



A VERDADE E A PROVA NO PROCESSO CIVIL

Sérgio Cruz Arenhart

Procurador da República

Mestre e doutor em direito processual civil pela UFPR

Professor da UFPR e da Universidade Tuiuti do Paraná

1. A VERDADE COMO O PRESSUPOSTO PARA A PROVA:

A todo aquele que acudir a preocupação com o tema da prova no processo, virá à mente a questão da função da prova e, intuitivamente, vem de pronto a idéia de que pela prova se busca investigar a verdade dos fatos ocorridos, sobre os quais se aporá a regra jurídica abstrata, que deverá reger certa situação.

Semelhante preocupação, com efeito, é absolutamente normal para qualquer pessoa que se veja na incumbência de estudar o processo. Não há dúvida de que a função do fato (e portanto, da prova) no processo é absolutamente essencial, razão mesmo para que a investigação dos fatos, no processo de conhecimento, ocupa quase que a totalidade do procedimento e das regras que disciplinam o tema no Código de Processo Civil brasileiro . Se é pressuposto para a aplicação do direito o conhecimento dos fatos , e se, para o perfeito cumprimento dos escopos da Jurisdição é necessária a correta incidência do direito aos fatos ocorridos, tem-se como lógica a atenção redobrada que merece a análise fática no processo.

Não é por outra razão que um dos princípios mais fundamentais do processo civil é o da verdade substancial. No dizer de MITTERMAYER, a verdade é a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a idéia que fazemos dele . Esta visão, típica de uma filosofia vinculada ao paradigma do ser , embora tenha todos os seus pressupostos já superados pela filosofia moderna, ainda continua a guiar os estudos da maioria dos processualistas modernos. Estes ainda se preocupam em saber se o fato reconstruído no processo é o mesmo ocorrido no mundo físico, ou seja, se a idéia do fato que se obtém no processo guarda consonância com o fato ocorrido no passado.



De qualquer forma, a descoberta da verdade sempre foi indispensável para o processo. Na realidade, este é tido como um dos objetivos, senão o principal, do processo. Através do processo (especialmente aquele de conhecimento), o juiz descobre a verdade sobre os fatos, aplicando, então, a estes fatos a norma apropriada. O chamado “juízo de subsunção” nada mais representa do que esta idéia: tomar o fato ocorrido no mundo físico e, a ele, aplicar a regra abstrata e hipotética prevista no ordenamento jurídico. A propósito, LIEBMAN, ao conceituar o termo “julgar”, assevera que tal consiste em valorar determinado fato ocorrido no passado, valoração esta feita com base no direito vigente, determinando, como consequência, a norma concreta que regerá o caso .

De fato, considerando que ao Judiciário cumpre aplicar o direito objetivo aos casos concretos — aplicando, em síntese, a idéia de Kelsen, de que dado um certo fato deve ser a respectiva consequência —, parece ser de uma evidência solar constatar ser imprescindível a reconstrução de tais fatos, a fim de que a hipótese prevista na norma seja adequadamente aplicada . Cumpre lembrar o genial CARNELUTTI, o qual, após declarar que o processo é um trabalho, assevera que “aquilo que é necessário saber, antes de mais nada, é que o trabalho é união do homo com a res, sendo que esta coisa vimos estar em torno de um homo: que o homo iudicans trabalhe sobre o homo iudicandus significa, no fundo, que deve unir-se com ele; somente através da união ele conseguirá saber como se passaram as coisas (come sono andate le cose) e como deveriam passar-se, a sua história e o seu valor; em uma palavra a sua verdade” . Eis a razão pela qual se tem a verdade material (ou substancial) como escopo básico da atividade jurisdicional. Como dizem TARUFFO e MICHELI, no processo a verdade não constitui um fim em si mesma, contudo insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado .

Desta necessidade de se saber como “sono andate le cose” decorre o destaque que se dá ao Processo de Conhecimento. Realmente, seria impensável o direito processual sem sua mais nobre função: o processo destinado a descoberta dos fatos sobre os quais o Estado é chamado a manifestar-se. É neste campo que o juiz conhece os fatos e aplica a eles a norma correspondente, seguindo o milenar brocardo “narra mihi factum, dabo tibi ius”. Daí todo o fundamento da atividade probatória do juiz, bem assim de todo o procedimento — que se torna a sucessão de atos, previstos legalmente, a fim de legitimar a forma da busca da verdade na atividade investigatória do juiz.



2. PRESSUPOSTOS DO PRINCÍPIO DA VERDADE SUBSTANCIAL

A verdade, pois, sempre foi fator de legitimação para o direito processual. Ora, sob a suposição de que as decisões judiciais nada mais são do que a aplicação objetiva do direito positivo — em tese, derivado da vontade popular, já que emanado de representantes do povo — a fatos pretéritos rigorosamente reconstruídos, conclui-se que a atividade jurisdicional atende aos anseios populares, já que não haveria, sob esta perspectiva, nenhuma influência do arbítrio do juiz ou de outra força externa qualquer. Perante estas premissas, o juiz chega mesmo a ser concebido como algo anímico (quase uma máquina), cuja função é, tão-somente, concretizar o direito abstrato para a situação específica. O raciocínio, de nítidos ares iluministas e liberais, e cristalizado na célebre idéia de Montesquieu de que o juiz não é mais que a “bouche de la loi” (a boca da lei), tinha definida função no período das Revoluções do século XIX: visava a proteção do interesse da coletividade contra os abusos da aristocracia (que dominava o Judiciário e o Executivo da época). A idéia era a de que, ficando o juiz cingido a verificar os fatos ocorridos, aplicando a eles um direito pré-estabelecido (fruto de elaboração pelo Legislativo, função do Estado que realmente representava os interesses da população) a atuação jurisdicional jamais poderia ser ilegítima, na medida em que o juiz não seria mais do que um executor das diretrizes do Legislativo.

Se é certo que o objetivo fundamental da Jurisdição é a justa composição da lide, ou a atuação da vontade concreta do direito, não é menos correto que qualquer um destes escopos apenas se atinge através da descoberta da verdade sobre os fatos versados na demanda.

Ligados à idéia de busca da verdade material, estão diversos dos mais importantes institutos do direito processual. O principal deles, sem dúvida, é a prova. Apenas a título exemplificativo, observe-se que LENT, ao conceituar prova, tonifica sua função de convencimento do juiz a respeito da verdade ou falsidade de uma afirmação.

Outro instituto de grande relevância, que teve sua função intrinsecamente ligada à idéia de verdade é a coisa julgada. Até a Idade Média, partindo-se de uma lição de ULPIANO (D. 1.5.25) a natureza jurídica da coisa julgada era fundada na presunção da verdade sobre os fatos versados na sentença. A escolástica via na verdade o objetivo básico do



processo; esta era a premissa menor do silogismo (fato) a ser aplicada à premissa maior (matéria de direito) a fim de chegar-se à conclusão (decisão) .

Realmente, seria difícil legitimar as decisões judiciais se estas não tivessem como pressuposto a reconstrução dos fatos sobre os quais ela incide. Afinal, como fazer o povo crer que tais decisões são legítimas se — mesmo tendo como pressuposto de que a norma é legítima — a hipótese sobre a qual incide a norma não se configura no mundo real.

Aí está a raiz de toda a relevância, para a doutrina processual, da verdade substancial. Eis a função primordial do processo: conhecer (cognoscere); e esta é a matriz legitimante de toda a atividade jurisdicional.

Esta influência da descoberta da verdade substancial sobre o direito processual (o que se evidencia, ainda com maior força, no direito processual penal) já se nota nas primeiras manifestações deste ramo do direito.

