

A VERDADE E A PROVA JUDICIAL

(Uma análise filosófico-processual da verdade voltada à Teoria Geral da Prova)

Dissertação apresentada à disciplina de **Direito Processual Civil**, para a conclusão do Curso de Pós Graduação em nível de Mestrado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná - UFPR.

Prof. Orientador: Luiz Guilherme Marinoni

Luciana Drimel Dias

1999

	2
Agradecimentos	8
Introdução	9
Capítulo I	11
NOÇÕES PRELIMINARES	11
1. Importância do tema	11
1.1. A definição metajurídica de prova em <i>CARNELUTTI</i> - Importância do tema	11
1.2 A prova jurídica - delimitação da questão	14
1.3 O juiz e o historiador	17
1.3.1 Conclusões	20
2. Funções da prova	22
2.1. A prova como busca da verdade	23
2.2. A prova como convencimento do juiz	23
2.3. A prova como fixação dos fatos no processo	25
2.4. As funções da prova em <i>TARUFFO</i>	27
2.4.1. A prova como <i>nonsense</i>	28
2.4.2. A prova na perspectiva semiótico-narrativista	29
2.4.3. A prova como instrumento tendente à verdade	29
2.4.4. A função demonstrativa da prova	30
2.5. Conclusões	34
3. Direcionamento do problema e divisão do trabalho	42
Capítulo II	44
VERDADE NO PROCESSO	44
1. Noções preliminares	44
1.1. Verdade e processo	44
1.2. Verdade e prova - colocação da questão	47
2. Verdade	49
2.1. Análise histórico-crítica da evolução da verdade no processo civil	49
2.1.1. A noção de verdade para os tratadistas alemães - colocação da questão	50
2.1.1.a) O posicionamento de <i>MITTERMAIER</i>	52
2.1.1.b) O posicionamento de outros doutrinadores alemães	54
2.1.2. A verdade para os processualistas italianos	59
2.1.2.a) O posicionamento de <i>MALATESTA</i>	59
2.1.2.b) O posicionamento de <i>LESSONA</i>	64
2.1.3 A verdade em <i>FURNO</i>	65
2.1.4. A verdade em <i>CALAMANDREI</i>	70
2.1.5. A verdade em <i>CASTRO MENDES</i>	72
2.1.6. A verdade em <i>CARNELUTTI</i>	76
2.1.7. Resumo dos argumentos	80
2.1.8. A verdade tratada pelos doutrinadores brasileiros	82
3. Verossimilhança	85
3.1 Conceito	86
3.2. A noção de <i>CALAMANDREI</i> de verossimilhança	87
3.3. Verossimilhança com caráter instrumental	89

3.4. Verossimilhança e ônus da prova	93
3.5. Verossimilhança como sucedâneo da verdade processual	94
3.6. Sistemas recentes de apreciação da prova que tendem à aceitar a verossimilhança	97
3.6.1. A doutrina escandinava - o princípio da "verossimilhança preponderante"	99
3.6.2. A doutrina alemã - o princípio da "verossimilhança contígua à certeza"	100
3.7. Crítica de GERHARD WALTER a estes sistemas	101
3.7.1. Solução apontada pelo autor	104
3.8. Críticas de TARUFFO quanto à noção de verossimilhança	104
3.9. Conclusões	107
4. Probabilidade	111
4.1. Considerações introdutórias	111
4.2. Noções filosóficas de probabilidade	112
4.3. A probabilidade subjetiva	114
4.3.1. O teorema de BAYES	115
4.3.1.a) O caso <i>People vs. Collins</i>	116
4.3.2. As críticas de TRIBE	117
4.3.3. Réplica das críticas e aplicações no sistema da <i>Civil Law</i>	118
4.4. A probabilidade indutiva	121
4.4.1. A teoria de COHEN	121
4.4.2. Aplicações no sistema da <i>Civil Law</i>	123
4.5. Conclusões	123
Capítulo III	125
TEORIA GERAL DA PROVA	125
1. Conceito de prova	125
1.1. A prova jurídica	125
1.3.1 Prova como atividade	126
1.3.1.a) Alguns autores que compartilham dessa idéia	128
1.3.2. Prova como meio	130
1.3.2.a) Alguns autores que compartilham desta idéia	131
1.3.3. Prova como resultado	132
1.3.4 Prova como atividade, meio e resultado	133
1.3.5. Conceito clássico-naturalístico de prova	135
1.4. Conceito de prova - conclusões	137
1.5. Das acepções da palavra prova adotadas pelas codificações brasileiras	139
1.5.1. <i>Prova no CPC</i>	139
1.5.2. <i>Prova no CC</i>	140
2. Natureza da prova - material e processual	141
2.1 <i>O posicionamento de SATTI</i>	142
2.2. <i>O posicionamento de GUASP</i>	143
2.3 <i>Outros entendimentos</i>	144
2.4 <i>Conclusões</i>	145
3. História da prova - breves considerações	146
4. Princípios relativos à prova	155
4.1 <i>Conceituação de princípio</i>	155
4.2 <i>Princípio dispositivo</i>	156
4.2.1 <i>Modelos processuais</i>	156
4.2.2 <i>Premissas do princípio dispositivo</i>	158
4.2.3 <i>A interpretação de SENTÍS MELENDO quanto ao princípio dispositivo</i>	159

4.2.4	<i>Contraposição do princípio dispositivo ao princípio inquisitório - sistemas</i>	160
4.2.5	<i>O princípio dispositivo no processo civil brasileiro</i>	161
4.2.6	<i>Desdobramentos do princípio dispositivo</i>	162
4.2.6.a)	<i>Princípio da disponibilidade do objeto do processo</i>	162
4.2.6.b)	<i>Princípio do impulso processual</i>	162
4.2.6.c)	<i>Princípio da oficialidade</i>	163
4.3	<i>Princípio da bilateralidade da audiência ou contradição da prova.</i>	163
4.4	<i>Outros princípios atinentes à prova</i>	165
4.4.1	<i>Princípio da aquisição processual</i>	165
4.4.2	<i>Princípio da persuasão racional</i>	166
4.4.3	<i>Princípio da verdade material</i>	167
5.	Classificação da prova	168
5.1.	<i>A classificação de CARNELUTTI</i>	169
5.2.	<i>Classificação de BONNIER</i>	170
5.3	<i>A classificação de BENTHAM</i>	172
5.4	<i>A classificação de MALATESTA</i>	174
5.5	<i>A classificação de GUASP</i>	174
5.6.	<i>A classificação de DEVIS ECHANDIA</i>	175
5.7.	<i>Críticas às classificações anteriormente expostas</i>	176
5.7.1.	<i>Das provas diretas e indiretas</i>	176
5.7.2.	<i>Das provas casuais e pré-constituídas</i>	177
5.7.3.	<i>A classificação de MALATESTA e DEVIS ECHANDIA</i>	179
5.8.	<i>Conclusões</i>	180
6.	Sujeitos da prova	182
6.1.	<i>Considerações iniciais - agentes e destinatário da prova</i>	182
6.2.	<i>Posicionamento dos autores</i>	183
6.2.1.	<i>A noção de CASTRO MENDES</i>	183
6.2.2.	<i>A noção de GUASP</i>	184
6.2.3.	<i>A noção de DEVIS ECHANDIA</i>	185
6.3.	<i>Considerações críticas</i>	186
6.4.	<i>Conclusões</i>	188
6.6.	<i>O juiz agente da prova</i>	188
6.6.1.	<i>Possibilidade da dupla função judicial</i>	189
6.6.2.	<i>As provas ex officio</i>	190
7.	Objeto da prova	192
7.1.	<i>Noções preliminares</i>	192
7.2.	<i>Objeto de prova</i>	195
7.3.	<i>Tema de prova</i>	196
7.4.	<i>Fatos ou afirmações: Qual é o objeto da prova - teorias.</i>	197
7.4.1.	<i>Definição de fato</i>	198
7.4.2.	<i>Definição de afirmação</i>	199
7.5.	<i>Teorias quanto ao objeto da prova</i>	200
7.5.1	<i>Teoria Clássica - fatos como objeto de prova</i>	200
7.5.2.	<i>Teoria que considera as afirmações como objeto de prova</i>	201
7.5.3.	<i>Teoria Eclética</i>	202
7.6.	<i>O que pode ser objeto de prova</i>	204
7.6.1	<i>Fato controvertido</i>	204
7.6.2.	<i>Fato possível</i>	205
7.6.2.a)	<i>Fato de prova impossível</i>	206
7.6.3.	<i>Fato relevante, concludente e pertinente</i>	207
7.6.4.	<i>Fato admissível em lei</i>	208
7.7.	<i>O que não pode ser objeto de prova</i>	209
7.7.1.	<i>Fatos notórios</i>	210

7.7.1.a) Origens do termo	210
7.7.1.b) Definição	212
7.7.1.c) Requisitos para que um fato seja considerado notório	214
7.7.1.d) A prova da notoriedade	215
7.7.1.e) Notório geral e judicial	217
7.8. Fatos alegados por uma parte e confessados por outra.	219
7.9. Fatos admitidos no processo como incontroversos	222
7.10. Fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade.	222
7.11. Fatos normativos ou de direito	223
7.11.1. Prova de direito estrangeiro	225
7.11.2. Prova do direito local, estadual ou municipal	225
7.11.3. Prova de direito consuetudinário	226
8. Fontes da prova	226
9. Meios de prova	230
9.1. Definição	230
9.2. Fundamento da classificação dos meios de prova	231
9.3. Percepção	232
9.3.1. A percepção direta	232
9.3.2 A percepção indireta	233
9.3.2.a) percepção indireta mediante coisas:	234
9.3.2.b) percepção indireta mediante pessoas:	235
9.4. Dedução	236
9.4.1. Presunção	237
9.4.2. Indícios	238
9.5. Os meios de prova na codificação brasileira	239
9.6. Meios de prova em espécie	241
9.6.1. Atos processados em juízo como meios de prova.	241
9.6.2. Prova emprestada	243
9.6.3. Comportamento processual das partes como prova;	246
9.6.4. prova via Satélite e via Internet	249
9.6.5. Provas ilícitas	251
9.6.5.a) Definição - delimitação do tema	251
9.6.5.b) Colocação do problema	253
9.6.5.c) Evolução do tema - Direito Comparado	255
9.6.5.d) Provas ilícitas por derivação - doutrina dos "frutos da árvore venenosa" (<i>fruits of the poisonous tree doctrine</i>)	259
9.6.5.e) Ordenamento brasileiro - fundamentos sociais	263
9.6.5.f) Posicionamento dos doutrinadores	266
9.6.5.g) Conclusões	268
10. Fases da prova	275
10.1 proposição da prova.	278
10.2. admissão da prova.	279
10.3. produção da prova.	281
10.4. Valoração da prova	282
11. Sistemas de valoração da prova	286
11.1. Breve histórico do surgimento dos sistemas de valoração	286
11.2 Sistema da prova legal ou tarifada	291
12.2.1 Posicionamento dos doutrinadores	294
12.3 Sistema do livre convencimento do juiz	296
12.3.1. Limites no sistema da livre convicção	297
12.4 A não existência do sistema misto da persuasão racional	300
12.5. Posicionamento da doutrina nacional	303

12.6. Conclusões e acertamento terminológico	304
Capítulo IV	309
PROPOSIÇÕES PARA A VERDADE NA PROVA	310
1. Noções preliminares - breve retrospectiva	310
2. Os apontamentos de MICHELE TARUFFO	312
2.1. Razões para a retomada da noção de verdade	313
2.2. Teorias sobre o posicionamento da verdade no processo	313
2.2.1 A negação da verdade no processo civil	313
2.2.1.a) A impossibilidade teórica	314
2.2.1.b) A impossibilidade ideológica	315
2.2.1.c) A impossibilidade prática	316
2.2.1.d) A irrelevância da verdade no processo civil	318
2.2.2. A afirmação da verdade no processo civil	319
2.2.2.a) A possibilidade teórica	320
2.2.2.b) A oportunidade ideológica	321
2.2.2.c) A possibilidade prática	322
2.3. Conclusões	327
3. Noções filosóficas da verdade	332
3.1. A importância da perspectiva filosófica da verdade	332
3.2. Noções introdutórias	335
3.2.1. Paradigma do Ser	337
3.2.2. Paradigma do Sujeito	338
3.2.3. Paradigma do Agir Comunicativo	339
3.3. A noção grega da verdade	341
3.4. A noção moderna da verdade	343
3.4.1 A verdade cartesiana	343
3.4.2 A verdade Kantiana	345
3.4.3. A verdade hegeliana	347
3.5. A noção consensual da verdade	348
4. A destruição do mito da verdade substancial	351
4.1 Análise histórico-crítica da verdade sob a perspectiva filosófica	351
4.2 A impossibilidade teórico-científica de sustentar a existência da verdade formal em contraposição à verdade substancial	357
4.3 Conclusões	363
4.4 A adoção da verdade como correspondência em TARUFFO	365
4.5 Outras perspectivas filosóficas de verdade trazidas pelos processualistas	370
4.5.1 O tangenciamento da questão da verdade	370
4.5.2 A visão moderna da Verdade em CARNELUTTI	372
4.5.3 A visão de Verdade baseada em KANT proposta por MIGUEL REALE e sua noção de conjectura	373
4.5.4 A verdade e o poder em FOUCAULT	376
4.6. Justificativas teóricas para a superação da verdade como adequação	379
4.6.1 Perspectiva filosófica	379
5. Verdade consensual aplicada à Teoria Geral do Processo	383
5.1 Noções introdutórias	383
5.2 As bases da Semiótica	385
5.2.1 Antecedentes	385
5.2.2 Propostas e objetivos do movimento Neopositivista Lógico	387

5.2.3 Função, forma e tipos de linguagem	389
5.2.4 O fato sob a perspectiva da Semiótica	395
5.3 Idéias fundamentadoras da nossa teorização	399
5.4 A adequação da verdade consensual ao processo com base na Teoria de HABERMAS	401
5.4.1 A ação comunicativa	401
5.4.2 A ação comunicativa e o processo	406
5.5 Críticas à teoria de HABERMAS	415
5.5.1 A crítica de DUSSEL	415
5.5.2 A crítica de TARUFFO	419
5.5.3 A crítica de HASSEMER	420
5.5.4. A crítica quanto à perspectiva Semiótico-narrativista	423
6. Conclusões finais	425
Bibliografia	439

Agradecimentos

Em primeiro lugar, dedico esta monografia em homenagem à memória de minha querida e eternamente amada avó "Idalina", que apesar das saudades, a presença de seu amor nos acalenta e nos une, estando certa que, lá do alto, ela orgulhosa se sente!

Imprescindível agradecer a meus Santos de devoção e a Deus, cuja bondade e providência infinitas, permitiram-me finalizar tão árdua tarefa. Que assim seja sempre na sua vontade.

Agradeço também, de forma muito especial e carinhosa, à minha família. Aos meus queridos; mãe Mary, pai Manoel e irmão André que compartilharam das minhas angústias e fraquezas, mas que muito sorriram com as minhas conquistas e cujo apoio, dedicação e principalmente, paciência, foram-me decisivos nesta trajetória.

Como não poderia deixar de ser, aos meus Mestres. Pela valorosa e sempre pronta contribuição do professor Celso Luiz Ludwig, que me fez ver um pouco além do que os meus olhos alcançam através dos primeiros passos que estou dando na longa caminhada da Filosofia. Ao sempre prestimoso professor Manoel Caetano Ferreira Filho por toda atenção e apoio dispensados e em especial, ao meu orientador, professor Luiz Guilherme Marinoni, a quem rendo minha admiração e cujo exemplo foi definitivo na minha escolha pela vida acadêmica.

Quero também prestar sinceros agradecimentos às solícitas e muitas vezes amigas, funcionárias da Biblioteca da UFPR, em especial à Loiri, bem como à Ligia, Edinéia, Zélia, Rita e tantas que muito me ajudaram. Mas também às "meninas da Secretaria" da Pós-Graduação do Direito, Laura, Fátima, Sandra e Jussara por toda dedicação e apoio nos anos que fui aluna daquela "casa".

Por fim, não poderia esquecer de todos os amigos, colegas, familiares, e demais pessoas que direta ou indiretamente contribuíram com suas opiniões, palpites, livros, obséquios, mas principalmente, pelo sorriso e pelas palavras certas nas horas certas.

Introdução

De que forma introduzir um trabalho que ocupou 5 anos de minha vida?

Difícil conseguir expressar em poucas palavras o substrato desta monografia que significa minha paixão declarada e minha total dedicação ao Direito. No entanto, necessário se faz consignar que após todo esforço sempre há uma compensação e hoje posso sentir-me “re-compensada” pela realização de tão árdua, mas na mesma proporção, prazerosa tarefa!

O tema *prova* foi escolhido, primordialmente, tendo em vista a incipiência com que é trabalhado na doutrina nacional. Que fique bem claro que os autores que se aventuraram a desvendá-lo o fizeram com magnitude, no entanto, sentimos que, pela sua importância, deveria ser um assunto dos mais debatidos pelos doutrinadores do processo, mas infelizmente, não o é.

A seu valor vai sendo delineado ao longo do trabalho que inicia traçando sua imprescindibilidade e, em seguida, delimita suas funções perante o processo. Através de um análise quase que integral da Teoria Geral da Prova pretende-se firmar as premissas deste instituto que pode-se dizer, a base do processo, em especial o processo de conhecimento.

Por outro lado, quando iniciamos nossa pesquisa sobre a prova não imaginávamos a que caminhos ela nos levaria, que meandros estaríamos percorrendo até chegar ao fascinante e complexo mundo da verdade.

Mas qual a relação entre estes dois temas que, numa rápida olhada, parecem não estarem tão conexos? A verdade é o coração da prova e isso basta para consignar a concretude de sua ligação.

Ao iniciarmos o estudo da verdade fomos movidos por uma premissa que gera muitas divergências e descontentamentos - a de que o processo judicial é muito moroso, e que perde sua eficácia tendo em vista o tempo despendido durante a lide. A velha antinomia entre a segurança e a efetividade do provimento judicial. Essa é uma antiga discussão em que identificamos alguns problemas de difícil solução, dentre eles, o mito do processo de conhecimento que basicamente se resume na ilusão da segurança jurídica, a qual está calcada numa longa instrução probatória, baseada na crença de uma verdade absoluta.

A última parte de nosso trabalho pretende então desmitificar a existência da verdade absoluta tendo em vista que fundada em uma noção filosoficamente superada. De outro modo, tem por finalidade também abalar os alicerces da relação, até então incontestes, entre a ampla instrução probatória e a segurança no processo de conhecimento através da propositura de uma nova perspectiva para a verdade no processo. Uma perspectiva contemporânea, delineada com base nos ensinamentos de *JÜRGEN HABERMAS* que tem a intersubjetividade e a linguagem como fundamentos e que pretende subverter a forma de ligação do mundo empírico com o mundo processual.

Capítulo I

NOÇÕES PRELIMINARES

1. Importância do tema

1.1. A definição metajurídica de prova em CARNELUTTI - Importância do tema

*“ O juiz está no centro de um minúsculo círculo de luz, além do qual tudo é escuro: atrás dele o enigma do passado, diante dele o enigma do futuro. Aquele minúsculo círculo é a prova. (...) A prova é o coração do problema do juízo, como o juízo é o coração do problema do pensamento.”*¹

A definição de CARNELUTTI pode dar uma noção do que representa a prova para o processo na sistemática atual. Veremos, mais adiante que toda Teoria Geral do Processo reverencia a prova e sua teoria geral.

Por outro lado, é de se consignar que em qualquer campo imprescindivelmente devem-se provar os fatos, os efeitos, a causas destes, inclusive no campo das noções abstratas, o lógico, o filósofo, o metafísico tratam de comprovar suas teorias ou concepções. Pode-se então dizer que a noção de prova está presente em todas as manifestações da vida humana. A este respeito complementa CARNELUTTI: *“ o conceito de prova se encontra fora do direito e é*

¹ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. 2a. Ed. Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947, p.XIII.

*instrumento indispensável para qualquer um que faça, não somente direito, senão história.*²

A palavra prova tem origem latina - *probatio* (probo, probare) - e que lhe determina as seguintes definições - ensaio, verificação, exame, argumento, demonstração; reconhecer, fazer aceitar, formar juízo de. E ainda prova pode significar estabelecer a verdade, fazer conhecer, revelar, mostrar, demonstrar, ainda que não seja no âmbito de um processo, perante um juiz.

Dos vários autores estudados todos são unânimes em determinar que o vocábulo prova não tem apenas um significado, ao contrário, contém várias significações na mesma palavra. Este problema talvez seja em razão de que haja uma escassez de termos para designar toda a imensa variedade de seres criados ou imaginados em todos os seus aspectos e facetas. A maioria das palavras traduzem um certo conceito central que passa a designar também realidades diferentes mais ou menos próximas, realidades que têm alguma conexão ou afinidade (às vezes longínqua) com este conceito³.

Dessa forma, a palavra prova tem, um sentido genérico que é sua acepção mais comum como um vocábulo indicativo de tudo o que nos pode convencer de um fato, das qualidades boas ou más de uma coisa - sob este aspecto a prova pode ser considerada como a verificação de fatos, postulados alegados como verdadeiros. E ainda, pode ser considerada num sentido mais restrito, na acepção jurídica que justamente delimita o objeto do nosso estudo e que passaremos nos próximos seguimentos a delinear com mais vagar. No dizer de *BENTHAM*: "a arte

² CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. op. cit. p. 4.

³ MENDES, João de Castro. "Do Conceito de Prova em Processo Civil". Edições Ática. Lisboa,

*do processo não é essencialmente outra coisa que a arte de administrar as provas.”*⁴

Como acima apontado a prova tem uma ligação “umbilical” com a Teoria Geral do Processo que está cunhada muito em razão da Teoria Geral da Prova. Mas porquê, daonde surge este liame?

Quando o Estado reprimiu a auto-tutela privada ele se interpôs entre as partes no conflito de interesses e desse modo, passou a ser o mediador, mas para tanto, precisava *conhecer* a controvérsia. Eis então, rudimentarmente, o surgimento do processo, em especial, o *processo de conhecimento* e, por conseguinte, da prova. Se a atividade primitiva do processo é o conhecimento dos fatos postos em litígio, a forma que se viabilizou para que eles se tornassem conhecidos foi a narração das partes, mas principalmente, a atividade probatória. É através dela que o Magistrado pode constatar, comprovar a veracidade dos fatos alegados pelas partes, convencer-se dos argumentos expostos e então proferir a decisão, que é provimento final da atividade jurisdicional.

Mas, sua importância se delineia apenas enquanto auxiliar na decisão do Magistrado?

Se supuséssemos que a prova não existisse para o processo poder-se-ia dizer que o Juiz apenas apoiaria-se na retórica, na narração feita pelas partes, e não teria ligação com o *mundo dos fatos*. Eis portanto, a função primordial da prova. Sociologicamente, a prova é a ligação do processo com o mundo empírico e sem esta ligação o juiz não o conheceria e não poderia então proferir qualquer

1961, p. 40

⁴ BENTHAM, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Ed. EJE, Buenos Aires, 1959, tít. I, cap. XVII, pp.

decisão, já que o direito nasce dos fatos mesmos.

Portanto, estudar a prova e sua Teoria Geral é estudar a forma com que o mundo dos fatos se apresenta ao juiz, entender como o conflito de interesses lhe chega aos ouvidos, e mais que isso, como ele se convence do que é a verdade para fundamentar sua decisão.

Nesta perspectiva, pode-se dizer que provar é tanto *conhecer* (a verdade dos fatos) como também *convencer* o juiz (que os argumentos são verdadeiros) bem como, conferir à sentença a qualidade de justa, na medida que a justiça de uma decisão passa pela verdade dos fatos viabilizada pelas provas.

Daí porque da importância da Teoria Geral da Prova na medida que configura todas as normas que disciplinam esta atividade (instrução probatória), os meios de prova e o resultado final (prova dos fatos). Portanto, o estudo desta matéria é fundamental para quem deseje conhecer um capítulo imprescindível ao estudo do Direito, qual seja, o processo.

1.2 A prova jurídica - delimitação da questão

Constatado então que a prova é uma noção que transcende os limites jurídicos e, tendo analisado suas acepções na linguagem comum, devemos agora, delimitar nosso objeto de estudos e tratar da prova na sua acepção jurídica.

Para entender se a prova jurídica tem ou não semelhanças com a prova no sentido comum, devemos fazer, não uma análise ontológica/estrutural em ambas noções, mas sim, entender o contexto em que estão inseridas.

A questão da especificidade da prova jurídica aparece relativamente simples se, ao invés de olhar as pretensas peculiaridades ontológicas da prova ou da atividade do juiz no acerto do fato, olha-se apenas o que distingue a prova jurídica das metodologias cognitivas que se empregam nos outros campos. O elemento de distinção é justamente, a *juridicidade* da prova, que deriva essencialmente de dois fatores: a presença de uma disciplina jurídica da prova⁵ e o fato que essa serve a usos tipicamente jurídicos, em contextos jurídicos como o processo. O seu emprego se dá para o conhecimento de fatos dotados de relevância jurídica. Portanto, a prova se pode definir jurídica se ocorre, ao menos, a uma destas condições.

