento que deve se basear o processo civil modernamente considerado, sobretudo com a tentativa prioritária da *solução consensual entre as partes*, numa clara busca *cooperativa* pela resolução dos conflitos.

Para melhor compreensão, elaboramos quadros comparativos onde há pontos de contato entre a teoria de Habermas e o texto do novo CPC (Lei nº 12.105/2015), demonstrando estes momentos do processo legislativo:

- i) Os dispositivos do CPC brasileiro em vigor;
- ii) A redação original do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010 (anteprojeto do novo CPC elaborado pela comissão de juristas instituída pelo Presidente do Senado);
- iii) O texto final do novo CPC correspondente à Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁴¹³ O Capítulo é fruto de artigo publicado na *Revista Portuguesa de Filosofia* em 2014: MACHADO, Vitor Gonçalves. A busca da “verdade” para Jürgen Habermas e seus reflexos no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: BALSAS, Álvaro; BATISTA, Ricardo Barroso (orgs.). *Revista Portuguesa de Filosofia: Direito e Filosofia: Intersecções*, Vol. 70, Fasc. 4, Braga (Portugal), 2014, p. 811-832.

⁴¹⁴ Pelo corte metodológico proposto neste trabalho, não nos cumprirá a examinar detidamente a chamada “jurisprudência defensiva”. Para tanto, remetemos o leitor à bibliografia ora indicada, que também analisa a teoria de Niklas Luhmann sobre sistemas: OLIVEIRA, MARCHESI, 2014, p. 378-392.

8.1. DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Tabela 8 – Primeira comparação entre o CPC vigente e o NCPC para demonstrar a ligação entre a teoria de Habermas e a novel legislação processual civil.

Redação do CPC/1973 (em vigor)	Redação original do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010	Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105/2015)
<p>Não há dispositivos semelhantes em comparação com o Projeto do novo CPC.</p>	<p>Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.</p> <p>(...)</p> <p>Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.</p> <p>(...)</p> <p>Art. 5º. <i>As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.</i></p> <p>Art. 6º. Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os</p>	<p>Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.</p> <p>(...)</p> <p>Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.</p> <p>§ 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei.</p> <p>§ 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, <i>a solução consensual dos conflitos.</i></p> <p>§ 3º. <i>A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.</i></p> <p>(...)</p> <p>Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se <i>de acordo com a boa-fé.</i></p> <p>Art. 6º. <i>Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e</i></p>

	<p>princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.</p> <p>Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, <i>competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.</i></p> <p>Art. 8º. As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.</p> <p>Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.</p> <p>Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha <i>dado às partes oportunidade de se manifestar</i>, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.</p>	<p>efetiva.</p> <p>Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, <i>competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.</i></p> <p>Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.</p> <p>Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.</p> <p>Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, <i>com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar</i>, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.</p>
--	--	---

Logo no início, vislumbra-se o enunciado do art. 3º, § 3º, do novo CPC, o qual rege que os métodos de *solução consensual dos conflitos* deverão ser *estimulados por todos os sujeitos participantes do processo*. A relevância deste enunciado se destoa pela sua própria colocação

no Projeto – entre os primeiros artigos. Com isso, o legislador almeja que este postulado passe a irradiar sobre todo o processo civil brasileiro, exprimindo que todos os participantes do processo atuem de forma *mais cooperada, voltada para o consenso*.

Outra norma que está muito próximo do ideal de Habermas é o art. 6º do novo CPC, o qual estabelece que a *cooperação* deve pautar a atuação de todos os sujeitos do processo para a obtenção, *em tempo razoável, da decisão de mérito justa e efetiva*, numa clara conexão com a busca cooperativa da “verdade” das alegações dos fatos aliada a outros salutaros postulados do processo e do Estado Democrático de Direito.

Além disso, evitar as chamadas “*decisões-surpresa*”, isto é, sem que antes as partes sejam ouvidas, como está transcrito no art. 9º do NCPC, é reflexo da presença do *princípio da cooperação* no espírito do Projeto, que, juntamente com o contraditório, “denota a necessidade de todo e qualquer elemento constante da decisão ter sido previamente debatido entre todos aqueles que participam do processo”⁴¹⁵.

8.2. DOS PODERES, DOS DEVERES E DA RESPONSABILIDADE DO JUIZ

Tabela 9 – Segunda comparação entre o CPC vigente e o NCPC para demonstrar a ligação entre a teoria de Habermas e a novel legislação processual civil.

Redação do CPC/1973 (em vigor)	Redação original do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010	Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105/2015)
Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I – <i>assegurar às partes igualdade de tratamento</i> ; II – velar pela rápida solução do litígio; III – prevenir ou reprimir qualquer ato	Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – promover o andamento célere da causa; II – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias, aplicando de	Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - <i>assegurar às partes igualdade de tratamento</i> ; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente

⁴¹⁵ MITIDIERO, 2011, p. 151.

<p>contrário à dignidade da justiça;</p> <p>IV – tentar, a qualquer tempo, <i>conciliar as partes</i>. (...)</p>	<p>ofício as medidas e as sanções previstas em lei; (...)</p> <p>IV – <i>tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;</i></p> <p>V – <i>adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito</i>, de modo a conferir <i>maior efetividade à tutela do bem jurídico</i>, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa; (...)</p>	<p>protelatórias; (...)</p> <p>V - <i>promover</i>, a qualquer tempo, a <i>autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;</i></p> <p>VI - <i>dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;</i> (...)</p>
--	---	---

Na parte relativa aos poderes do juiz, vale destacar a novidade insculpida no art. 139, inciso VI, da Lei nº 13.105/2015, que rege que incumbe ao magistrado “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova” de forma a adequar às necessidades do conflito e peculiaridades da causa para dar maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional.

Semelhante novidade a esta aparece quando se analisa a parte “das provas”, mais especificamente no art. 373 do NCPC (analisado no Capítulo 03, Tabela 05), sobre o ônus da prova e a chamada “distribuição dinâmica do ônus da prova”, que será incorporada para toda e qualquer ação regulada pela legislação civil, e não apenas para aquelas ações sobre a defesa dos direitos dos consumidores.

E no esforço da busca consensual da lide, há o dever do magistrado em promover, a qualquer tempo, a *autocomposição*, de preferência com o auxílio dos conciliadores e dos mediadores (art. 139, inciso V, NCPC). Repare que houve alteração do verbo nesse dispositivo quando se compara o PLS nº 166/2010 com o texto da Lei nº 13.105/2015: no Projeto original, o verbo é “tentar” – expressão, ao que parece, num sentido mais fraco –, enquanto que no novo CPC o verbo é “promover” – que indica uma expressão mais forte.

8.3. DO SANEAMENTO E DA ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

Tabela 10 – Terceira comparação entre o CPC vigente e o NCPC para demonstrar a ligação entre a teoria de Habermas e a novel legislação processual civil.

Redação do CPC/1973 (em vigor)	Redação original do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010	Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105/2015)
<p>Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.</p> <p>(...)</p> <p>§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.</p> <p>§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.</p>	<p>Art. 354. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses das seções deste Capítulo, o juiz, declarando saneado o processo, delimitará os pontos controvertidos sobre os quais deverá incidir a prova, especificará os meios admitidos de sua produção e, se necessário, designará audiência de instrução e julgamento.</p>	<p>Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:</p> <p>I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;</p> <p>II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;</p> <p>III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;</p> <p>IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;</p> <p>V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.</p> <p>§ 1º Realizado o saneamento, <i>as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes</i>, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.</p> <p>§ 2º <i>As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV</i>, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.</p> <p>§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que <i>o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações</i>.</p> <p>(...)</p>

Nesse capítulo, relevante expressão é a que confere os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 357, do texto final do NCPC (que não continha no Projeto original). A possibilidade das partes pedirem *esclarecimentos ou solicitar ajustes ao juiz*; o direito das partes de poderem apresentar ao magistrado uma *delimitação consensual das questões de fato e de direito*; a questão do saneamento da causa, quando esta for complexa, ser feita pelo juiz *em cooperação com as partes*; e a possibilidade do juiz convidar as partes *para integrar ou esclarecer suas alegações*: tudo isso vai ao encontro da teoria de Habermas sobre a “verdade”, sobretudo a sua construção de forma cooperada entre os sujeitos participantes do procedimento dialogal.

É fundamental compreender que, a partir do NCPC, o “*princípio*” da *busca consensual do conflito aparecerá espalhado ao longo de todo o procedimento judicial*. Ocorre que a tentativa de conciliar as partes já era uma missão dos sujeitos processuais no CPC de 1973. Porém, não havia princípios envolvidos nem uma base própria para se possibilitar a realização de acordos por meio da conciliação, da mediação ou de outras técnicas alternativas de resolução consensual da lide.

Com o NCPC, as figuras da conciliação, da mediação e as outras formas de buscar consensualmente o fim do conflito serão fortalecidas, o que permite, claro, fazer uma conexão com o que aprendemos com Habermas a respeito da inclusão do outro para se chegar a um entendimento mútuo racional, bem como da *construção da “verdade”* de forma cooperada.

Quanto à base principiológica, faz-se mister apresentar o teor do art. 166 do NCPC, que estabelece os princípios pelos quais serão informados a conciliação e a mediação:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º. A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º. Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º. A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Os princípios informadores da conciliação e da mediação estão também expressos na Resolução de nº 125, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cuja observação e respeito são essenciais para a concreta busca consensual das lides:

ANEXO III.
CÓDIGO DE ÉTICA DE CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS.

INTRODUÇÃO.

Dos princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais

Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

I - Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

II - Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;

III - Competência - dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

IV - Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

V - Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

VI - Respeito à ordem pública e às leis vigentes - dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes;

VII - Empoderamento - dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição;

VIII - Validação - dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito.

8.4. DO AMICUS CURIAE

Tabela 11 – Quarta comparação entre o CPC vigente e o NCPC para demonstrar a ligação entre a teoria de Habermas e a novel legislação processual civil.