Em Roma, como é notório, o iudex poderia abster-se de decidir a questão que lhe era posta bastando declarar, sob juramento, sibi non liquere . Isto demonstra, claramente, o culto à verdade, a ponto de se negar a prestação jurisdicional, sob argumento de que o juiz não lograra atingi-la no processo, ou, por outras palavras, os fatos não estavam suficientemente aclarados .

Semelhante papel é hoje desempenhado pelo regime do ônus da prova em alguns sistemas. Sob a afirmativa de que aquele a quem incumbia a prova dos fatos alegados não cumpriu satisfatoriamente tal missão, o juiz pode abster-se de julgar o mérito da causa. Assim, por exemplo, a disciplina dada ao tema na tutela dos direitos coletivos, como se infere de dispositivos do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor . Neste diploma, estabelece-se um regime todo particular para a coisa julgada que já vem sendo adotada em outras legislações, e mesmo em outras áreas do direito pátrio. Trata-se da assim chamada “coisa julgada secundum eventum litis”; caso a demanda seja julgada improcedente por insuficiência de provas, não incide sobre a declaração contida nesta sentença coisa julgada material, podendo a mesma ação ser promovida novamente (sob o mesmo fundamento) instruída com novas provas. Ora, a intenção desta disciplina é óbvia. Ao obstar a incidência de coisa julgada material quando o juiz entender por rejeitar a demanda por ausência de provas (caso em que,



portanto, não há completa análise de mérito), autoriza-se o juiz a aplicar a velha cláusula romana do non liquet, podendo a parte, então, propor novamente a mesma ação. Novamente, vê-se a presença marcante da opção pela busca da verdade substancial.

O mesmo ocorre com a tendência da doutrina mais atual de permitir ao juiz uma posição ativa na colheita da prova. A doutrina moderna busca ampliar os poderes do juiz na instrução da causa, sob a bandeira de que o processo é instrumento público e que deve buscar a verdade sobre os fatos investigados. Ao se autorizar que o juiz possa determinar, de ofício, a produção de provas — suprimindo, pois, a atividade que competiria primariamente às partes — novamente pretende-se dar ênfase à busca da verdade substancial, trazida como verdadeiro dogma para o direito processual.

Tal visão, com efeito, é ainda mais salientada no direito processual penal. Lá, como é cediço, a posição ativa do juiz na produção da prova, aliada à possibilidade do reconhecimento de insuficiência de provas (art. 386, VI, do Código de Processo Penal) é tema pacificado na doutrina e na jurisprudência.

3. VERDADE SUBSTANCIAL E VERDADE FORMAL:

Durante algum tempo, a doutrina processual tentou distinguir a forma pela qual o processo civil e o penal lidavam com o tema da verdade. Sustentava-se que o processo penal trabalha com a verdade substancial, ao passo que o processo civil satisfazia-se com a verdade formal. A distinção vem bem posta pelo mestre ARRUDA ALVIM, que leciona que a verdade formal, ao contrário da substancial, é aquela refletida no processo, e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial. Diversamente da noção de verdade substancial, aqui não há aquela necessidade de identificação absoluta do conceito extraído com a essência do objeto. O conceito de verdade formal identifica-se muito mais com uma “ficção” da verdade. Obedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como completa, considerando o resultado obtido como verdade — mesmo que saiba que tal produto está longe de representar a verdade sobre o caso em exame. Com efeito, as diversas regras existentes no Código de Processo Civil tendentes a disciplinar formalidades para a colheita das provas, as inúmeras presunções concebidas a priori pelo legislador e o sempre presente temor de que o objeto reconstruído no



processo não se identifique plenamente com os acontecimentos verificados in concreto induzem a doutrina a buscar satisfazer-se com outra “categoria de verdade”, menos exigente que a verdade substancial .

Parte-se da premissa de que o processo civil, por lidar com bens menos relevantes que o processo penal, pode contentar-se com menor grau de segurança, satisfazendo-se com um grau de certeza menor. Seguindo esta tendência, a doutrina do processo civil — ainda hoje muito em voga — passou a dar mais relevo à observância de certos requisitos legais da pesquisa probatória (através da qual a comprovação do fato era obtida), do que ao conteúdo do material de prova. Passou a interessar mais a forma que representava a verdade do fato do que se este produto final efetivamente representava a verdade. Mas ainda assim, reconhecia-se a possibilidade de obtenção de algo que representasse a verdade — apenas ressalvava-se que o processo civil não estava disposto a pagar o alto custo desta obtenção, bastando, portanto, algo que fosse considerado juridicamente verdadeiro. Era uma questão de relação custo-benefício: entre a necessidade de decidir rapidamente e decidir com segurança, a doutrina do processo civil optou pela preponderância da primeira.

Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando esta diferenciação, corretamente considerando que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a estes método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana — como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais — pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas.

Além disso, não se pode esquecer que a idéia de verdade formal foi duramente criticada pela pena severa de CHIOVENDA. Como acentuou o grande autor, “juridicamente a vontade da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. Nem esta afirmação do juiz pode chamar-se uma verdade formal: frase que supõe um confronto entre o que o juiz afirma e o que poderia afirmar; o direito não admite esta confrontação, e nós ao buscar a essência de uma instituição jurídica devemos colocar-nos no ponto de vista do direito” . Também



CARNELUTTI ofereceu semelhante crítica à figura, qualificando-a como verdadeira metáfora . Realmente, falar-se em verdade formal (especialmente em oposição à verdade substancial) implica reconhecer que a decisão judicial não é calcada na verdade, mas em uma não-verdade. Supõe-se que exista uma verdade mais perfeita (a verdade substancial) mas que, para a decisão no processo civil, deve o juiz contentar-se com aquela imperfeita e, portanto, não condizente com a verdade .

A idéia de verdade formal é, portanto, absolutamente inconsistente e, por esta 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 este conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição cômoda do juiz de inércia na reconstrução dos fatos e a freqüente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática.

4. VERDADE E VEROSSIMILHANÇA:

Da análise já elaborada, pode-se observar que o trato da finalidade da prova e, portanto, da verdade, há de passar, necessariamente, por um estudo mais amplo e aprofundado do tema, que extrapola os limites do direito, lançando miradas sobre outras ciências . Em outros termos, a questão da finalidade da prova deve orientar-se pelo estudo do mecanismo que regula o conhecimento humano dos fatos.

Embora toda a teoria processual esteja, conforme já visto, calcada na idéia e no ideal de verdade (como o único caminho que pode conduzir à justiça, na medida em que é o pressuposto para a aplicação da lei ao caso concreto) não se pode negar que a idéia de se atingir, através do processo, a verdade real sobre determinado acontecimento não passa de mera utopia.

A essência da verdade é intangível. Já o dissera VOLTAIRE, ao afirmar que “les vérités historiques ne sont que des probabilités” . Assim também percebeu MIGUEL REALE, ao estudar o problema, deduzindo, então, o conceito de quase-verdade, em substituição ao da verdade, que seria imprestável e inatingível .



Deveras, a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que assistiram ao mesmo, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta . Sempre há uma interpretação formulada sobre tal fato — ou sobre a prova direta dele derivada — que altera o seu real conteúdo, acrescentado-lhe um toque pessoal que distorce a realidade. Mais que isso, o julgador (ou o historiador, ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter-se passado de outra forma.