Logo, da inserção da prova em uma disciplina jurídica pode-se deduzir dois pontos importantes:

a) que o fenômeno da prova não é inteiramente contido e definido pelas normas jurídicas que se ocupam da matéria. Ainda que existam ordenamentos mais amplos ou menos amplos quanto aos limites legais do fenômeno probatório,

⁵ Para entender a disciplina jurídica da prova e quais conseqüências que derivam sobre o modo de conceber a prova no processo há duas concepções fundamentais:

A primeira diz respeito prevalentemente, senão, exclusivamente, à *civil law*, e se pode definir "fechada". As razões são as seguintes; entende-se que todo o fenômeno da prova é compreendido e se fecha nas normas que se ocupam dos aspectos do fenômeno regulado pelas próprias normas, ou seja, é a aplicação da concepção positivista pela qual "jurídico é aquilo que é regulado por normas", daí se deduz, por conseqüência, que são provas somente aquelas previstas e reguladas como tais, excluindo-se as provas atípicas e inominadas.

A segunda que diz respeito prevalentemente, senão exclusivamente à *common law*, e se pode definir "aberta". Isto porque a prova é, acima de tudo, um fenômeno que pertence à esfera da lógica e do racional, ou pelo menos, do racionalizável, enquanto só alguns aspectos de tal fenômeno são previstos e regulados por normas. Por conseqüência, as normas em matéria de prova não servem para definir e delimitar o conceito jurídico de prova porque qualquer coisa serve para estabelecer que um fato é prova.

Mas, de qualquer forma, em ambos ordenamentos, parece claro que em geral, a disciplina normativa da prova é essencialmente uma função limitativa e de exclusão, mais que uma função positiva e inclusiva, o que implica em excluir certos tipos de prova ou privilegiar alguns em detrimento de outros. TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Ed. Dott. A. Giuffrè. Milão, 1992, p. 317-320.

isto não exige que exista prova antes e fora de uma regulamentação específica. Portanto, diz TARUFFO interpretando BENTHAM; “existiriam provas e poder-se-ia acertar os fatos em juízo ainda que não existissem normas sobre provas, as quais teriam como limites os cânones do senso comum e da racionalidade”⁶.

b) o segundo ponto é que a prova jurídica não é, *a priori*, algo ontológica ou estruturalmente diverso daquilo que se considera ou se emprega como instrumento de conhecimento dos fatos na experiência comum ou em outros campos particulares.

Desse modo, aponta também TARUFFO que a prova jurídica pode entender-se específica somente em um sentido *reduzido*, *relativo* e *variável* do termo. *Reduzido* enquanto se diz que a disciplina jurídica da prova cobre apenas uma parte do fenômeno probatório; *relativo* porque isto não tem nada a ver com coisas como a “natureza” ou “estrutura” da prova em si considerada, mas depende apenas da presença de normas sobre prova e *variável*, por fim, porque nos diversos ordenamentos o grau de especificidade da prova jurídica varia em função da extensão, conteúdo e importância das normas que regulam juridicamente o fenômeno da prova, diferenciando-o e reduzindo-o no contexto do processo⁷.

Por conseguinte, podemos dizer que não há uma diferença substancial entre a prova no senso comum e a prova jurídica, o que caracteriza, basicamente, esta última é o fato de estar inserida em um processo e disciplinada por normas específicas. No entanto, ao estudarmos a teoria geral da prova, vamos ver que não são poucas as normas que regulam a prova no âmbito processual, e que

⁶ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 322.

⁷ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op.cit. p. 323.

portanto, são dignas de nota.

1.3 O juiz e o historiador

Antes de tratarmos da prova propriamente dita e seus institutos, é importante fazermos uma análise de um célebre texto de *CALAMANDREI* cujo título é o mesmo deste tópico⁸, onde aquele autor difunde a noção da analogia entre o juiz e o historiador, levando a deduzir desta analogia a relação entre o juízo de fato e o problema da prova, perspectiva esta que nos é de muita valia para começarmos a desvendar o tema proposto.

O fundamento da relação juiz/historiador vem embasado na circunstância de que tanto um como outro têm, diante de si, o problema de reconstruir um fato particular do passado, irrepetível, e não diretamente conhecido.

Como semelhanças entre as duas atividades, *CALAMANDREI* entende que além de indagar sobre fatos do passado e declarar a verdade dos mesmos, ambos devem ser imparciais e objetivos, sabendo escolher, dentre os fatos que representam realidades parciais (segundo os interesses particulares de cada um) para pretender uma reconstrução fiel e completa. Para esta escolha, *CALAMANDREI* entende que os métodos de investigação são, em substância os mesmos, pois deverão ambos, reconstruir os fatos através de documentos e testemunhas interpretando e valorando o material probatório.

Entretanto, as diferenças entre as duas atividades são inarredáveis. A

⁸ CALAMANDREI, Piero. *“Estudios sobre el Proceso Civil”*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945, p. 107.

primeira delas, é que a atividade jurisdicional compreende, além solução da *quaestio facti*, (reconstrução historiográfica como a do historiador), também a tarefa da resolução da *quaestio iuris*, (atividade “ultrahistoriográfica”⁹) onde o juiz aplica em concreto o direito aos fatos historicamente comprovados. Portanto, a atividade de juiz e historiador se diferencia pela subsunção - ato pelo qual se transforma um fato historicamente reconstruído em norma de lei. É um ato prático, volitivo, um *imperium*, que cria a lei e pronuncia um mandato.

Outra diferença são as restrições impostas ao juiz e não ao historiador. Este escolhe por si mesmo o objeto de suas investigações, já o juiz se determina pela proposição formulada pelas partes o que o mantém em espera passiva (“suprema garantia da imparcialidade”) da qual não pode sair senão para encarar a “restrita realidade anedótica”¹⁰ que o autor submete à apreciação judicial.

Porém, como mesmo diz CALAMANDREI, apesar das diferenças, elas não são suficientes para fazer desconsiderar da atividade do juiz o caráter de pesquisa histórica que essa todavia conserva, como aquela que tem por fim o conhecimento concreto dos fatos acontecidos.

GOMES FILHO, estudando o tema aponta para três distinções fundamentais entre o juiz e o historiador. Uma delas já foi identificada por CALAMANDREI, ou seja, que o objeto de pesquisa do juiz é pré-determinado pelas partes (*thema probandum*) enquanto que o historiador é livre quanto ao seu tema de pesquisa. A obrigatoriedade da decisão (ou conclusão) é outro ponto

⁹ A esta tarefa, em que o juiz trata de estabelecer a certeza da existência positiva da norma e depois subsumir o fato à norma, CALAMANDREI entende não ser uma atividade simplesmente historiográfica e chama de “ultrahistoriográfica” isto é, como determinação do verossímil e do conveniente. CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 110.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 112.

importante. Enquanto que ao historiador é permitido um ilimitado alargamento da pesquisa enquanto não estiver plenamente convencido sobre a real ocorrência dos eventos investigados, ao juiz é obrigatória uma conclusão e uma decisão, seja qual for o material probatório recolhido. E por fim, ele aponta o método utilizado tanto na coleta, como na avaliação de dados que quanto ao juiz é disciplinado por regras legais, já ao historiador é louvável o esforço criativo na busca de novas direções na pesquisa histórica¹¹.

Por todas estas dificuldades é que doutrinadores como *TARUFFO*, põem em dúvida que a analogia entre o juiz e o historiador possa ser utilizada como esquema conceitual capaz de estabelecer a modalidade de acerto judicial dos fatos tendo como base as provas. Diz ele que é seguramente verdadeiro que o historiador faz alguma coisa neste gênero (reconstrução de fatos passados e irrepetíveis), mas entretanto, é também seguramente insustentável que esta seja, realmente, a atividade própria do historiador.¹² Isto porque o problema central da historiografia é a explicação e compreensão dos fatos, mais do que um puro e simples acerto. Além do mais, o historiador não tem como interesse reconstruir fatos particulares e individuais, seu objeto são sujeitos coletivos (grupos ou classes sociais).

Assevera então *TARUFFO* que a analogia da atividade do juiz com a do historiador implica em um círculo inútil e também, em parte, vicioso. Ele demonstra que a análise racional da atividade de ambos diz respeito a problemas epistemológicos gerais. A semelhança que se diz haver entre ambos é quanto à

¹¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. Ed. RT. São Paulo, 1997, pp. 44-45.

reconstrução de fatos passados através da prova, no entanto, esta analogia não guarda uma identidade ontológica e estrutural entre os dois procedimentos cognoscitivos. A semelhança se dá apenas, no sentido de que tanto a solução do problema do histórico quanto a do problema do juiz são, *cada uma por si*, conexas a problemas epistemológicos de ordem geral¹³. Portanto, estruturalmente, as semelhanças são genéricas e extrínsecas, prontas a dissolver-se quando submetidas a uma análise inicial. Logo, nenhum dado relevante deriva desta analogia com referência à noção de prova e à modalidade de emprego racional dos meios de prova no âmbito do processo¹⁴.

1.3.1 Conclusões

A nosso ver devemos encontrar a solução no equilíbrio entre o posicionamento de *TARUFFO* e *CALAMANDREI*.

Não se pode ignorar as razões expendidas por *TARUFFO* no que dizem respeito às dessemelhanças ontológicas e estruturais de ambas atividades. No entanto, nos parece que a questão deve ser analisada sob um perfil genérico.

Quando *CALAMANDREI* delineou que o juiz é, em vários aspectos, o historiador do processo e como tal, busca reconstituir a verdade histórica dos fatos a partir do tema que as partes lhe proporcionam, não parecia ter a intenção de identificá-los, ontologicamente, tanto é que apontou diferenças significativas entre ambos e em certa passagem identifica também o juiz ao político; "*se de uma*

¹² TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 312.

¹³ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op cit. p. 314.

¹⁴ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op cit. p. 315.

*maneira aproximativa, o juiz se pode comparar ao historiador enquanto se limita a constatar fatos, ao formular o preceito jurídico apropriado a estes fatos declarados certos cessa de ser um historiador e se converte em um político*¹⁵.

Pensamos que ele apenas usou a comparação, metaforicamente, a fim de fazermos visualizar a atividade do juiz de modo mais claro, mas sem uma pretensão científica exacerbada.

Portanto, a lição que podemos tirar do mestre italiano *CALAMANDREI* é que, se partirmos do pressuposto que o juiz está adstrito tão somente aos fatos alegados pelas partes para conceder o provimento jurisdicional e que, as provas são o único instrumento que lhe possibilitam o conhecimento dos fatos da causa, logo, perceberemos que as provas são o substrato do processo, sem as quais o juiz não se vê apto a julgar, tanto é que na falta de provas o demandado é absolvido - *actore non probante, reus absolvitur*.

Dessa forma, tentando sintetizar o que já foi anteriormente exposto, podemos relacionar juiz/historiador e provas na seguinte ordem de idéias. As partes delimitam o *thema probandum*, mas de nada adiantaria só alegar, o magistrado necessita de dados lógicos e convincentes que o inspirem no sentido da sua decisão. Tem que haver uma atividade complementar que proporcione este convencimento ao juiz, trata-se pois, da prova. E sabendo-se que uma das funções precípuas da prova é a busca da verdade, podemos identificar aqui o ponto de contato entre o juiz e historiador estereotipado por *CALAMANDREI*.

No entanto, se dizemos que uma das funções precípuas da prova é a busca da verdade é preciso desvendar se ela é a única ou se a prova tem outras

¹⁵ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 122.

finalidades, bem como devemos buscar entender qual a influência da prova em relação ao processo. Para tanto vamos estudar mais detidamente os escopos da prova.

2. Funções da prova

O que é que se persegue ao levar ao juiz a prova, porque se prova no processo? Vamos iniciar com este tipo de indagação este tópico pois é a partir destes questionamentos que desenvolveremos o tema proposto.

A princípio, numa análise mais superficial, pode-se dizer que a prova se converte em uma arma de ataque e defesa, com a qual se busca obter o pedido na demanda ou conseguir rechaçá-lo¹⁶. Entretanto, mais detalhadamente estudando o assunto, apontamos o entendimento de *DEVIS ECHANDIA*¹⁷ que identifica três principais teorias construídas em torno dos escopos da prova (que resumir-se-ão em duas principais) bem como o entendimento de *TARUFFO*, o qual tem uma opinião bem divergente e aponta outras funções deste instituto.

Vamos tratar, primeiramente, das funções da prova agrupadas por *ECHANDIA*, são elas: a) uma que considera como fim da prova o estabelecimento ou descobrimento da verdade; b) outra que entende que com a prova busca-se produzir o convencimento do juiz; c) a que sustenta que o escopo da prova é fixar os fatos do processo. Vejamos cada uma, separadamente.

¹⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Ed. Fidenter. Víctor P. de Zavallía. 5a. Ed. Buenos, pp. 238-253.

2.1. A prova como busca da verdade

Como se pode deduzir esta teoria é sustentada por aqueles que entendem que o fim último da prova é tão somente, a busca da verdade. E tomemos o pensamento de *BENTHAM* para exemplificar a noção de que prova “*não se deve entender por tal, senão um meio que se utiliza para estabelecer a verdade de um fato, meio que pode ser bom ou mal, completo ou incompleto*”¹⁸ .

Podemos também apontar dentre os que se filiam a esta teoria, *RICCI*¹⁹, *BONNIER*²⁰, *MALATESTA*²¹ e outros.

2.2. A prova como convencimento do juiz

Há também aqueles que entendem prova como convencimento do juiz. Os autores que sustentam esta teoria partem do pressuposto que a verdade é uma noção ontológica e objetiva, portanto, exige sua identidade com a idéia ou conhecimento que alguém tem desta noção, o qual pode ocorrer algumas vezes, mas não sempre, apesar de que o juiz considere que existe prova suficiente. Dito isto deduzem que o fim da prova é produzir a certeza ou o convencimento sobre os fatos a que ela se refere. E certeza aqui pode não corresponder à realidade e

¹⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op.cit. p. 238.

¹⁸ BENTHAM, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Ed. EJE, Buenos Aires, 1959, tít. I, cap. XVII, p. 30.

¹⁹ “*A prova não é um fim em si mesma, senão um meio dirigido à consecução de um fim, que consiste no descobrimento da verdade*”. RICCI, Francesco. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Tomo I, Ed. La España Moderna, Madrid, 1922, p. 11.

²⁰ “*As provas são os diversos meios pelos quais chega a inteligência ao descobrimento da verdade*” BONNIER, *De las Pruebas em Derecho Civil y Penal*. Ed. Reus. Madrid, 1928, pp. 8-9.

²¹ “*A prova é portanto, o meio objetivo por que a verdade chega ao nosso espírito*”. MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Vol. I, Ed. A.M. Teixeira, Lisboa, 1911, p.101.

ser apenas a crença subjetiva de que determinados fatos existem ou não.²²

Pode-se em *GUASP*²³ espelhar o pensamento dos demais doutrinadores. Diz que a contraposição entre a teoria que vê no fim da prova a demonstração da verdade ou falsidade de uma afirmação e do ponto de vista formal a vê como um simples mecanismo de fixação dos fatos processuais, pode superar-se e, anteve-se na prova uma atividade com intento de conseguir o convencimento psicológico do juiz com respeito à existência ou inexistência, verdade ou falsidade dos dados.

Dentre os que aderem a esta tese temos *LESSONA*²⁴, *COUTURE*²⁵, *DEVIS ECHANDIA*²⁶, *CHIOVENDA*²⁷, *MICHELI*²⁸, *ROCCO*²⁹, *FURNO*³⁰, *MITTERMAIER*³¹, *ROSENBERG*³², *CASTRO MENDES*³³, *PONTES DE*

²² DEVIS ECHANDIA, Hernando. op.cit. p. 242.

²³ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pp. 332-350.

²⁴ "O efeito probatório se dirige a convencer o juiz". LESSONA, Carlo. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Ed. Reus, Madrid, 1928, t. I, núm. 5. pp. 6-7.

²⁵ "Do ponto de vista das partes a prova é, uma forma de criar a convicção do magistrado". COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1948-1950, p. 217-218.

²⁶ "O fim da prova é dar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre os fatos, que é a crença de conhecer a verdade ou de que nosso conhecimento se ajusta à realidade, o qual lhe permite adotar sua decisão." DEVIS ECHANDIA, Hernando. op.cit. pp. 251. ECHANDIA complementa dizendo que a teoria da verdade dos fatos como fim da prova foi abandonada pela maioria dos autores e também se posiciona neste sentido. No entanto, vamos ver logo a seguir, por dedução que, a verdade não foi abandonada como escopo da prova. v. tb. item 2.5 infra.

²⁷ "A função da prova é criar o convencimento do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos de importância no processo". CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Reus, Madrid, 1941, t.II, nú, 59, p.280.

²⁸ "Com a prova se alcança a certeza que permite ao juiz emitir um juízo". MICHELI, *La Carga de la Prueba*, Ed. EJEJA, Buenos Aires, 1961, pp. 180-181.

²⁹ "A prova tem por fim formar a convicção dos órgãos jurisdicionais sobre a verdade ou existência dos fatos". ROCCO, Ugo. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. Ed. UTET, Torino, 1957, tít. II, pp. 181-182.

³⁰ "O fim da prova é levar ao juiz a certeza histórica relativa sobre os fatos". FURNO, Carlo. *Contributo alla Teoria della Prova Legale*. Ed. CEDAM, Padova, 1940, núm. 6, pp. 20-21.

³¹ "O estado de entendimento que tem os fatos por verdadeiros apoiando-se em motivos bastante sólidos se chama convicção" MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Ed. Eduardo e Henrique Laemmert, Rio de Janeiro, 1879, p. 40.

³² "Existe prova principal quando se proporcionou um grau tão alto de probabilidade do fato afirmado que o considera verídico". ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ed. EJEJA, Buenos Aires, 1955, t. II, p. 200.

³³ CASTRO MENDES, João de. op.cit. p. 741.

MIRANDA³⁴, AMARAL SANTOS³⁵ e outros.

2.3. A prova como fixação dos fatos no processo

Esta tese, no entender de *DEVIS ECHANDIA*³⁶, estaria vinculada, especialmente, ao sistema de tarifa legal³⁷ de apreciação da prova, em razão das dificuldades que com tal sistema se apresentam para chegar ao conhecimento da verdade, e também da desnecessidade de convencimento do juiz, tendo em vista que o processo de convencimento se dá na mente do legislador³⁸.

DEVIS ECHANDIA aponta *CARNELUTTI*, como o principal defensor desta teoria, na medida que este fala de uma fixação formal dos fatos mediante o sistema da prova legal. Transcreve *ECHANDIA* uma passagem de *CARNELUTTI*, na qual ele entende que o *"processo não serve para conhecer os fatos, ou seja, para estabelecer sua verdade, senão unicamente para conseguir uma fixação formal deles"*. E conclui; *"provar, com efeito, não será demonstrar a verdade dos fatos discutidos, senão determinar ou fixar formalmente os fatos mesmos, mediante procedimentos determinados; assim a lei fala de todos os meios de fixação intensamente formais, como por exemplo, a confissão e o juramento"*³⁹.

Mais adiante, *ECHANDIA* assevera que *CARNELUTTI* *"não define bem seu pensamento sobre o tema"* e aponta uma suposta contradição do autor dizendo

³⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV, Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1974, p. 288.

³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. vol. I, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1952, pp. 15-17.

³⁶ DEVIS ECHANDIA, op. cit. pp. 248-249.

³⁷ sobre os sistemas de valoração da prova v. tb. capítulo III, item 11.

³⁸ v. tb. capítulo II, item 4.1.3. "A verdade em FURNO".

³⁹ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. op. cit. pp. 56-60.

que apesar de considerar a fixação dos fatos o fim da prova, em outras passagens da obra ele dá a impressão de considerar como fim da prova a verificação da verdade, e em outras ainda fala de obter com a certeza.

No entanto, devemos salientar que não se trata de uma contradição de *CARNELUTTI*, é apenas uma questão de interpretação de sua obra. Quando este autor fala em fixação formal do fatos, quer, na verdade falar em verdade formal, em contraposição à verdade material. *CARNELUTTI*, é fiel ao seu pensamento de que o processo é tendente à descoberta da verdade, mas o que ele pondera é que no sistema da prova legal, não se obtém uma verdade materialmente ou substancialmente fixada, e sim, tendo em vista o processo de formação desta verdade (através de regras formais - tarifa legal) a verdade que se obtém é apenas formal, e é por este motivo que ele assevera que o processo serve para *conseguir uma fixação formal dos fatos*.

Este posicionamento fica bastante claro em um texto posterior do mesmo autor, "*Verdade e Dúvida*"⁴⁰. em que ele demonstra uma evolução no seu pensamento, apontando que na obra *a Prova Civil*⁴¹, ele assinalava que o escopo do processo era a busca da *verdade substancial* mas, o resultado era a obtenção de uma *verdade formal*. sendo que, posteriormente, ele veio a entender que esta não era uma distinção fundada, posto que "*a verdade não é, e nem pode ser senão, uma só*"⁴²

Toda a tratativa da questão da verdade em *CARNELUTTI* resta bem mais

⁴⁰ *CARNELUTTI*, Francesco. *Verità, Dubbio, Certezza*. Rivista de Dirittto Processuale, vol n0. XX (II série), Ed. CEDAM, Padova, 1965.

⁴¹ *CARNELUTTI*, Francesco. *La Prova Civile*. Editora Dell'Ateneo - Roma, 2a. Edição, 1947.

⁴² *CARNELUTTI*, Francesco. *Verità, Dubbio, Certezza*. op. cit. p. 4

detalhada no próximo capítulo.⁴³ O que se pode concluir deste tópico é que como *DEVIS ECHANDIA* fundamenta a existência desta terceira corrente teórica em *CARNELUTTI*, e, pelo que podemos perceber, este autor não pensa exatamente da forma como interpretou *ECHANDIA*, (isto porque ele se filia à primeira corrente - descoberta da verdade) logo, podemos dizer que existem somente duas teorias e dois escopos aceitáveis pela maioria dos autores que tratam do tema (busca da verdade e convencimento do juiz).

2.4. As funções da prova em *TARUFFO*

TARUFFO em seus estudos acenava para a existência de, basicamente, três orientações acerca da função da prova. Ele derivava estas orientações das teorias do acertamento da verdade, isto porque não se pode negar que exista uma relação de meio a fim que se individua na conexão entre a prova e a verdade judicial, ou seja, um *feed-back* pelo qual os conceitos de verdade judicial retroagem sobre os conceitos de prova.

Como a questão da verdade passa a ser fundamental à prova, *TARUFFO* agrupa então o posicionamento das duas primeiras teorias que *não aceitam* a possibilidade de um acertamento verdadeiro dos fatos e excluem esta premissa da função da prova e a terceira que *aceita e acolhe* o acertamento da verdade dos fatos como inerente à prova, a qual desenvolve apenas uma função instrumental em relação à verdade. É o que passaremos a ver.

⁴³ v. tb. capítulo II, Verdade, item 3.1.6. "A verdade em *CARNELUTTI*".

2.4.1. A prova como *nonsense*

Um primeiro posicionamento muito importante é considerar a prova como um *nonsense* ou qualquer coisa que, na realidade, não existe ou que não é digna de consideração. Isto porque, para os adeptos desta teoria, é epistemologicamente, ideologicamente ou praticamente impossível pensar que a verdade dos fatos venha racionalmente estabelecida no processo. E portanto, se a verdade dos fatos é irrelevante se entende facilmente como o fenômeno da prova pode ser tido também sem importância enquanto privado de relevância específica.

O fundamento deste posicionamento está na idéia que as provas, e em particular os procedimentos para sua formação ou aquisição, desenvolvem uma função meramente *ritual* no âmbito da função social do processo. Em outras palavras, as provas não têm como escopo o acertamento dos fatos, mas sim os procedimentos que constituem os ritos destinados a reforçar na opinião pública o convencimento de que o sistema atua e respeita valores positivos, como a paridade das partes a vitória da razão. As provas servem então a *fazer crer* que o processo acerta a verdade dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isto não aconteça - "As provas são um mecanismo teatral cuja função é dissimular a realidade irracional e injusta das decisões judiciais"⁴⁴.

⁴⁴ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op.cit. p. 62.

2.4.2. A prova na perspectiva semiótico-narrativista

Uma segunda concepção da prova emerge, claramente, no âmbito da perspectiva semiótico-narrativista do processo. Nestas visões a premissa fundamental é que o processo seja uma situação em que se desenvolvem diálogos e narram-se “estórias”. Neste aspecto, só a dimensão lingüística e narrativa do processo é relevante, não sendo relevante a relação entre a narração e a realidade empírica. Os fatos vêm em forma de narração, mas não vêm conhecidos como accertamentos do verdadeiro. Por exemplo, o depoimento de uma testemunha vale enquanto “estória” (lógica e bem articulada) e não enquanto forneça elementos de conhecimento sobre os fatos.

A prova tem função enquanto influencia na escolha da “estória” apresentada pelos advogados e que será acolhida pela decisão - tendo um caráter retórico-persuasivo excluindo-se a função cognoscitiva tendo em vista que é irrelevante qualquer accertamento dos fatos em termos de verdade ou falsidade.