Redação do CPC/1973 (em vigor)	Redação original do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010	Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105/2015)
Não há	Art. 320. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema	Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da

	<p>objeto da demanda ou a repercussão social da lide, poderá, por despacho irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural, órgão ou entidade especializada, no prazo de dez dias da sua intimação.</p> <p>Parágrafo único. A intervenção de que trata o <i>caput</i> não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos.</p>	<p>demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, <i>de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.</i></p> <p>§ 1º. A intervenção de que trata o <i>caput</i> não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.</p> <p>§ 2º. Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do <i>amicus curiae</i>.</p> <p>§ 3º. O <i>amicus curiae</i> pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.</p>
--	--	---

Os ensinamentos de Habermas sobre *ouvir sensatamente todas as vozes e opiniões dos outros sujeitos e participantes do discurso*, ampliando a participação democrática do procedimento, podem ser percebidos quando observamos as disposições elaboradas do novo CPC referentes ao personagem *amicus curiae*, inserida na parte “da intervenção de terceiros”.

Ora, é exatamente aquela propriedade que escreve Habermas que emerge a função precípua do *amicus curiae* (ou “amigo da Corte”). Este, como um terceiro interessado no deslinde da causa, virá (a requerimento das partes, do juiz ou por sua própria manifestação) para somar a quantidade de opiniões e aumentar o nível das argumentações construídas no processo, aumentando as opiniões, as argumentações e os pontos de vista durante o procedimento judicial, podendo influir eficazmente na convicção do juiz ao trazer mais elementos e teses para o julgamento da causa.

O aumento do debate em um espaço público institucionalizado e a pluralidade de argumentos (e contra-argumentos) na formação da vontade do Estado-juiz reforçam o atributo da legitimidade democrática que deve repercutir nas decisões judiciais⁴¹⁶.

Importante elucidar que a figura da “avaliação imparcial por terceiro”, incluída pelo Relatório Geral da Câmara dos Deputados do dia 08 de maio de 2013 (art. 366), foi suprimida pelo Substitutivo apresentado em 31 de março de 2014 e não aparece no texto final da Lei nº 13.105/2015, o que seria um instituto, a nosso ver, bem interessante.

⁴¹⁶ Sobre o *amicus curiae* e sua ligação com a teoria de Habermas, conferir, por todos: SOUZA; MENEZES, 2013, p. 128-147.

9. QUE É (OU O QUE DEVERIA SER) A “VERDADE” NO PROCESSO CIVIL? OU “COMO CONSTRUIR A ‘VERDADE’ NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO?”

Ao iniciar este Capítulo, temos a noção de que numerosos problemas existem no processo judicial brasileiro quando falamos em “verdade” e em “busca da verdade dos fatos”.

Vimos o tanto que a doutrina processual escreve sobre as “verdades adjetivadas”, cada termo encontrando guarida em visões próprias dos autores, e não no que os participantes do processo debatem, ou nas argumentações racionalmente construídas, ou nas provas colhidas e juntadas aos autos, etc.

Verificamos a escassez do estudo da linguagem para superar e almejar a diminuição de inúmeros imbrólios presentes no sistema do direito, sobretudo porque tais deficiências são, em grande parte, decorrentes de ordem linguística.

Destacamos como é a participação dos sujeitos processuais na *construção da “verdade”* e a necessidade da superação da disputa verdade formal vs. verdade real no processo judicial.

Salientamos, ainda, a importância de privilegiar o contraditório numa visão mais ampla; a interdisciplinaridade com a Filosofia e os pensamentos de Jürgen Habermas; a visão constitucionalista e condizente com o estudo da linguagem que deve possuir o processo e os institutos inerentes à prova; a presença de um juiz mais ativo; e a necessidade de se positivar e praticar no processo o princípio da cooperação ou da colaboração, como se presencia no NCPC.

Chega o momento, enfim, de elucubrar: como deve ser a “verdade” no processo judicial brasileiro, em especial na seara cível? Como buscar a “verdade” no processo? Melhor: como os sujeitos cognoscentes devem construir a “verdade” no processo civil brasileiro?

Inicialmente, acreditamos que todo o estudo foi fincado em premissas que, se refletido e elaborado exclusivamente na perspectiva da tradicional doutrina do processo civil, não lograríamos êxito em bem analisar a problemática da “verdade” no processo. Isto porque a

base para superar obstáculos da ordem deste trabalho é o pensamento voltado para o estudo da linguagem, uma vez que apenas por meio da linguagem é possível o conhecimento.

Frisa-se que a linguagem deve ser uma preocupação intrínseca ao Direito, pois a atividade jurídica a todo instante trabalha com a interpretação de enunciados, com a comunicação através de debates ou oitivas em audiências, etc.

Observamos que, para Fabiana Del Padre Tomé e Tárek Moysés Moussallem, a conceituação de “verdade” vem a ser uma relação entre enunciados, entre linguagens, em razão de ser a “verdade” criada porque há uma *independência da linguagem em relação à realidade*.

O processo de independência da linguagem com a realidade iniciou com Ludwig Wittgenstein e sua obra *Tractatus Logico-Philosophicus*, passando a linguagem a sobrepor a realidade. Essa fase se chama *giro linguístico*, corrente filosófica em que concedeu uma vital importância da linguagem para todo o conhecimento do homem, toda a compreensão do mundo, sendo válido afirmar que não existe conhecimento sem ter uma linguagem prévia.

Considerar a linguagem e a realidade como não sendo idênticas leva à conclusão de que os fatos e as coisas existem totalmente independentes da linguagem: “ao descrever eventos ou coisas não se criam fatos ou coisas. Mas claro está que, para se ter acessos aos fatos ou às coisas, necessária se faz a aquisição de linguagem a eles referente”⁴¹⁷. Segundo John Searle, citado por Moussallem, “inventamos palavras para afirmar fatos e para dar nome às coisas, mas isso não significa que inventamos fatos ou coisas”⁴¹⁸.

Quanto à relação entre *linguagem e conhecimento*, já referida brevemente no Capítulo 3, compreende-se que é equivocado conceber o conhecimento como simples relação termo-sujeito ou termo-objeto, inexistindo conhecimento apenas na experiência ou na realidade. De acordo com Tárek Moussallem, o conhecimento é um fato complexo numa relação que ocorre entre (i) a linguagem do sujeito cognoscente e (ii) a linguagem do sujeito destinatário sobre (iii) a linguagem do objeto (enunciado). Nessa linha de entendimento, pode-se relacionar

⁴¹⁷ MOUSSALLEM, 2005, p. 08

⁴¹⁸ SEARLE *apud* MOUSSALLEM, 2005, p. 07.

como elementos do conhecimento: a linguagem, o objeto (enunciado) e os sujeitos (o que transmite o ato de fala e o destinatário)⁴¹⁹.

A importância da linguagem para o conhecimento advém do fato de que é aquela que faz o elo de conexão entre o sujeito emissor de um objeto e o sujeito destinatário daquele ato de fala, daquela mensagem. É através da linguagem que os sujeitos cognoscentes se compreendem mutuamente dentro de um processo comunicacional (como nas relações jurídicas), possibilitando trazer e receber o conhecimento. Desse modo, não há conhecimento tampouco experiência sem linguagem.

Em relação ao homem, a relevância da linguagem é no sentido de que somente há de se falar em universo humano se houver linguagem, pois não existe qualquer representação do mundo físico nem interpretação dos fatos sem que haja, previamente, a linguagem. O mundo é uma construção de significações. Uma palavra só se explica por outra palavra. O que se define são as palavras mesmas, empregando outras palavras⁴²⁰. Isto leva à afirmação de que o mundo é constituído pela linguagem porque esta se encontra atrelada ao conhecimento.

A linguagem é inseparável do homem, como explica Louis Hjelmslev. Citado por Marilena Chauí, Hjelmslev escreve que a linguagem é “o instrumento graças ao qual o homem modela seu pensamento, seus sentimentos, suas emoções, seus esforços, sua vontade e seus atos, o instrumento graças ao qual ele influencia e é influenciado, a base mais profunda da sociedade humana”⁴²¹. Sustenta Hjelmslev que a linguagem é a forma propriamente humana da comunicação, da relação com o mundo e com os outros, o que importa, por conseguinte, tornar possível a apreensão e a transmissão do conhecimento entre os sujeitos.

A linguagem é tão importante para a interação humana que ela própria não é utilizada somente para descrever situações ou fatos (enunciados declarativos), mas também para realizar ações (enunciados performativos). Isso quer dizer que a mera enunciação de palavras, em determinados contextos, são capazes elas mesmas de realizar comportamentos/ações, como no seguinte exemplo: “eu te aceito como minha legítima esposa”, proferida pelo noivo à sua futura cônjuge, é capaz de realizar o ato de casar. Por isso, Moussallem ensina: “há

⁴¹⁹ MOUSSALLEM, 2001, p. 29.

⁴²⁰ TOMÉ, 2011, p. 07.

algumas situações em que realizar uma ação é proferir algumas palavras. Para casar, apostar, batizar, prometer, desculpar-se, ofender, legislar, ordenar, basta emitir palavras”⁴²².

Dentro da corrente do giro linguístico, essas enunciações de palavras são chamadas de atos de fala, sendo aqueles os quais o sujeito realiza uma ação através do proferimento de palavras. É por meio dos atos de fala que o seu remetente transmite ao destinatário da mensagem a emanção de uma ação, de efetivar uma ação. Ou seja, apenas se pode realizar certa ação mediante o proferimento de algumas palavras, as quais são capazes de possibilitar a interação humana, como no exemplo: “eu os declaro marido e mulher”.