Acreditar que o juiz possa analisar, objetivamente, um fato, sem acrescentar-lhe qualquer dose de subjetividade, é pura ingenuidade . Esta análise, de per si, já envolve certa valoração do fato, alterando-lhe a substância e inviabilizando o conhecimento do fato objetivo, tal como ocorreu. Outrossim, como bem observou GIOVANNI VERDE , no processo, as regras sobre prova não regulam apenas os meios de que o juiz pode servir-se para “descobrir a verdade”, mas também traçam limites à atividade probatória, tornando inadmissíveis certos meios de prova, resguardando outros interesses (como a intimidade, o silêncio etc.) ou ainda condicionando a eficácia do meio probatório à adoção de certas formalidades (como o uso do instrumento público). Diante desta proteção legal (de forte intensidade) a outros interesses, ou ainda, da submissão do mecanismo de “revelação da verdade” a certos requisitos, parece não ser difícil perceber que o compromisso que o direito tem com a verdade não é tão inexorável como aparenta ser.

Há, realmente, uma contradição neste aspecto, como bem demonstra SERGIO COTTA . Quer-se um juiz que seja justo e apto a desvendar a essência verdadeira do fato ocorrido no passado, mas reconhece-se que a falibilidade humana e o condicionamento desta descoberta às formas legais não o permitem. O juiz não é um ser divino, mas ainda assim tem, como objeto de sua pesquisa, a verdade objetiva — verdade esta que lhe é, assim como a todos os demais, inatingível. Exige-se, portanto, que o juiz seja um deus, capaz de desvendar a verdade velada pela controvérsia das partes — onde cada qual entende estar com a “verdadeira” verdade e, portanto, com a razão.

Todavia, e sem que se precise de maior esforço para atingir esta conclusão, esta obra é impossível, somente prestando-se como argumento retórico para justificar a “justiça” da decisão tomada. O juiz é um ser humano como qualquer outro e sujeito, conseqüentemente, a valorações subjetivas da realidade que o cerca. A figura mítica do juiz, como alguém capaz



de descobrir a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada. Esta fundamentação retórica de toda a doutrina processual não pode mais ter o papel de destaque que ocupa hoje. O juiz não é — mais do que qualquer outro — capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas.

De toda sorte, a idéia de que o conhecimento se trava a partir da descoberta da realidade é, já, totalmente superada em filosofia. O chamado paradigma do objeto — típico da antiguidade — parte da premissa de que os objetos têm, todos, a sua essência, que é revelada ao sujeito cognoscente, a partir da relação travada no conhecimento (o sujeito cognoscente nada mais faz do que descobrir aquela essência, preexistente no objeto) . A propósito, vale lembrar as palavras de LUDWIG que, sobre o tema, disserta que “com efeito, Parmênides instaura o começo da filosofia como ontologia: ‘O ser é, o não-ser não é’. O ser é tido como o fundamento dos entes. O fundamento do mundo. O que não é ser, não é. É o nada. O ser não é pensado, compreendido como um fundamento distante e isolado do mundo. Ao contrário, o ser como fundamento significa que o mundo, os entes, as coisas (tà ónta), os úteis (tà prágmata) são vistos, porque iluminados por ele. Ser e mundo coincidem” .

Como se pode observar da história, esta perspectiva vigorou absoluta na filosofia até meados do século XVII. A partir de então, novo paradigma surgiu, sob influência das novas idéias racionalistas e iluministas emergentes, denominado de paradigma do sujeito. A partir de então, a relevância está no sujeito cognoscente, e não mais no objeto do conhecimento. Penso, logo existo , disse DESCARTES, sintetizando magnificamente o espírito deste modelo. Os objetos somente existem porque o sujeito pode conhecê-los. Desloca-se, portanto, o núcleo de interesse do objeto para o sujeito.

Especificamente em relação ao tema da “verdade”, a falibilidade do paradigma do objeto põe-se a nu por completo. O conceito de verdade, por ser algo absoluto, somente pode ser atingido quando se tenha por certo de que certa coisa passou-se de tal forma, excluindo-se, de pronto, qualquer outra possibilidade. E, como é óbvio, esta possibilidade extrapola os limites humanos. Esta peculiaridade foi bem notada por CARNELUTTI, ao frisar que “exatamente porque a coisa é uma parte ela é e não é; pode ser comparada a uma medalha sobre cujo anverso está inscrito o seu ser e no verso o seu não ser. Mas para conhecer a



verdade da coisa, ou digamos apenas da parte, é necessário conhecer tanto o verso quanto o averso: uma rosa é uma rosa, ensinava a Francesco, porque não é alguma outra flor; isto quer dizer que para conhecer realmente a rosa, isto é para atingir à verdade, impõe-se conhecer não apenas aquilo que ela é mas também o que ela não é. Por isso a verdade de uma coisa não aparece até que nós possamos conhecer todas as outras coisas e assim não podemos conseguir que um conhecimento parcial. (...) Em suma, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. (...) Assim a minha estrada, começada com atribuir ao processo a busca da verdade, conduziu à substituição da verdade pela certeza” .

De fato, é irresponsável o argumento trazido por CARNELUTTI. Mesmo as provas não têm a aptidão para conduzir seguramente à verdade sobre o fato ocorrido. Apenas mostram elementos de como, provavelmente, o fato ocorreu; são um indicativo, mas que não necessariamente levam à caracterização absoluta do fato, tal como efetivamente ocorreu (ou, ao menos, não se pode dizer que existe segurança absoluta sobre esta conclusão) . Como disse WACH, “aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis” . E, especificamente sobre a prova mais difundida em nossos dias (a prova testemunhal), lembra VOLTAIRE que “aquele que ouviu dizer a coisa de doze mil testemunhas oculares não tem mais que doze mil probabilidades, iguais a uma forte probabilidade, a qual não é igual à certeza”.

Tem-se, assim, ser impossível atingir-se a verdade sobre certo evento histórico. Pode-se ter uma elevada probabilidade sobre como o mesmo se passou, mas nunca a certeza da obtenção de verdade.

E isto se torna ainda mais difícil no processo. Aqui se está diante de uma controvérsia. Os litigantes, ambos, acreditam ter razão e suas versões sobre a realidade dos fatos são, normalmente, diametralmente antagônicas. Sua contribuição para a pesquisa da realidade dos fatos é parcial e tendenciosa. O juiz deve, portanto, optar por uma das versões dos fatos apresentadas, o que nem sempre é fácil e (o que é pior) demonstra a fragilidade da operação de descoberta da verdade realizada. As provas geralmente apontam para inúmeras conclusões. Mesmo a confissão é argumento perigoso, já que pode representar, como aliás não é raro, distúrbio psíquico do seu autor, ou mera tentativa de acobertamento da realidade dos fatos.



Como diz CALAMANDREI, mesmo para o juiz mais escrupuloso e atento vale o fatal limite de relatividade que é próprio da natureza humana: aquilo que se vê é apenas aquilo que parece ser visto. Não é verdade, mas verossimilhança, isto é, aparência (que pode ser ilusão) de verdade. O mesmo genial processualista acrescenta, a propósito do real conceito de verdade, que quando se diz que um fato é verdadeiro, apenas se diz que a consciência de quem emite o juízo atingiu o grau máximo de verossimilhança que, segundo os meios limitados de cognição de que dispõe o sujeito, basta a dar-lhe certeza subjetiva de que tal fato ocorreu.