2.4.3. A prova como instrumento tendente à verdade

A perspectiva aqui muda completamente e se assume o ponto de vista das concepções que admitem a possibilidade de acertar a verdade dos fatos no âmbito do processo. A hipótese de fundo é que a decisão judicial possa e deva, fundar-se em uma reconstrução verdadeira dos fatos da causa⁴⁵ e nesta perspectiva, o termo “prova” designa o conjunto de elementos, de procedimentos e raciocínios

⁴⁵ os motivos pelos quais entende-se a possibilidade de um accertamento verdadeiro dos fatos da causa estão amplamente expostos no capítulo IV, “os apontamentos de MICHELE TARUFFO”, item 2.2.2.

por meio dos quais aquela reconstrução vem elaborada, verificada e confirmada como verdadeira. A prova assume uma função instrumental com respeito ao acerto da verdade dos fatos, em outras palavras, a prova é o canal para o conhecimento direto e objetivo do fato empírico. Isto porque não há sentido em invocar-se valores como, legalidade, correção, justiça da decisão, se não se reconhece a verdade dos fatos como condição necessária para a correta aplicação da norma. E tudo isto não tem sentido se não se reconhece que a função própria e exclusiva da prova é aquela de fornecer elementos para a escolha racional da versão que pode definir-se como verdadeira.⁴⁶

2.4.4. A função demonstrativa da prova

Num estudo recente⁴⁷ TARUFFO posiciona-se, mais claramente, quanto à função da prova como demonstração. O autor defende a orientação de que a prova e seus resultados servem de base racional e lógica para que o juiz escolha argumentos e fundamente sua sentença.

Ele justifica sua orientação fundado numa crítica à teoria de PERELMAN⁴⁸ a qual mostra que a lógica da demonstração matemática e científica, baseada no método axiomático-dedutivo, não coincide com aquela da prova judiciária, e que esta última está baseada no campo da argumentação retórico-persuasiva. Ou seja, que a função da prova é, primordialmente, persuasiva e não axiomática-dedutiva, ou melhor, não é uma demonstração no sentido científico-matemático do

⁴⁶TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op.cit. p. 65.

⁴⁷TARUFFO, Michele. *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*. Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile, Ed. Dott. A. Giuffrè, 1997, pp. 553-573.

termo.

Já *TARUFFO*, criticando este posicionamento, entende que a prova judiciária de fato, não pode ser reconduzida ao modelo da demonstração matemática, mas que ela tem uma função demonstrativa quando este conceito é empregado numa acepção mais ampla. Isto porque *TARUFFO* observa que *PERELMAN* emprega uma acepção extremamente restritiva do conceito de “demonstração”, entendendo apenas a demonstração na área da matemática e das ciências formalizadas, para sustentar que, tudo o que não apresenta as características da referida demonstração, pertence à área da argumentação retórica.

O que *TARUFFO* faz é apontar outras versões possíveis do termo demonstração, para que então se possa dizer que a prova judiciária tem uma função demonstrativa, obviamente numa acepção mais ampla e diversa daquela empregada por *PERELMAN*. Para tanto ele examina os aspectos principais do raciocínio probatório com o escopo de constatar que estes aspectos são reconduzíveis a esquemas racionais e portanto, podem retornar a um conceito mais amplo e, epistemologicamente modernizado, de “demonstração”. Dessa forma, para *TARUFFO*, o raciocínio probatório não tem uma característica dedutiva e persuasiva, mas sim, demonstrativa.

Um primeiro exemplo pode ser representado pela valoração relativa à credibilidade da prova. Vejamos, para se valorar a credibilidade de um testemunho implica em uma atividade heterogênea e complexa que não é dedutiva. Trata-se

⁴⁸ *PERELMAN, La Specificité de la Preuve Juridique, in La Preuve. Rec. Soc. I, Bodin, XIX, Bruxelles, 1963, p. 5 e ss. apud TARUFFO, Michele. Funzione della prova... op.cit. p. 553.*

pois de efetuar valorações em torno da percepção, da memória, da seleção, reconstrução dos fatos da parte que testemunha, considerando todas as possibilidades de erro, distorção que a psicologia do testemunho já assinalou. Cada passo desta complexa atividade o juiz emprega noções de senso comum, da comum experiência, supondo características de um homem médio representando o contexto social, o lugar e tempo em que o juízo vem formulado. Pode-se então dizer que esta valoração relativa à credibilidade do testemunho não é demonstrável no sentido rigoroso e restritivo do termo (demonstração matemática) mas, pode ser entendida como uma operação inspirada em critérios de controlabilidade racional. Identificam-se então, dificuldades para individuação e emprego correto destes critérios, mas isto não exige que a valoração da credibilidade da prova seja configurada como uma atividade racional e portanto, controlável.

Outra situação é convir sobre uma concepção geral do fenômeno probatório segundo o qual provar um fato significa escolher, com base nos dados cognoscitivos disponíveis, um, entre os vários fatos atendíveis do processo. Este esquema de escolha não é silogístico nem dedutivo, e não corresponde ao modelo da demonstração matemática. Baseia-se então em modelos vários e diferentes de racionalidade, que se fundam sobre lógicas diversas daquela dedução axiomática que foi elaborada por *PERELMAN*. Funda-se em noções de máximas de experiência, do senso comum, que se exprime, muitas vezes em *topois*, *standards*, valorações, noções genéricas, tendências, preferências que não são nem generalizáveis, nem quantificáveis. Portanto, o recurso a estas enunciações é

inevitável no âmbito do raciocínio probatório⁴⁹mas, não reconduzem ao modelo da dedução. Ao contrário, a seleção, o emprego correto de tais noções no contexto das conclusões probatórias demanda valorações complexas, controle de coerência e congruência, procedimentos dialéticos, etc. Todavia, não significa que só porque não se tratem de operações puramente dedutivas, estão fora do campo da racionalidade. Ocorre apenas que não se trata de uma racionalidade silogística, mas de uma racionalidade mais variável e flexível, capaz de atribuir características de credibilidade ao raciocínio do juiz.

Por estes exemplos acima apontados pode-se então inferir que a prova tem não uma função dedutiva ou retórico-persuasiva, enquanto tendente a fazer o juiz deduzir ou convencer-se (através do resultado dos meios de prova) para uma decisão. Mas que tem uma função demonstrativa enquanto a prova e seus resultados servem de base racional e lógica para que o juiz fundamente sua sentença. A prova realiza a função que lhe é própria quando o juiz desenvolve um raciocínio segundo critérios racionais, idôneos à assegurar a validade e a credibilidade da decisão.⁵⁰

Logo, as decisões sobre as quais se funda a prova, implicam em um complexo conjunto de raciocínios heterogêneos por estrutura e conteúdo⁵¹. Estes

⁴⁹ No entanto os da escolha da decisão do juiz têm que superar três condições mínimas; a) que tratem-se de noções comumente aceitáveis no ambiente social e cultural no qual a decisão é formulada; b) que não sejam falsificadas ou contraditórias do conhecimento científico; c) e que também não contradigam outras noções de senso comum e, por fim, que as noções de senso comum empregadas sejam específicas e congruentes com os fatos concretos com os quais referem-se. Portanto, o juiz só pode utilizar-se delas para fundamentar sua decisão se ele está racionalmente certo de sua credibilidade. TARUFFO, Michele. *Funzione della prova...* op.cit. pp. 561-563.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. *Funzione della prova...* op.cit. p.573.

⁵¹ As condições e as modalidades com as quais a prova desenvolve, em concreto, a função demonstrativa, são determinadas pelo contexto global representado pelo raciocínio do juiz finalizado à formulação e à motivação do juízo de fato. O raciocínio probatório constitui então um

raciocínios não são reconduzíveis a esquemas simplificados como aqueles do silogismo ou da cadeia de silogismos, e nem correspondem às características e aos requisitos do raciocínio demonstrativo em sentido estrito (como queria PERELMAN). O que não quer dizer que a valoração das provas e o juízo sobre os fatos devam reduzir-se inevitavelmente a intuições subjetivas ou a reações irreflexivas do juiz. Mas também não quer significar que o raciocínio probatório tenha uma intrínseca natureza persuasiva, ou seja compreensível ou analisável apenas em uma dimensão retórica.

Por conseguinte, a insuficiência do silogismo, da inaplicabilidade dos modelos axiomáticos-dedutivos de demonstração e retórico-persuasivos, apenas demonstram que a prova e o raciocínio probatório devem ser analisados e compreendidos segundo esquemas e modelos racionais mais complexos e flexíveis, menos elementares e menos formais que os tradicionais.

Portanto, TARUFFO pensa ser possível redefinir o que se pode entender como "função demonstrativa da prova"; "*A prova judiciária desenvolve uma função demonstrativa enquanto fornece um fundamento cognoscitivo e racional para a escolha que o juiz realiza, individuando uma versão acreditável e verdadeira dos fatos relevantes da causa, e justificando, racionalmente tal escolha*".⁵²

2.5. Conclusões

Pois bem, face ao exposto, são oportunas e imprescindíveis algumas

contexto heterogêneo e complexo no qual influenciam diversos fatores: "a abdução (que consente na formulação de novas hipóteses pela contestação dialética das hipóteses mesmas), o recurso a noções de senso comum ao uso de provas científicas, da argumentação tópica à cânones da

ponderações. De antemão, com relação às sete teorias acima explanadas, descartamos três delas.

A primeira a ser então eliminada de uma análise mais detida é a apresentada por *DEVIS ECHANDIA* em interpretação à obra de *CARNELUTTI* - a prova como fixação dos fatos no processo. Isto porque, como supra mencionado, nos parece que houve uma equivocada interpretação do posicionamento deste último autor com relação à função da prova e também quanto à sua visão de verdade. Como pode-se notar (e no próximo capítulo fica mais evidente este posicionamento⁵³) *CARNELUTTI* assinalava, que o escopo do processo era a busca da *verdade substancial* mas, o resultado era a obtenção de uma *verdade formal*, sendo que, posteriormente, ele veio a entender que a verdade era uma⁵⁴. O que o faz um adepto da teoria da prova tendente à verdade e não o precursor de uma teoria diversa das demais, como entendeu *ECHANDIA*.

As duas outras teorias que se deve descartar também são aquelas expostas por *TARUFFO* que partem da premissa de que não é possível um acerto verdadeiro dos fatos no processo, são elas; a teoria da prova como *nonsense* e a prova sob a perspectiva semiótico-narrativista⁵⁵. Ambas vão de encontro a um fundamento ideológico do processo, qual seja, o conseguimento de

raciocínio jurídico". *TARUFFO, Michele. Funzione della prova...* op.cit. p. 573.

⁵² *TARUFFO, Michele. Funzione della prova...* op.cit. p. 573.

⁵³ v. tb. capítulo II, "a verdade em *CARNELUTTI*", item 3.1.6.

⁵⁴ *CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubbio, Certezza. Rivista de Diritto Processuale*, vol n0. XX (II série), Ed. CEDAM, Padova, 1965, p. 4.

⁵⁵ Faremos nas conclusões do último capítulo uma releitura desta teoria nos moldes habermasianos, que nos será muito útil para a concretude de nossa teorização final sobre a verdade na prova. De modo que por ora resta consignar que inserida neste paradigma (verdade como adequação) esta visão não pode prevalecer. Sobre todos estes temas v. tb. Capítulo IV, item 3 "Noções filosóficas de verdade", mais especificamente, item 3.2 para detalhar sobre verdade como adequação. Para um estudo mais detido de *HABERMAS*, v. tb. no Capítulo IV, item 3.6 "A noção consensual de verdade". Para analisar a teorização a que nos referimos v. tb. Capítulo IV,

uma justa decisão. Isto porque, ideologicamente, o processo deve estar baseado em fatos verdadeiros para que alcance a equidade na sentença⁵⁶, ou seja, a justiça da decisão passa, inegavelmente, pela verdade dos fatos. Na medida que estas teorias desconsideram esta premissa (consequimento da verdade) já se afastam da perspectiva instrumental em que o processo deve estar engajado, qual seja, a satisfação da pretensão das partes, sob a perspectiva material. Pois, de nada adianta um acertamento que vise tão somente a solução do conflito de interesses sem que o direito da parte, substancialmente, não esteja atendido, e para tanto, se faz, imprescindível, que a decisão seja justa e baseada em fatos verídicos. Logo, desde que para ambas teorias é irrelevante a questão da verdade, não nos interessa trabalhar com elas.

O que devemos ponderar neste momento é que temos entendimento conforme *TARUFFO* para o qual o processo liga-se axiomáticamente à verdade e que a visão semiótico-narrativista não preenche este requisito, contudo, enquanto estamos situados no mesmo paradigma daquele autor. Entretanto, no último capítulo (IV) demonstramos uma teorização onde a verdade passa a ser encarada em uma outra perspectiva, ela não significa a adequação do intelecto à coisa mas ela é um consenso advindo de um processo argumentativo intersubjetivo e sob esta ótica nosso posicionamento modifica-se passando a aceitar a teoria semiótico-narrativista⁵⁷.

Devemos ainda considerar, nesta perspectiva de eliminação, que a teoria

item V "A adequação da verdade consensual ao processo com base na Teoria de HABERMAS".

⁵⁶ esta problemática da verdade no prova e sua premissa ideológica está amplamente detalhada no capítulo IV, item "2.2.2. b" infra.

⁵⁷ toda a problemática da verdade e suas perspectivas é tratada mais detalhadamente no Capítulo IV, em especial item 5, onde demonstramos nossa teorização a respeito do tema.

exposta por *ECHANDIA* a qual agrupa os autores adeptos à busca da verdade como função da prova (item 2.1) foi atualizada e complementada por *TARUFFO* que trata também da visão instrumental da prova como meio tendente à verdade (item 2.4.3 supra). Logo, trata-se da mesma visão, porém, ampliada e incrementada, por isso trabalharemos com *TARUFFO*.

Resta então, dessa forma, analisar, tão somente, a prova como convencimento do juiz, prova como instrumento tendente à verdade e a função demonstrativa da prova (ambas últimas em *TARUFFO*).

Devemos iniciar, pois, pela função da prova como convencimento do juiz. Basicamente então, entendem os doutrinadores adeptos a esta corrente que a prova tem por fim formar a convicção do juiz sobre a verdade dos fatos. Primeiramente, devemos salientar que, dentro deste conceito existem elementos variáveis de acordo com o contexto em que estão inseridos, em outras palavras, queremos dizer que dependendo do autor que venha a definir este conceito, a significação dele mudará, substancialmente. Vejamos.

Como conceitos variáveis temos aí as noções de convicção e verdade. Tendo em vista que serão objetos de estudos posteriores, não vamos nos alongar em explicações neste momento, no entanto, pode-se dizer que a noção de verdade está longe de ser pacífica, não só entre os processualistas, mas também entre os filósofos, bem como, em menor proporção, a noção de convicção. Portanto, tomemos como exemplo o posicionamento de *DEVIS ECHANDIA* que, entende ser o fim da prova proporcionar ao juiz *o convencimento ou a certeza sobre os fatos, que certeza é a crença de conhecer a verdade ou de que nosso*

*conhecimento se ajusta à realidade, o qual permite ao juiz adotar sua decisão*⁵⁸. Neste caso, especificamente, ele usa convencimento e certeza como sinônimos, mas é apenas uma das visões de certeza, e uma das versões de verdade apresentada pelos processualistas. Por conseguinte, é fato que a verdade muda de significação de tempos em tempos⁵⁹. Sob uma perspectiva ontológica, pode-se dizer que a verdade para alguns significa certeza⁶⁰, para outros, verossimilhança⁶¹, para outros ainda, ela é material ou também formal⁶², e por fim, a verdade pode significar probabilidade⁶³.

Pois bem, voltando ao tema central, devemos salientar que há alguns doutrinadores como *MALATESTA*, que entendem que o fim da prova é a convicção do juiz; "*A certeza é a crença da verdade, o convencimento é, por sua vez, a opinião da certeza, como legítima. Convicto além de certo, exprime o máximo ponto da persuasão*⁶⁴. A função da certeza e, conseqüentemente, da verdade (da qual deriva), é instrumental - tendente à convicção do juiz. Existe, dessa forma, um entrelaçamento destas noções e, na medida em que alguma delas se sobressai, daí deriva a função precípua da prova.

O que se pode observar, no entanto, é que preponderantemente, o fim último da prova acaba sendo a verdade, porque, mesmo para os doutrinadores que entendem ser a única função da prova o convencimento do juiz, não se desvencilham daquela noção, tendo em vista que entendem ter a prova a função

⁵⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op.cit. p. 251.

⁵⁹ v. tb. capítulo II, "Análise histórico-crítica da evolução da verdade no processo civil", item 3.1. onde a questão ontológica da verdade é tratada demoradamente.

⁶⁰ Para LESSONA, FURNO e CARNELUTTI, porém sob perspectivas diversas.

⁶¹ Na visão de CALAMANDREI.

⁶² Para os doutrinadores alemães, exceto MITTERMAIER.

⁶³ Noção que é mais utilizada no sistema da *common law*.

de *convencimento "da verdade"*. Isto quer significar que a noção de verdade está implícita, pois, para um maior número de autores, o juiz convence-se, é certo, mas, convence-se de quê - da verdade. Esta ilação é inevitável.

Portanto, se a maioria entende que prova é o convencimento da verdade dos fatos, logo, por dedução, podemos dizer, a prova tem como função última o *conhecimento*, a ciência da verdade dos fatos do processo sendo então, o convencimento, um processo retórico-persuasivo e instrumental à verdade.

A *contrario sensu*, se entendêssemos que o convencimento não é instrumental à verdade, ele então seria o fim último da prova. Poder-se-ia dizer então que provar é convencer, mas como o verbo é bitransitivo (pois convence-se alguém de algo), ou seja, o convencimento tem de ser visto sob uma perspectiva subjetiva e objetiva, logo, se eu não convenço alguém (juiz) da verdade eu o convenço de algo que não é verdadeiro, de uma inverdade, o que não é compatível com a ideologia do processo, isto é - a justiça da decisão, porque esta depende de um acerto verdadeiro dos fatos. Portanto, não resta outra alternativa senão entendermos que o convencimento é instrumental à verdade.

Pois bem, assentada a função instrumental do convencimento devemos salientar qual a sua implicação com a verdade. O convencimento se dá no processo de acordo com o sistema de valoração de prova adotado por este. Isto quer dizer que, o convencimento do juiz se torna mais ou menos livre, dependendo da adoção ou do sistema da prova livre ou prova tarifada.

Como aponta *TARUFFO*, o grau de verdade alcançável no processo é determinado diretamente pela disciplina legal que diz respeito à formação da

⁶⁴ MALATESTA, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 60.

decisão do fato, ou seja, ao sistema de valoração de prova que o processo se filia. Parece intuitivo, no entanto, que as concretas possibilidades de conseguir um grau elevado de confirmação racional do juízo de fato são menores em um sistema que exclui a utilização de numerosos meios de prova, e ao revés, são maiores em um sistema que tende a permitir a disponibilização de variados meios de prova. Analogamente, pode então dizer-se que são menores em um sistema que faça amplo recurso à prova legal, (que substitui uma verdade racional por uma verdade formal) e são, ao invés, maiores em um sistema que se funda num livre e racional convencimento do juiz.⁶⁵

Pudemos perceber então que o convencimento não se dissocia da busca da verdade, e nesta perspectiva demonstraremos agora que além das funções acima apontadas pode-se considerar que a prova também tem uma função demonstrativa porque é um ente multifuncional.

Retomando a noção de *TARUFFO* ele afirmava que, a insuficiência do silogismo, da inaplicabilidade dos modelos axiomáticos-dedutivos de demonstração e retórico-persuasivos, apenas denotam que a prova e o raciocínio probatório devem ser analisados e compreendidos sob a ótica da visão

⁶⁵ ao tempo deste texto *TARUFFO* entendia que para um acerto processual aproximar-se o mais possível à realidade dos fatos devia-se constituir um método racional para a busca da verdade. Mas advertia que não se trata de fazer do processo "apenas" um método para a busca da verdade, deve-se também conciliar esta exigência com diversos outros valores que devem encontrar adequada realização na disciplina do processo. E acrescenta ele que "**o discurso está aberto em torno da questão da necessidade do alcance da verdade no acerto dos fatos no processo**". Ele até acena para a premissa que o alcance da certeza racional sobre os fatos seja indiferente ao processo civil, no entanto, instintivamente, deduz que esta asserção é, *obviamente possível mas, se existe, merece ser discutida, e não apenas pressuposta*. (*TARUFFO, Michele. Note per una Riforma del Diritto delle Prove. Rivista di Diritto Processuale. Abr/Set. 1986, Ed. CEDAM, Padova, p. 253*). Em seu trabalho posterior, *La Prova dei Fatti Giuridici*, de 1992, trata ele novamente da questão, no entanto, posicionando-se bem claramente quanto à necessidade da verdade para o *justo* acerto dos fatos no processo. E vai mais longe, descarta a possibilidade da verossimilhança e da probabilidade e retoma o conceito "puro" de verdade. Este

demonstrativa.

Já em *PERELMAN* a função da prova era retórico-persuasiva, ou seja, o fim da prova era o convencimento, e ele descartava a função axiomática-dedutiva e também demonstrativa da prova. *TARUFFO* então, demonstra, através de exemplos, a falibilidade da teoria apontada por *PERELMAN* elasticando o conceito de demonstração (rechaçado por este, que o visualizava apenas sob a perspectiva da matemática). Isto porque, a prova para *TARUFFO* deve ser compreendida segundo esquemas e modelos racionais mais complexos e flexíveis, menos elementares e formais que os tradicionais, ou seja, a prova deve fornecer “*um fundamento cognoscitivo e racional para a escolha que o juiz realiza, individuando uma versão acreditável e verdadeira dos fatos relevantes da causa, e justificando, racionalmente tal escolha*”.⁶⁶

Portanto, prova não pode ser convicção, nem mesmo, tão somente a busca da verdade, isto é, designar o conjunto de elementos, de procedimentos e raciocínios por meio dos quais a reconstrução dos fatos vem elaborada, verificada e confirmada como verdadeira.

A busca da verdade tem de ter um objetivo teleológico, e, neste sentido, a prova deve oferecer um fundamento à decisão jurisdicional, justificando a escolha da versão que o juiz entende ser verdadeira dos fatos. Dessa forma, a nosso sentir, a prova não tem apenas a função de descobrimento da verdade dos fatos, mas também é relevante sua função demonstrativa.

Deve-se mais uma vez salientar que este entendimento se dá enquanto

será o tema do nosso IV capítulo.

⁶⁶ *TARUFFO, Michele. Funzione della prova... op.cit. p. 573.*

estamos inseridos no mesmo paradigma de *TARUFFO*, ao mudarmos nossa perspectiva (Capítulo IV) a função da prova desloca-se e nossa opinião passa a ser diversa⁶⁷. Entretanto, dentro desta perspectiva, seguramente este é o nosso entendimento.

3. Direcionamento do problema e divisão do trabalho

Logo acima fizemos uma rápida verificação sobre o problema da prova em relação ao processo. Demonstramos a sua importância, e o porquê estudar o tema que é tão “mal-tratado” (frisando que não sob o aspecto qualitativo, mas quantitativo) na doutrina nacional, apesar de seu fundamental valor no processo. No entanto, para que possamos realizar tal tarefa a contento, devemos então identificar quais os principais assuntos que necessitam ser abordados para um conhecimento satisfatório do tema.

Dessa forma, através do estudo das funções da prova, isto é, entendendo qual a sua finalidade, pudemos traçar uma meta de estudo. Percebemos então que convencimento e verdade são conceitos afins que se inter-relacionam dentro do conceito e função de prova. Além do mais, que a prova não visa tão somente a busca da verdade através do convencimento, mas que também ela é fundamento à decisão jurisdicional.

Postas estas noções parece inevitável para a compreensão do tema que estudemos imprescindivelmente, a verdade e a teoria geral da prova, enquanto instrumento para entendermos o conceito de prova, seus objetos, seus meios, e

⁶⁷ v. tb. Capítulo IV item 5.

também, como não pode deixar de ser, os sistemas de valoração da prova, enquanto inter-relacionados com a questão do convencimento do juiz.

Para tanto, dividimos o trabalho da seguinte forma:

No primeiro capítulo, queremos deixar assentada a importância da prova no processo, qual o seu papel, e sua relação com o processo. E qual é o caminho para o conhecimento deste tema.

Já no segundo capítulo, devemos falar sobre a verdade e sua implicação com a prova. De que forma a verdade influencia e o modo como se relaciona com a prova mesma.

No terceiro capítulo, vamos falar da prova propriamente dita. Da prova em si considerada, seu conceito, natureza, objeto. Bem como dos sujeitos em relação à prova, das partes, e então falaremos dos meios de prova; e do juiz e seu papel na apreciação nos sistemas de convencimento.

E, por fim, no último capítulo, esboçaremos sugestões para um tratamento diferenciado da verdade no processo e na prova, propondo uma perspectiva filosófica contemporânea da verdade.

Sem mais delongas, passemos a tratar o tema proposto.