Para o presente estudo, a interligação homem-linguagem-verdade é essencial a fim de explicar que é o homem, como ser cognoscente dentro do mundo da vida, quem irá construir os fatos a partir da linguagem, como ocorre, por exemplo, na designação de “verdade” para certos enunciados linguísticos dentro de um sistema de referência. Esse homem, no nosso sistema de referência, é justamente o intérprete do direito.

Passada a essencial explicação em torno da linguagem e sua importância para o homem e para o direito, enquanto objeto cultural e sistema comunicacional que é, encontramos principalmente em Jürgen Habermas os pensamentos que podem ser interpretados e empregados para a *construção da “verdade”* no processo civil brasileiro.

Para explicar que a “verdade” no processo civil deve ser *construída*, reportamos novamente a Habermas, citado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, que bem analisa a impossibilidade de se “descobrir uma verdade”, pois o que se permite, apenas, *é construí-la, e não descobri-la*⁴²³.

No mesmo sentido, Fabiana Tomé sustenta que a “verdade” nesse contexto *não é simplesmente revelada ou descoberta, mas inventada, criada, construída* (chamada de *verdade construída*), a qual tem origem do relacionamento intersubjetivo sob um definido quadro referencial⁴²⁴.

⁴²¹ HJELMSLEV *apud* CHAUÍ, 2010, p. 185.

⁴²² MOUSSALLEM, 2005, p. 11-12.

⁴²³ MARINONI, ARENHART, 2011, p. 45.

⁴²⁴ TOMÉ, 2011, p. 18.

Fabiana Tomé ensina que a “*verdade*” que se constrói será sempre relativa, visto que possui dependência com o sistema em que está inserida (quadro referencial) e as condições de tempo e de espaço em que se encontra colocada. Exemplificando, a verdade “a terra é plana” do passado deixa de existir, cedendo lugar à verdade “a terra é redonda” de hoje. Observa-se que a questão da relatividade da “verdade” está do mesmo modo ligada com a possibilidade de modificação de sentidos atribuídos às palavras conforme o sintagma ou a sucessão discursiva⁴²⁵.

Para nós, sabendo que devemos evitar qualquer rotulação ou adjetivação ao termo “verdade”, sob pena de futura má interpretação, pensamos que a “verdade” não será relativa nem uma, mas sim um termo que, por ser uma relação entre linguagens, há dependência com o quadro referencial em que está colocada, bem como com as condições de tempo e de espaço em que está inserida, em sentido semelhante ao que desenvolve a autora Fabiana Tomé.

Nesse diapasão, Eduardo Cambi disserta que “os fatos não são um dado, mas, ao contrário, algo a ser investigado, construído, no processo, a partir do resultado da atividade probatória desenvolvida pelas partes, em colaboração com o juiz, e da valoração a ser atribuída a essas provas”⁴²⁶.

A alusão à expressão “*construção da verdade*”, portanto, tem a ver com este espírito, de forma tal que a “verdade” será desenvolvida, organizada, construída dentro de um procedimento adequado que prime, entre outros postulados que veremos a seguir, pela *argumentação em colaboração*⁴²⁷, pois a “verdade” no processo não pode ser compreendida de forma “solta”, puramente formal, como num jogo de palavras.

⁴²⁵ Idem, p. 18-19. Ressalta Fabiana Tomé que considerar que toda verdade é relativa *não* significa que somos adeptos da corrente do relativismo, “entendido como corrente de pensamento que considera possível, dentro de um mesmo sistema, que algo seja verdadeiro para um sujeito e falso para outro, renunciando ao princípio da não-contradição. Também não caracterizamos nossa postura como *cética radical*, pois essa corrente filosófica, embora parta do pressuposto de que para cada argumento a favor de uma tese existe outro argumento a favor da tese oposta, ambos com igual probabilidade, realiza a suspensão do juízo, não se preocupando com o que seja verdadeiro ou falso, implicando ausência de opinião. Quando afirmamos que não há uma verdade absoluta, universal, referimo-nos à variação de sentidos que uma proposição pode apresentar em virtude da influência do ambiente e condições impostas pelos diferentes sistemas” (TOMÉ, 2011, p. 19-20).

⁴²⁶ CAMBI *apud* TOMÉ, 2011, p. 201.

⁴²⁷ Nesse sentido: MARINONI, ARENHART, 2011, p. 49.

Seguindo, estabelece-se que o começo da *construção da “verdade”* no processo parte da teoria de Habermas e dos seus aspectos fundamentais que devem repercutir no âmbito do processo civil brasileiro modernamente considerado, quais sejam, o diálogo, a interação, o discurso, a argumentação, a cooperação, o agir comunicativo, o consenso e a linguagem – muitas expressões as quais já tivemos a oportunidade de analisar quando focamos a atenção em Habermas no Capítulo 02.

Habermas destaca que a linguagem e a realidade se interpenetram de uma forma indissolúvel, de modo que toda realidade já se encontra impregnada pela linguagem, não existindo uma realidade que não esteja devidamente *interpretada*. Sem embargos, isso quer dizer que praticamente toda a realidade se encontrada interpretada por algum sujeito, de forma que não existe uma realidade não interpretada, “nua”, o que não vem a ser a mesma coisa se falarmos que a linguagem é a realidade, pois, como afirmamos, não são idênticas.

Em sentido semelhante é o entendimento de Fabiana Tomé, para quem o mundo não se apresenta como um conjunto de coisas soltas que primeiro se evidenciam e, após, são nomeadas ou representadas por uma linguagem. Isso que se chama de mundo nada mais é que uma *interpretação*, sem a qual nada teria qualquer sentido⁴²⁸.

Veja-se que a necessidade de tratar bem o campo da linguagem, assim como o da interpretação, significa enfrentar dois dos três piores vícios que ocorrem na linguagem ordinária e que são amplamente presenciados no direito (vale dizer, na doutrina, nos julgados e nos textos legais): a *ambiguidade* e a *vaguidade* (o terceiro problema/vício da linguagem ordinária é a *alta carga emotiva*, igualmente presenciada no discurso dos juristas).

Para Ricardo Guibourg, a falta de precisão do significado (designação) de uma palavra, ou seja, a dúvida da aplicabilidade de uma palavra em casos reais ou imaginários se chama vaguidade; já por ambiguidade, Guibourg entende que se trata da condição de uma palavra que possui mais de um significado, advindo, muitas vezes, da extensão de um nome a diversos aspectos ou elementos de uma mesma situação⁴²⁹.

⁴²⁸ TOMÉ, 2011, p. 05.

⁴²⁹ GUIBOURG *et al*, 1993, p. 47-50.

Uma vez dissipados (ou ao menos amenizados) os vícios da vaguidade, da ambiguidade e da alta carga emotiva, então podemos tentar fazer jus ao projeto implementado por Habermas a ser refletido no processo civil brasileiro, no sentido de buscar o *consenso discursivo* através da *argumentação*, do *diálogo* e da *cooperação* voltados para o *entendimento mútuo racional* entre os participantes da comunicação. Está aí a essência da busca cooperativa da “verdade” dentro da teoria discursiva da verdade, a qual deve se fazer presente no processo.

Ressalta Leonidas Hegenberg, citado por Fabiana Tomé, que a *comunicação* deve se operar com observância de quatro princípios básicos para que não haja interferência que impeça ou dificulte a transmissão e a compreensão de mensagens: i) máxima da cooperação; ii) máxima da qualidade; iii) máxima da quantidade; e iv) máxima da urbanidade. Para o presente estudo, relevante aspecto é a *máxima da cooperação*, “de acordo com a qual, em cada fase de um diálogo, os participantes devem manifestar-se respeitando o direcionamento estabelecido pela troca de ideias, evitando desvios ou dispersões inúteis”⁴³⁰.

Habermas, por outro lado, sustenta que todos os participantes devem saber que um *consenso verdadeiro, ideal e livre de domínio* (e não um consenso aparente ou forçado) fundado na convicção *não* é possível quando não há relações simétricas entre os envolvidos na comunicação, não importando o pano de fundo cultural. Deve haver *uma adoção recíproca de perspectivas* para serem possíveis as relações de reconhecimento mútuo, sendo necessário existir uma disposição comumente pressuposta de também levar em consideração as tradições próprias *com os olhos de um estranho, de aprender uns com os outros*⁴³¹.

De fato, verifica-se algo muito parecido com esta teoria nos enunciados do NCPC: o princípio da cooperação ou da colaboração e a atenção do legislador voltada para a resolução consensual dos conflitos.

A conciliação, a mediação e outras formas de composição amigável do litígio (institutos que serão reforçados a partir do NCPC), embora possam envolver concessões mútuas, muitas vezes numa espécie de “barganha” entre interesses opostos, são, na verdade, institutos

⁴³⁰ HEGENBERG *apud* TOMÉ, 2011, p. 67.

⁴³¹ HABERMAS, 2004b, p. 325.

expressivos de buscar a *visão do outro* participante do discurso, no sentido da *cooperação*, numa verdadeira *democratização do procedimento*.

A mediação, sendo um método dialógico e autocompositivo de solução ou transformação de conflitos, tem por fito construir a compreensão das vivências em disputa, buscando migrar das posições antagônicas para a assimilação dos interesses e das necessidades em comum e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de forma que, ao chegar num consenso, haverá a concretização de um acordo. Na mediação, a figura do mediador como terceiro imparcial e de confiança é importante para colaborar com as partes no sentido de praticar uma comunicação construtiva e identificar os interesses e necessidades em comum⁴³².

A conciliação, por seu turno, seria espécie da qual a mediação é o gênero. A conciliação seria equivalente à mediação avaliativa e estaria mais focada no acordo do que outros modelos de mediação⁴³³.

Assim, devemos entender a mediação e a conciliação como procedimentos não adversariais de solução de disputas, onde há um terceiro (o conciliador ou o mediador) como um facilitador de diálogos apreciativos que almeja a obtenção do acordo/consenso de ganhos mútuos entre as partes⁴³⁴. Inclusive, ressalta José Pedro Luchi que *somente um terceiro sujeito*, como, para nós, seria o conciliador ou o mediador, *pode ver os mascaramentos de um falso consenso*⁴³⁵.