Para atingir o conceito de verossimilhança, CALAMANDREI vale-se da idéia de máxima da experiência. Partindo deste conceito, desenha o autor a noção de que “verossimilhança” é uma idéia que se atinge a partir daquilo que normalmente acontece. É esta ilação lógica do usual que permite ao sujeito reconhecer como verossímil algo que, segundo critérios adotados pelo homem médio, prestar-se-iam para adquirir a certeza quanto a certo fato. Assim, “para julgar se um fato é verossímil ou inverossímil, recorramos, sem necessidade de uma direta pesquisa histórica sobre sua concreta verdade, a um critério de ordem geral já adquirido previamente mediante a observação do quod plerumque accidit: já que a experiência nos ensina que fatos daquela específica categoria ocorrem normalmente em circunstâncias similares àquelas que se encontram no caso concreto, decorre desta experiência que também o fato em questão se apresenta com a aparência de ser verdadeiro; e vice-versa conclui-se que algo é inverossímil, quando, mesmo podendo ser verdadeiro, parece porém em contraste com o critério sugerido pela normalidade” . Como sói ser evidente — e como também lembrado pelo ilustre processualista florentino — esta verossimilhança dependerá de critérios nitidamente subjetivos e variáveis, de acordo com o sujeito cognoscente. Assim o demonstra o fato de que, a cada dia, fatos que até então eram tidos como inverídicos, passam a assumir — em função da evolução das ciências — ares de possíveis ou mesmo verossimilhantes.

Por isso mesmo, diz SERGIO COTTA que a verdade integral resta sempre latente, demonstrando a fragilidade da função judicante. A decisão judicial não revela a verdade dos fatos mas apenas impõe, como verdade, certos dados que a decisão toma por pressuposto (chamando-os de verdade, mesmo que ciente de que tais dados não necessariamente confundem-se com a verdade em essência) .



Segundo o mesmo autor, há três razões para que a verdade obtida no processo não possa refletir a verdade substancial. A primeira delas diz com a alienação da consciência do juiz à verdade temporalmente sintética do evento. A segunda é a solidão do juiz no estabelecimento definitivo da verdade. E, finalmente, a impotência final do juiz em restabelecer a “continuidade das pessoas”. Realmente, o juiz não esteve presente à realização dos fatos; a análise do que ocorreu, portanto, há de passar tanto pela subjetividade das testemunhas que presenciaram o evento, quanto pela do juiz, distorcendo-se com isto duplamente os fatos. A par disso, apenas o juiz tem o poder de dizer qual seja a “verdade”, pressuposto para a aplicação do direito ao caso; a colaboração que recebe das partes é, como já salientado, tendenciosa e divergente (mas, mesmo assim, o juiz é obrigado a entregar apenas uma verdade sobre o ocorrido). E, para finalizar, a verdade, por si só, é algo impossível de se atingir.

Contudo, ainda com todos estes elementos óbvios, o juiz é obrigado a decidir e a estabelecer uma verdade.

Por todo o visto, conclui-se que o mito da verdade substancial tem servido apenas em desprestígio do processo, alongando-o em nome de uma reconstrução precisa dos fatos que é, em verdade, impossível. Por mais laborioso que tenha sido o trabalho e o empenho do juiz no processo, o resultado nunca será mais que 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).

Entretanto, a doutrina dominante insiste em chamar o resultado obtido na reconstrução fática do processo como verdade — já que apenas o fato pretérito efetivamente ocorrido poderia gerar a consequência prevista no ordenamento jurídico. Ora, caso se admitisse que o juiz poderia aplicar a sanção da norma a um caso em que há ainda dúvida a respeito de ter ou não o fato ocorrido da maneira descrita pelo antecedente da norma, cairia por terra toda a teoria da norma — já que, mesmo não se verificando o antecedente (ou, ao menos, não se tendo certeza de que o mesmo ocorrera) incidiu o conseqüente. O resultado, como sói evidente, seria catastrófico, já que não mais se poderia legitimar a decisão judicial no ordenamento jurídico (ou na repartição dos poderes), mas apenas na força do Estado.



É certo que ao alterar a coluna de sustentação da teoria da legitimação da decisão judicial, excluindo-se de seu seio a idéia de que o juiz decide apenas baseado na verdade, torna-se necessário buscar esta justificação em outro campo. De toda sorte, permanecer cultuando a ilusão de que a decisão judicial está calcada na verdade dos fatos, gerando a falsa impressão de que o juiz limita-se, no julgamento, a um simples silogismo, a um juízo de subsunção do fato à norma, é algo que não tem mais o menor respaldo, sendo mito que deve ser contestado. Este mito, de qualquer forma, já está em derrocada, e não é a manutenção da miragem da verdade substancial que conseguirá impedir o naufrágio destas idéias.

Deve-se, portanto, excluir do campo de alcance da atividade jurisdicional a possibilidade da verdade substancial. Jamais o juiz poderá chegar a este ideal, ao menos tendo a certeza de que o atingiu. O máximo que permite a sua atividade é chegar a um resultado que se assemelhe à verdade, um conceito aproximativo, baseado muito mais na convicção do juiz de que ali é o ponto mais próximo da verdade que ele pode atingir, do que, propriamente, em algum critério objetivo.

Ainda assim, o conceito de verossimilhança, embora operacional, ainda parece insuficiente para apoiar todas as cogitações a respeito do direito probatório. Como visto, a verossimilhança apresenta-se como uma verdade aproximada, possível, factível; o grau desta aproximação, todavia, ainda é indeterminado. E esta indeterminação também pode comprometer o conceito, pois permite confundi-lo com outras noções que se utiliza, corriqueiramente, no direito processual civil, a exemplo das idéias de probabilidade, de aparência e de possibilidade. De fato, excluído o conceito de verdade material (conceito absoluto), todos os demais conceitos que derivam deste são, meramente, aproximativos e relativos — já que importam uma relação entre o conceito absoluto (verdade substancial) e o outro que se pretende definir.

Poder-se-ia dizer que a verossimilhança implica uma relação de ordem aproximativa, junto com a idéia de possibilidade e probabilidade, com o conceito ideal de verdade, como faz CALAMANDREI. Ainda assim, e como mesmo observado pelo próprio processualista italiano, a linha distintiva entre todos estes conceitos permaneceria imprecisa e tênue, especialmente porque não se pode comparar dois conceitos relativos que apontam para



o mesmo conceito absoluto; cada juiz poderá avaliar, de forma diversa, a distância entre cada um destes conceitos e destas idéias.

É preciso, então, buscar algum referencial para a estipulação das diferenças entre tais conceitos, que possa ser objetivamente aferido pelo magistrado no curso do processo. Entra, assim, em cena a necessidade de recorrer-se a novos paradigmas da ciência do conhecimento, que possam auxiliar nesta definição de parâmetros.

5. A TEORIA DE HABERMAS E A VERDADE

Como visto há pouco, a verdade substancial é um mito que já deveria, há muito, ter sido extirpado da teoria jurídica. Todas as demais ciências já se aperceberam de que não há verdade inerente a um fato. Este conceito (o de verdade substancial), portanto, mostra-se imprestável para dirigir os rumos do processo de conhecimento ou, mesmo, da teoria da prova. Insta, então, buscar um novo objetivo, capaz de se adequar às necessidades da ciência (aí incluído o processo) e às possibilidades da cognição humana. A moderna filosofia, sob a batuta de JÜRGEN HABERMAS, compreende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes. A “verdade” não se descobre, mas se constrói, através da argumentação.

Certamente não é este o lugar adequado para tratar da questão, de forma aprofundada; porém pela relevância das idéias para a compreensão dos conceitos que se pretende atingir, parece importante tentar um resumo breve, e mesmo superficial, da teoria deste filósofo, a fim de outorgar ao leitor a bagagem mínima, necessária para a perfeita compreensão das conclusões que se seguem. As idéias deste autor constituem uma tentativa de superação dialética dos demais paradigmas, buscando centrar o ponto de apoio do estudo não mais no objeto ou no sujeito, mas no discurso. A razão não está mais no mundo (paradigma do ser) ou no sujeito individual (paradigma do sujeito) mas naquilo que os sujeitos produzem a partir de certos elementos comuns (linguagem).