Capítulo II

VERDADE NO PROCESSO

1. Noções preliminares

O conhecimento da verdade pelo homem constitui questão própria da especulação filosófica, em cujos domínios, inúmeras teorias se entrecrocaram há séculos. Desde a noção grega de identificação ou adequação⁶⁸, passando pela noção moderna (Kantiana) de objeto construído, a teoria hegeliana de totalidade e, por fim, a verdade consensual em *HABERMAS*.

Pois bem, nosso objeto de estudo é a relação dialética entre homem - processo - verdade, ou, mais precisamente, homem - prova - verdade.

1.1. Verdade e processo

O acerto da verdade dos fatos e o problema da disciplina das provas, são organicamente conexos à questão dos escopos do processo civil. Em outras palavras, pode-se dizer que para fazermos uma relação entre a verdade e a prova é necessária uma verificação prévia das funções do processo. É fundamental

⁶⁸ Quando se fala em noção grega de verdade como adequação (*adaequatio intellectus et rei*) quer se falar aqui da noção hegemônica de verdade pregada por Aristóteles que se concebia no paradigma dominante da época, qual seja, paradigma do Ser. Cumpre salientarmos que se pode também identificar no mesmo paradigma a concepção de Platão "*alétheia*", que entendia a verdade como desvelamento e não como adequação. A concepção grega de verdade como adequação é a hegemônica, mas não é a única. Este tema, inclusive a questão dos paradigmas, será mais detalhadamente explorado no capítulo IV, item 3 "Noções filosóficas da verdade", subitens 3.2.1 e 3.3.

delinearmos os escopos processuais a fim de poder concretizar a função da prova e, mais especificamente, a função da verdade no âmbito processual. Por uma questão metológica não travaremos discussões aprofundadas sobre os escopos do processo, propriamente dito, mas, em linhas gerais, faremos alguns aportes relevantes sobre a questão.

Num esforço de síntese *TARUFFO* agrupou em duas as orientações fundamentais em relação às funções do processo para os doutrinadores contemporâneos:

a) segundo boa parte da doutrina o processo civil é tendente a resolver o conflito surgido entre as partes, eventualmente, em nome do mais geral valor da pacificação social, ou como consequência da proibição da justiça privada, e nesta perspectiva, o processo alcança o seu escopo quando elimina o conflito sob a base dos cânones legais da decisão.

b) Por outro lado, há adeptos cada vez mais numerosos, da facção que entende, que obviamente, existe um interesse público ou geral à solução ou à eliminação de forma institucional dos conflitos, mas além disso, é fundamental que o processo alcance, concomitantemente, uma *justa* solução do conflito entre as partes, ou, por assim dizer, uma solução que as partes poderiam considerar *justa*⁶⁹.

Esta última corrente se coaduna com uma tendência bastante significativa entre os processualistas contemporâneos (com ênfase também aos brasileiros) - a questão da efetividade e instrumentalidade do processo, preocupação a qual,

⁶⁹ *TARUFFO, Michele. Note per una Riforma del Diritto delle Prove. Rivista di Diritto Processuale. Ed. CEDAM, Padova, 1986, p. 240.*

particularmente, procuramos não perder de vista. No dizer de *DINAMARCO* o processo tem de cumprir todos os seus escopos institucionais⁷⁰. Além de sua função sócio-política ele tem como meta primeira a pacificação social, pondo em relevância seu valor maior - a justiça⁷¹. O escopo jurídico do processo, que se consubstancia em viabilizar a satisfação do direito material das partes (suprimida que foi pelo Estado, a tutela privada de seus interesses) tem como pressuposto uma decisão justa, cujo alicerce passa, inegavelmente, pela questão do acertamento da verdade dos fatos relevantes no processo, ou pelo menos pela máxima aproximação, concretamente, possível ao acertamento.

Posto isso, pode-se então dizer que, para os que se filiam ao primeiro posicionamento, se a finalidade primária é a solução do conflito entre as partes, a verdade dos fatos é dispensável. Isto se denota, especialmente, quando se fala no fenômeno da prova legal,⁷² que é um acertamento apenas formal da verdade dos fatos.

Por outro lado, se considerado como escopo fundamental do processo a objetiva e justa aplicação das normas de direito à "*fattispecie*" concreta, isto inclui, obviamente, um valor para a resolução do conflito, isto é, que esta resolução seja baseada em critérios de validade e legitimidade. Portanto, a verdade é um valor em relação ao processo⁷³.

JEROME FRANK faz a seguinte observação; "*nenhuma decisão é justa se*

⁷⁰ *DINAMARCO*, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Ed. Malheiros, 3a. Ed. 1993, p.270.

⁷¹ É fundamental observar aqui que dispomos do vocábulo "justiça" como senso teórico dos juristas, isto é, isento de categorizações ou concepções ideológicas.

⁷² sobre prova legal v. tb. capítulo III, "sistemas de valoração da prova" item 11.

⁷³ v. tb. *HESSEN*, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Armênio Amado, Editor Sucessor - Coimbra, Portugal, 3a. Ed., 1967.

é fundada sob um acerto errado dos fatos”⁷⁴. Ou em termos menos radicais, não se pode falar que a decisão se funde em uma aplicação objetivamente válida da lei, se não quando seja, objetivamente, acertada a verdade dos fatos. Daí infere-se que a verdade dos fatos se configura como um dos escopos fundamentais em razão dos quais o processo deve ser instrumentalmente orientado⁷⁵.

TARUFFO, particularmente, entende que a tendência mais correta é a segunda, ou seja, aquela que, em vista da atuação objetiva da lei, põe o acerto da verdade dos fatos entre os escopos fundamentais do processo⁷⁶.

1.2. Verdade e prova - colocação da questão

Pois bem, assentada a relação da verdade com o processo sob uma perspectiva instrumental, trabalharemos agora com uma questão mais específica ao nosso objeto de estudos, a verdade em relação à prova.

É de se salientar, uma vez mais que, as provas servem, dentre outras funções⁷⁷, para estabelecer quais os fatos relevantes para a decisão que devem ser verificados, ou seja, servem para fundar e controlar a verdade das afirmações que têm questões de fato por objeto.

No entanto, os pressupostos desta afirmação não são tão pacíficos quanto

⁷⁴ FRANK, *Courts in Trial. Myth and Reality in American Justice*. Princeton, 1950, p. 95 e ss. *apud* TARUFFO, Michele. *Note per una Riforma...* op. cit. p. 243.

⁷⁵ TARUFFO, Michele. *Note per una Riforma...* op. cit. pp. 243-244.

⁷⁶ TARUFFO, Michele. *Note per una Riforma...* op. cit. p. 248.

⁷⁷ v. tb. “funções da prova” capítulo I, item 2.

se pode pensar. Segundo *TARUFFO*⁷⁸, existem duas razões pelas quais o conceito de verdade dos fatos no processo é altamente problemático e produz complicações e incertezas sob o plano da definição do papel da prova.

A primeira diz respeito à noção, pode-se assim dizer, "não instrumental do processo", ou seja, à colocação de que, o processo, enquanto tal, não tem relação com a busca e accertamento da verdade dos fatos, isto porque, sua função é apenas resolver controvérsias e não produzir decisões verídicas (posicionamento doutrinário acima apontado, item "b" supra, 1.1). Identifica o mestre italiano que este posicionamento se deve a uma evidente contradição que emerge entre a teoria da prova e a teoria do processo em geral. No âmbito da primeira se diz, habitualmente, que a função da prova consiste em estabelecer a verdade dos fatos, no âmbito da segunda, se diz, ao invés, freqüentemente, que a função do processo não consiste no accertamento da verdade dos fatos. Restaria então entender a que coisa servem as prova no processo⁷⁹ quando este não tem como escopo o accertamento da verdade dos fatos mas sim a solução de conflitos.

Com relação a esta contradição apontada por *TARUFFO* devemos salientar que ficou acima definido nosso posicionamento⁸⁰ de adesão quanto ao caráter instrumental do processo e por conseqüência, da obtenção de uma justa solução do conflito que deve necessariamente passar pela verdade dos fatos. Portanto, a noção não instrumental do processo não nos cabe analisar até porque este tema (escopos do processo) refoge ao nosso objeto de estudos.

A segunda ordem de razões pela qual a relação prova-verdade dos fatos é

⁷⁸ *TARUFFO, Michele. La Prova dei Fatti Giuridici. Ed. Dott. A. Giuffrè. Milão, 1992, p. 3.*

⁷⁹ *TARUFFO, Michele. op.cit. pp. 5-6.*

altamente problemática está fundada na existência ou não de identidade/analogia entre a idéia de uma verdade processual (relativa) e a idéia de uma verdade extraprocessual (absoluta). Esta é uma questão particularmente complicada porque há uma série de obstáculos a serem superados a fim de estabelecer-se o que se entende por *verdade judicial*, mas é ainda mais difícil de estabelecer o que se entende por *verdade tout court*.⁸¹

Esta será então a perspectiva sob a qual trabalharemos o tema proposto tentando entender se deve-se falar em quantidade ou qualidade de verdade na prova. Ou ainda se a verdade é uma ou existe uma verdade absoluta e filosófica e uma verdade processual e contingente. Qual é a verdade para os processualistas, ou ainda, qual é a verdade que deve ser posta em um processo para que ele seja considerado justo. A verdade e a justiça⁸² caminham juntas?

É a fim de buscar soluções para estas indagações que iniciamos nossos estudos sobre verdade na prova. Certamente não teremos todas as respostas, mas pretendemos, ao menos, tentar traçar um caminho.

2. Verdade

2.1. Análise histórico-crítica da evolução da verdade no processo civil

Passaremos a apontar as noções de verdade sob a perspectiva dos

⁸⁰ v. tb. "Funções da prova" capítulo I, item 2.

⁸¹ TARUFFO, Michele. op.cit. p. 3.

processualistas modernos e contemporâneos, a fim de entender como este conceito variou e vem variando no direito processual, mais precisamente, em relação à prova.

A fim de montar este “quebra-cabeça”, é preciso ter ciência de todo o “universo da verdade”, seus conceitos afins e perspectivas. Para tanto, é necessário trabalhar também com as noções de certeza, verossimilhança, probabilidade e convicção, as quais vão se entremeando e entrelaçando e até, confundindo-se com a noção “pura” de verdade (verdade *tout court*).

A verdade propriamente dita, ou melhor dizendo, a verdade sem categorizações, por sua vez, será vista aqui sob várias perspectivas, e dessa forma, traçaremos um paralelo entre as noções de verdade filosófica, verdade processual, verdade material e formal e ainda, da quantidade necessária de verdade para a convicção judicial, trazidas, em especial, por doutrinadores alemães e italianos. E diante desse desafio - entender a evolução da verdade no processo civil - esperamos poder levá-lo a cabo, a contento.

2.1.1. A noção de verdade para os tratadistas alemães - colocação da questão

A verdade para os processualistas no fim do século passado⁸³, tinha uma conotação dual, a qual, nos parece, que apesar da mudanças de algumas perspectivas, continua vigente para os cientistas contemporâneos do processo

⁸² “justiça” é tratada aqui, vez mais como senso comum dos juristas.

civil

Iniciando a nossa análise pelos tratadistas alemães da época⁸⁴, pode-se dizer que a verdade tinha então conotações distintas; uma filosófica e outra processual. A verdade filosófica era tida como uma verdade absoluta e se resolvia na idéia de adequação (*adaequatio intellectus et rei*⁸⁵) ou seja, era a conformidade da noção ideológica com a realidade, era a adequação do entendimento (subjeto) à coisa e, por ter esta conotação de absoluta, cosmológica⁸⁶, não interessava aos limites do Direito, que é uma ciência prática. MITTERMAIER⁸⁷ espelha o pensamento dos doutrinadores alemães da época: "*Bem se vê, que se não trata, para as necessidades deste livro de examinar se a verdade propriamente dita, ou melhor, a realidade absoluta das coisas, pode ser submetida às investigações do espírito humano, ou se este antes, se deve contentar com a simples aparência. Seria também de todo inútil passar em revista demorada às divisões escolásticas*"⁸⁸.

Portanto, havia mais que uma dicotomia, pode-se chamar de antítese⁸⁹ a

⁸³ aqui compreende-se, mais ou menos, as datas entre 1850 e 1900.

⁸⁴ Aqui pode-se entender WACH, SCHMIDT, CANSTEIN e também MITTERMAIER cuja análise mais detida faremos a seguir.

⁸⁵ esta é a noção grega de verdade, sobre a qual voltaremos a tratar no último capítulo (IV) item 3.

⁸⁶ a perspectiva cosmológica, a que nos referimos, era utilizada pelos filósofos gregos, os quais, buscavam o fundamento de tudo (inclusive da verdade), numa realidade ontológica, sendo que o Universo teria as respostas - o fundamento é o Cosmos. Como o Direito tem um caráter histórico-contingente e prático, a verdade "absoluta" está muito distante daquela realidade e, jamais se coadunaria com a ciência jurídica. Trabalharemos com estas noções no último capítulo.

⁸⁷ MITTERMAIER, C.J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal - exposição comparada*. Ed. Eduardo e Henrique Laemmert, 2a. Ed., Rio de Janeiro, 1879.

⁸⁸ MITTERMAIER, C.J.A. op. cit. p. 78.

⁸⁹ Esta antítese, se dá, em nossa análise, sob a perspectiva da Mecânica. Nos parece que para os processualistas, a verdade absoluta tem um caráter estático, e é sob este aspecto que ela se contrapõe à verdade processual, a qual, é contingente e histórica, e portanto, tem condições de evoluir, movimentar-se, por isso teria um caráter dinâmico, e dessa forma, amolda-se melhor aos lindes do processo, que necessita de um conceito elástico como este. O caráter absoluto e ontológico da verdade filosófica, nos parece ser um dos principais fatores da rejeição deste conceito pelos processualistas.

relação entre a verdade filosófica e verdade processual. A primeira, seria a verdade enquanto noção absoluta e estudada pela filosofia e, seu reverso, a verdade processual dotada de um caráter prático, histórico (contingente) e instrumental. Esta última noção era, como que, “recortada” de uma noção “maior”⁹⁰ (verdade absoluta) e servia apenas enquanto voltada para a realização de um objetivo, qual seja, o convencimento do juiz.

Esta dicotomia dá origem às noções de verdade material e verdade formal, que têm um caráter histórico e processual, mas, cujos limites são elásticos e trabalhados por vários autores, basicamente, sob duas perspectivas; qualitativa, na escola alemã e quantitativa, na escola italiana. É o que passaremos a estudar.

2.1.1.a) O posicionamento de MITTERMAIER

MITTERMAIER, em sua obra datada de 1879, trata de questões como: verdade, convicção e certeza. Para ele, a verdade absoluta (em si mesma considerada) é a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito⁹¹, ou seja, é uma idéia de adequação. No entanto, pressente que não é esta a noção que interessa ao processo, mais especificamente, à prova; pois a verdade sob a perspectiva da prova é a verdade histórica, a qual passa a ser seu objeto de estudos⁹².

⁹⁰ Não significa uma contradição dizer que, “a verdade processual está recortada de uma verdade maior, mas ambas estão em antítese”. Pois, embora poder-se inferir que a verdade processual tenha sido destacada da verdade absoluta (noção esta que ao longo do trabalho pretendemos desmitificar, posto que não há mais que uma verdade, ela não é fragmentada), e aquela guarde uma relação de dependência desta, a antítese se dá, como acima apontado, sob a perspectiva da Mecânica.

⁹¹ MITTERMAIER, C.J. A. op.cit. p. 78.

⁹² Ele traz algumas outras noções de verdade que não pretende trabalhar mas que classifica como: *verdade lógica* que é a obtida pelo raciocínio que resulta que as noções das coisas que

O doutrinador alemão reportava-se à verdade histórica como sendo a verdade processual, a qual era contingente e atrelada a certas circunstâncias, a certos acontecimentos passados no tempo e no espaço⁹³ e também ao sujeito que a analisava (juiz), daí porque de seu caráter subjetivo⁹⁴.

A convicção para o doutrinador está na base da certeza⁹⁵. É um juízo preliminar, eletivo dos fatos apresentados, pois, o juiz ao tomar os fatos por verdadeiros (está convicto segundo *MITTERMAIER*), ainda tem de enfrentar um combate entre os motivos prós e contras. Ao repelir-se os motivos contrários com a vitória dos motivos afirmativos, a convicção passa a chamar-se certeza. A certeza, por seu turno, é o caminho para atingir a verdade histórica. Portanto, a verdade histórica (contingente) é a meta que se atinge através da convicção (escolha dos argumentos) que leva à certeza (definição da decisão). Dessa forma, estar certo é deter a verdade (histórica e processual). Daí dizer-se que em *MITTERMAIER* a verdade se resume na certeza que advém do sujeito (processo de escolha e decisão individuais). Ele fecha então seu raciocínio e legitima seu posicionamento inicial de que a verdade é subjetiva⁹⁶. Portanto, certeza é o

concebemos, não contrariam as leis conhecidas, *verdade transcendental* que é reivindicada pelos filósofos como o conhecimento do mundo metafísico e ainda a *verdade matemática*. *MITTERMAIER*, C.J. A. op.cit. p. 79.

⁹³ *MITTERMAIER*, C.J.A. op. cit. p. 79.

⁹⁴ "...mas também que, antes de se pronunciarem sobre a verdade dos fatos, sofre cada um a influência de seu caráter individual, de modo que a sentença proferida é evidentemente, subjetiva." *MITTERMAIER*, C.J.A. op. cit. p. 79.

⁹⁵ "O estado em que o espírito tem os fatos por verdadeiros, apoiando-se em motivos plenamente sólidos, é a convicção propriamente dita. Até o momento em que se fixa a convicção e em que aparece a decisão, dá-se em nosso espírito um combate entre os motivos pró e contra... Chegado o momento em que, victoriosamente, repelle todos os motivos contrários, e em que estes mais não podem abalar a imponente massa dos motivos afirmativos, toma a convicção o nome de certeza. É a certeza que só nos parece bastante poderosa para regular os nossos actos, e a razão aprova esta conclusão, pois que o homem, em seus esforços para atingir a verdade histórica, não pode esperar adiantar-se à ella". *MITTERMAIER*, C.J. A. op. cit. pp. 85-88.

⁹⁶ Em determinado momento ele se pergunta: "Há nesta operação de nosso espírito correlação entre o indivíduo que julga e o objeto julgado, a verdade é objetiva ou subjetiva? A verdade pode

caminho para a verdade, mas, em última análise, a certeza é a verdade, o resultado desejado é a verdade.

Pode-se, em brevíssima síntese, numa representação gráfica, entender o pensamento de *MITTERMAIER*:

Convicção → Certeza (subj[→]etiva) = Verdade (histórica/subjetiva)

Quanto às noções de verdade material/formal, ele não se preocupa com elas porque centra sua verdade numa perspectiva instrumental (a verdade destina-se somente à legitimação da decisão judicial) logo, a verdade (certeza) que se obtém da instrução probatória é a necessária e suficiente à decisão, o juiz está certo e basta. Não importa a ele a qualidade desta verdade, se é formal ou material, ela é apenas a verdade (certeza) do juiz necessária para a sentença. Pode-se dizer que o método (forma de obtenção da certeza) legitimava o fim alcançado (verdade histórica).

2.1.1.b) O posicionamento de outros doutrinadores alemães

Dentre os demais doutrinadores alemães, podemos citar *WACH*, *SCHMIDT*, *CANSTEIN*, que pertencem ao mesmo contexto histórico, mas que, ressaltam

ser chamada objetiva, com sendo inteiramente independente do indivíduo que a julga? Ou convém mais chamá-la de subjetiva no sentido que sua noção dependa das aptidões especiais do indivíduo a convencer, de modo que para cada homem só é verdade o que ele assim supõe?" A questão devia preocupar vivamente o legislador, e resolvendo-a teria, necessariamente que decidir se pode-se decretar uma teoria legal da prova". MITTERMAIER, C.J. A. op. cit. p. 80.

Mais à frente resume, então, a questão da verdade concluindo que ela é subordinada a regras decisivas que a razão e a experiência indicam como as mais próprias para conduzir ao fim, "mas também que, antes de se pronunciarem sobre a verdade dos fatos, sofre cada um (juiz) a influência de seu carácter individual, de modo que a sentença proferida é, evidentemente,

alguns diferentes posicionamentos, principalmente quanto às noções de verdade formal/material.

A verdade para eles continuava sendo histórica, empírica mas, enquanto *MITTERMAIER* não se preocupava com a “qualidade” da verdade encontrada através da instrução probatória; este tópico (qualidade) era, justamente, o centro das atenções destes tratadistas alemães. Eles acreditavam na dicotomia verdade filosófica e processual (assim como *MITTERMAIER*), relação antitética esta que gerava as noções de verdade material e formal. Mas sua preocupação principal era qual a verdade descoberta no processo civil, ou em outras palavras, o processo civil tende à descoberta de qual verdade, formal ou material? Eles visavam o fim e não o método, propriamente dito. Resumindo então, pode-se dizer que, enquanto *MITTERMAIER* tinha uma preocupação com o caráter instrumental da verdade no processo, os doutrinadores alemães apontados, centralizavam-se no caráter qualitativo da verdade. Se ela advinha de um procedimento formal de fixação era, qualitativamente, inferior à verdade material advinda de uma procedimento baseado no sistema de livre convicção do juiz, a qual era um ideal a ser alcançado.

E, neste ponto, deve-se analisar também os sistemas de avaliação de prova, que também influenciavam no conseguimento da verdade. Sabe-se que havia um movimento histórico, gradualmente ascendente na humanidade, onde a legitimação do modelo inquisitório, no processo, dava-se, dentre outros procedimentos, através da aplicação da teoria das provas legais em relação à prova e ao convencimento do juiz, o que, compreensivelmente, afetou a noção de

subjetiva”. *MITTERMAIER*, C.J. A. op.cit. p. 84.

verdade no processo. A busca da verdade passou a dar-se em critérios legislativos, ou seja, a verdade consistia em certas condições pré-determinadas pela lei e impostas ao espírito do juiz. Portanto, o procedimento probatório à época estava tomado pelo sistema da prova legal, e sendo assim, a verdade que se obtinha, não podia ser outra que a formal. Esta era a grande preocupação dos processualistas.

Para *CANSTEIN*, a fim de obter-se uma decisão justa era necessária a reconstrução dos fatos da causa segundo a verdade material, e *WACH* tentava resolver o imponderável, replicando que a verdade (material) é o resultado "desejado" mas jamais garantido pela instrução civil, e arrematava *SCHMIDT* que a verdade material é uma meta tendencial jamais alcançável. Portanto, a resolução da questão estava em contentar-se com a verdade formal (a qual era alcançada em virtude de um procedimento de fixação formal), que embora não fosse um ideal de verdade, era tudo o que se tinha em mãos, tudo o que era possível.

Chegou-se até, a dar um passo que parecia decisivo neste conflito doutrinário - a instituição normativa da obrigação legal das partes de dizer a verdade em juízo. Com esta normatização teve-se a impressão de que com o alcance da verdade às custas de cada um, poderia-se auxiliar uma mais perfeita atribuição e distribuição da justiça através do processo. Mas este progresso era certamente ilusório, pois elevando-se um dever moral, e não jurídico, ao nível de obrigação legal, revelava-se uma concessão em parte defeituosa do processo civil - esquecia-se não somente o muito ou o pouco que ao conceito próprio de

verdade referia-se⁹⁷. E voltava-se à indagação; qual a verdade mais coerente para o processo?

No entanto, apesar da viva discussão em torno do caráter qualitativo da verdade SCHMIDT faz uma colocação, de certo modo, desoladora. Reconhece ele que a questão da verdade material e da verdade formal se resolve em um mero "*Wortstreit*", ou seja, não passa de um jogo de palavras: logomaquia⁹⁸. Isto porque, "*a dita verdade material referente a fatos verificados no passado ou que perduram no presente, não pode identificar-se nem com a verdade absoluta (que é pura entidade ideal), nem com a certeza matemática: também essa (verdade material), isto é, reduz-se praticamente às modestas proporções da certeza empírica. Mas não diversamente é certeza empírica também a dita verdade formal: dado que não parece concebível um "tertium genus" de certeza, a ser inserido entre aquela matemática e aquela histórica. E portanto, ao menos sob aquele genérico perfil, a antítese falta*⁹⁹".

Dessa forma, depois de tantos esforços e debates, parecia ter-se chegado a lugar algum. Ao mesmo tempo que havia ficado assentado a necessidade de uma verdade processual em antítese com uma verdade (inútil ao processo) absoluta, criando-se então as categorias da verdade material e formal, que eram perspectivas qualitativas da verdade, não se encontrava a forma de legitimar a existência da verdade material em contraposição à verdade formal. Aonde estava fundada a verdade material?

Não podia ser a verdade absoluta (filosófica), já que esta mantinha-se fora

⁹⁷ FURNO, Carlo. op. cit. p. 19.