Mas como conceber o consenso e a cooperação entre interlocutores que estão em posição assimétrica de poder, uma vez que a condição ideal de discurso para Habermas é que eles estejam em posição isonômica? De fato, não podemos negar que talvez o problema central seja o imaginário de um “mundo ideal” onde os participantes estejam em condições iguais, com ampla participação e total inclusão, conseguindo, através da troca de argumentação, chegar a um entendimento mútuo. Verifica-se a dificuldade, ademais, em tentar implantar na praxe forense a teoria do agir comunicativo, onde os sujeitos processuais desenvolveriam suas ações coordenadas e orientadas ao entendimento mútuo racional, ao consenso visando à resolução definitiva da lide, quando sabemos que na prática é totalmente o contrário.

⁴³² Nesse sentido: VASCONCELOS, 2014, p. 54.

⁴³³ VASCONCELOS, 2014, p. 58.

⁴³⁴ Idem, p. 54-59.

⁴³⁵ LUCHI, 1999, p. 129.

É claro que temos a noção de que o tipo comunicativo da ação desenvolvido por Habermas não é algo evidente ou simples, como também notado por Marcos Nobre. Trata-se de um processo extremamente complexo e exigente considerar uma espécie de ação em que todos os que participam da comunicação têm direito de argumentar e de discordar a qualquer tempo do resultado alcançado, caso entendam ter descoberto alguma falha no procedimento de discussão adotado. Não se olvida que inúmeros são os obstáculos materiais que tendem a impedir a realização de forma efetiva dessa discussão ampla e irrestrita por parte dos atores⁴³⁶.

Todavia, Habermas vislumbrou a possibilidade dessa crítica (de um “imaginário de mundo” onde existam condições “perfeitas” para o diálogo) se fazer presente. Na verdade, ele considera que as ressalvas feitas falam a favor de sua tese. Isto porque se não houvesse uma ação efetivamente dirigida ao entendimento, não haveria a imagem de uma comunicação sem óbices entre os sujeitos todas as vezes que pretendemos nos entender com outrem com amparo em razões. Sobre as possíveis críticas, Habermas escreve:

Contudo, não podemos esperar, nas condições imperfeitas do mundo real, (a) que os pressupostos pragmáticos dos discursos racionais, necessários para um entendimento mútuo, sejam sempre cumpridos e (b) que todos os participantes realmente sigam as normas reconhecidas como válidas, mesmo quando estão de acordo⁴³⁷.

Além da relevância para este estudo da teoria de Habermas no que tange à busca cooperativa da “verdade”, entendemos que a atitude de perquirir positivar a ética, isto é, em atuar com ética e lealdade, que se espera de todos os participantes do processo judicial através do dever de *cooperação*, do *diálogo* e da *visão pela perspectiva do outro sujeito do discurso* são aspectos relevantes das obras do filósofo que contribui para a conclusão que se pretende dar.

Levando em consideração as objeções sobre a “*verdade*” como *consenso* entre os interlocutores que argumentam em uma posição simétrica, temos que, a nosso ver, devemos dar igual relevância ao *procedimento* em que se pauta a *construção da “verdade”* no processo.

⁴³⁶ NOBRE, 2008, p. 21.

⁴³⁷ HABERMAS, 2004b, p. 55.

Para Habermas, a ideia de procedimento é a base e a garantia das condições necessárias para que os indivíduos possam exercer suas liberdades comunicativas e alcançar o entendimento em um Estado Democrático de Direito. De acordo com Marcos Nobre, esse procedimento é considerado “formal”, consistindo na capacidade de permitir “o surgimento do maior número possível de vozes, de alternativas de ação e de formas de vida, garantindo seu direito de expressão e de participação”⁴³⁸. Na verdade, a qualidade de “formal” dada ao procedimento por Habermas nada tem a ver com sua abstração ou com a concepção de ser um procedimento “vazio”. Nota-se certa semelhança com aquilo que foi pontuado por Moussallem sobre a afirmação de ser toda e qualquer “verdade” apenas do tipo formal, já que ela deve ser compreendida dentro de um sistema de referência, um sistema linguístico no caso.

Na esteira da ideia de procedimento, Niklas Luhmann compreende que o que confere legitimidade é o procedimento mesmo, e não uma de suas partes componentes (por exemplo, a sentença definitiva). Sendo o processo judicial pautado para obter uma decisão final que possa ou não agradar às partes ou uma das partes, ou, ainda, a sociedade, deverá o procedimento ser pautado sobre o qual as partes aprenderão a aceitar a decisão que ocorrerá, devendo assumi-la sem contestar, mesmo que seja desfavorável a uma ou outra parte.

Não se trata de função precípua do procedimento juridicamente organizado encontrar a “decisão certa ou verdadeira”, que espelhe a “verdade absoluta”, incontestável. Se fosse assim, haveria a possibilidade de encontrarmos processos infundáveis, todos buscando a verdade “verdadeira” dos fatos. Como salienta Luhmann, há a *necessidade de decisão* (ter um fim), e “um sistema que tenha de assegurar a possibilidade de decisão de todos os problemas levantados, não pode, simultaneamente, garantir a justiça da decisão”⁴³⁹.

Tércio Sampaio Ferraz Junior, analisando a teoria de Luhmann, disserta que dessa forma há a criação de lealdades pelos sujeitos do processo, sendo criadas condições para que os oponentes “decidam por si próprios, mas através dos papéis que vão assumindo no correr do procedimento”⁴⁴⁰. O efeito obtido é o de limitar o conflito, havendo o controle aos poucos da maior discrepância entre as partes no início do processo, criando-se as condições necessárias mediante o procedimento para a aceitação de uma decisão final.

⁴³⁸ NOBRE, 2008, p. 34.

⁴³⁹ LUHMANN, 1980, p. 24.

A função legitimadora do procedimento não cinge precipuamente a produzir o consenso esperado entre as partes, mas sim em “tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão”, ou seja, busca-se, através dessa função legitimadora do procedimento, imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis, e não substituir uma decepção por um reconhecimento⁴⁴¹.

Em se tratando dos poderes e dos deveres do juiz, salienta-se que o magistrado, o qual ocupa um espaço salutar na *construção da “verdade”*, deve dar sua decisão em qualquer caso levado ao seu conhecimento. E *decidir*, nas palavras de Ferraz Junior, é um *ato de comunicação, é um discurso racional*, “é uma ação humana e qualquer ação humana ocorre numa situação comunicativa”. Sendo um discurso racional, então dele se exige fundamentação⁴⁴². E não apenas deve ser provado, mas sim *com-provado*⁴⁴³. Ferraz Junior explica que essa comprovação não necessariamente significa consenso, porém as regras sobre a obtenção do consenso devem ser obedecidas, e, assim, mesmo que uma decisão judicial não conquiste a adesão dos seus destinatários, podemos dizer que tal decisão é legítima e houve discurso fundamentante (racional)⁴⁴⁴.

O dever de prova é a regra suprema do discurso jurídico, diz Ferraz Junior. Dessa maneira, quem fala e afirma responde por aquilo que diz. Ser racional é estar aberto à possibilidade de questionamento. Mas se uma decisão judicial termina as questões conflitivas, pondo-lhes um fim, isto não quer dizer que ela não tenha sido fruto da argumentação durante todo o processo⁴⁴⁵.

A decisão judicial, que consiste em ser uma norma individual e concreta, deve vir acompanhada de sua fundamentação, até porque é isso que prevê o enunciado disposto no art.

⁴⁴⁰ FERRAZ JUNIOR *apud* LUHMANN, 1980, p. 04.

⁴⁴¹ Idem, *ibidem*.

⁴⁴² Apenas a título de curiosidade, vale conferir o disposto no que será o artigo 489, § 1º, do NCPC, ao estabelecer o que deve e o que não deve ser considerado como decisão, sentença ou acórdão *fundamentado*.

⁴⁴³ Luigi Ferrajoli releva o valor fundamental que possui o princípio da motivação das decisões judiciais, o qual permite maior legitimação, validade e controle da decisão, fundamentada e mais próxima à “verdade” (FERRAJOLI, 2010, p. 573-574).

⁴⁴⁴ FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 299.

⁴⁴⁵ Idem, *ibidem*.

93, inciso IX, da Constituição Federal⁴⁴⁶. *Fundamentar* a decisão é abranger a valoração das provas produzidas nos autos e esclarecer as razões que o julgador teve e o levaram àquela conclusão. A fundamentação é necessária na decisão. Decidir é escolher entre as várias possibilidades. E escolher é valorar, posto que toda ação humana está umbilicalmente ligada ao valor⁴⁴⁷. Mas a decisão é realmente realizada mediante escolhas?

Lenio Luiz Streck ensina que “*decidir*” e “*escolher*” são coisas distintas, e não sinônimas, como muitos parecem compreender. “A decisão, no caso, a decisão jurídica, não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada”⁴⁴⁸.

A decisão, ainda, não pode depender de forma exclusiva da consciência do juiz, do seu “livre convencimento” em busca da “verdade real” (artifícios colocados em aspas que escondem e subjetividade assujeitadora do juiz ou do intérprete do direito em geral, como esclarece Streck), a depender da escolha do julgador entre as diversas possibilidades de solução da causa⁴⁴⁹.

E mais: a decisão ou resposta deve estar adequada à Constituição Federal (ou seja, em consonância com os enunciados prescritivos do texto constitucional), e não à consciência do intérprete. Isto é, “uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma (no sentido hermenêutico do que significa a ‘Constituição mesma’)”⁴⁵⁰.