O sujeito não é mais visto como conquistador do objeto, tal como ocorria no paradigma do sujeito. Agora, o sujeito deve interagir com os demais sujeitos, a fim de atingir



um consenso sobre o que possa significar conhecer o objeto e dominar o objeto ; não é mais a subjetividade que importa, mas sim a intersubjetividade.

O diálogo (comunicação) passa a ter a preponderância no sistema. Há um retorno à velha idéia aristotélica da tópica e da retórica. A razão centra-se na comunicação e não mais na reflexão isolada de um só sujeito. Vale ressaltar que este “diálogo” é prévio, necessariamente anterior, a qualquer forma de conhecimento. Trata-se da busca de um consenso que permita o conhecimento — e não um consenso do conhecimento. É algo que ocorre no mundo ideal, como um a priori — tal qual as formas a priori kantianas — e não no mundo sensível. Este consenso importa a aceitação prévia dos critérios necessários para a realização de qualquer comunicação (interação). Como explica HABERMAS, “a razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ator singular nem a um macrossujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o medium lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos lingüístico do entendimento, formando um ensemble de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras” .

Aqui, a razão não é buscada apenas no íntimo do sujeito cognoscente, mas na argumentação, baseada no relacionamento humano — o que traz o aporte de elementos outros, que não apenas o conhecimento “científico”, tal como da moral e a história.

Segundo LUDWIG, na teoria de Habermas “os sujeitos que se comunicam pela linguagem, apoiam-se necessariamente num consenso que ‘serve de pano de fundo para sua ação comunicativa’. O consenso torna-se manifesto através do reconhecimento recíproco, prévio, de pretensões de validade, pressupostas. São elas: 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”. Obviamente que estas pretensões não têm em vista o mundo real, mas o pressupõem. Aplicam-se a momento anterior ao diálogo concreto, que só ocorre porque tais pretensões estão, inexoravelmente, supostas.

A propósito das pretensões de validade da comunicação, leciona HABERMAS que “o modo fundamental destas manifestações determina-se pelas pretensões de validade que implicitamente levam associadas: a verdade, a retitude, a adequação ou a inteligibilidade (ou



correção no uso dos meios de expressão). A estes mesmos modos conduz também uma análise de enfoque semântico das formas de enunciados. As orações descritivas que, no sentido mais lato, servem à constatação de fatos que podem ser asseverados ou negados sob o aspecto da verdade de uma proposição; as orações normativas ou orações de dever que servem à justificação de ações, sob o aspecto da retitude (ou da 'justiça') da sua forma de atuar; as orações valorativas (os juízos de valor) que servem à valoração de algo, sob o aspecto da adequação dos standards de valor (ou sob o aspecto do 'bom'), e as explicações de regras geradoras que servem à explicação de operações tais como falar, classificar, calcular, deduzir, julgar etc., sob o aspecto de inteligibilidade ou correção formal das expressões simbólicas” .

É evidente que, acaso os sujeitos envolvidos no diálogo concreto tivessem em mente que sua fala seria incompreendida pelo outro sujeito, não haveria razão para que ocorresse o diálogo. O mesmo se diga quanto às demais pretensões. Assim, estas pretensões devem ser presumidas em toda a situação de argumentação real. São, pois, momento anterior, que não ocorre de fato, mas que deve ser pressuposto, sob pena de inviabilizar a comunicação.

Ademais, estas pretensões visam à universalização da comunicação hipotética. De fato, atingindo estas pretensões um nível de validade geral, tem-se a universalidade da possibilidade da comunicação. Por outro lado, esta universalidade também é acompanhada da igualdade da comunicação. Realmente, estas pretensões impõem aos sujeitos uma igualdade invencível na situação de discurso.

Havendo consenso quanto a estas pretensões, a comunicação espontânea se estabelece. Quando, porém, qualquer destas pretensões é contestada (de modo geral), o consenso é perturbado e a comunicação entra em crise. Em havendo lesão à pretensão de compreensibilidade, a questão pode ser resolvida no próprio contexto da interação. Já quanto às pretensões de verdade e de justiça, a superação da contestação apenas pode ser atingida fora da situação, em novo tipo de diálogo - o discurso ou comunicação argumentativa. No discurso, todas as pretensões ficam suspensas, até que a assertiva seja confirmada ou refutada (em discurso teórico) ou até que a norma seja considerada legítima ou ilegítima (através de discurso prático).

Isto implica dizer que verdade e legitimidade não são conceitos absolutos, de validade plena e eterna. Ao contrário, resultam do consenso discursivo. Há deslocamento da



formulação da verdade em relação às proposições fáticas e da legitimidade em relação às proposições normativas para a intersubjetividade. A verdade é algo necessariamente provisório, apenas prevalecendo enquanto se verificar o consenso.

Tal, com efeito, é a garantia da universalidade do procedimento. 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 que 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 procedimento.

Daí, uma nova consequência: as normas e afirmações devem ser constantemente justificadas e legitimadas, a fim de verificar a manutenção do consenso. Aplicando esta teoria ao direito, leciona MIGUEL REALE que “segundo este pensador, última e mais alta expressão da Escola de Frankfurt, a razão comunicativa possibilitaria o medium lingüístico através do qual as interações se entrelaçam e as formas de vida se estruturam, logrando-se atingir espontaneamente a necessária correlação entre validade e eficácia, essencial ao Direito, numa conexão descentralizada de condições. A revelação das normas jurídicas, enquanto regras obrigatórias, não resultaria de sua subordinação, deontologicamente, a mandamentos morais, ou, axiologicamente, a uma constelação de valores privilegiados, ou, ainda, empiricamente à efetividade de uma norma técnica. Tudo se resolveria, afinal, em função da razão comunicativa, a qual, se não é uma fonte de normas, permite que estas se formem livremente através da vida comunitária sem o ‘mal do normativismo’, que, a seu ver, corre o risco de perder contato com a realidade, e com a vantagem de manter-se aberta a instância do juízo crítico aferidor, sem cuja atuante permanência não haveria real democracia” .

Vê-se, pois, que todas as normas resultariam da interação comunicativa, e que seria ela a única razão da legitimidade e da eficácia das mesmas. Da mesma forma, na passagem citada, fica claro que a perene reavaliação das normas existentes é uma constante na teoria de Habermas, que não admite a estagnação da dinâmica do agir comunicativo.

Enfim, como bem constatou LUDWIG, “a teoria comunicativa, em primeiro lugar, vê o homem desde já como social, dotado de linguagem, sendo esta seu atributo universal, e obrigado a satisfazer suas necessidades, por meio de uma ação, visando o



consenso. Em segundo lugar, a ética discursiva é em princípio válida para todos os homens, isto é, as pretensões de validade são universalmente válidas. Não há fronteiras argumentativas. Por fim, Habermas defende a universalidade do princípio, posto que não se limita a expressar os ‘preconceitos dos europeus adultos, burgueses, brancos e do sexo masculino’”.

6. VERDADE E PROCEDIMENTO

A idéia da interferência do procedimento na avaliação da verdade não é nova. Já o processo germânico antigo era particularizado por buscar, essencialmente, a verdade dos fatos (ainda calcado no paradigma do objeto) mas através de um rígido procedimento.