⁹⁸ SCHMIDT, Lehrb., pp. 435 e segs. *apud* FURNO, Carlo. op. cit. p. 19.

dos lindes do processo e já tinha sido rechaçada pelos doutrinadores, posto que ao processo não interessava. Se ela não era a verdade absoluta, só poderia ser a verdade processual. Retoma-se, portanto, uma perspectiva processual da verdade material. E, nesta perspectiva, como explicar a antítese entre material e formal, ainda que sob o aspecto qualitativo, se ambas tinham a mesma natureza (histórico-processual)?

A perspectiva qualitativa, não a legitima. Porque ela era qualitativamente “melhor” (um ideal), que a verdade formal ?

Estas questões não podiam ser resolvidas, daí porque do desconsolo de *SCHMIDT* e das mudanças de perspectivas trabalhadas pelos doutrinadores que se seguiram e, portanto, o objeto de nossa análise.

Fica identificado então, o cerne da questão da verdade em processo civil, do qual pode-se dizer, que todas as demais teorias passam por esta problemática - a dicotomia entre verdade filosófica (absoluta), verdade processual (histórica) a qual, vista sob uma perspectiva qualitativa (dos doutrinadores alemães) ou quantitativa (doutrinadores italianos) pode ser subdividida ainda em, verdade material e formal, conceitos estes também submetidos e influenciados pela aplicação dos sistemas de apreciação da prova - livre convencimento e prova legal, no processo.

Por hora, vamos tentar representar o que já foi deduzido, em relação aos tratadistas alemães:

⁹⁹ FURNO, Carlo. op. cit. p. 20.

Verdade filosófica/absoluta = adequação

antítese

Verdade processual = histórica : formal e material (noções qualitativas)

2.1.2. A verdade para os processualistas italianos

2.1.2.a) O posicionamento de *MALATESTA*

Para *MALATESTA*, a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade¹⁰⁰, e, portanto, significa também, adequação. Da mesma forma que *MITTERMAIER*, ele não se define quanto à contraposição verdade material e verdade formal. O que ele explicita é que a verdade tem caráter objetivo, em contraposição à certeza que é subjetiva¹⁰¹.

Pois bem, se esta verdade, que ele entende como objetiva, é material/formal, ou ainda, filosófica/processual, cuja divisão vinha sendo imposta, em especial, pelos tratadistas alemães; ele não deixa claro. O que nos parece, é que tendo em vista o contexto em que está inserido (tomado pelo "paradigma" da antítese entre verdade filosófica/processual), ele não teria uma visão una de verdade, mas que simplesmente, não tomou posição na questão, até porque, a doutrina italiana tinha se mantido inteiramente distante desta disputa agitada com vivacidade nos países alemães¹⁰².

A certeza, por sua vez, diz ele, é subjetiva, é uma crença na percepção

¹⁰⁰ *MALATESTA*, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 25.

¹⁰¹ ao fim de seu raciocínio ele acabará por admitir que a certeza é objetiva. Este posicionamento tornar-se-á claro ao longo da exposição.

desta conformidade (verdade - adequação), e portanto, um estado subjetivo do espírito que pode não corresponder à verdade objetiva¹⁰³ ou seja, *a certeza e a verdade nem sempre coincidem, pois, pode-se ter certeza do que é objetivamente falso, ou duvidar-se do que objetivamente é verdadeiro*¹⁰⁴. Complementa o raciocínio dizendo que a certeza, embora não se confunda com a verdade, deriva dela, e daí, ele deduz categorias de certeza que têm por base a verdade da qual advém.

Há três espécies básicas de certeza; a *certeza lógica*, a *certeza física*¹⁰⁵ e a *certeza mista*, que deriva das demais e se revela mais freqüente (de uma verdade sensível, percebida diretamente chega-se, através da inteligência (reflexão) a uma outra verdade, percebida indiretamente - certeza mista¹⁰⁶). Estas categorias só servem para legitimar a convicção, que aqui, é subsequente à certeza¹⁰⁷. "*A certeza é a crença da verdade, o convencimento é, por sua vez, a opinião da certeza, como legítima. Convicto além de certo, exprime o máximo ponto da persuasão*¹⁰⁸.

A função da certeza e, conseqüentemente, da verdade (da qual deriva), passa a ser então instrumental (assim com em MITTERMAIER), tendente à convicção do juiz. Dessa forma, o resultado desejado em MALATESTA é a

¹⁰² FURNO, Carlo. op. cit. p. 18.

¹⁰³ MALATESTA, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 25.

¹⁰⁴ "*A certeza conquanto derive da verdade, não é a verdade. Não é mais que um estado da alma*". MALATESTA, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 25.

¹⁰⁵ A primeira "*é a crença na posse da verdade que nos é revelada somente pelo intelecto*", a segunda "*é a crença na posse da verdade que nos é revelada pelos sentidos*". MALATESTA, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 30.

¹⁰⁶ À percepção da realidade física por obra dos sentidos, junta-se acessoriamente a inteligência, que pela reflexão, conduz à afirmação de uma realidade física ou moral não percebida direta ou materialmente. MALATESTA, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 31.

¹⁰⁷ em relação à MITTERMAIER ele inverte a ordem entre a certeza e a convicção.

¹⁰⁸ MALATESTA, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 60.

convicção¹⁰⁹.

Mais à frente, em seu trabalho, ele evidencia esta tendência. “As provas, sem mais nada, ou geram o convencimento, e teem a efficacia e a verdadeira natureza de prova, ou não chegam a produzir o convencimento e não merecem o nome de provas, não tendo a efficacia nem a verdadeira natureza persuasiva delas¹¹⁰”.

No entanto, quando ele diz, no início de seu estudo que, a verdade é objetiva e a certeza subjetiva, mas que esta deriva daquela, perfaz-se aí uma contradição. Se a certeza advém da verdade; como elas poderiam manter uma relação de derivação e ter naturezas diferentes? Para justificar este posicionamento, MALATESTA diz que a certeza está calcada em critérios objetivos, e termina por afirmar seu caráter objetivo, “quando a certeza é classificada em espécies determinadas, não pode admitir-se certeza que não entre em uma d’essas especies; e se o criterio que determina as especies é objetivo, não há certeza que não seja determinada por criterio objetivo: a subjetividade da certeza, perde-se por isso durante o caminho.”¹¹¹ Portanto, a certeza em MALATESTA não é subjetiva, mas sim objetiva, pois deriva de uma verdade objetiva.

Pode-se dizer, então, que ele inicia influenciado por MITTERMAIER quando diz que a certeza é subjetiva¹¹², entretanto, depois, distancia-se do tratadista alemão, ao admitir por dedução, o caráter objetivo da certeza; bem como porque,

¹⁰⁹ e não a verdade (certeza) como em MITTERMAIER.

¹¹⁰ MALATESTA, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 107.

¹¹¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 26.

¹¹² MITTERMAIER entendia que a certeza era subjetiva porque era, dentre outros fatores, influenciada pelo caráter individual do juiz, ele não via, porém, uma conotação espiritual de

MALATESTA faz a certeza derivar da verdade, enquanto que em *MITTERMAIER*, a certeza tende à verdade, converte-se em verdade histórica e subjetiva¹¹³, sendo este o objeto desejado pelo doutrinador alemão¹¹⁴.

Da mesma forma como fizemos acima, poderíamos resumir assim o processo da verdade em *MALATESTA*:

Verdade (objetiva) → certeza (objetiva) → convicção

Mais adiante *MALATESTA* desenvolve os conceitos de probabilidade e credibilidade em relação à certeza.

Entende *MALATESTA* que relativamente a um fato, o espírito pode achar-se no estado de ignorância, ausência de qualquer conhecimento; no estado de dúvida em sentido restrito, conhecimento alternativo, ou seja, entre o sim e o não; no estado de probabilidade, prevalência do conhecimento afirmativo; no estado de certeza, conhecimento afirmativo triunfante¹¹⁵.

Dessa forma, para chegar-se à certeza nos encontramos quase sempre em face de vários motivos convergentes e/ou divergentes à credibilidade. Quando atende-se aos motivos convergentes e divergentes, julgando-os todos dignos de serem tomados conta, se está diante da probabilidade¹¹⁶. (onde leva-se mais em conta os convergentes que os divergentes, porque do contrário estar-se-á diante da improbabilidade). Sabe-se também que à probabilidade o tratadista italiano

crença.

¹¹³ Enquanto em *MITTERMAIER* pode-se representar graficamente esta relação assim: certeza = verdade; em *MALATESTA* representa-se dessa forma: verdade → certeza.

¹¹⁴ enquanto que em *MALATESTA* o objeto é a convicção, como acima apontado.

¹¹⁵ *MALATESTA*, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 81.

¹¹⁶ "é a percepção dos motivos maiores convergentes a crer, e dos menores divergentes de crer, julgados todos eles dignos de serem levados em conta, segundo a diversa medida do seu valor *MALATESTA*, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 76.

atribui graduações¹¹⁷.

A certeza, por seu turno, acha que os motivos divergentes da afirmação não merecem racionalmente consideração, e por isso afirma. Ou seja, o repúdio aos motivos divergentes é necessário para se ter certeza¹¹⁸. A certeza, diversamente da probabilidade, não comporta graduações, pois, ou tem-se certeza ou não se tem, assim como o convencimento.

E, ainda, quando então se dá a paridade entre os motivos convergentes e divergentes, tem-se a dúvida em sentido específico que ele chama credibilidade¹¹⁹. Portanto, existe credibilidade em sentido específico sempre que a consciência se encontra em face de motivos iguais para a afirmação e para a negação.

Quanto a estas graduações e conceitos não iremos pois, nos detalhar em análises, o que importa é ter assentado que elas servirão de base para a elaboração de conceitos futuros, especialmente em *CARLO FURNO* no que diz respeito ao caráter quantitativo da verdade.

Por fim, dentre as outras demais categorias de certeza que ele elenca, uma, em especial, interessa ao nosso estudo; a certeza legal. Este categoria demonstra a influência dos sistemas de valoração da prova na conceituação de verdade, tema este a que nos referíamos acima.

MALATESTA, resgatando também aqui o pensamento dos tratadistas

¹¹⁷ MALATESTA alerta que não é simplesmente o número dos motivos que determina o grau da probabilidade, mas especialmente a sua importância, valor lógico que não se pode determinar aritmeticamente. Então quanto se tem a probabilidade mínima sobre algo, diz-se que é verossímil; a média diz-se, provável, e a máxima, probabilíssimo. MALATESTA, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 77.

¹¹⁸ MALATESTA, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 72.

¹¹⁹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 81.

alemães falava em *certeza legal* referente ao sistema da prova tarifada, ao passo que, se era dado ao juiz uma determinada aplicação do seu livre critério, obtinha-se a *certeza parcialmente legal*¹²⁰. No entanto, este autor entende que a certeza legal “é um erro lógico que se resolve em um erro jurídico pela condenação que obriga a infligir a quem se tem por inocente, e pela impunidade que obriga a conceder a quem se tem por culpado. Este erro jurídico, por sua vez, converte-se em um erro político, devido à perturbação que origina na consciência social”¹²¹.

2.1.2.b) O posicionamento de LESSONA

LESSONA¹²², por sua vez, não trata muito profundamente da questão, ele (segundo o posicionamento de MALATESTA, não se define quanto à verdade), e apenas refere-se à certeza, a qual divide em três categorias, que, em relação aos meios de prova. Classifica a certeza em; *absoluta* se não admite a possibilidade do contrário; pode ser *moral* se a admite, mas tem em seu favor uma probabilidade, e pode ser ainda *legal* se a lei a impõe ao juiz. Logo a seguir, afirma que o homem, dados os débeis meios de prova, deve contentar-se com a *certeza moral*. Aqui, ele faz um resgate, sem muita expressão, da noção de verdade formal aventada pelos tratadistas alemães¹²³. Representaríamos, então, LESSONA da seguinte forma:

Verdade = certeza

¹²⁰ MALATESTA, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 54.

¹²¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. op. cit. p. 58.

¹²² LESSONA, Carlo. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Ed. Reus S. A. Madrid, 1928, p. 7.

¹²³ “aqui também deve-se escolher entre dois males o menor. Isto é, deve-se examinar segundo a natureza e o valor do direito de que se trate, se é mais grave e perturbador o dano derivado de não aplicar a sanção jurídica, que o derivado da aplicação injusta da mesma”. LESSONA, Carlo. op. cit. p. 7.

2.1.3 A verdade em FURNO

No início de sua teoria, CARLO FURNO¹²⁴ pouco inova em relação aos demais tratadistas, em especial, aos alemães, no entanto, ao final dela ele faz uma releitura sobre um ponto apresentado por MALATESTA e delinea uma noção que veio a influenciar, expressivamente, a questão da verdade entre os processualistas contemporâneos; a noção de verdade suficiente. Vejamos.

FURNO, com muita veemência se insurge contra a noção filosófica de verdade no processo, seguindo a tendência plantada pelos tratadistas alemães; "o equívoco, é que o problema da verdade seja sempre e apenas um problema de pura índole filosófica. O problema da verdade é posto, não como um problema para ser discutido, mas resolvido... é um problema prático¹²⁵." E, sob a mesma influência, ele exalta o caráter instrumental da verdade processual, a qual é também histórica (contingente) e objetiva¹²⁶. *"Sob um ponto de vista jurídico-processual, a busca e o conhecimento da verdade, encontram-se como fim último do processo, numa relação técnica funcional de meio a escopo¹²⁷".*

A certeza, por seu turno, é a representação subjetiva da verdade histórica através do amparo da convicção¹²⁸, mas ele classificou-a também como certeza

¹²⁴FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. in *Studi di Diritto Processuale* vol. II, diretti da Piero Calamandrei, CEDAM, Padova, 1940.

¹²⁵ O texto de FURNO data de 1940. FURNO, Carlo. op. cit. p. 9-10.

¹²⁶ Neste ponto (verdade objetiva) ele se diferencia de MITTERMAIER para aproximar-se de MALATESTA.

¹²⁷ FURNO, Carlo. op. cit. p. 10.

¹²⁸ *"Portanto, entre a verdade e o conhecimento existe um nexó essencial: já que a aptidão para conhecer é a que faz surgir o problema da verdade e dá a essa um caráter de imperiosa necessidade. Assim que, entre a idéia (negativa) da falta total de conhecimento e a idéia absoluta da verdade, se insere toda uma escala de graus intermediários, diferenciados entre si por matizes que não se pode sentir: a medida que se aproximam do conhecimento, renunciam, dentro de*

matemática¹²⁹ e certeza histórica.¹³⁰ Entretanto, a diferença entre as duas formas de certeza (matemática e histórica) é a *convicção*. A convicção é a medida psicológica da certeza. O conhecimento se consolida na certeza histórica pelo amparo da convicção. Mas a convicção assim como a certeza, é relativa¹³¹, daí porque modificável, se demonstrado que é errônea.

Ele entende a verdade (histórica) e a certeza numa relação de ambivalência; o que, objetivamente, se chama de verdade histórica, sob um ponto de vista subjetivo se chama certeza, que também é relativa devido ao seu caráter histórico/subjetivo. *"Esta que, objetivamente considerada, tem o nome de verdade histórica; outra não é, sob o ponto de vista subjetivo, senão a certeza... De verdade se fala sempre, ou bem ou mal, em sentido objetivo. A certeza, ao invés, é um estado de conhecimento individual: ou seja, a configuração subjetiva da verdade. Relativa, depois, porque distinta para cada um dos seres dotados de conhecimento"*¹³²

Seguindo a mesma metodologia, representaríamos a verdade em *FURNO* assim:

Convicção → certeza (subjetiva) = verdade (histórica/suficiente/objetiva)

certos limites, à conquista do que é absolutamente verdadeiro, logrando-se o ponto de equilíbrio ao nível da equação: verdade=certeza. FURNO, Carlo. op. cit. p. 13.

¹²⁹ "Só temos pura certeza senão na certeza matemática, historicamente, não temos outra possibilidade que a de estar convencidos a respeito de uma circunstância de fato. FURNO, Carlo. op. cit. p. 13.

¹³⁰ Mas a diferença entre as duas formas de certeza (matemática e histórica) é a *convicção*. A convicção é a medida psicológica da certeza. O conhecimento se consolida na certeza histórica pelo amparo da convicção. Mas a convicção é relativa, daí porque modificável, se demonstrado que é errônea. FURNO, Carlo. op. cit. p. 14.

¹³¹ O fato da convicção ser relativa é pelo mesmo motivo da certeza ser relativa, ambas têm um caráter contingente (histórico), determinado por circunstâncias de tempo e espaço e subordinadas a sujeitos (cada um com seus universos pessoais). Neste ponto ele resgata o pensamento de MITTERMAIER.

¹³² FURNO, Carlo. op. cit. p. 13.

Como se pode notar, o gráfico é muito parecido ao de *MITTERMAIER*¹³³, já que neste ponto ele resgata seu pensamento, a diferença está na caracterização da verdade. A verdade em *MITTERMAIER* é subjetiva porque advém de uma certeza baseada, dentre outras coisas, em impressões pessoais do sujeito (juiz). Em *FURNO* somente a certeza é subjetiva (é um estado da alma do juiz), a verdade é objetiva. Isso quer dizer que a verdade para ele, continua também sendo histórica, mas apresenta duas facetas em um fenômeno único, que, como ele mesmo diz, encarado subjetivamente, é certeza e, objetivamente, é verdade. O fato da verdade ser objetiva só é relevante enquanto antítese à sua faceta subjetiva, a certeza. Nos parece que o caráter objetivo atribuído por *FURNO* à verdade não tem uma relação ontológica, é apenas uma perspectiva. Portanto, a verdade é objetiva, isto é, independente do sujeito que a desvela, e este fenômeno subjetivamente analisado, pode ser chamado de certeza, tendo ambos uma natureza histórica, empírica.

Pois bem, *FURNO* que é totalmente influenciado pela doutrina alemã, aqui se aparta dela. Ele tenta solucionar a questão que ficou aberta sobre a qualidade da verdade (material/formal) que os alemães entendiam que se reduzia a um simples jogo de palavras¹³⁴.

De tal forma que, aquela distinção que parecia ser relativa à essência, à *qualidade* da verdade (material, formal) ele passa a encará-la sob um outra perspectiva, a distinção passa a designar simplesmente o *modo* (judicial e legal),

¹³³ Convicção → Certeza = Verdade (histórica/subjetiva).

¹³⁴ ver também item 4.1.1.b acima.

no qual, a mesma certeza histórica pode ser obtida no processo. Ou seja, *FURNO* entendia que não se tratava de uma verdade ser melhor que a outra (uma era o ideal a ser alcançado enquanto que a outra era apenas o que se conseguia), ele achava que ambas eram suficientes e eficientes para o tipo de fixação do procedimento probatório que se enquadravam. Portanto, no procedimento da prova tarifada chegava-se à verdade formal e ela era o necessário para o juiz, já na prova dita livre chegava-se à verdade material e ela também era o bastante para o convencimento do juiz.

Dessa forma, por *verdade material* *CARLO FURNO* entende a certeza histórica adquirida pelo processo por via de um ou mais experimentos probatórios, cujos resultados devem ser apreciados pelo juiz com plena e absoluta liberdade de critério.

Por *verdade formal* se entende a certeza histórica adquirida pelo processo não através de valoração crítica liberamente exercitada sobre o material instrutório, mas em virtude de um sistema legal de acerto definitivo dos fatos.

Portanto, *verdade material* seria a certeza histórica judicial e a *verdade formal*, a certeza histórica legal, sendo que apenas a primeira noção serve como elemento psicológico da convicção do juiz. A verdade formal (que é a única pensável em um sistema de prova tarifada) não conduz à sua convicção, porque neste sistema ele não é o destinatário do experimento probatório, mas sim o legislador - “na prova legal o momento probatório se apresenta na mente do

*legislador, que é o juiz dos juízes*¹³⁵.

Portanto, a convicção só pode advir da verdade material e não se fala em convicção em relação à verdade formal. Logo, o processo instrutório (convicção, que é a base certa, subjetivamente considerada, a qual sob uma perspectiva objetiva, se chama verdade), só se dá no sistema da prova livre para o juiz, na prova tarifada este processo se desenvolve na cabeça do legislador.

Fundamentado na idéia de “rejeição” do aspecto qualitativo da verdade, e, conseqüentemente, em busca de uma solução, ele encontra uma saída - o caráter quantitativo da verdade baseado nas categorizações feitas por MALATESTA (probabilidade, credibilidade e certeza)¹³⁶. Não se quer mais saber se a verdade é material e “verdadeira” e portanto, inalcançável, a pergunta agora é qual a quantidade necessária para o convencimento do juiz? Pois, se a verdade tem um caráter instrumental, visa apenas possibilitar ao juiz uma decisão, logo a perspectiva não é a da melhor verdade, mas sim, a suficiente e necessária. E, então, em rápidas linhas ele esboça uma noção que modificaria o centro das atenções dos processualistas contemporâneos; a noção de *verdade suficiente*

Empenhada e dividida entre os conceitos de verdade material e verdade formal a doutrina processualista perdeu de vista sob a sugestão do aspecto qualitativo, o aspecto quantitativo da questão. A qualidade está relacionada com uma escala de valores abstratos e ideais que interessam à filosofia geral. A quantidade se refere a uma escala de valores práticos e concretos que interessam ao direito e especificamente ao processo, regido por uma lei de economia processual. Ocorre então que o juiz venha a possuir somente a quantidade suficiente de verdade (relativa=certeza histórica) para fazê-lo reconhecer a concreta vontade da lei para atuar no caso dado. O que pode variar, com efeito, é a medida quantitativa: a

¹³⁵ FURNO, Carlo. op. cit. pp. 22-25.

¹³⁶ ver também item 4.1.2.a acima.

*amplitude da indagação, a intensidade da convicção*¹³⁷.

2.1.4. A verdade em *CALAMANDREI*

CALAMANDREI abre seu texto dizendo: “*Todas as provas, a bem ver, não são outra coisa senão, provas de verossimilhança*”¹³⁸. E continua por dizer que o juiz tem que contentar-se com o substituto da verdade que é a verossimilhança. A noção de verossimilhança vem imbricada com a questão dos graus da prova e portanto, com a questão acima suscitada de quantidade de verdade, e não qualidade. O que o autor, faz então, é resgatar esta noção da doutrina alemã e a aplica à temática processual.

Dessa forma, sob esta perspectiva quantitativa, desenvolveram-se então a noções de verossimilhança, mais especificamente nos países da *civil law* enquanto que nos países integrantes do sistema da *common law*, a noção de probabilidade, tornou-se mais adequada.

É de salientar-se contudo, que ambas noções, verossimilhança e probabilidade, serão estudadas mais detidamente a seguir, em capítulos próprios¹³⁹. Por hora, a idéia é apenas resgatar sua origem, a fim de entender-se a evolução da noção de verdade no processo civil.

Contudo, em *CALAMANDREI* o que se pode adiantar, é que apesar de

¹³⁷ FURNO, Carlo. op. cit. pp. 42-43.

¹³⁸ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 165.

¹³⁹ “Verossimilhança” está tratada especificamente no neste capítulo, item 3 e “Probabilidade” no item 4 infra.

tecer importantes considerações acerca da verossimilhança e sua aplicação no processo civil, que marcaram uma geração de processualistas e que, ainda domina a nossa visão de verdade, ele termina sua obra por render-se à uma noção de verdade material (qualitativa) resgatada dos processualistas alemães do fim do século; “*Ainda que estejamos convencidos que a natureza humana não é capaz de alcançar as verdades absolutas, é dever de honestidade extremar esforços para buscar aproximar-se o mais possível desta meta inalcançável*”¹⁴⁰, deixando perpassar, assim, a sua insatisfação com a teoria, brilhantemente, esposada.

Não se pode também deixar de consignar que mais recentemente *MICHELE TARUFFO* em obra que trata do tema¹⁴¹ vem tentando desmistificá-lo como sucedâneo da verdade no processo. Aponta ele para a *circularidade intrínseca* do conceito desenvolvido por *CALAMANDREI*, pois somente com o conhecimento da realidade representada pode-se estabelecer a verossimilhança da representação e portanto, quando já se conhece a realidade de que adianta discutir sobre o verossímil? Toda esta controvérsia é detalhadamente analisada mais adiante em tópico específico. No entanto, por agora, pode-se, graficamente, representar *CALAMANDREI* desta forma:

Verdade → Verossimilhança

¹⁴⁰ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 191.

¹⁴¹ TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Ed. Dott. A. Giuffrè. Milão, 1992.

2.1.5. A verdade em CASTRO MENDES

Seguindo a nossa evolução histórica devemos falar também da verdade em JOÃO DE CASTRO MENDES¹⁴².

Este autor também não foge à regra, inicia suas ponderações sobre o tema por explicitar várias conotações para a verdade; *veritas essendi e cognoscendi*¹⁴³, verdade *subjetiva, legal ou jurídica e processual*¹⁴⁴, mas seu centro principal é, como os demais, a contraposição entre uma verdade absoluta (filosófica) que também se resolve em adequação, e uma verdade processual que ele em *ultima ratio* simplifica em *verdade material e formal*.

Em CASTRO MENDES a idéia de geral de *verdade formal* ele resgata de CARLO FURNO, ou seja, é a representação intelectual da realidade obtida pela aplicação a certo caso das regras da prova legal. Já a *verdade material* ele deixa

¹⁴² MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Edições Ática. Lisboa, 1961, p. 370.