Daniel Mitidiero, ao escrever sobre a cooperação no processo civil, disserta que o dever de fundamentação das decisões judiciais “garante às partes a possibilidade de constatar terem

⁴⁴⁶ Art. 93, inciso IX, CF/88: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁴⁴⁷ Nesse sentido: TOMÉ, 2011, p. 277-283.

⁴⁴⁸ STRECK, 2013b, p. 107.

⁴⁴⁹ Cabe transcrever a ressalta que faz Eduardo Cambi, sobre o fato de que um *processo dialético argumentativo*, que deve ser o moderno processo civil brasileiro, deve revelar não uma decisão única contida na vontade exclusiva do legislador (ou do julgador), mas uma decisão que possa ser tida como legítima: “a busca de soluções jurídicas para os casos concretos deriva de um processo dialético argumentativo que deve revelar não uma decisão única, contida na ‘vontade’ do legislador, mas uma que possa ser reconhecida como legítima e não arbitrária. A solução deve ser aquela que esteja mais bem fundamentada, sob a luz da coerência de princípios ou standards valorativos como a justiça, a ética, etc., nos quais o direito está assentado” (destacou-se) (CAMBI, 2013, p. 133).

⁴⁵⁰ STRECK, 2013b, p. 107.

sido ouvidas”, de forma que uma decisão que “não patrocine um efetivo diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais” fere a “natureza cooperativa do processo civil contemporâneo”⁴⁵¹.

Mitidiero destaca que a fundamentação da decisão deve ser completa. Jamais pode ser, como geralmente se argumenta, a partir de uma simples constância na decisão do esquema lógico-jurídico. “A completude da decisão tem de ser aferida em função da atividade das partes, das alegações por essas produzidas com o fito de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas”⁴⁵².

Infelizmente, muito se constata que os magistrados mesmo contemporaneamente não estão imbuídos por este espírito que deve ser dado à expressão “decidir” e à atividade de fundamentar corretamente a decisão, tampouco pelos princípios voltados para um ambiente mais democrático.

Luiz Flávio Gomes evidencia o problema da formação extremamente legalista (positivista-legalista) de grande parte dos magistrados brasileiros, os quais estão mais preocupados em realizar a pronta aplicação do fato à norma, sem acompanhar a evolução do Direito e com receio de contrariar a jurisprudência do Tribunal local⁴⁵³.

Não se pode fazer tábula rasa das compreensões tecidas sobre “o que é decidir”, nas palavras de Ferraz Junior, e menosprezar no produto final as argumentações, os debates e as provas produzidas durante o *iter* procedimental. É prejudicial ao próprio sistema jurídico ter sentenças que indeferem o pedido inicial porque o autor não cumpriu com seu ônus probante, ou decisões que julgam extinto o processo em razão da falta ou insuficiência de provas.

Em sentido conexo posiciona-se Theodor Viehweg, que produziu relevante obra sobre a tópica no Direito. Viehweg disserta que a tópica pretende fornecer indicações de como comportar-se em situações mais problemáticas, a fim de não ficar preso, sem saída. A tópica vem a ser uma forma de pensar casuística e problematicamente. Assim, o juiz, ao fundamentar sua decisão, deve relatar sobre quais provas se apoiou, devendo esse conjunto probatório ser

⁴⁵¹ MITIDIERO, 2011, p. 153-155.

⁴⁵² Idem, p. 155.

compreendido pelas partes. “A ninguém é dado conduzir uma prova objetiva sem lograr estabelecer com seu interlocutor, pelo menos, um círculo batizado pelo entendimento comum”, explica Viehweg, citado por Eduardo Bittar e Guilherme de Almeida⁴⁵⁴. Os chamados *topoi* e os *catálogos de topoi* têm uma enorme importância justamente no sentido de fixar e de construir esse entendimento comum, ao desenvolver adequadamente perguntas e respostas e ao indicar o que é que parece digno de uma reflexão mais detida.

Viehweg ensina que, para Aristóteles, os *topoi* são “pontos de vista empregáveis em muitos sentidos, aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor ou contra ao opinável e podem conduzir à verdade”⁴⁵⁵. Segundo Viehweg,

[...] os *topoi* e os catálogos de *topoi* têm (...) em larga medida o significado de estabelecer e definir uma compreensão já determinada num primeiro momento. Eles desenvolvem de maneira adequada perguntas e respostas e indicam quais, em geral, parecem dignas de uma aprofundada consideração. Assim se encontra continuamente um acordo recíproco e os *topoi* correntes não são aqueles particulares, mas também aqueles gerais, são de tal modo adequados a indicar a dimensão na qual, respectivamente, se movem e que não se pode descurar se não se pretende comprometer a inteligibilidade da demonstração⁴⁵⁶.

Kelly Susane Alflen da Silva, ao comentar os entendimentos de Theodor Viehweg, escreve que, para o autor, a tópica serve a um “conceito dialético de verdade”, mas não a uma verdade lógica (apodíctica), e sim uma que tem como pressuposto “o consenso pelo diálogo”⁴⁵⁷. É o *debate*, segundo palavras do próprio Viehweg, “a única instância de controle e a discussão de problemas se mantém dentro daquela esfera no que Aristóteles tem chamado de dialeticidade”⁴⁵⁸.

Margarida Camargo, também ao comentar o entendimento de Viehweg e sua importância para o estudo do Direito, salienta que o jurista alemão defende a argumentação dialética, e não a analítica, em razão da “riqueza de ideias e soluções que a tensão estabelecida entre teses e antíteses proporciona à multiformidade do comportamento social”. Como explicado por Viehweg, “tal tipo de pensamento promove a invenção, mostrando-se adequado a explicações

⁴⁵³ GOMES, 2009.

⁴⁵⁴ VIEHWEG *apud* BITTAR, ALMEIDA, 2012, p. 467.

⁴⁵⁵ VIEHWEG, 2008, p. 25-26.

⁴⁵⁶ *Idem*, p. 43.

⁴⁵⁷ SILVA, 2008, p. 14.

⁴⁵⁸ VIEHWEG, 2008, p. 44.

mais complexas, apesar de dificultar a tomada de decisão”⁴⁵⁹. E o jurista continua: “se fundamental é necessariamente argumentar e contra-argumentar, então é uma atividade que só é possível se se satisfazem determinados deveres de comunicação”⁴⁶⁰.

Dessa maneira, um fator essencial para a *construção da “verdade”* no processo, ao nosso sentir, é o procedimento positivado pelo legislador e adotado pelos sujeitos processuais, marcado pelo agir mais ético entre as partes e entre estas e o juiz em busca (cooperadamente) da solução pacífica do litígio, com inegável presença da argumentação, do discurso e do diálogo, onde percebemos, então, a aproximação com Habermas.

O procedimento deve formar a base para a *construção da “verdade”* no processo civil brasileiro, não se esquecendo de que o julgador deve prestigiar outros valores enfatizados pelo texto constitucional, como a efetividade, a celeridade e a segurança jurídica.

Ocorre que o procedimento *unicamente* considerado, na opinião de Habermas, não trará legitimidade a processos decisórios, visto que “a legitimação é possível (...) somente por meio do discurso”⁴⁶¹.

Por isso é que devemos buscar um procedimento que prime pelo *discurso* entre os sujeitos processuais, voltados essencialmente ao entendimento mútuo racional na perspectiva de atuarem conforme o agir comunicativo.

Tal procedimento tem que primar pelo debate entre o juiz e as partes a respeito da valoração dos fatos, devendo ser admitido o *contraditório preventivo*, “princípio geral que obriga o juiz à preventiva discussão com as partes, no exercício dos seus poderes de ofício, toda vez que uma determinada decisão interfira no processo”⁴⁶².

Resgatamos a posição de Marinoni e Arenhart, os quais escrevem que o procedimento para a *construção da “verdade”* deve ser por meio de uma *argumentação em colaboração*,

⁴⁵⁹ CAMARGO, 2003, p. 143.

⁴⁶⁰ VIEHWEG *apud* CAMARGO, 2003, p. 143.

⁴⁶¹ PINZANI, 2009, p. 68.

⁴⁶² ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 81.

assumindo relevante papel o princípio do contraditório e o discurso habermasiano, deixando claro as ideias de consenso discursivo, de diálogo, de argumentação e de persuasão⁴⁶³.

Igualmente se percebe nítida aproximação com Habermas o ideal do respeito à *visão do outro* participante do discurso, postulado este que deve se fazer presente durante a *construção da “verdade”* no processo civil. Os participantes do discurso devem estar dispostos a *cooperar* uns com os outros na busca de razões aceitáveis para os outros⁴⁶⁴. Reitera-se que na perspectiva de Habermas, a “verdade” vem a ser fruto de um processo social de compartilhamento de argumentos, ou seja, ela é produto da *dialogicidade* entre os sujeitos.

Respeitar a visão do outro sujeito é agir com *tolerância*, sendo esta um pressuposto básico para a democracia verdadeiramente universal e participativa. Vale frisar que é o princípio de tolerância com o “outro” que anula a pretensão de que a lei possa ter sentido unívoco, de acordo com Ovídio Baptista da Silva⁴⁶⁵.

É por isso que Paulo Rangel disserta que a verdade consensualmente obtida somente terá validade se o for através da ética da alteridade, compromissada com o outro como ser igual a nós, por sua diferença, ou seja, a “verdade” no processo, para o autor, deve ser vista sob um enfoque da ética, e não do consenso. Segundo Rangel, há questões que não se pode transigir, pelo menos enquanto eticamente considerados⁴⁶⁶.

Citado por Daniel Mitidiero, Alvaro de Oliveira também faz ressalva a respeito da tolerância com os pontos de vista do outro, devendo resultar a investigação da “verdade” no processo a partir de um esforço combinado das partes⁴⁶⁷.