É o procedimento que atribui à reconstrução dos fatos sua capacidade de gerar verdade. Já em Aristóteles se encontra a verdadeira semente desta idéia (não, obviamente, com a formulação dada pelo direito germânico antigo). Para ele, a busca do conhecimento verdadeiro apenas se daria pela via da dialética. O objeto do conhecimento deveria ser debatido pelos sujeitos — cada qual, presumivelmente, com parcela do conhecimento — logrando-se, assim, aperfeiçoar a verdade de cada qual sobre o objeto. A dialética aristotélica é, então, uma busca, uma tentativa de aproximação da verdade.

A filosofia moderna denomina de “ordem isonômica” à técnica probatória baseada na dialética e no debate sobre os argumentos de prova. Como ensina ALESSANDRO GIULIANI, “a possibilidade mesma da verdade prática depende de uma tal ordem, que realiza a cooperação involuntária entre os participantes de uma discussão jurídica, filosófica, política. Uma tal ordem, portanto: a) não é pré-constituída, como no caso de um sistema; b) não é espontânea no sentido de que se realiza automaticamente no conflito entre as partes. A procura da ordem isonômica deve portanto evitar, de um lado, a tentação da demonstração científica e, do outro lado, a degeneração da violência verbal. Sob este aspecto a dialética aristotélica pode ser considerada a lógica da ordem isonômica” .

Parte-se, dentro desta concepção, de três premissas essenciais — que confrontam, em linhas gerais, com os princípios adotados pela ordem assimétrica, que se tem como base, atualmente nos sistemas processuais positivos. Inicialmente, rejeita-se a



controvérsia erística como fenômeno útil para a solução da verdade prática; não é a polêmica, a luta (verbal ou física) ou o conflito que permite a descoberta ou a construção da verdade. De outra parte, é necessário que a dialética da ordem isonômica parta, necessariamente, da prévia isonomia entre os debatedores, aí incluídas as partes e o juiz. Finalmente, desconsidera-se a influência da lógica matemática (pitagórica) na avaliação da verdade.

Enfim, partindo-se desta lógica, tem-se uma construção da verdade, legitimada pelo procedimento adotado, que deve ser o de uma argumentação em colaboração (não em conflitualidade). As versões parciais apresentadas pelas partes somam-se ao papel ativo do juiz, em perfeito diálogo, na tentativa de construir (e não descobrir) uma verdade possível que guiará a aplicação da lei ao caso submetido ao Judiciário. Assume, então, relevante papel dentro desta ordem a noção e a extensão do contraditório. É este elemento a válvula reguladora que permitirá estabelecer o nível da argumentação dialética e, conseqüentemente, da legitimação da construção da verdade.

Observe-se que, dentro deste paradigma, todo o conhecimento se trava na relação inter-subjetiva. É a interferência entre os sujeitos que permite o conhecimento (ou mesmo, poder-se-ia dizer a elaboração) dos fatos.

Com respaldo nesta premissa, o processo deixa de ser instrumento para a reconstrução dos fatos (e futura aplicação da norma respectiva) para ser palco de argumentação. Vinga, novamente, a noção aristotélica da retórica e da tópica. A verdade é aquilo que o consenso do grupo diz que é embasado este em posições de verossimilhança e no diálogo argumentativo.

Não importa mais a essência do objeto do conhecimento (que é inatingível). Não preocupa mais a confluência da idéia obtida da coisa com sua verdadeira essência — visão típica do paradigma do ser, já superado. Reformando a idéia de verdade formal, poder-se-ia dizer que o importante é obter a verdade “formal”, esclarecendo que o “formal” aqui significa o procedimento utilizado para se atingir o conceito - procedimento este que há de ser o consenso, atingido através do discurso habermasiano. A tanto se pode chamar a “verdade factível”.



HABERMAS, analisando o tema, estabelece que “real” é o que pode ser representado em proposições verdadeiras, ao passo que ‘verdadeiro’ pode ser explicado a partir da pretensão que é levantada por um em relação ao outro no momento em que assevera uma proposição. Com o sentido assertórico de sua afirmação, um falante levanta a pretensão, criticável, à validade da proposição proferida; e como ninguém dispõe diretamente de condições de validade que não sejam interpretadas, a ‘validade’ (Gültigkeit) tem de ser entendida epistemologicamente como ‘validade que se mostra para nós’ (Geltung). A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral”. Fica, então, clara a idéia de diálogo, de argumentação e de persuasão, como componentes indissociáveis da idéia de verdade factível.

Todos estes conceitos devem ser trazidos para o processo. A doutrina processual precisa superar esta visão ontológica a respeito da verdade. Somente assim poderá ela aceitar reformas profundas nos axiomas processuais, a fim de garantir a efetividade do processo. É preciso convencer os processualistas de que a descoberta da verdade é um mito e de que o processo trabalha, de fato (e sempre trabalhou, embora veladamente) com a verossimilhança e com a argumentação. WACH, aliás, já notara isto, afirmando que a finalidade do processo civil jamais poderia ser a comprovação da verdade.

Apenas com isto é que se logrará livrar o processo de certos vícios que atravancam seu desenvolvimento. Exemplo deste vício é a impossibilidade de, com base em prova obtida *prima facie*, poder o juiz continental-europeu julgar a lide. Ora, isto somente não é possível pois objeta a doutrina tradicional que, sem aprofundar o conhecimento da lide, não pode o juiz julgar definitivamente a lide. Superado o conceito de verdade e considerando que a prova obtida *prima facie* possa trazer à consciência do juiz a convicção necessária para o julgamento definitivo, nada há que obstaculize tal procedimento.

O mesmo se diga em relação às restrições que a doutrina tem em admitir a antecipação da tutela, adotada de forma explícita em nosso Código de Processo Civil, através de seus arts. 273 e 561. Grande parcela da doutrina ainda se mostra renitente em aceitar que o juiz possa antecipar o provimento final, sem que tenha percorrido todo o iter procedimental — já que, enquanto não encerrado o procedimento, não se poderia dizer que a verdade sobre os



fatos foi obtida. Ora, tal visão míope somente cabe dentro desta posição ortodoxa mantida pela doutrina. Reconhecendo-se que a verdade não pode ser obtida, mas havendo alto grau de probabilidade de que os fatos tenham se passado de certa maneira, e diante da necessidade da antecipação da tutela (sob pena de perecimento do direito afirmado pelo requerente da medida) não há outra saída que não a concessão da antecipação, pena de inutilidade da prestação jurisdicional extemporânea.

Identicamente, a compreensão dessa faceta da prova – e desta função por ela desempenhada – permite ampliar o campo de aplicação das tutelas preventivas. Costuma-se tratar, hodiernamente, da tutela inibitória, como uma tutela voltada para o futuro, que visa a evitar a ocorrência de um ilícito. Ora, tratando-se de medida judicial que tem por objetivo evitar a ocorrência de algo, é evidente que a prova que se exige para a concessão da medida não pode ser a mesma – ou ter a mesma intensidade – daquela imposta para as tutelas repressivas (voltadas para o passado). Apenas revendo o conceito e a função da prova é que se consegue dar suficiente suporte teórico para o estudo da tutela preventiva, autorizando que ela possa desenvolver-se de modo adequado, em toda sua potencialidade.

Questões como as acima ventiladas, porém, só se resolvem saindo do paradigma em que vive o direito processual atualmente.

É preciso admitir que o direito processual não está habilitado à busca da verdade substancial, e, a partir de então, reformular toda a doutrina processual, para ajustá-la à avalanche de mudanças que esta nova postura acarreta. Somente com esta necessária mudança terá esta ciência condições para compreender e lidar com novas situações emergentes, permitindo lidar, adequadamente, com os instrumentos de que o processo dispõe.