¹⁴³ Ele entende, sob o ponto de vista filosófico, que, "*fundamentalmente, a verdade é uma relação de adequação ou conformidade, (adaequatio intellectus et rei, conformitas intellectus cognoscentis cum re cognita) cujos termos ou lados são a realidade em si mesma e uma representação mental dela*" - Esta é o que podemos chamar de *veritas cognoscendi* (a representação mental adequada à realidade). Já a *veritas essendi* é em si incognoscível, ela é autônoma em face de outros conceitos. No entanto, para o Direito enquanto disciplina prática, a realidade que interessa não é a ontológica, considerada em si mesma, mas a realidade enquanto prática e socialmente cognoscível e como conceito de verdade basta-lhe conceito probalístico e quantitativo de SAUER (*Allgemeine Prozessrechtslehre*, p. 105, *apud* MENDES, João de Castro. op. cit. p. 374): a maior concordância possível de uma proposição (de um juízo) com o seu objeto.

¹⁴⁴ A *verdade subjetiva* é uma verdade individual, segundo a *forma mentis* de cada um, sob o influxo dos próprios interesses e paixões. A *verdade legal ou jurídica* é um conceito independente e significa a representação da realidade que a ordem jurídica toma como verdade. Esta noção nada diz quanto ao conteúdo ou modo de formação da versão de fato contemplada, e muito menos quanto à sua adequação à realidade. Limita-se a traduzir a idéia daquilo que é tomado como verdade pela ordem jurídica. A *verdade processual* é a realidade na medida que interessa ao *eventum litis*, é a realidade simplificada àquilo que interessa ao processo. Com o adjetivo *processual* introduz-se uma restrição de ordem quantitativa e não qualitativa. MENDES, João de

claro que consubstancia-se na *veritas essendi*, na própria realidade absoluta (filosófica), é o que alguns autores falam até, pleonasticamente, como “verdade verdadeira” e portanto, define-se em relação aos autores alemães (que não tinham como legitimar a verdade material).

Entende ele que a relação entre um conceito e outro pode ser esclarecida sob o aspecto da negação; ambas a) *não* são espécies do mesmo gênero, b) *não* são realidades que se oponham e c) *não* desempenham a mesma função jurídica¹⁴⁵.

O autor resume, por fim o pensamento dele em um silogismo: ¹⁴⁶

a) Basta um limite mínimo à liberdade de investigação do juiz para que o

Castro. op. cit. p. 380-384.

¹⁴⁵ Para explicitar as proposições temos que:

a) Não são espécies do mesmo gênero porque sobre a mesma matéria não pode haver duas verdades; a verdade é necessariamente uma só.

b) Não são realidades que se oponham porque o elemento da primeira pode pertencer à segunda e vice-versa. Para *GUASP (Juez y Hechos. p. 93)* a verdade formal é pois, uma verdade fingida, ou seja, uma não-verdade. Portanto, desta relação pode se verificar que a verdade formal pode coincidir com a verdade material, como também pode não coincidir, embora desta coincidência nunca possamos estar absolutamente certos e seguros (p. 393).

c) Quanto à função processual da verdade material e formal pode-se apontar duas correntes de pensamento; c1) daqueles que entendem que ambas desempenham a mesma função em tipos diferentes de processos (Teoria do paralelismo de funções - a verdade material é o fim da atividade probatória em processo penal e a verdade formal é o fim da prova em processo civil); c2) daqueles em que ambas, desempenham funções diferentes, em qualquer tipo de processo (Teoria da dualidade de funções - Em qualquer processo, a verdade material é o fim ideal que se procura alcançar, no entanto, a verdade formal é o único resultado prático que se atinge). MENDES, João de Castro. op. cit. pp. 391-398.

¹⁴⁶ este silogismo final advém de outros dois, quais sejam: Segundo esta teoria teríamos então dois silogismos que convergem em um terceiro. Vejamos. O primeiro silogismo tem as seguintes premissas:

a) todo o processo se rege ou pelo princípio da prova livre ou pelo princípio da prova legal;

b) em regime de prova livre não há dúvidas de que a atividade probatória tende diretamente para a verdade material; e em regime de prova tarifada a atividade probatória tende indiretamente a ela através da subsunção a normas jurídicas que tem em vista assegurar que se alcance a verdade material;

c) Logo, em todo processo tem a atividade probatória como fim a verdade material.

Pelo segundo silogismo perpassa a idéia de que:

a) Toda a atividade probatória que tenha que respeitar normas obrigatórias, por mínimo que seja o seu número e importância, conduz a uma verdade formal e não material;

b) Em qualquer processo há uma medida, mais ou menos larga, de regras jurídicas probatórias;

c) Logo, qualquer processo conduz a uma verdade formal e não material.

processo de investigação da verdade degenere num processo formal de fixação, ou seja, num processo em que se obtém uma verdade meramente formal.

b) Tanto em processo civil como em processo penal ou administrativo, há uma medida mais ou menos larga de normas que disciplinam a atividade probatória, limitando a liberdade do juiz.

c) Logo, o resultado de todo processo é uma verdade formal, a qual CASTRO MENDES critica, incisivamente, entendendo que esta deve ser ignorada, ou melhor banida da ciência jurídica, posto que *“é uma tautologia, um lapalicismo mascarado de afirmação científica, e que representa uma construção meramente verbal do fenómeno probatório. Sempre que falarmos ora em diante em verdade, entende-se, portanto, que é à verdade material que nos referimos. Este é o único conceito de dignidade científica”*¹⁴⁷.

Pois bem, embora ele rejeite, veementemente, a noção verdade formal em detrimento da verdade material, ele também tem consciência que a verdade material (como *veritas essendi*) não pode ser atingida pelo processo. Portanto, ele resolve a questão fora da visão qualitativa de verdade, ou seja, na quantidade; verossimilhança e probabilidade.

Portanto, o autor fala que em todo juízo sobre a realidade estamos limitados à mera probabilidade ou verossimilhança. A probabilidade e a verossimilhança não são estado de espírito, mas qualidades da afirmação, pois, ao homem não é permitida a consciência da verdade absoluta e indubitável certeza, mas a

¹⁴⁷ “O termo tende insidiosamente a fazer admitir, desempenhando funções e papéis científicos reservados à verdade em si, uma realidade que verdade não pode ser. Dizer que o processo civil tem como fim a verdade formal é afirmar, por outras palavras, que através de um certo número de meios e atividades reguladas na lei se procura alcançar e normalmente alcança-se - somente aquilo que se obtenha por esses meios e atividades”. MENDES, João de Castro. op. cit. p.402.

consciência de um elevado grau de probabilidade, consciência a que ele chama de convicção¹⁴⁸.

Quanto ao grau de convicção que é necessário para se falar em prova, ele entende que é aquele suficiente para justificar a decisão que nela se baseia. O julgador deve medi-lo em face das circunstâncias do caso concreto e do seu prudente arbítrio, domina aqui a idéia da justificabilidade. “*Toda prova é portanto, uma prova bastante, bastante para justificar o ato que vai praticar*”¹⁴⁹.

E aqui CASTRO MENDES, inova, acrescentando à idéia de verdade suficiente de FURNO, que a medida do *quantum* da prova deve fixar-se tendo em atenção todas as características do caso concreto e também:

a) A importância do processo em causa, litígios de maior valor, maior instrução e assim por diante; b) a posição processual da alegação probanda. Uma mesma questão poderá em processos diversos ser tratada mais ou menos atentamente, consoante desempenhe o papel de *thema decidendum*, questão fundamental ou questão instrumental; c) o conteúdo da alegação probanda. A lei exige normalmente um grau de convicção superior para a procedência do pedido que para a improcedência. P. Ex. em processo penal é necessária a certeza par condenar, mas basta uma probabilidade para absolver¹⁵⁰.

“*O problema do quantum da prova é, pois, de resolver-se pelas idéias elásticas de justificabilidade, de prova bastante ou suficiente, apreciadas por todas as circunstâncias do caso concreto. Na apreciação do justo grau de probabilidade*

¹⁴⁸ MENDES, João de Castro. op. cit. pp. 324-325.

¹⁴⁹ Noção de verdade suficiente em CARLO FURNO.

¹⁵⁰ MENDES, João de Castro. op. cit. pp. 325-327.

*está o segredo do acerto da decisão*¹⁵¹.

Poderíamos representar a verdade em *CASTRO MENDES* desta forma:

Verdade (histórica/formal/suficiente) → verossimilhança e probabilidade

2.1.6. A verdade em *CARNELUTTI*

É fundamental salientar-se a primeira grande mudança, pode-se assim dizer, de “paradigma” em relação aos demais doutrinadores, com referência ao enfrentamento da questão da verdade - a aceitação por *CARNELUTTI* da noção una de verdade, não considerando a antítese proposta pelos demais entre - verdade filosófica (absoluta) e verdade processual (histórica).

No início de seu célebre ensaio - *Verdade, Dúvida, Certeza*¹⁵², o tratadista italiano acena para uma evolução no seu pensamento. Aponta ele que na obra *a Prova Civil*¹⁵³, assinalava que o escopo do processo era a busca da *verdade substancial* mas, o resultado era a obtenção de uma *verdade formal*. No entanto, ele mesmo entendeu, posteriormente, que esta não era uma distinção fundada, posto que “*a verdade não é, e nem pode ser senão, uma só: aquela que eu, como os outros, chamávamos de verdade formal não é a verdade. Nem eu sabia então que coisa fosse e porque, sobretudo, nem com o processo, nem de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem*”¹⁵⁴.

A verdade para *CARNELUTTI*, inspirado em *HEIDEGGER*, passa a ser a

¹⁵¹ MENDES, João de Castro. op. cit. p. 327.

¹⁵² CARNELUTTI, Francesco. *Verità, Dubbio, Certeza*. Rivista de Diritto Processuale, vol n0. XX (II série), Ed. CEDAM, Padova, 1965, pp. 4-9.

¹⁵³ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. Editora Dell'Ateneo - Roma, 2a. Edição, 1947.

¹⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Verità, Dubbio, Certeza*. Rivista de Diritto Processuale, vol n0. XX (II série), Ed. CEDAM, Padova, 1965, p. 4.

“universalidade da coisa”, justamente porque a coisa é uma parte, ela é e não é. Para conhecer a verdade da coisa, ou digamos, precisamente da parte, é necessário conhecer tanto o direito quanto o avesso; pois, uma rosa é uma rosa porque não é qualquer outra flor. A verdade está no todo e não na parte, e o todo é muito para nós¹⁵⁵. Dessa forma, se a verdade o homem não pode alcançar (porque está no todo), logo deve-se substituí-la pela *certeza*.

A *certeza*¹⁵⁶ em *CARNELUTTI* implica em uma escolha, pois quando se escolhe, o faz entre o quê, porquê? Sendo que destes questionamentos emerge o valor da *dúvida*¹⁵⁷ que é a raiz do conceito de certeza. No entanto, ainda que tomado pela dúvida (o juiz não fez ainda um juízo), tem que condenar - este é o grande drama processual. Mesmo que o seu pensamento não consiga, a nenhum custo, eliminar esta incompatibilidade (dúvida), todavia ele deve escolher¹⁵⁸. Mas se o pensamento não é suficiente para eliminar cada dúvida e por isso, para consentir na escolha, como faz o juiz para escolher?

A solução então apontada por *CARNELUTTI* é a fé - “A afirmação que a *certeza se consegue não tanto através da ciência, mas através da fé, tem um*

¹⁵⁵ “Para conhecer verdadeiramente a rosa, isto é, para encontrar a verdade, não se deve conhecer apenas o que ela é, mas também o que ela não é. Portanto, a verdade de uma coisa nos foge até que possamos conhecer todas as outras coisas e então possamos conseguir senão uma consciência parcial”. *CARNELUTTI, Francesco*. op. cit. p. 4-5.

¹⁵⁶ ele entendia como derivada do latim *cernere* que ele traduzia por “ver”. Com o passar dos anos ele encontrou o significado de *cernere* não como *ver*, mas sim, como *escolher*. *CARNELUTTI, Francesco*. op. cit. p.5.

¹⁵⁷ “A dúvida é o contraste ou a incompatibilidade não tanto entre dois juízos, mas entre dois raciocínios. (A diferença entre juízo e raciocínio é que primeiro julga-se depois raciocina-se. As razões fundadas sobre provas são, propriamente o meio para testar o juízo). Não existe juízo algum, que não ponha a teste, quem o deve pronunciar, de frente àquele contraste, pelo qual a dúvida é constituída. O juiz vai sempre estar sendo posto à teste pela dúvida.” *CARNELUTTI, Francesco*. op. cit. p.5-6.

¹⁵⁸ “Em muitos casos a lei o libera da escolha, escolhendo em seu lugar. Este é o significado do sistema da prova legal. Ou a lei deixa o juiz ceder à tentação no processo penal, quando permite que o juiz absolva por insuficiência de provas. Isto só vem a denunciar o insucesso da administração da justiça, a qual deve, necessariamente, resolver-se sempre entre um sim e um

sabor e um valor de paradoxo, mas os paradoxos não são outra coisa que as luzes ofuscantes da verdade¹⁵⁹". A crença aparece então como um "instrumento" que integra a deficiência do saber, isto porque, ciência e fé, ou, saber e crença estão relacionadas em uma figura circular, cada passo da ciência faz avançar a fé, e cada passo da fé faz avançar a ciência. O ciclo da ação se inicia e se fecha com a fé.

CARNELUTTI, finaliza seu texto afirmando que - "*A certeza pertence ao campo da liberdade e esta não é outra coisa que a possibilidade de abrir-se a qualquer coisa que atrai o homem, ao fim de uma das duas estradas. Reaparece aqui à memória o antigo parentesco entre o juiz e o sacerdote*".

Do que foi exposto em CARNELUTTI, pode-se identificar claramente seu engajamento na noção moderna de verdade que vigorava nos tratados dos filósofos daquela época, em superação à noção grega de adequação¹⁶⁰. Ao situar o fundamento da verdade no sujeito pode-se dizer que a construção de CARNELUTTI em relação ao processo representa mais que uma mudança de posicionamento, demonstra uma mudança paradigmática¹⁶¹.

não". CARNELUTTI, Francesco. op. cit. p.6.

¹⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. op. cit. p.8.

¹⁶⁰ Como acima apontado em nota anterior, a noção grega de verdade não se resumia apenas em "adequação", a verdade grega também pode ser identificada na concepção platônica de "desvelamento" (*alétheia*). Deve-se salientar que ao se identificar a concepção grega como adequação quer-se significar a noção hegemônica e não a única. V. tb. Capítulo IV, item 3.3.

¹⁶¹ Quando se fala em paradigma, tanto aqui, quanto em outros momentos posteriores desta análise, quer-se falar do conceito construído por THOMAS KUHN e que não tem uma definição objetiva, mas sim, enquanto apta a propiciar uma leitura histórica da filosofia. Por hora, nos interessa saber que "um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham", suas crenças, valores e técnicas. Pelos intensos questionamentos, pela comunidade científica de um determinado paradigma começa-se a delinear a necessidade de mudança e esta ocorre quando se forma um novo paradigma que se estabelece pela reconstrução de um diverso objeto de investigação. (LUDWIG, Celso Luiz. *A alternatividade jurídica na perspectiva da liberação: Uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel*. Dissertação apresentada em Curso de Pós-Graduação da UFPR. 1993, pp. 7-9). Voltaremos a estes temas no último capítulo.

Enquanto que os demais doutrinadores estavam tomados pela idéia de que o ser é o fundamento do mundo (os entes, as coisas são vistos porque iluminados por ele - "o ser é, o não-ser não é" - ser e mundo coincidem¹⁶²); a modernidade se funda nos parâmetros paradigmáticos do sujeito¹⁶³, isto é, a fundamentação do pensar é a consciência. (*Cogito, ergo sum* - "Penso, logo existo")¹⁶⁴.

Nesta perspectiva (paradigma da consciência), *CARNELUTTI* reproduzia, ainda que parcialmente¹⁶⁵, a verdade em *DESCARTES* - para o qual, o fundamento da certeza é a consciência do sujeito. Todas as idéias que nos parecem claras e distintas devem ser aceitas e recebidas como verdadeiras. *DESCARTES* (assim como *CARNELUTTI*) confunde a verdade com a evidência, com a certeza do sujeito, com aquilo que parece verdadeiro ao sujeito que dessa verdade julga ter certeza. Por fim, ele transfere para Deus (fé em *CARNELUTTI*) a garantia real da veracidade das idéias claras e distintas¹⁶⁶. "*A verdade não consiste na liberdade, mas é a liberdade que a torna possível, libertando-a, ou revelando-a no juízo, na afirmação ou na negação, que dependem, como se acaba de ver, não do entendimento, mas do livre arbítrio*"¹⁶⁷.

Portanto, a noção de verdade em *CARNELUTTI* pode ser considerada uma

¹⁶² V. tb. capítulo IV, item 3.2.1 "Paradigma do Ser".

¹⁶³ No paradigma do sujeito (consciência) a direção do movimento de todo o pensar é a mesma, deixa de ser em direção ao ser, mas em direção à consciência. V. tb. capítulo IV, item 3.2.2 "Paradigma do sujeito".

¹⁶⁴ LUDWIG, Celso Luiz. op. cit. pp. 10-25.

¹⁶⁵ Diz-se que *CARNELUTTI* engaja-se "parcialmente" à noção cartesiana de verdade, a qual pontificou inicialmente a mudança paradigmática (de Ser para Sujeito) porque o posicionamento carneluttiano coincide com a postura de *DESCARTES* quanto ao *fundamento* da verdade, ao situá-la no sujeito. Difere, no entanto, da concepção cartesiana ao estender a dimensão do sujeito para além da "consciência pensante" qu se deu em Kant, o qual também inserido no mesmo paradigma sujeito, passou a tratar a verdade como objeto construído. VERIFICAR ESTA NOTA COM PROF. CELSO.

¹⁶⁶ CORBISIER, Roland. *Filosofia, Política e Liberdade*. Ed. Paz e Terra. 2a. Ed.- Rio de Janeiro, 1978, p 75.

grande evolução sob dois aspectos:

a) Ele começa a desmitificar a visão dual da verdade, entendendo que a verdade é una;

b) A verdade única de *CARNELUTTI* não é mais baseada na adequação, ou seja, na conformidade do intelecto com a coisa (*adaequatio intellectus et rei*); mas sim na noção Kantiana de verdade, que reflete uma mudança paradigmática, e se consubstancia em uma concepção ampliada de sujeito.

Sua representação gráfica se dá assim:

Verdade (objeto construído) = Certeza (subjéitiva)

2.1.7. Resumo dos argumentos

Resumindo, podemos dizer que no processo civil moderno fica nítida a antítese - verdade filosófica e verdade processual, a qual, sob determinados aspectos, povoa a cabeça dos processualistas, até os contemporâneos. Esta noção reduz-se, basicamente, na aceitação da noção grega de verdade (adequação) para a chamada verdade filosófica, que também era absoluta e inalcançável em contraposição a uma verdade processual de conotação histórica que se dividia em formal e material encarada tanto sob a perspectiva qualitativa como quantitativa. *CARNELUTTI*, por sua vez, enfoca uma visão una de verdade, desvencilhando-se de toda a controvérsia acima apontada (verdade filosófica/processual, e verdade formal/material) a qual é encarada sob a perspectiva do sujeito (paradigma da consciência).

¹⁶⁷ CORBISIER, Roland.op. cit. p. 76.

A *verdade processual* em gráficos, consubstancia-se desta forma em:

1. *MITTERMAIER*
 Convicção → Certeza (subj^{etiva}) = Verdade (histórica/subj^{etiva})

2. *ALEMÃES (WACH, CANSTEIN, SCHMIDT)*
 Verdade filosófica/absoluta = adequação
 antítese
 Verdade processual = histórica : formal e material (noções qualitativas)

3. *MALATESTA*
 Verdade (obj^{etiva}) → certeza (obj^{etiva}) → convicção (subj^{etiva}).

4. *LESSONA*
 Verdade = certeza

5. *FURNO*
 Convicção → Certeza (subj^{etiva}) = Verdade (histórica/suficiente/obj^{etiva})

6. *CALAMANDREI*
 Verdade → Verossimilhança

7. *CASTRO MENDES*
 Verdade (histórica/suficiente) → verossimilhança e probabilidade

8. Em *ÇARNELUTTI*, não vemos a antítese verdade (filosófica/processual), portanto, a verdade aqui é uma só e tem a seguinte representação:
 Verdade (objeto construído) = Certeza (subj^{etiva})

2.1.8. A verdade tratada pelos doutrinadores brasileiros

É de salientar-se, primeiramente, que o tema em questão nesta monografia - prova, não é tratado com muita intensidade pelos doutrinadores brasileiros. Como acima apontado, há algumas dezenas de obras, dentre elas, Comentários ao Código de Processo que tratam do tema, em especial, da teoria geral, que não é, exatamente o palco para tratar-se de questões como a verdade na prova. Desta forma, não conseguimos coletar muitas opiniões acerca do assunto para que possamos fazer comparativos.

Dentre as opiniões coletadas devemos citar *MOACYR AMARAL SANTOS* que escreveu monografia específica sobre a prova. Em rápidas linhas, diz ele citando *MALATESTA*, "*a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade. Conceito da verdade relativa e não absoluta, sempre procurada, nunca alcançada*¹⁶⁸". Como a verdade se apresenta apenas através dos sentidos e da inteligência sendo ambos precários e insuficientes, eis então a justificção para a relatividade, aliada a condições de tempo e espaço. "*Por isso mesmo, a verdade, que se busca, quase sempre não se apresenta, ou nunca se apresenta com a brancura da verdade absoluta, mas apenas com as cores da realidade sensível. Contudo, é a verdade*¹⁶⁹".

Cita ainda também o que ele chama de estados de espírito em relação ao conhecimento, que são: certeza, dúvida e ignorância. Como se pode notar o autor

¹⁶⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. op.cit. p. 12.

¹⁶⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. op.cit. p. 12.

reproduz as ponderações de MALATESTA, filiando-se *in totum* ao pensamento deste.

Nosso ilustre professor EGAS MONIZ DE ARAGÃO, em obra que também versa especificamente sobre o tema, disserta que, de há muito se repete, com se estivesse certo haver, no mínimo, três “verdades”, ou três graus da “verdade”, perante o Direito: “a que é verdade mesmo; a que se supõe que seja, “verdade material” (que os processualistas penais se jactam de alcançar); a que não o é, conquanto possa também sê-lo, sendo até irrelevante se é ou não é, “verdade formal” (com que deveriam contentar-se os processualistas civis). Basta enunciar essas proposições para perceber sua improcedência” .¹⁷⁰

Pondera, mais adiante, que a busca do processo, tanto civil quanto penal, nem pode ser outra que a verdade dos fatos, mas tendo ou não alcançado este estágio, há um momento que o processo tem de ser dado por encerrado e julgador tem de proferir sentença. Portanto, se não se atinge o objetivo (verdade), “não é porque sua finalidade não seja alcançá-la, e sim por meras circunstâncias acidentais, que sobre ele influem com intensidade maior ou menor”¹⁷¹. A verdade do juiz é subjetiva.

Portanto, nos parece que o professor não faz ponderações sobre a questão da qualidade da verdade encontrada no processo, ou seja, se é substancialmente ou ontologicamente, formal, material ou “real”, mas tem uma perspectiva pragmática e realista, filiando-se à visão de CARLO FURNO de verdade suficiente, embora não trabalhe profundamente o assunto.

¹⁷⁰ ARAGÃO, Egas Moniz. *Exegese do Código de Processo Civil*. Vol. IV, Tomo I (Arts. 329 a 399). Ed. Aide - Rio de Janeiro, p. 83.

FREDERICO MARQUES, por seu turno, também reproduz o pensamento de *FURNO*, quando diz que “a convicção do magistrado se formará, portanto, sobre os elementos probatórios contidos nos autos, os quais constituem a verdade suficiente a respeito dos fatos que deverá apreciar “com o auxílio dos critérios da lógica, assim como da razão e da experiência”¹⁷².”

PESTANA DE AGUIAR, encontra respaldo em *MALATESTA* e *FURNO* quando enseja que embora a verdade material seja o fim objetivado no processo, não se pode desprezar a verdade formal que decorre do sistema da prova legal.¹⁷³ Sendo que o professor *NEVES* e *CASTRO*, com obra comentada por *PONTES DE MIRANDA* entende que “se as verdades mais evidentes são negadas, e se os nossos sentidos não nos podem determinar acerca da existência ou inexistência da maior parte dos fatos, podemos dizer, sem receio de errar que a evidência ou prova puramente metafísica poucas vezes se pode obter”¹⁷⁴.

PONTES DE MIRANDA, em sua obra, nos comentários do art. 339¹⁷⁵, assim como o professor *ALFREDO BUZAID* em artigo¹⁷⁶, falam sobre o dever das partes de dizer a verdade¹⁷⁷, e não tocam mais profundamente a questão apenas retomam a noção dos tratadistas alemães que também entendiam que se todos

¹⁷¹ ARAGÃO, Egas Moniz. op. cit. p. 84.