Em sentido semelhante, Gadamer escreve que “o modelo fundamental de todo consenso é o *diálogo, a conversa*” (destacou-se). No entanto, “uma conversa não é possível, se uma das partes crê absolutamente estar numa posição superior em relação à outra, algo como se afirmasse possuir um conhecimento prévio dos preconceitos a que o outro se atém”. Por isso mesmo, o companheirismo, base da vida social, é importante dentro do modelo dialogal, pois,

⁴⁶³ Conferir: MARINONI, ARENHART, 2011, p. 42-52.

⁴⁶⁴ HABERMAS, 2004a, p. 15.

⁴⁶⁵ SILVA, p. 11-12.

⁴⁶⁶ Vide: RANGEL, 2011, p. 06-09.

caso o diálogo se mantenha daquela forma, isto é, uma parte crer que se encontra em posição superior à outra e não respeita a visão do outro, o companheirismo restaria destruído⁴⁶⁸.

Tolerância não no sentido de ter que tolerar, aguentar o outro participante do discurso, numa visão de ser inferior. O tolerante nessa perspectiva é um ser bondoso ou benevolente que está disposto a perdoar a “inferioridade” do outro. A tolerância que pontuamos ser imprescindível como atributo do procedimento da *construção da “verdade”* no processo é aquela que sustenta, entre outros, o educador Paulo Freire: *a tolerância como virtude da convivência humana*, como instância da existência humana. Essa tolerância que discutimos se refere à qualidade de *conviver com o diferente, e não com o inferior*. “O que a tolerância autêntica demanda de mim é que respeite o diferente, seus sonhos, suas ideias, suas opções, seus gostos, que não o negue só porque é diferente”⁴⁶⁹. Assim, “o que a tolerância legítima termina por me ensinar é que, na sua experiência, aprendo com o diferente”⁴⁷⁰.

A “verdade” como relação entre linguagens no processo, portanto, tem que se construir nesta direção:

- interdisciplinaridade com a Filosofia;
- importância da linguagem para o Direito e para o processo;
- intangibilidade da verdade absoluta no processo;
- respeito aos princípios constitucionais processuais, principalmente o contraditório (em sua visão mais ampla) e o devido processo legal;
- juiz mais ativo quanto aos seus poderes instrutórios (importância na produção da prova e saber valorá-la corretamente);
- perspectiva constitucional dos assuntos relacionados à prova;
- superação da dicotomia verdade formal vs. verdade real e outras terminologias adaptadas para a “verdade” no processo;
- respeito ao procedimento, baseado salutarmente no diálogo, na argumentação e no consenso (ideais de Habermas);
- necessidade de se positivar e praticar no processo o princípio da cooperação ou da colaboração;

⁴⁶⁷ ÁLVARO DE OLIVEIRA *apud* MITIDIERO, 2007, p. 60.

⁴⁶⁸ GADAMER, 2002, p. 141.

⁴⁶⁹ FREIRE, 2014, p. 26.

- e respeito à visão do outro participante do discurso e ao sentido filosófico-constitucional do que seja “decidir”.

Afirma-se novamente que a “verdade” no processo deve ser compreendida no sentido de ser uma *relação entre linguagens*, mas ela não é somente isso para fins do nosso estudo e para legitimar sua construção no processo civil. A esta compreensão devemos entender outros aspectos que se ligam ao conteúdo de um procedimento apto à *construção da “verdade”*. Assim, a “verdade” também deve ser entendida como uma tentativa de reconstruir fatos e interpretações da maneira mais consensual possível, o que leva em conta os termos da lei.

Entendendo a “verdade” nesse aspecto, é essencial compreender que não deve existir diferentes “verdades” em cada ramo do direito processual, nem existir uma “única” verdade no processo, que suponha ser absoluta e universal. As variadas versões dos fatos apresentadas no decorrer do processo devem ser analisadas e compreendidas com todos os critérios destacados neste estudo, quais sejam, dentro de um procedimento que ressalte e prime pela cooperação, pelo diálogo, pela argumentação racional, pelo consenso – que não seja um mero consenso aparente –, pela existência de um contraditório considerado em sua ampla visão, pela participação imparcial e mais ativa do juiz civil dentro de seus poderes instrutórios, pela necessária fundamentação da decisão judicial, etc. Além disso, *são próprios de cada ramo do processo as diferentes regras, garantias e direitos no plano infraconstitucional que devem ser obedecidos*, como o direito à não auto-incriminação, que possui uma presença mais forte no campo do processo penal (sobretudo quando da investigação criminal), ou a regra da revelia (presente com mais ênfase no campo do processo civil), mas cuja obediência por estes ramos processuais não fazem, por conseguinte, que uma “verdade” de um processo seja melhor ou pior, ou, ainda, buscada com mais afinco ou não do que outro processo por envolver direitos e interesses “mais importantes” ao ser humano.

Por fim, deve ficar concretizado o entendimento de que não se pode querer “voltar o jogo”, ou, em outras palavras, recorrer da decisão definitiva toda a vez que a parte se sentir insatisfeita quando, de fato, todo o procedimento pautado na construção da “verdade” no processo civil foi seguido. Recorrendo dessa maneira, em um procedimento respeitador do modelo esboçado neste estudo, não somos forçados em concluir que tal medida judicial deve

⁴⁷⁰ Idem, ibidem.

ser indeferida pelo órgão julgador, mesmo que o consenso verdadeiro entre os sujeitos não tenha sido alcançado no decorrer do processo.

Um dos melhores exemplos de julgados nesse sentido foi a decisão proferida pelo STJ no REsp nº 840.690/DF. Ficou comprovado nos autos que a recorrida (no caso, a parte autora) teve várias oportunidades para fazer prova dos fatos constitutivos de seu direito e juntá-la aos autos, e, assim, não poderia ser determinado novamente que fossem produzidas novas provas, como o fez o TRF da 1ª Região. Se todo o *iter* foi seguido na forma prescrita em lei, com o respeito aos direitos e às garantias, e foram dadas oportunidades às partes de fazerem suas alegações e prová-las, quer dizer, *se o procedimento foi dotado de legitimidade*, então não pode ser novamente determinado que novas provas sejam produzidas quando o autor não tenha disso se incumbido (e durante vários momentos foi-lhe oportunizado!). Muito mais que atingir uma “verdade” nos autos, uma “verdade absoluta”, que já se sabe ser **inalcançável**, ao processo civil cabe evitar delongas injustificadas que prejudicam as partes interessadas e inviabilizam a concessão da tutela adequada e eficiente, o que é, afinal, a finalidade do processo.

O modelo constitucional do processo, além de pautar por um atuar mais plural e mais democrático, como ouvir sensatamente todas as vozes (ideia de Habermas), prima pela observação de importantes postulados, tais como a efetividade, a segurança jurídica e a duração razoável do processo (“evitar delongas injustificadas”, nas palavras do Ministro Mauro Campbell Marques no REsp nº 840.690/DF).

Em resumo, pensamos que a “verdade” no processo civil brasileiro deve ser construída modernamente a partir de um *modelo procedimental* calcado nos seguintes pressupostos, denominado *tripé para a construção da “verdade” no processo*:

1. Primeiro tripé: Deve basear-se na *probabilidade* (no sentido de ser mais provável que ocorra) das teses produzidas no decorrer do *iter* procedimental, de onde se pode extrair que determinada alegação dos fatos é mais plausível e preferível a outras por seu maior poder de *persuasão e explicação* (sem dar preferência unilateral a uma versão dos eventos) e maior controle *racional* (passível de prova e oposição).

2. Segundo tripé: Deve se basear na *argumentação (comunicação)*, particularizada com o intenso *discurso* e em *colaboração (cooperação)* entre os sujeitos cognoscentes voltados precipuamente para o entendimento mútuo racional, convencendo-se o julgador de certa versão dos fatos trazida aos autos pelos participantes do processo (partes, terceiros, *amicus curiae*, peritos, etc.) e construída por seu raciocínio a partir dos debates e das *provas* válidas e lícitas, e que exista no procedimento dialogal pelos sujeitos processuais a garantia do contraditório em sua ampla visão – podendo (e devendo) as partes se manifestarem para influenciar a convicção do julgador – e a garantia da paridade de tratamento entre as partes, em um procedimento adequado e cooperativo, onde a decisão tenda a ser fruto do compartilhamento de argumentos em volta de objetos que podem ser sustentados de forma racional (decisão racionalmente fundamentada).

3. Terceiro tripé: Deve se basear, ainda, na compreensão de que o direito é sistema comunicacional e formado por linguagem a ser interpretada pelo homem, bem como no respeito *aos princípios, aos direitos e às garantias legais válidos* especificamente para cada caso posto em litígio, devendo observar principalmente as regras do devido processo legal a partir de uma maior *perspectiva constitucionalista* do processo, concedendo *força normativa à Constituição* e em que, sendo convalidada pelo *respeito ao citado procedimento e às normas jurídicas*, bem como comprovada pelas provas idôneas colacionadas aos autos pelos sujeitos processuais, *terá valor normativo e legitimidade*, trazendo segurança jurídica aos indivíduos, de modo que a decisão definitiva, mesmo que não tenha sido proferida com alto grau de certeza pelo magistrado nem com consenso obtido de todos os participantes, mas tenha mesmo assim transitada em julgado, acarretará a formação da coisa julgada e a solução da lide.

10. CONCLUSÃO

Verdade, prova e processo são termos que necessitam de definição para se inicialmente possibilitar o pensamento sobre seus conceitos em um determinado sistema referencial. O sistema referencial deste trabalho foi o processo civil brasileiro compreendido de uma forma mais moderna, mais nova, sob os influxos dos enunciados e dos institutos positivados pela Lei nº 13.105/2015, que promulgou o novo Código de Processo Civil.

Fica perceptível a contribuição da linguagem para estreitar e melhor compreender as relações entre prova e “verdade” no contexto do novo processo civil brasileiro. Sem a linguagem, jamais se pretenderá resolver os variados percalços do direito processual, muitos dos quais se traduzem em debates estéreis pois são problemas de ordem linguística.