Outrossim, com base na análise do procedimento que legitima e mesmo permite a cognição, parece ter-se razoável critério (objetivo) para buscar uma distinção entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade. É, de fato, a intensidade do contraditório estabelecido para a cognição (argumentação) que autoriza a classificação acima proposta. Partindo do pressuposto de que as três espécies são, sempre, semblantes (supostos) do que poderia ter sido a verdade dos fatos daquele caso, resultantes da argumentação dialética dos sujeitos do processo (partes e juiz) — portanto, qualquer uma das espécies será considerada, sempre, como tendente à verossimilhança (aparência da verdade) — é possível



estabelecer uma graduação entre as três categorias, de acordo com a amplitude do “diálogo” que precede a cognição.

Assim, será possibilidade a aparência de verdade, captada apenas com base na argumentação unilateral (de uma das partes com o juiz), sem a efetivação do contraditório mínimo; baseia-se, exclusivamente, nas alegações de uma das partes, sem qualquer apoio em elementos concretos (provas), passando apenas pelo crivo do juízo intuitivo do magistrado. Já a verossimilhança (poder-se-ia chamar de *stricto sensu*, para diferenciá-la do gênero, que abrange todas estas espécies), e guardando a graduação oferecida por CALAMANDREI, importa a aparência de verdade que se tem com base no contraditório limitado, ainda incipiente; pode-se equipará-lo à noção de *fumus boni iuris*, típico da tutela cautelar. Por fim, a probabilidade, máxima aproximação da verdade ideal, possível para o conhecimento humano, é aquela particularizada pelo procedimento com a garantia do contraditório pleno; o debate que constrói a cognição (a argumentação dialética) é completo, permitindo a total interação entre os sujeitos do conhecimento.

Nestes critérios — talvez mais objetivos — parece ser possível compreender com maior exatidão as particularidades do conhecimento judicial e como o procedimento pode influenciar esta cognição.

De qualquer maneira, tendo por base as considerações até aqui expendidas, parece ser razoável concluir que não pode ser o fim da prova a descoberta da verdade. E, se é assim, insta buscar a finalidade a que ela se destina e, com respaldo nestes fins, tentar definir o que é a prova.

7. A FINALIDADE DA PROVA

Partindo-se das premissas estabelecidas anteriormente, é possível dizer que a prova não tem por objeto a reconstrução dos fatos, que servirão de *supedâneo* para a incidência da regra jurídica abstrata que deverá (em concretizando-se na sentença) reger o caso concreto.



Descartada, então, esta possibilidade, é necessário buscar outros objetivos, mais adequados para o momento presente, para o atual estágio das investigações e adequado dentro das vigentes idéias sobre o conhecimento.

Da pequena incursão feita sobre alguns avanços na teoria do conhecimento, pode-se extrair que a função da prova é prestar-se como peça de argumentação, no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-Jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal.

A decisão judicial é legitimada pelo procedimento que a precede . São a forma e as garantias que permeiam o procedimento que permitem que a decisão daí emanada seja legítima e represente, ipso facto, a manifestação de um Estado de Direito. E esta legitimação se dá na proporção direta do grau de participação que se autoriza aos sujeitos envolvidos no conflito para a formação do convencimento judicial. Assim é que esta participação se dá, em linhas genéricas, por intermédio de alegações e de comprovações; permite-se que as partes afirmem as situações de fato e de direito (em suma, os fatos jurídicos) que embasam suas pretensões ou suas exceções e, como consequência necessária, autoriza-se os sujeitos a comprovar (rectius, a convencer) ao magistrado que tais afirmações de fato realmente são verossímeis. A prova assume, então, um papel de argumento retórico, elemento de argumentação, dirigido a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa efetivamente ocorreu, merece crédito.

Obviamente, tais noções partem do entendimento das idéias iniciais, vinculadas à teoria do agir comunicativo, propostos pela teoria habermasiana. Dentro desta ótica (e aplicando esta teoria) tem-se que todos os sujeitos do processo estão em situação de diálogo (podem comunicar-se, porque dominam os critérios da interação). A parte (por suposição, autora) faz uma proposição (por exemplo, na petição inicial), a cuja validade podem insurgir-se os demais sujeitos da comunicação (no caso, os sujeitos do processo); havendo esta impugnação à pretensão de validade da primeira proposição, surge a necessidade da argumentação sobre a proposição, o que se faz através da prova. A prova, em direito processual, então, assume a condição de um meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.



a) Trata-se de um meio retórico, porque — antes de destinar-se à reconstrução de fatos (componente ideal inatingível) — destinam-se a estabelecer o diálogo, entre as partes e o Estado-juiz, necessário para a “fixação dos fatos controvertidos”.

Como bem lembra CHAÏM PERELMAN, as provas sempre referem-se a alguma proposição ou, como prefere ele denominar, uma tese; ademais, é certo que esta proposição não pode ser fundamentada exclusivamente em um critério metafísico ou intuitivo, sendo necessário que se expresse por via de uma linguagem. Partindo-se desta premissa, “a escolha de uma linguagem ligada a uma teoria, e elemento indispensável para a descrição do real, é uma obra humana, na qual as estruturas formais se combinam com motivações culturais, tanto emotivas quanto práticas. Como uma linguagem não é nem necessária, nem arbitrária, seu emprego é consecutivo a uma argumentação, às vezes explícita, o mais das vezes implícita, quando seu uso parece tradicional”.

Em conclusão, sendo necessária para a expressão de uma idéia ou de uma proposição a linguagem, a retórica impõe-se como forma de estabelecer esta linguagem entre os sujeitos do diálogo, para o fim de lograr o objetivo inicialmente concebido para a proposição (e também para a prova): o convencimento. “Um raciocínio, tradicional na história da filosofia, faz qualquer conhecimento depender, em última instância, de uma evidência, intuitiva ou sensível: ou a proposição é objeto de uma evidência imediata ou resulta, por meio de certo número de elos intermediários, de outras proposições cuja evidência é imediata. Apenas a evidência forneceria a garantia suficiente às afirmações de uma ciência que se opusesse, de maneira igualmente tradicional, às opiniões, variadas e instáveis, que se entrecrocavam em controvérsias intermináveis e estéreis, que nenhuma prova reconhecida permite dirimir”.

b) Este meio deve enquadrar-se nas prescrições legais atinentes à matéria (ainda que a lei autorize a liberdade plena destas vias), sendo que estes comandos representam os critérios prévios, determinantes da possibilidade do “diálogo”; assim é que estas determinações de lei podem regular tanto o modo de formação da prova, como sua produção dentro do processo, como ainda podem condicionar a sua força probante no limite do convencimento do Estado-Jurisdição (prova legal).



c)E, enfim, a função assumida por estes meios é o de convencer o juiz da validade (ou verossimilhança) das proposições fáticas formuladas inicialmente (tanto como afirmações, pretensões e exceções), que tenham sido objeto de questionamento.

Com efeito, a função da prova é permitir o embasamento concreto das proposições formuladas, de forma a convencer o juiz de sua validade, diante da impugnação desta, por outro sujeito do diálogo. É por esta razão que somente os fatos (rectius as afirmações de fato) controvertidos é que são objeto de prova; as afirmações de fato sobre as quais não se levanta (por nenhum dos sujeitos do processo) qualquer dúvida, são incontrovertidas e, portanto, estão fora da investigação processual (arts. 302 e 334 do Código de Processo Civil, com a ressalva de que, ao contrário do que diz o dispositivo não são os fatos que são incontrovertidos, mas as afirmações que se faz sobre eles).