¹⁷² MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, III vol., Ed. 2a., Forense, Rio-São Paulo, pp. 356-358.

¹⁷³ AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. Arts. 332-443. Ed. RT, 2a. Ed. 1977, São Paulo, pp. 31-34.

¹⁷⁴ NEVES e CASTRO, Francisco Augusto. *Theoria das Provas e sua aplicação aos actos civis*. Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 2a. Ed. 1917, pp. 12-13.

¹⁷⁵ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV, (Arts. 282-443), Ed. Forense, 1974, Rio de Janeiro, pp. 256-258.

¹⁷⁶ BUZAID, Alfredo. *Processo e Verdade no Direito Brasileiro*. Revista de Processo, n0. 47. Jul/Set 97, pp. 92-99.

¹⁷⁷ neste sentido também COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1950, pp. 235-258 e ainda, MELERO, Valentin Silva. *O Chamado Dever de Dizer a verdade no Processo Civil*. Revista Forense - 439, 1940, Rio de Janeiro, pp. 71-74.

contribuíssem para a busca da verdade no processo poderia ser mais perfeita atribuição e distribuição da justiça¹⁷⁸.

Há também outros autores¹⁷⁹ que, principalmente quando falam da dicotomia verdade material, verdade formal, o fazem referindo a primeira ao direito processual penal e a segunda ao direito processual civil.

Como se pode notar os autores brasileiros não tratam muito profundamente da questão, apenas aceitam os posicionamentos de *MALATESTA* e *CARLO FURNO*, no que diz respeito à antítese verdade material e formal e as conseqüências daí decorrentes.

3. Verossimilhança

Antes mesmo de tratarmos da questão ora aventada faz-se primordial uma diferenciação importante quanto à natureza do instituto e suas aplicações. Dessa forma, iniciaremos por conceituá-lo e logo após mostrar sob que perspectivas ele pode ser trabalhado.

¹⁷⁸ ver também item 4.1.1.b supra.

¹⁷⁹ Neste sentido TOVO, Paulo Cláudio. *Limitações ao Princípio da Verdade Real no Processo Penal Pátrio*. *Ajuris* n.º 19. Julho, 1980, pp. 57-60, também COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Verdade Material e Processo Penal*. *Revista dos Tribunais* - 678, Abril/92, pp. 286-290 e ainda, ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. *Algumas Reflexões sobre a Verdade e a Certeza no Campo Probatório*. *Ajuris* n.º 68, nov. 1996, pp. 50-56, que se reporta aos ensinamentos de FURNO e MALATESTA. Ver também, SZNICK, Valdir. *Reflexões sobre a Prova e o Livre Convencimento do Juiz*. *R.T.J.E.* vol 19, pp. 25-27, e ainda RIBEIRO, Darci Guimarães. *A Instrumentalidade do Processo e o Princípio da Verossimilhança como Decorrente do "Due Process of Law"*. *Revista de Processo* n.º 75, pp. 183-188, que trata também da questão da verossimilhança.

3.1 Conceito

Para chegarmos à noção de verossimilhança é necessário entender, primeiramente, o que é um fato verossímil.

A experiência ensina que fatos verossímeis são aqueles que acontecem normalmente em circunstâncias semelhantes àquelas que encontram-se no caso concreto, isto é, o fato em questão se apresenta com a aparência de ser verdadeiro de acordo com a experiência da normalidade. A *contrario sensu* é inverossímil quando, podendo ser verdadeiro, parece, entretanto, em contraste com critérios de normalidade¹⁸⁰. Portanto, não é necessário comparar um fato que se acha verossímil a um fato tido como verdadeiro é apenas uma questão de compará-lo a um outro fato que a experiência já classificou-o como verossímil.

Mas, o que poderíamos entender como verossimilhança? Etimologicamente, o termo deriva da verdade, ou seja, é uma semelhança com a verdade, ou ainda, algo que parece verdadeiro. Dessa forma, verossimilhança não repugna à verdade, não é a verdade, mas parece-se com ela.

No entanto, o juízo de verossimilhança que o direito considera relevante é um juízo dado não sobre um fato, mas sobre a afirmação do fato. Pode-se também dizer que tem um caráter eminentemente relativo, porque são variáveis segundo o nível de cultura do juiz, e também com o avanço da ciência, porque dia após dia entram no domínio da verossimilhança fatos que até ontem eram tidos como inverossímeis ou absurdos¹⁸¹. Pois bem, daí deduz-se que o juízo de verossimilhança tem um caráter típico, ou seja, fundamenta-se antes na

¹⁸⁰ CALAMANDREI, Piero. op. cit. pp. 169-170.

¹⁸¹ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 170.

investigação em concreto, sobre uma máxima de experiência que considera a frequência com que se produzem na realidade fatos do tipo daqueles alegados pelas partes.

PATTI descreve que a parte não precisa fornecer uma prova plena, de modo que faculte ao juiz chegar ao convencimento, mas deve demonstrar apenas a ocorrência de uma "*fattispecie*" típica e portanto, a aparência de uma certa situação¹⁸².

3.2. A noção de *CALAMANDREI* de verossimilhança

O instituto da verossimilhança tem origem no direito alemão - *Wahrscheinlichkeit*¹⁸³, porém, *CALAMANDREI* tem muita influência na difusão do termo, principalmente, a partir do seu célebre texto - "*Verdade e Verossimilhança no Processo Civil*"¹⁸⁴. Neste ensaio ele trata do tema sob duas perspectivas fundamentais, que adiante apontaremos, bem como enseja uma série de aplicações deste instituto no processo civil.

Inicia o texto com a seguinte afirmação: "*Todas as provas, a bem ver, não são senão provas de verossimilhança*"¹⁸⁵.

Pois bem, *CALAMANDREI*, seguindo os passos de *WACH*¹⁸⁶, entende que

¹⁸² *PATTI*, Salvatore. op. cit. p. 170.

¹⁸³ *SALVATORE PATTI*, cita em seu texto que a palavra verossimilhança deriva do termo alemão *Anscheinsbeweis*, no entanto, podemos observar com *MICHELE TARUFFO*, que deriva do termo *Wahrscheinlichkeit*, sobre o qual tratamos no tópico "Crítica de *TARUFFO* à noção de verossimilhança" item 3.8. infra. *Anscheinsbeweis* significa, na verdade, prova *prima facie*. *TARUFFO*, Michele. *La Prova dei...* op.cit. pp. 483 e ss.

¹⁸⁴ *CALAMANDREI*, Piero. *Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile*. in: *Rivista di Diritto Processuale*. Vol X - parte I, Padova, CEDAM, 1955, pp. 164-192.

¹⁸⁵ *CALAMANDREI*, Piero. op. cit. p. 165.

¹⁸⁶ *WACH*, *Vorträge über die Reichs-Civil Processordnung*, Ed. 2a. (Bonn, 1896), p. 226, *apud CALAMANDREI*, Piero. op. cit. p. 165.

cada juízo de verdade se reduz logicamente a um juízo de verossimilhança e que o juiz tem de contentar-se com ela que é o substituto da verdade. Mesmo para o magistrado mais escrupuloso “*aquilo que se vê é somente aquilo que se parece ver. Não verdade, mas verossimilhança: isto é, aparência (que pode ser também ilusão) de verdade*”¹⁸⁷.

Mais adiante afirma que o “*juízo de verossimilhança tem caráter instrumental, enquanto que o juízo de verdade tem caráter final*”¹⁸⁸, ou seja, o primeiro diz respeito à alegação dos fatos pelas partes, entenda-se, antes que o procedimento probatório tenha iniciado; enquanto que o juízo final de verdade verte sobre os resultados das provas.

Poderia parecer que se instaurou aí uma contradição no pensamento do mestre italiano, pois enquanto ele diz que o juiz tem de contentar-se com a verossimilhança que é o substituto da verdade, e que todas as provas não são mais que provas de verossimilhança, ele, logo a seguir, diz que a verossimilhança tem caráter instrumental e a demonstração da verdade é o fim do processo.

No entanto, com estas assertivas ele apenas delinea as duas principais perspectivas sob as quais se pode encarar o instituto da verossimilhança: a primeira delas como sucedâneo da verdade processual e a segunda verossimilhança de caráter instrumental. A noção de verossimilhança também pode ser relacionada ao ônus da prova, na medida que tende a atenuar a rigidez das regras legais a este respeito, no entanto, como esta perspectiva que não diz respeito ao tema deste trabalho trataremos brevemente do assunto.

¹⁸⁷ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 166.

¹⁸⁸ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 171.

Por fim, devemos salientar que para o mestre italiano, verossimilhança também tem graduações. Portanto, *“possível é aquilo que pode ser verdadeiro, verossímil é aquilo que tem a aparência de ser verdadeiro. E provável, seria etimologicamente aquilo que se pode provar como verdadeiro. Mas estas noções não tem uma precisa relação no vocabulário dos juristas: no entanto se entende-se como termos de referimento ao acertamento da verdade, pode-se dizer estas três qualificações (possibilidade, verossimilhança, probabilidade) constituem, nesta ordem, uma gradual aproximação, uma progressiva proximidade do que é verdadeiro”*¹⁸⁹.

3.3. Verossimilhança com caráter instrumental

Neste caso o juízo de verossimilhança se dá numa fase distinta e contraposta àquela do acertamento da verdade, isto é, ele oferece uma provisória relevância probatória à simples alegação da parte, atenuando o rigor do princípio tradicional segundo o qual, a afirmação dos fatos que a parte faça a seu favor deve considerar-se destituída de qualquer credibilidade. *“Pode-se dizer que quando existe a verossimilhança, pode acontecer que a parte que afirma fatos a seu favor seja acreditada pela palavra e que, em via excepcional, consente ao juiz de dar à afirmação da parte, porque verossímil, o mesmo valor de uma prova definitiva de verdade”*¹⁹⁰.

Pois bem, para compreender o sentido da contraposição que o direito

¹⁸⁹ CALAMANDREI, Piero. op. cit. pp. 170-171.

¹⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 188.

processual faz entre juízo de verossimilhança e juízo de verdade é necessário considerar o momento em que, no curso do processo, a lei, em certos casos entende útil dar uma relevância separada ao juízo de verossimilhança, ou seja, antes de serem colhidos os elementos probatórios necessários ao juízo definitivo de verdade.

O juiz, no processo dispositivo, deve decidir *secundum allegata et probata partium*, daí deduz-se dois momentos lógica e cronologicamente distintos do trabalho que a parte deve realizar para obter do juiz um juízo definitivo sobre a verdade. A alegação do acontecido e a demonstração ou prova de afirmação corresponde à verdade. O juízo de verossimilhança diz respeito ao primeiro momento, aquele da alegação, enquanto que o juízo final de verdade, diz respeito ao resultado das provas e pode intervir apenas para a finalização do procedimento probatório.

Como exemplo de juízo de verossimilhança de caráter instrumental é o juízo que se faz sobre a relevância de um meio de prova. Para que se dê pela relevância de uma prova face o tema probando o juiz deve fazer uma valoração antecipada e hipotética das conseqüências jurídicas que derivariam dos fatos deduzidos a prova, se fossem provados. Esta valoração antecipada é baseada em um juízo de verossimilhança, pois o juiz não tem certeza se a prova será idônea a produzir os efeitos jurídicos que a parte pretende, mas ainda assim ele permite que a prova seja produzida para fazer parte do conjunto probatório que fundamentará a decisão final.

Este juízo de verossimilhança que vimos tratando pode ter aplicação em muitos momentos do processo, ou seja, a lei admite seja pressuposto de certas

decisões, tais como nos provimentos sumários¹⁹¹ - as decisões de caráter urgente e provisório, p. ex. cautelares; as decisões interlocutórias de pequena importância, como p. ex. fixação do valor da causa¹⁹²; em decisões liminares, etc.

Fala-se muito neste juízo quando se trata da tutela cautelar e da tutela antecipatória. A cognição necessária para que estes provimentos sejam deferidos é a sumária que é uma cognição menos aprofundada no sentido vertical sendo própria para situações de aparência¹⁹³. Como aponta o professor LUIZ GUILHERME MARINONI "nestes casos ocorre a valoração da verossimilhança de que o fato afirmado possa vir a ser demonstrado através das provas permitidas pela instrução sumária"¹⁹⁴.

CALAMANDREI ainda sugere outras aplicações do tema¹⁹⁵ como, por

¹⁹¹ Calamandrei trata também da questão em um dos tópicos de seu magnífico trabalho e disserta sobre os provimentos sumários fundados num juízo de verossimilhança: provas *leviores*, provas *prima facie*. "Nos procedimentos sumários a mesma lei, com o fim de simplificar e acelerar a emanção dos provimentos de caráter provisório e urgente, autoriza o juiz a contentar-se com um juízo de verossimilhança fundado sobre provas leviores. Casos típicos são os provimentos possessórios, e nos procedimentos cautelares, nos provimentos de instrução preventiva, nos provimentos de urgência. Aqui o juízo de verossimilhança não tem aquela função eliminatória da qual se falou anteriormente. Neste caso basta o juízo de verossimilhança para dar lugar ao provimento (possessório ou cautelar) favorável". CALAMANDREI, Piero. op. cit. pp. 186-187.

¹⁹² MENDES, João de Castro. op. cit. pp. 322-323.

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela antecipatória*. Ed. RT. São Paulo, 1992, p. 23.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. op.cit. p. 25.

¹⁹⁵ O mestre italiano também propõe uma série de outras aplicações do juízo de verossimilhança. Mostra que este tem lugar em outras situações no curso da instrução. Mais propriamente quando o juiz é chamado a decidir sobre a admissão das provas propostas pelas partes. A decisão da causa não deriva diretamente deste juízo de verossimilhança mas do êxito das provas admitidas tendo por base este juízo. Este juízo tem uma função não só instrumental mas seletiva e eliminatória, limitada ao âmbito probatório. Se apresenta *prima facie* com uma certa garantia de credibilidade e portanto com uma certa probabilidade de êxito positivo. Calamandrei chega a sugerir que para a ação poder prosseguir a uma definitiva decisão ela teria que superar um exame preliminar de atendibilidade (credibilidade) *prima facie*, através do qual o juiz faça um reconhecimento de qual ação mereceria uma cognição mais aprofundada. Seria uma solução para eliminar-se as demandas infundadas e liberar os tribunais das lides temerárias. Porém, mais a frente ele mesmo prevê o perigo de ordem política; que obter justiça poderia reduzir-se a uma graciosa concessão dependente do arbitrário beneplácito do juiz. Mas a história do processo poderia oferecer numerosos exemplos deste exame preliminar de credibilidade com o qual se procurou em outros tempos de firmar a litigiosidade sobre o processo. Ele cita o exemplo do *iuramentum callumniae*, com o qual no direito comum a parte era convidada a jurar sobre a sua boa fé e outros tantos, pois,

exemplo, no interrogatório livre, que no nosso ordenamento está disposto no art. 342 CPC¹⁹⁶, como meio para facilitar o juízo de verossimilhança e de admissibilidade da ação.¹⁹⁷ Para facilitar ao juiz este juízo preventivo de verossimilhança é preordenada no código vigente a introdução do “interrogatório informal das partes” (art. 117 CPC italiano). A chave deste interrogatório livre, é provocar uma confissão com efeitos de prova legal. O interrogatório livre pode ser um meio particularmente adaptado a recolher aquelas informações sobre a qualidade das partes, sobre a natureza do contrato e sobre outras circunstâncias, ou seja, o juiz estaria colhendo argumentos de verossimilhança que podem servir de orientação para o rumo que deve dar a instrução probatória. Estes argumentos autorizariam o juiz admitir provas por lei inadmissíveis ou mesmo (como abaixo suscitado - 17.4) inverter o ônus da prova, casuisticamente. Este instituto, em suma, não visa, oferecer ao juiz informações sobre fatos, mas também informações sobre a pessoa objetivando assim, mudar o rumo da investigação probatória pelo juiz. *“É uma espécie de inspeção pessoal que o juiz pode fazer sobre as partes, não tanto por saber aquilo que dizem, mas para fazer uma idéia do modo com que eles dizem, da sua cultura e do seu caráter”*¹⁹⁸

através do juízo de verossimilhança pode-se facultar a admissão de uma prova vetada, ou de dar ingresso a uma ação inadmissível ou de conceder um provimento sumário”. CALAMANDREI, Piero. op. cit. pp. 182-185.

¹⁹⁶ Art. 342 CPC: “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”. “Sabe-se pois, que o interrogatório das partes (art. 342) não se confunde com o depoimento pessoal das mesmas (art. 343): aquele pode ser determinado, mais de uma vez, em qualquer fase do processo, ao passo que o segundo é colhido apenas uma vez, em audiência.” (Bol. AASP 1.690/124 e Ajuris 54/288, com o comentário de Jorge Luís Dall’Agnol) NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor*. Ed. Saraiva. 26a. Ed. São Paulo. p. 303 nota art. 342, 1 b.

¹⁹⁷ CALAMANDREI, Piero. op. cit. pp. 181-182.

¹⁹⁸ E finaliza o tratadista italiano por dizer que: “quando se crê de encontrar uma diferença entre o processo penal e o processo civil, dizendo que no primeiro julga-se a pessoa e no segundo o fato, esquece-se que também no processo civil existem numerosas aberturas para introduzir à avaliação

3.4. Verossimilhança e ônus da prova

Como outra perspectiva, o juízo de verossimilhança tem também importância para atenuar a rigidez das regras legais de repartição do ônus da prova.

Poderia-se imaginar um sistema processual no qual a repartição do ônus da prova, ao invés de ser rigidamente preestabelecida pela lei segundo a posição processual das partes e segundo a natureza dos fatos a serem provados, fosse determinada de vez em vez pelo juiz segundo uma preventiva valoração comparativa da verossimilhança das afirmações das partes.

Lembra CALAMANDREI que para fazer isto não seria necessário transformar o processo civil de dispositivo em inquisitório e dar ao juiz, como no processo penal, o poder de investigar de ofício a verdade, ainda que fora das alegações das partes. Mas, conservando o princípio segundo o qual o juiz deve decidir *secundum allegata et probata*, deveria-se consentir ao juiz, se todos os pontos alegados pelas partes estivessem em contraste, de fazer recair o ônus da prova sobre uma ou sobre outra parte, segundo o diferente grau de probabilidade que a seu juízo devesse atribuir-se às contrastantes afirmações. Bastaria que as alegações da parte fossem verossímeis para que o juiz invertesse a seu favor o ônus da prova, fazendo recair sobre o adversário o ônus de provar o contrário¹⁹⁹.

Mas PATTI alerta que não se pode falar de uma verdadeira e própria

do juiz o respeito devido à qualidade moral da pessoa: uma destas aberturas é o art. 117 CPC." CALAMANDREI, Piero. op. cit. pp. 181-182.

¹⁹⁹ CALAMANDREI, Piero. op. cit. pp. 179-180.

inversão do ônus da prova porque à parte contrária é facultado apenas a apresentar uma situação de aparência, mas não a fornecer uma prova plena, que é o que acontece na hipótese normal de inversão do ônus da prova. Também para a parte contrária “abaixa-se” o nível probatório e a sua reação impõe ao invés, o retorno às regras normais (ônus probatório pleno a encargo do autor). Pode-se então falar-se de uma “parcial” inversão do ônus da prova “sob o ponto de vista prático”²⁰⁰.

Quanto a este tópico não é pertinente detalhar mais tendo em vista que está distante da nossa investigação, portanto, coube apenas aqui uma menção, a fim de delinear as três perspectivas sob as quais pode-se enxergar o tema.

A terceira delas é a que trataremos no próximo tópico. Esta sim está dentro do enfoque que pretendemos dar ao instituto da verossimilhança. Sem mais, passemos a ela.

3.5. Verossimilhança como sucedâneo da verdade processual

A consciência de limites impostos ao homem para a reconstrução absoluta da verdade processual tem levado a doutrina a buscar outros conceitos para a concretização dos objetivos perseguidos pela atividade probatória: Recorre-se então a conceitos como verossimilhança e probabilidade.

No início de seu trabalho *CALAMANDREI* traz o ensinamento de *WACH* que diz que no processo cada juízo de verdade se reduz a um juízo de

²⁰⁰ PATTI, Salvatore. op.cit. p. 171.

verossimilhança²⁰¹. A questão que se propõe neste momento é saber qual a intensidade que as provas devem atingir no juízo do magistrado para formar sua convicção. Em outras palavras, se, o homem (juiz) reconhecendo a sua incapacidade intrínseca de conhecer a verdade das coisas, em especial a verdade processual, pode e (acima de tudo) *deve* contentar-se com a verossimilhança, a qual seria o único grau de cognição possível sobre as provas oferecidas e produzidas nos autos, para alcançar a convicção tendente ao julgamento definitivo da causa proposta? Sim, é a resposta dos adeptos a esta corrente e que ora passaremos a demonstrar.

Segundo opinião significativa da doutrina, em especial alemã, o instituto da *Anscheinsbeweis* ou verossimilhança, deve ser enquadrado no âmbito da *Beweiswürdigung*, isto é, da valoração da prova. Aquele incide, de fato, sobre a valoração das provas, estabelecendo que o juiz pode e deve entender suficiente a verossimilhança, conseguida com base em regras de experiência, para formar seu convencimento²⁰².

Uma parte da doutrina, em especial *SALVATORE PATTI*, individua a característica principal da verossimilhança (relativamente à valoração da prova) na circunstância que o juiz *deve* ter em conta as máximas de experiência, enquanto normalmente *pode* ter em conta. Esta opinião pode ser partilhada, mas é suscetível de clarificação, porque não apenas o juiz deve ter em conta, ou seja, utilizar as máximas de experiência, como também e, exclusivamente, baseando-se nelas, *deve* alcançar o convencimento, mormente com um juízo de

²⁰¹ v. tb. neste Capítulo, item 3.2.

²⁰² *PATTI, Salvatore. op.cit. p. 170.*

verossimilhança.²⁰³ Dessa forma, fala-se da utilização da verossimilhança como um dos critérios para a valoração das provas colhidas.

Pois bem, retomando um pouco os argumentos acima expendidos²⁰⁴, infere-se que há dois momentos distintos para a obtenção pelo juiz de um juízo definitivo sobre a verdade. A alegação do acontecido e a demonstração ou prova de afirmação corresponde à verdade. Quando falávamos da verossimilhança como instrumento, nos referíamos ao primeiro momento (alegação), agora, ao tratar do tema da verossimilhança como sucedâneo da verdade processual estamos nos referindo ao segundo momento, qual seja, da valoração, pelo juiz, das provas apresentadas nos autos.

Portanto, se os fatos alegados parecem verossímeis (verossimilhança instrumental²⁰⁵) o juiz deve admitir as provas com as quais, a parte que a alega, assume poder demonstrar a verdade. Mas, quando todas as provas foram admitidas e exauridas, e ao juiz não resta outra atividade senão valorar segundo o seu livre convencimento, então a verossimilhança ou a inverossimilhança torna a ser um argumento posterior do qual o juiz pode servir-se para formar a sua convicção. E é a este momento que nos referimos, ao momento em que a verossimilhança passa a ser suficiente para tornar o juiz convicto²⁰⁶.

No entanto, *CALAMANDREI* é consciente de que, qualquer que tenha sido o grau de convencimento (verossimilhança ou verdade, dependendo da corrente que se filie) em que foi gerada a sentença, esta, com o trânsito em julgado, apesar

²⁰³ PATTI, Salvatore. op.cit. p. 171.

²⁰⁴ v. tb. neste capítulo item 3.3.

²⁰⁵ v. tb. neste capítulo item 3.3.

²⁰⁶ *“Portanto, enquanto a inverossimilhança das alegações não é um motivo para não admitir a prova sobre elas, a verossimilhança delas pode bastar, depois da inútil assunção das outras*

de tornar-se comando irrevogável e de livrar-se de todas as suas premissas lógicas (incertezas psicológicas do juiz), não se transforma em certeza jurídica. Quer ele dizer que quando a sentença transita em julgado cria-se uma resistência, uma irrevocabilidade jurídica, e não uma certeza processual, tendo em vista que a coisa julgada não transforma o juízo de verossimilhança em juízo de verdade, porque o branco continua branco e o quadrado não se torna redondo²⁰⁷.

Por fim, após defender com veemência e pertinência a aplicação da verossimilhança no processo civil, a conclusão de seu brilhante ensaio é surpreendente *“Entre admitir qualquer demanda, ainda que possa aparentar “prima facie” inatendível, ao exame aprofundado de mérito, ainda que com isto se arrisque de sobrecarregar os tribunais com uma multiplicidade de causas infundadas, e, por outro lado subordinar a ação à preventiva autorização do juiz, naturalmente levado a descobrir a verdade com a sua impressão, prefiro os inconvenientes do primeiro sistema. Também aqui, “malo perculosam libertatem”²⁰⁸”*.

3.6. Sistemas recentes de apreciação da prova que tendem à aceitar a verossimilhança

A partir dos modelos clássicos, que serão tratados à frente²⁰⁹, de apreciação da prova - sistemas da prova livre e tarifada, surgem mais

provas, a fazer considerá-las como provadas”. CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 188-189.

²⁰⁷ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 167.