Nesse caminhar, a prova corresponde ao elemento construído linguisticamente pelo sujeito competente que se formará e se juntará aos autos processuais. O julgador irá interpretá-la em conjunto com os demais elementos e alegações produzidos durante o *iter* procedimental, dentro de um contexto onde o diálogo e o consenso sejam as primazias para a legitimidade que terá a solução do litígio.

O entendimento sobre o processo civil brasileiro de hoje e em sua versão mais nova mediante uma base estruturada nos ideais de Jürgen Habermas, mormente nas teorias do agir comunicativo e da busca cooperativa da verdade (teoria discursiva da verdade), e na compreensão da linguagem como elemento fundamental ao conhecimento, à interação humana, à interpretação dos fatos e, por conseguinte, à construção da “verdade” no processo, deve ser o pensamento inicial do intérprete do direito.

Sobre o novo CPC, suas principais disposições referentes à compreensão da “verdade” em conexão com os ensinamentos de Habermas foram apresentadas no decorrer deste trabalho, sendo também demonstrados os enunciados sobre o instituto da dinamização do ônus da prova, a figura do *amicus curiae*, os métodos de solução consensual de conflitos (conciliação e mediação) que deverão ser estimulados por todos que participam do processo, dentre outras regras. No entanto, os problemas que aparecem diante do NCPC podem ser os seguintes: será que o Brasil está amadurecido para a cooperação (colaboração) dentro de um ambiente como

o processo judicial, mais especialmente o processo civil? Será que com a virada de um dia para o outro (de 17 de março de 2016 para 18 de março de 2016) os pensamentos e as práticas mudarão, mesmo com as normas e princípios expressamente positivados? O juiz será mais pró-ativo? Dinamizará o ônus da prova nos casos em que as circunstâncias da causa admitirem? Dilatará os prazos processuais adequando-os às peculiaridades e necessidades do conflito de forma fundamentada? Fundamentará corretamente suas decisões? Haverá isonomia material entre as partes, assegurada pelo juiz? As partes (inclusive advogados) buscarão entrar num consenso e almejar a rápida e efetiva solução do litígio através da cooperação entre si? As partes e o juiz irão estimular os métodos de solução consensual dos conflitos, como a mediação e a conciliação?

É de suma importância notar que o Poder Judiciário continua a ser o “superego” da sociedade, isto é, há uma necessidade crônica imanente a muitas pessoas em buscar a resolução de suas pendências de forma judicial. Além disso, a maior parte da sociedade comumente entende a “verdade” no processo como aquela por mera correspondência da ideia ao fato, donde se extrai inegavelmente que, para a sociedade, deve existir a verdade absoluta no processo, seja qual for o caso submetido à apreciação do juiz.

Contudo, mesmo diante das perguntas e inquietações acima imaginadas, não se pode deixar de afirmar que a “verdade” no processo deve ser perseguida por todos os sujeitos processuais. Se é uma missão árdua responder “o que é a ‘verdade’ (ou como deveria ser a ‘verdade’) dentro do processo?”, pense, então, como laborioso é a tentativa de buscar empreender um procedimento tal para construir a “verdade” no processo mediante a base procedimental neste trabalho inculpada (tripé da construção da “verdade”), com todas as problemáticas que o termo “verdade” nos impõe e com a hostilidade que a praxe forense apresenta? Mesmo assim, repita-se: não se pode menoscabir a “verdade” no processo e deixar de buscar o procedimento para construí-la como neste estudo apresentado.

Acreditamos que aqueles artifícios que utilizam alguns julgadores e doutrinadores devem ser superados, como as expressões “a busca da verdade real”, “o interesse público de efetividade da justiça”, “a verdade com o maior grau possível da verdade”, “verdade processual como verdade possível”, etc. Não se deve adjetivar a “verdade” a ser criada no processo. Ela aparecerá na decisão ao final do procedimento como fruto da interpretação do sujeito competente, pois nada mais é que uma relação entre linguagens, entre palavras. Mas ela não é

só isso. A “verdade” no processo deve ser construída não apenas num aspecto formal. O conteúdo que robustará sua construção deve ser igualmente importante em bem empreendê-lo, e foi isso que pretendemos passar neste trabalho com o desenvolvimento de uma teoria para melhor se pautarem os juristas e todos aqueles que participam de qualquer forma do processo em demandas cíveis.

Não necessariamente precisamos observar os tripés do modelo procedimental apto à construção da “verdade” no processo na ordem que foram apresentados. O importante é que não seja menosprezada nenhuma das três bases para que não haja uma decisão não legítima a prevalecer nos autos do processo, pois, se assim for, a “verdade” no processo não foi construída e poderá ensejar insatisfações legítimas das partes, o que gerará, por consequência, maior número de recursos e aumento do tempo para a conclusão do processo.

O primeiro tripé parece estar mais próximo do aspecto “formal” que sustentam certos processualistas brasileiros quando definem o que é “verdade formal” (probabilidade) em contraste com a “verdade real” (certeza). A probabilidade como algo que tenha a maior chance de ocorrer em determinado fato aparece certas vezes como a melhor saída para o órgão julgador, solução esta que não possui impertinência dentro do sistema jurídico. O julgador irá proferir suas conclusões no que está contido nos autos processuais e no que for mais provável que ocorra, podendo fazer uso, inclusive, das máximas de experiência. As alegações dos fatos mais coerentes, com maior persuasão e explicação mediante argumentos racionais são capazes de influenciar o magistrado e fazer com que decida convictamente a favor das teses assim expostas.

O segundo tripé está imensamente fincado no que apresentamos sobre as teorias de Habermas ligadas ao objetivo de construir a “verdade” no processo civil. Essa segunda base é relevante para nortear o julgador e os demais sujeitos processuais na construção da “verdade” no aspecto mais voltado ao conteúdo. Acreditamos que as contribuições da teoria do agir comunicativo e da teoria discursiva da verdade de Habermas são fortes aliadas para se chegar a uma “verdade” consistente no final do procedimento judicial que se pratica no processo civil. A fase instrutória com a colheita de provas idôneas e válidas ao caso é essencial e merece a atenção profunda não somente dos sujeitos que pretendem ter o êxito em suas alegações, mas também do magistrado, que deve bem construir a norma individual e concreta mediante seu raciocínio a partir dos debates e das provas juntadas aos autos, não podendo

deixar de lembrar o significado de “decidir” tal como demonstramos neste estudo. Ademais, a existência de um procedimento mais cooperativo e com a garantia do contraditório em sua ampla visão e da paridade de tratamento entre as partes é fundamental para o desiderato. Com efeito, uma perspectiva engajada em transformar o processo num palco do consenso e do diálogo deve ser a nova tônica em entender e aplicar o processo civil brasileiro em sua novel variante a partir da Lei nº 13.105/2015.

O terceiro tripé está mais voltado à forma, pois a tentativa de construir a “verdade” no processo deve respeitar, indubitavelmente, os direitos, as garantias e os princípios válidos para cada caso concreto nos diferentes processos que pode estar suscitado (processo eleitoral, trabalhista, civil, penal, penal militar, administrativo, tributário, etc.). De todo modo, é a Constituição Federal de 1988 o centro de todas as interpretações das normas do ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser concedida força normativa ao texto constitucional. E assim, mesmo que uma conclusão do magistrado não tenha sido obtida com o consenso dos participantes do processo, mas tenha ocorrido o trânsito em julgado com obediência ao procedimento aqui delineado, esta decisão será dotada de legitimidade e formará coisa julgada, não podendo ser guerreada pelo mero sabor dos sujeitos que participaram de todo o *iter* segundo o tripé da construção da “verdade” no processo civil.

Sem pretender estabelecer nenhuma verdade absoluta através desta pesquisa, pelo perdão da redundância com o nosso tema, acreditamos que o consentimento pretendido foi alcançado, uma vez que estamos vivenciando um início de momento no âmbito do processo civil brasileiro que prima cada vez mais pelo diálogo e pelo consenso, e não pela pura litigiosidade. São os ares do novo Código de Processo Civil brasileiro, publicado em 17 de março de 2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 2. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Manual de direito processual civil*. V. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AVELLAR, Ana Paula; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Direito à prova nas ações civis ex delicto. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1-17.

AVENA, Norberto. *Processo penal: versão universitária*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: *Revista de Processo*, vol. 37, 1985, p. 140-150.

_____. O processo, as partes e a sociedade. In: *Revista de Processo*, vol. 125, jul. 2005, p. 279-286.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad em el Derecho*. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2005.

BEZERRA, Marcelo Ribeiro. A influência da Filosofia na concepção da prova: um diálogo necessário. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ORSINI, Adriana Goulart de Sena. *Processo e Jurisdição I: (Re)pensando o Direito: desafios para a construção de novos paradigmas*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 36-50.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTAR, Eduardo C.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Atlas, 2012.

BORGES, Fernanda Gomes e Souza. *A prova no processo civil democrático*. Curitiba: Juruá, 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014a.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 2. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014b.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. 1. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. *Processo civil: novas tendências*. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: *Revista de Processo*, Vol. 153, nov. 2007, p. 33-43.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANDIOTTO, Cesar. Foucault: uma história crítica da verdade. In: *Trans/Form/Ação*, São Paulo, ano 29, n. 2, 2006, p. 65-78.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Servanda, 2010.

_____. *Teoria Geral do Direito*. 2ª impressão. Tradução de Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Apostila de Filosofia do Direito I: Lógica Jurídica*. Língua e linguagem: signos linguísticos, funções, formas e tipos de linguagem; hierarquia de linguagens: Capítulo II. São Paulo: PUC/SP, 1999.