Dirige-se a prova (ao menos no processo) à argumentação exclusivamente relacionada às afirmações de fato, formuladas no interior da relação processual — de regra, na petição inicial e na resposta do réu, já que estes são os momentos próprios para a exposição das afirmações/proposições (e pretensões ou exceções) pelas partes.

Quanto ao convencimento do órgão jurisdicional, é certo que este se dará, ao menos em linha de princípio, por critérios de racionalidade, utilizando-se, como bem notou CALAMANDREI, de raciocínio idêntico ao que sustenta as máximas da experiência. Haverá o juiz de considerar o que acontece na normalidade dos casos, como parâmetro para concluir pela validade ou não de uma pretensão, diante do resultado da argumentação formulada. Todavia, é necessário advertir, que este convencimento do Estado-juiz não é asséptico; o juiz, ao formar seu convencimento sobre o fato, não age como ser inerte e neutro, desprovido de qualquer “pré-conceito”, preconceitos ou vontade anterior.

O convencimento do órgão julgador — em face de sua peculiar situação frente aos demais sujeitos da argumentação e frente ao objeto do processo — merece especial atenção, já que toda a retórica do “diálogo judicial” se destina a ele. E, este juiz, assim como todo sujeito vivente, é influenciado por critérios políticos, sociais, econômicos, históricos etc. Este convencimento (e, também, o conhecimento) envolve, sempre, uma relação de poder entre o sujeito-juiz, o objeto de conhecimento e os demais sujeitos envolvidos.



Destas afirmações ressurgem a importância de se colocar o juiz no centro do problema probatório. É ele o destinatário final da prova porque é ele, enquanto representante do Estado-Jurisdição, quem deve estar convencido da validade (ou não) das proposições formuladas. A argumentação probatória, portanto, deverá tomar em conta, também, as características próprias do Estado-juiz instituído, porque o seu convencimento há, necessariamente, de estar condicionado por inúmeras variáveis políticas, econômicas, sociais etc.. Assim se explica o porquê, diante de dois processos idênticos, em que foram produzidas as mesmas alegações e as mesmas provas, dois juízes distintos podem chegar a duas conclusões completamente antagônicas: é que a prova não se presta à reconstrução da verdade — caso em que, as conclusões judiciais, como exercício de mero silogismo, deveriam ser, inexoravelmente, as mesmas — mas a apoiar a argumentação retórica das partes (e também do magistrado) sobre a controvérsia exposta.

Enfim, também não se pode negar que a prova será condicionada, ainda, pelas componentes culturais, políticas, econômicas e sociais dos outros sujeitos do processo. É certo que em uma sociedade altamente organizada, com alto padrão cultural, econômico e social, se possa exigir, para a comprovação de fatos, meios probatórios mais elaborados e evoluídos. Ao contrário, em uma comunidade pobre, de baixo status cultural, social e político, prevalecem as provas simples, orais e, muitas vezes, mesmo informais. Também este componente há de entrar na avaliação judicial, diante do diálogo probatório travado no processo.

É certo, de qualquer forma, que esta nova ótica de encarar o fenômeno probatório apresenta-se muito mais rico e mais condizente com a realidade. Deixando os paradigmas do objeto e do sujeito, pode-se observar o fenômeno do conhecimento através de outra luz, e, com isso, talvez, seja viável encontrar novos horizontes para o direito processual e para as possibilidades da tutela estatal.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM, José Manoel. “Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil” in Revista de processo, nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar. 1976.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Os poderes do juiz” in O processo civil contemporâneo, Curitiba: Juruá, 1994.



BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CALAMANDREI, Piero. “Verità e verossimiglianza nel processo civile” in Rivista di diritto processuale, Padova: CEDAM, 1955.

_____. Eles, os juízes, vistos por um advogado, trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. “Verità, dubbio, certezza” in Rivista di diritto processuale, vol. XX (II Série), Padova: CEDAM, 1965.

_____. Diritto e processo, Napoli: Morano, 1958.

_____. La prova civile, 2ª ed., Roma: Ateneo, 1947.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, vol. 1, trad. Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller, 1998.

_____. Principios de derecho procesal civil, vol. I, trad. de José Casais y Santalo, Madrid: Reus, 1922.

COSTA, Newton C. A. da. “Conjectura e quase-verdade” in Direito Política Filosofia Poesia: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, em seu octogésimo aniversário, coord. Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Jr., São Paulo: Saraiva, 1992.

COTTA, Sérgio. “Quidquid latet apparebit: Le problème de la vérité du jugement” in Archives de philosophie du droit, tome 39, Paris: Dalloz, 1995.

DESCARTES, René. Discours de la méthode. Paris: GF-Flammarion, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada P. e CINTRA, Antonio Carlos Araújo, Teoria geral do processo, 9ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas, trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, Rio de Janeiro: Nau, 1996. A verdade e as formas jurídicas, trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, Rio de Janeiro: Nau, 1996.

FURNO, Carlo, Contributo alla teoria della prova legale, Padova: CEDAM, 1940.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 2ª ed., trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis: Vozes, 1998.

GIULIANI, Alessandro. “Prova (filosofia del diritto)” in Enciclopedia del diritto, vol. XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia, entre facticidade e validade, vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Teoría de la acción comunicativa, tomo I, Madrid: Taurus, 1988.

LENT, Friedrich. Diritto processuale civile tedesco, Napoli: Morano, 1962.



LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile, principi. 5ª ed., Milano: Giuffrè, 1992.

LUDWIG, Celso Luiz. A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel. Dissertação de mestrado apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 27 de outubro de 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas de processo civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MERRYMAN, John Henry. La tradición jurídica romano-canónica, trad. de Eduardo L. Suárez, México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

MICHEL, Gian Antonio e TARUFFO, Michele. “A prova” in Revista de Processo, nº 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1979.

MITTERMAIER, C.J.A. Tratado da prova em matéria criminal. 2ª ed., Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert Ed., 1879.

PERELMAN, Chaïm. Retóricas, trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito. São Paulo: Saraiva, 1994.
_____. Verdade e conjectura. Nova Fronteira, 1983.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil, 3º vol., São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil, vol. I, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SURGIK, Aloísio. Lineamentos do processo civil romano, Curitiba: Livro é Cultura, 1990.

TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici, nozioni generali, Milano: Giuffrè, 1992.

TWINING, William. Rethinking evidence – exploratory essays. Evanston: Northwestern University Press, 1994.

URRACA, José Rodríguez. “Las facultades probatorias del juez en el código procesal civil modelo para Iberoamérica” in Un ‘codice tipo’ di procedura civile per l’America Latina, coord. Sandro Schipani e Romano Vaccarella, Padova: CEDAM, 1990.

VERDE, Giovanni. “Poteri del giudice e poteri delle parti” in Un ‘codice tipo’ di procedura civile per l’America Latina, coord. Sandro Schipani e Romano Vaccarella, Padova: CEDAM, 1990.

_____. “Prova (diritto processuale civile)” in Enciclopedia del diritto, vol. XXXVII, Milano: Giuffrè, 1988.

VILLEY, Michel. La formation de la pensée juridique moderne, 4ème ed., Paris, 1975.

_____. Philosophie du droit, II. Les moyens du droit. 2ª ed., Paris: Dalloz, 1984.

_____. Réflexions sur la philosophie et le droit, les carnets. Paris: PUF, 1995.



**ACADEMIA BRASILEIRA DE
DIREITO PROCESSUAL CIVIL**