_____. *Direito Tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. In: *Revista de Processo*, V. 218, abr. 2013, p. 65-73.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. V. II. 3. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas/SP: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

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: Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DURÇO, Karol Araújo. O desenvolvimento histórico do princípio do devido processo legal: uma crescente aproximação entre *commom law* e *civil law*. In: ZAGANELLI, Margareth Vetus (coor.). *Estudos de história do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 99-115.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Contornos sobre a prova na investigação de paternidade. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coor.). *Prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do Código Civil*. Salvador: JusPodivm, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDEZ, Joseph M. An exploration of the meaning of truth in Philosophy and Law. In: *U. Notre Dame Austl. L. Rev. (UNDALR)*, v. 53, 2009, p. 53-83.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. Tradução de Ana Paula Zomer Zica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed., 6ª reimpressão. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU, 2012.

_____. *Microfísica do poder*. 22. ed. Organização e tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da tolerância*. Organização, apresentação e notas de Ana Maria Araújo Freire. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Curso de direito processual civil*. Atualizado de acordo com as Leis nº 10.352/2001, 10.358/2001, e 10.444/2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 2. ed. Petrópolis (RJ): Vozes; Bragança Paulista (SP): Universitária São Francisco, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Insignificância: é preciso ir ao STF para vê-lo reconhecido. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2140, 11 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12799>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; GRECO, Leonardo (orgs.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 95-124.

_____. O conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUIBOURG, Ricardo *et al.* *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.

HABÈRLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano e Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

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

_____. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *Teoria do agir comunicativo*, v. 1: racionalidade da ação e racionalização social. Tradução de Paulo Astor Soethe. Revisão técnica de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012a.

_____. *Teoria do agir comunicativo*, v. 2: sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012b.

_____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004b.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

LÉONHARDT, Jean-Louis. Verdade-correspondência e verdade-coerência. In: *Cetrans* (Centro de Educação Transdisciplinar), 21 de março de 2009. Disponível em: <<http://cetrans.com.br/textos/verdade-correspondencia-e-verdade-coerencia-leonhardt.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

LIMA, Marcellus Polastri. *A prova penal* (de acordo com a reforma processual penal). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. V. I. 2. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2012.

LIMA, Thiago Muniz de. *Processo civil e Filosofia: o formalismo-valorativo como concretização de uma teoria filosófica da democracia*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* (Mestrado) em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2010.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio do contraditório. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (coor). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 101-117.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUCHI, José Pedro. A lógica dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado. In: LUCHI, José Pedro (org.) *Linguagem e socialidade*. Vitória: Edufes, 2005, p. 121-182.

_____. *A superação da filosofia da consciência em J. Habermas: a questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade*. Roma (Itália): Pontificia Università Gregoriana, 1999.

_____. Tensão entre autonomia privada e pública. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 47, n. 185, jan./mar. 2010, p. 57-69.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, p. 1-22. Disponível em:

<<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 07 ago. 2014.

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

_____. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. O princípio do *nemo tenetur se detegere* e a prova no processo penal. In: *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 62-83. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

MACHADO, Vitor Gonçalves. A busca da “verdade” para Jürgen Habermas e seus reflexos no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: BALSAS, Álvaro; BATISTA, Ricardo Barroso (orgs.). *Revista Portuguesa de Filosofia: Direito e Filosofia: Intersecções*, Vol. 70, Fasc. 4, Braga (Portugal), 2014, p. 811-832.

_____. A superação da dicotomia “verdade formal” vs. “verdade real” no moderno direito processual. In: CAMPOS, Hélio Silvio Ourém; TEIXEIRA, Sérgio Torres (orgs.) *Processo e Jurisdição II: a humanização do Direito e a horizontalização da Justiça no Século XXI*. Vol. XXIII. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 94-119.

_____. As “verdades adjetivadas” no moderno direito processual: um problema a erradicar. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ORSINI, Adriana Goulart de Sena. *Processo e Jurisdição I: (Re)pensando o Direito: desafios para a construção de novos paradigmas*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 176-196.

_____. Breves considerações sobre a “verdade” e sua importância para o Direito. In: *Anais do II Congresso Nacional da Federação de Pós-graduandos em Direito (FEPODI): Pós-graduação e extensão universitária*. Vol. II. São Paulo: PUC/SP, 2013, p. 1307-1312.

_____. O papel do juiz e o início da construção da “verdade” no processo civil. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3102, 29 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20745>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

_____. Considerações sobre a participação dos sujeitos processuais na formação da “verdade” no processo civil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11328&revista_caderno=21>. Acesso em 15 ago. 2014.

_____. O problema da “verdade processual”: nova perspectiva sobre a busca da verdade pela prova no processo civil. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 14, n. 28, jul./dez. 2011, p. 198-217.

_____. Que é (ou o que deveria ser) a “verdade” no moderno processo civil? In: IOCAHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Orgs.). *Processo e Jurisdição: 25 anos da Constituição Cidadã: os atores sociais e a concretização sustentável dos objetivos da República*. Vol. XXII. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 458-477.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. *A função social do processo no Estado Democrático de Direito à luz da teoria dos princípios de Ronald Dworkin e da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* (Mestrado) em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória, 2008.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. atualizada por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millenium, 2001.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito e(m) verdade: os novos caminhos da hermenêutica jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILLER, Alexander. *Filosofia da linguagem*. Tradução de Evandro Luis Gomes, Christian Marcel de Amorin, Perret Gentil Dit Maillard. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 14).

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. V. 1. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORRIS, Clarence (org.) *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

_____. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

NALLI, Marcos Alexandre Gomes. Sobre o conceito foucaultiano de “discurso”. In: ORLANDI, Luiz B. L. (org.). *A diferença*. Campinas: Editora da Unicamp, 2005, p. 151-169.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado* (e legislação extravagante). 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.02.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich. *Sobre verdade e mentira*. Tradução e organização de Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2008.

NOBRE, Marcos. Introdução. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.) *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 15-35.

NOBRE, Marcos; et al. *O que é pesquisa em Direito?*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Provas no processo penal*. 2. ed. rev., atual, e ampl. com a obra “o valor da confissão como meio de prova no processo penal”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Livre apreciação da prova: perspectivas atuais. In: *Portal da Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre/RS. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira\(4\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira(4)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 02 mar. 2015.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista de Processo*, ano 31, n. 137, jul. 2006, p. 7-31.

_____. Presunções e ficções no direito probatório. In: *Revista de Processo*, ano 36, vol. 196, jun. 2011, p. 13-20.

OLIVEIRA, Donato. A Filosofia como atividade pedagógica: exposição de “mitológicas” no segundo Wittgenstein. In: LUCHI, José Pedro (org.). *Linguagem e socialidade*. EDUFES: Vitória/ES, 2005, p. 67-98.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. atualizada de acordo com a reforma processual penal de 2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Thaís de Souza Lima; MARCHESI, Makena. A jurisprudência defensiva à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades; TRAMONTINA, Robson; SANTOS, André Leonardo Copetti (orgs.). *Filosofia do Direito I: (Re)pensando o Direito: desafios para a construção de novos paradigmas*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 378-392.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINZANI, Alessandro. *Habermas*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

PIRES, Adriana. Prova e contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (coor.). *Prova cível*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 65-83.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo* (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.

RABELO, Manoel Alves; SANTOS, Katharine Maia dos. Teoria geral da prova na jurisdição cível: breves considerações. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça*: estudos sobre a prova judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 97-116.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 19. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 12.304, de 04 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. ajustada ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito processual penal esquematizado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

REPA, Luiz Sérgio. Direito e teoria da ação comunicativa. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). *Direito e Democracia*: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 55-71.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 2. 23. ed., rev. e atual por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O cego de Paris II – o que é a “verdade” no Direito? In: *Consultor Jurídico*, 17 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-17/senso-incomum-cego-paris-ii-verdade-direito>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Marcelo Amaral da. A importância da pesquisa no ensino jurídico. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4037, 21 jul. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30365/a-importancia-da-pesquisa-no-ensino-juridico>>. Acesso em 23 ago. 2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Verdade e Significado. In: *Portal da Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre/RS. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista\(3\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista(3)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 4. ed. rev. e atual. com a recente reforma processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Máximas de experiência e a verdade processual: a construção da decisão justa para o caso concreto. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 75-96.

SOUZA, Nevitton Vieira; MENEZES, Pedro Henrique da Silva. O amicus curiae como protagonista da democratização do debate judicial. In: NOVAIS, Fabrício Muraro; OLIVEIRA, Francisco Cardozo; KEMPFER, Marlene (Orgs.). *Processo e Jurisdição II: Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade*. Vol. XXII. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 128-147.

SPROVIERO, Mario Bruno. A verdade e a evidência – estudo introdutório. In: TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Verdade e conhecimento*. Tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. 2. ed., 2ª tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

TAGLIAVINI, José Virgílio. *Aprender e ensinar Direito: para além do direito que se ensina errado*. São Carlos (SP): Editora do Autor, 2013.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán 2. ed. Madrid (Espanha): Trotta, 2005.

_____. Consideraciones sobre prueba y verdad. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III de Madrid, ano VII, jan.-dez. 2002, p. 99-126.

_____. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. *Revista de Derecho (Valdivia)*, v. 15, n. 2, dez. 2003, p. 205-213.

_____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, v. 2, n. 2, jul.-dez. 2001, p. 171-204.

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 de Direito Privado*, vol. 17, jan. 2004, p. 09-22.

THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Verdade e conhecimento*. Tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. 2. ed., 2ª tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário*. 3. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 3. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Revisão e organização da tradução por Ernildo Stein. 9. ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2012.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VAZ, Denise Provasi. Estudo sobre a verdade no processo penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 83, mar. 2010, p. 163-174.

VIEWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução da 5ª edição alemã, revista e ampliada por Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial: considerações sobre a “cientificização” da prova no processo. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 141-204.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZYMLER, Benjamin. *Política e Direito: uma visão autopoietica*. Curitiba: Juruá, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, vol. 16).

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico*. Tradução e Prefácio de M. S. Lourenço. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.