²⁰⁸ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 192.

recentemente, em especial, na doutrina sueca e alemã, novas versões de sistemas de valoração. Nenhum deles pode ser considerado “puro” são apenas derivações dos modelos primeiros - da prova legal e do livre convencimento judicial. GERHARD WALTER²¹⁰, em sua obra específica sobre o assunto, agrupa as novas tendências da seguinte forma: Cabe distinguir na doutrina 3 modelos diferentes:

a) O “modelo da convicção da verdade” que inclui em seus partidários não somente aqueles que exigem, para que se dê por comprovado um fato, a firme convicção pessoal do juiz, como também aqueles que empregam a fórmula da verossimilhança contígua à certeza. O juiz julga dizendo a si mesmo: na medida que eu, como ser humano, posso comprová-lo, ocorreu assim.

b) O segundo modelo o autor denominou “modelo de controle por terceiros”. O que caracteriza esta teoria é a exigência de que outra pessoa possa reconstruir mentalmente a constatação do fato. Essa pessoa pode ser um juiz, terceiros ou qualquer outra pessoa que seja capaz de reconstruir aquele fato - “*A comprovação de um fato só é inimpugnável e sustentável quando um terceiro, pode repeti-la, ou seja, volta a construí-la mentalmente*”²¹¹.

c) O terceiro modelo é o da “verossimilhança”, cuja variante mais importante é o modelo da preponderância e que tem suas bases na doutrina sueca e alemã. O valor principal deste modelo é que não se orienta mais pelo conhecimento da verdade, mas para o fundamento da decisão basta que a verossimilhança sobre o

²⁰⁹ v. tb. capítulo II, item 11 - sistemas de apreciação da prova.

²¹⁰ WALTER, Gerhard. *Libre Apreciacion de la Prueba*. Editora Temis Liberia, Bogotá - Colômbia, 1985. pp. 165-166

²¹¹ WALTER, Gerhard. op. cit. p. 166.

fato probando seja preponderante.

Passaremos a detalhar os modelos escandinavo e alemão tendo em vista que são os mais expressivos e que diretamente implicam no nosso estudo. Estes modelos são baseados nas premissas de que prevaleça, também a nível legislativo, a tendência de restringir a aplicação da norma sobre o ônus da prova e sobretudo eliminar os aspectos subjetivos do convencimento do juiz e, em um certo sentido, o próprio convencimento. Tal resultado se obtém pedindo à parte para demonstrar apenas um certo grau de verossimilhança ou de probabilidade, e estabelecendo que o juiz deve considerá-lo suficiente para considerar-se provado um fato²¹².

3.6.1. A doutrina escandinava - o princípio da "verossimilhança preponderante"

Pode-se sintetizar a concepção da doutrina escandinava pelo entendimento de que a apreciação da prova não consistiria em levar a um conhecimento da verdade, pelo contrário, esta apreciação tenderia a um cálculo de probabilidades mediante o qual se julga a existência de fatos relevantes.

Entende-se pois, que só se pode contar com diversos graus de probabilidade ou verossimilhança e não de verdade, ou seja, a decisão do juiz, quanto à verdade de um fato é puro juízo de verossimilhança. O juiz deve simplesmente verificar se, um fato, depois de desenvolvida a atividade probatória, alcançou o grau de verossimilhança previsto pela lei, expresso mediante termos

²¹² PATTI, Salvatore. op. cit. pp. 158-159.

como; provável, verossímil, presumível, isto é, idôneos para exprimir os diferentes valores probatórios. Se a lei não oferece indicações de tal gênero, o grau de verossimilhança pode ser estabelecido pelo juiz ²¹³. Quanto ao ônus da prova, a solução consiste em que ele não pese sobre nenhuma das duas partes, isto é, que o ponto deste ônus esteja o centro, e que portanto, seja suficiente o predomínio da prova mínima: a verossimilhança preponderante. É chamado, portanto, princípio da preponderância.

3.6.2. A doutrina alemã - o princípio da "verossimilhança contígua à certeza"

Uma parte significativa da doutrina alemã entende hoje que o princípio do convencimento pode conviver com parâmetros diversos daqueles tradicionais, é dizer, com as racionais buscas da certeza. Trata-se de distinguir entre um convencimento pleno, que todavia, contém elementos emotivos e portanto, irracionais, e um convencimento diverso, graduado como juízo de verossimilhança, é o que se chama de uma verossimilhança contígua à certeza²¹⁴ sobre a qual se forma o convencimento do juiz.

Aqui não há necessidade de que a verossimilhança seja preponderante, pelo contrário, seria suficiente assinalar que a preponderância da verossimilhança é legítima enquanto não se possa deduzir da lei a necessidade de provar uma verossimilhança contígua à certeza.

²¹³ PATTI, Salvatore. op. cit. pp. 161-162.

²¹⁴ Salvatore PATTI, op. cit. p. 167, fala em "*verossimiglianza confinante con la certezza*" e Gerhard Walter utiliza o termo "*verossimilitud rayana en certeza*" - op. cit. p. 161.

Sabe-se pois, que a jurisprudência alemã não sempre requer a mesma “quantidade de prova”, já se convenceu que da livre valoração das provas nem sempre pode conseguir-se um convencimento em termos de certeza absoluto ou ainda de verdade. Portanto, o princípio do livre convencimento poderia ser reformulado da seguinte forma: o juiz deve perguntar a si mesmo se a verossimilhança é tal que permite considerar provado um fato. A liberdade do juiz se reconhece num segmento ideal entre o que é suficiente para *poder* considerar provado um fato e o que é suficiente para *dever* considerar provado um fato. Graus de verossimilhança “baixos” não são então suficientes para o convencimento, graus de verossimilhança “altos”, não consentem o juiz de negá-lo. Portanto, respeitando tais limites poderia ainda, corretamente, admitir-se um “livre convencimento do juiz”²¹⁵.

3.7. Crítica de GERHARD WALTER a estes sistemas

GERHARD WALTER²¹⁶ critica as teorias expostas desde o seu ponto de partida, passando pela sua realização até seus efeitos.

O ponto de partida das teorias está demarcado pela ilação de que como o ser humano tem limitações quanto ao conhecimento na busca da verdade, só se podem obter valores verossímeis ou prováveis, e por conseqüência, toda a apreciação da prova deve considerar-se um cálculo de probabilidades. Sob este aspecto se pode opor a lei com sua clara sistemática, segundo a qual um módulo

²¹⁵ PATTI, Salvatore. op. cit. p. 168.

²¹⁶ WALTER, Gerhard. op. cit. p. 210.

de prova inferior à convicção da verdade é suficiente só por exceção, em decisões que por sua importância secundária ou por sua provisoriedade não fazem mister a mesma garantia de exatidão que uma sentença definitiva.

Além do mais, ainda que a capacidade de conhecimento à verdade seja limitada, contrapõe-se o desafio de aspirar a chegar a este conhecimento, que deve servir de meta, não obstante, seja um valor limite possivelmente inalcançável. Portanto, não se justifica que estas reduções de graduação de prova generalizem-se.

Quando se fala na realização prática destas teorias também encontram-se dificuldades no tocante à impossibilidade de quantificar o valor da prova. Para justificar a assertiva de que não se pode valorar matematicamente as provas, toma-se por base a prova testemunhal. Como se pode valorar probalisticamente a fidedignidade de um testemunho? Cai por terra então mais esta base da teoria da verossimilhança.

Por fim, quanto aos seus efeitos é o ponto que suscita os maiores reparos, pois, não só na prática estas teorias são inaplicáveis com também, por objeções de ordem ético-jurídica se opõem a que uma pretensão seja conhecida somente por ser preponderantemente verossímil. Isto porque, através deste método não se favorece uma apreciação mais racional da prova. *"Enquanto somente se logrem graus de verossimilhança ou probabilidade aproximados não se avança em nada na realização da apreciação da prova e da fundamentação da sentença. Não parece muito convincente que a idéia de que a adoção de um sistema de*

*verossimilhanças ou probabilidades faria o juiz diminuir o perigo de erro*²¹⁷.

WALTER extrai da lei o fundamento para refutar a verossimilhança como grau de convencimento do juiz na decisão definitiva, pois a lei não exige graus de verossimilhança, senão a constatação da verdade. Mas a verdade que a lei exige é apenas, no seu entender “uma meta aspirada”²¹⁸. A lei respeita a insuficiência da capacidade humana de conhecer o verdadeiro, o que quer dizer que não exige um rigorismo tal que só admita a verdade como base da constatação de um fato, ao revés ela pretende que apenas se constate o que se “tem por verdadeiro”²¹⁹.

Porém, ao “ter algo por verdadeiro” relativiza-se o conceito absoluto de verdade. Claro está que a verdade é o valor de aproximação, o norte que o juiz tem que ansiar por alcançar, porém se está consciente da imperfeição e ao mesmo tempo consciente da certeza pessoal desta verdade²²⁰. Com isto o autor quer provar que a verdade exigida pela lei é um conceito relativizado, e portanto, pode-se perfeitamente enquadrar nos padrões do que se chama verossimilhança²²¹.

²¹⁷ WALTER, Gerhard. op. cit. p. 211.

²¹⁸ “A liberdade de apreciação da prova entendida como ausência de sujeição a regras que rejam esta apreciação e a convicção da verdade como meta aspirada (“ter por”) da apreciação, dão o resultado, nesta forma tão complexa, a finalidade das normas sobre prova WALTER, Gerhard. op. cit. p. 183.

²¹⁹ “Daí infere-se que, nem tudo pode depender de um mero pensar e opinar subjetivos. “Ter por” significa chegar a uma conclusão depois de haver sopesado argumentos e pontos de vista. É um conceito dotado de certo componente “objetivo”, o que o diferencia da mera crença, pois permite que até um certo ponto a decisão seja racional e discutível, tendo em vista que as razões pelas quais algo se tem por verdadeiro são comunicáveis, e pelo mesmo, também examináveis, ainda que guarde sempre um certo resquício de subjetividade não explicável racionalmente”. WALTER, Gerhard. op. cit. pp. 170.

²²⁰ WALTER, Gerhard. op. cit. p. 170-171.

²²¹ “Como nem sempre pode-se constatar a verdade “objetiva” ou “material”, como se queira chamar, caiu-se na mencionada confusão de pensar que a convicção da verdade e a convicção da suma verossimilhança seriam algo radicalmente diverso...Tenho minhas dúvidas acerca desta desnaturalização que converte a verdade em verossimilhança”. WALTER, Gerhard. op. cit. pp. 168.

3.7.1. Solução apontada pelo autor

No entanto, ele se pergunta: Tem-se que exigir em todos os casos, para constatar os fatos discutidos, que o grau de prova é a verdade? E ele aponta a solução. Não se pode colocar como fundamento de toda constatação possível e necessária em todos os ordenamentos processuais um grau unitário chamado “verdade”. Os quadros fáticos que se têm de regular são demasiado diversos para que possam ser submetidos a um padrão único. São muito diversos também os fins regulatórios que se persegue o direito material para exigir sempre a convicção da verdade para aplicar-se a norma legal, bem como são demasiado diversos, para o indivíduo, os efeitos de uma sentença que se baseia em um conjunto de fatos não concordantes com a realidade, daí porque a necessidade de graduação do sistema probatório²²².

Portanto, tem-se que rechaçar uma redução geral do grau de prova no processo civil. Mas isto não exclui que se examine, em certos campos parciais ou grupos de casos, se uma redução de grau seja necessária por razões peremptórias de direito material ou por outros critérios.

3.8. Críticas de TARUFFO quanto à noção de verossimilhança

Pois bem, *MICHELE TARUFFO*²²³ critica a noção de verossimilhança como um todo. Inicia ele sua fundamentação constatando que, no seu famoso ensaio, *CALAMANDREI* funda-se em um equívoco terminológico e portanto, conceitual

²²² WALTER, Gerhard. op. cit. pp. 177.

²²³ TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Ed. Dott. A. Giuffrè, Milão, 1992, pp. 158-166.

que não foi eliminado pela doutrina mais recente. Isto porque, o termo que advém da doutrina alemã - *Wahrscheinlichkeit* - foi traduzido tão somente como verossimilhança denotando apenas uma parte do alcance do termo, negligenciando um outro aspecto também muito importante, a noção de probabilidade.

A confusão terminológica faz derivar outra muito grave sob um plano conceitual que fica evidente em *CALAMANDREI*, com a introdução de uma ambigüidade sistemática não resolvida em torno ao termo “verossimilhança”. Deste termo derivam dois significados distintos acima apontados: a) verossimilhança de carácter instrumental, a que nos referíamos, e que significa uma valoração independente e preliminar com relação ao procedimento probatório; b) verossimilhança como sucedâneo da verdade, onde verossimilhança equivale à probabilidade, mais precisamente a um grau não elevado de probabilidade.

Segundo *TARUFFO*, o problema reside em que os significados são diversos e, portanto, não podem ser usados juntos ou alternativamente, como se a diferença não existisse, num contexto que tenha pretensão de credibilidade científica²²⁴.

Por um lado, tende-se a definir a verossimilhança de uma asserção como a sua capacidade de representar uma certa realidade, ou seja, como a aproximação da representação ao objeto representado. Esta noção deixa evidente o problema

²²⁴ Lembra *TARUFFO*, “*non si tratta, come sembra credere CALAMANDREI di mere sfumature psicologiche sostanzialmente trascurabili; si tratta de concetti diversi que non cessano di esserlo perchè qualche lingua, come il tedesco, li designa adoperando lo stesso termine*”. *TARUFFO*, Michele. op. cit. p. 160.

da *circularidade intrínseca* do conceito de verossimilhança, isto porque deve-se conhecer a realidade representada para estabelecer a verossimilhança da representação, por outro lado, se conhece-se a realidade não é muito interessante discutir se a representação é verossímil²²⁵.

Esta noção de verossimilhança, no entanto, não tem relação nenhuma com a veracidade da asserção, nem mesmo sua probabilidade, tendo em vista que estas qualificações não têm uma relação com a *proximidade* ou a *representatividade* de uma afirmação quanto à realidade, mas sim à existência de razões para deduzir que a asserção é verdadeira²²⁶.

O fato é que as qualificações de verdade e probabilidade, e especial esta última, dizem respeito à existência de elementos que justificam a crença na verdade da afirmação, e não apenas à "semelhança ao verdadeiro"²²⁷. Mais precisamente, no âmbito da prova, pode-se dizer, contudo, que o fato inverossímil pode resultar verdadeiro se as provas confirmam sua existência.

Portanto, entende *TARUFFO*, que verossimilhança não é, como acena *CALAMANDREI*, um sucedâneo processual da verdade, porque a verossimilhança prescinde de graus de certeza que se atribuem às afirmações de fatos. Ele propõe então uma clarificação conceitual e redefinição dos termos do problema.

²²⁵ O tratadista italiano, além da questão epistemológica insolúvel acima aventada, observa ainda que o juízo de verossimilhança se pode sensatamente formular tendo de um lado uma descrição e de outro qualquer hipótese sobre a eventualidade que exista uma realidade similar ao objeto representado. Sob este ponto de vista, a referência do juízo de verossimilhança pode não ser a realidade, mas sim uma hipótese que se formula em torno desta e que se emprega como parâmetro para valorar se uma asserção é ou não verossímil. *TARUFFO, Michele. op. cit. p. 161.*

²²⁶ "Por isso que pode ocorrer que uma afirmação verossímil seja de fato provável ou não seja verdadeira de todo: ocorre de distinguir entre graus de semelhança ao verdadeiro e graus de certeza. P. ex. um quadro pode ser semelhante ao verdadeiro sem que isto diga nada em relação à real existência do que representa, isto é, pode ser realístico sem ser verídico. Isto quer significar que ele é verossímil sob o ponto de vista terminológico, mas não há uma implicação ontológica nele ser verdadeiro". *TARUFFO, Michele. op. cit. p. 162.*

Ele entende que somente as teorias da verdade e da probabilidade podem fornecer as bases epistemológicas e os modelos racionais para analisar os fenômenos da prova e do acerto do fato²²⁸. Já a *'verossimilhança não exprime conhecimento ou graus de conhecimento, porque estes são fornecidos pelos elementos de prova da afirmação sobre o fato, enquanto que a verossimilhança prescinde dos elementos de prova e - no processo - ocorre em momentos anteriores à aquisição da prova'*²²⁹.

Em resumo, é impróprio falar de verossimilhança todas as vezes que a lei usa qualificações diversas para indicar valorações que podem dizer respeito a coisa muito diferentes, da natureza do contrato às sumárias informações. Em todos estes casos as dificuldades de definição ou de reconstrução são, obviamente, conseqüência do uso indevido de um conceito de verossimilhança, que tem um significado preciso mas também um campo de aplicação extremamente restrito no âmbito da disciplina do processo.

3.9. Conclusões

Pois bem, mesmo CALAMANDREI que propõe a utilização da

²²⁷ TARUFFO, Michele. op. cit. p. 162.

²²⁸ "Neste contexto o recurso à idéia de verossimilhança é inútil e danoso: inútil porque não se pode falar de verossimilhança aquilo que se define adequadamente em termos de verdade e probabilidade e danoso porque o uso incorreto do conceito de verossimilhança gera confusões não ignoráveis". TARUFFO, Michele. op. cit. p. 163.

²²⁹ TARUFFO, Michele. op. cit. p. 164. Quando CALAMANDREI adota um conceito de verossimilhança como baixo ou incerto grau de probabilidade do fato, reconduz a uma noção geral e unitária de juízo de verossimilhança, a notoriedade de um fato, a sumária cognição deste. Pode-se fazer duas observações críticas. A primeira é que é difícil encontrar analogias entre a notoriedade do fato e as sumárias informações. Daí porque o insucesso de unir em uma categoria unitária hipóteses tão diversas.

verossimilhança como sucedâneo da verdade não aceita internamente este conceito, fato este que pode ser notado pelo conflito que se vislumbra nesta passagem de seu texto em confronto com o restante anteriormente exposto:

“Ainda que estejamos convencidos que a natureza humana não é capaz de alcançar as verdades absolutas, é dever de honestidade extremar esforços para buscar aproximar-se o mais possível desta meta inalcançável: assim no processo, ainda quando estejamos convencidos que a sentença final não pode ser outra que um juízo de verossimilhança o qual não exclui jamais, de maneira absoluta, e o erro judicial, isto não afasta que toda a estrutura do procedimento deva ser preordenada a buscar a mais profunda e controlada possível investigação da verdade, de modo que a distância entre esta e a verossimilhança se reduza ao mínimo²³⁰.”

Isto demonstra a insatisfação do mestre italiano na formulação antes equacionada.

Além do mais, é de se salientar que todas as razões expendidas por *TARUFFO* são, absolutamente, dignas de nota. Este autor pretende desmitificar o conceito de verossimilhança, que contemporaneamente é muito utilizado entre os processualistas.

Resumidamente, *TARUFFO* aponta, em primeiro lugar, a questão do equívoco de considerar a verossimilhança como sinônimo de probabilidade, ou seja, como situação na qual um fato não é provado como pleno, mas existem elementos para aceitá-lo como acreditável. Deve então ficar claro que quando se fala da eventualidade que um fato é mais provável que outro, não se faz referimento à verossimilhança, mas sim à presença de elementos cognoscitivos que confirmam a hipótese a essa relativa.

Por outro lado, a verossimilhança tem um significado bastante claro que corresponde ao uso epistemológico do termo. Este significado equivale substancialmente àquele de normalidade, enquanto se entende por verossímil aquilo que corresponde ao ordinário andamento das coisas (ou seja, *id quod plerumque accidit*), ou às máximas de experiência. Portanto, o juízo de verossimilhança consiste em asseverar que o fato, se fosse verdadeiro corresponderia àquilo que comumente acontece, é a conformidade do fato com um critério de normalidade.

Outra distorção se dá quanto à *circularidade intrínseca* do conceito desenvolvido por CALAMANDREI, pois somente com o conhecimento da realidade representada pode-se estabelecer a verossimilhança da representação, por outro lado, se conhece-se a realidade não é muito interessante discutir se a representação é verossímil²³¹.

E por fim, também identifica ele que a verossimilhança, não pode ser considerada um sucedâneo da verdade porque este conceito não tem relação nenhuma com a veracidade da asserção, nem mesmo com sua probabilidade. A verossimilhança não exprime conhecimento ou graus de conhecimento, porque estes são fornecidos pelos elementos de prova da afirmação sobre o fato, enquanto que a verossimilhança prescinde dos elementos de prova e - no

²³⁰ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 191.

²³¹ O tratadista italiano, além da questão epistemológica insolúvel acima aventada, observa ainda que o juízo de verossimilhança se pode sensatamente formular tendo de um lado uma descrição e de outro qualquer hipótese sobre a eventualidade que exista uma realidade similar ao objeto representado. Sob este ponto de vista, a referência do juízo de verossimilhança pode não ser a realidade, mas sim uma hipótese que se formula em torno desta e que se emprega como parâmetro para valorar se uma asserção é ou não verossímil. TARUFFO, Michele. *La prova dei...* op. cit. p. 161.

processo - ocorre em momentos anteriores à aquisição da prova²³².

Dessa forma, por todos estes argumentos, fica rechaçada a utilização da verossimilhança como sucedâneo da verdade e mesmo também como grau de conhecimento sendo que verossimilhança é a conformidade do fato com um critério de normalidade e só nessa acepção deve ser entendida.

No entanto, deve-se salientar que tanto *GERHARD WALTER*, como *TARUFFO* embora critiquem as teorias quanto à verossimilhança não se apartam da noção da verdade suficiente, não resolvendo a questão da mesma forma.

WALTER assevera que não se pode exigir a verdade como um grau unitário sempre a ser alcançado, deve-se criar graduações no sistema probatório para regular as diversas situações concretas apresentadas no processo. Diz ele que os quadros fáticos que se têm de regular são demasiado diversos para que possam ser submetidos a um padrão único.

Portanto, ele aparentemente não aceita as teorias apresentadas mas continua embuído na noção de verdade suficiente e tem a verossimilhança como um grau na escala para o conseguimento da verdade (absoluta) que como é inalcançável deve ser tida apenas como referencial. O que, em última análise, é exatamente a proposta das teorias por ele rechaçadas. Dessa forma, a "verdade" (ou qualquer outro nome) deve ser apenas a necessária para atender a cada caso específico.

TARUFFO, por caminhos diferentes, chega à mesma conclusão. Aponta ele para uma série de impropriedades quanto ao emprego da palavra verossimilhança, mas poderíamos dizer que são apenas inadequações de ordem

²³² *TARUFFO*, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 161.

semântica e pragmática. Isto porque, ao longo desta monografia poderemos notar que o autor italiano também não se aparta da perspectiva quantitativa da verdade. Surge então a noção da verdade relativa, porém esta relatividade se dá enquanto grau tendente a verdade absoluta, isto é, a verdade é relativa à verdade absoluta (aquela que se tem como referencial). Logo, para este autor, pode não ser a verossimilhança, mas seja qual for a denominação dada, ela deve ser apenas suficiente.

Mais uma vez a questão de fundo é tangenciada - *qual* a verdade necessária para o processo? A resposta já conhecemos, a verdade necessária é aquela *suficiente* para o acerto dos fatos. Esta questão é amplamente tratada no último capítulo²³³.

Logo, se não é a verossimilhança que se busca no processo, o que deverá ser? Vamos analisar a probabilidade para que possamos ter mais esta noção para estarmos seguros do que devemos buscar através do instrumento, prova.

4. Probabilidade

4.1. Considerações introdutórias

Pois bem, na linha que estamos seguindo de tentar reconstruir a noção de verdade no processo civil, nos deparamos agora com a probabilidade. Como já foi apontado, a noção de verdade tinha um caráter qualitativo para o processo, no entanto, esta perspectiva parecia não satisfazer, foi quando iniciou-se uma busca quantitativa da verdade. Nesta ótica, já fizemos uma análise da verossimilhança e

agora devemos falar sobre a probabilidade. Ambas noções (verossimilhança e probabilidade), foram resgatadas de doutrinas anteriores²³⁴, ou mesmo da filosofia, a fim de tentar solucionar a questão da verdade no processo que até hoje é tema de indagação entre os processualistas, sem que se enxergue algum tipo de consenso.

Neste contexto, vamos tratar da probabilidade que foi uma noção mais desenvolvida nos países adeptos ao sistema da *Common Law*, e com aplicação mais intensa ao processo penal.

No entanto, queremos deixar claro que é apenas uma breve exposição do tema, o qual se fosse tratado mais profundamente, deveria ser analisado também sob a perspectiva das lógicas atuais. No entanto, como a noção que pretendemos resgatar é a da verdade mesma e não sucedâneos seus (verossimilhança e probabilidade) faz-se necessária esta incursão apenas para assinalar a existência, bastante forte também, desta vertente doutrinária.

4.2. Noções filosóficas de probabilidade

Para iniciarmos um estudo mais aprofundado sobre probabilidade vamos apontar algumas noções advindas da filosofia que indicam a evolução do tema.

O conceito de probabilidade encontra sua origem na segunda metade do século XVII e é reconduzida ao pensamento de *PASCAL* e *FERMAT*²³⁵ que

²³³ v. tb. Capítulo IV, item 4.4 "A adoção da verdade como correspondência em *TARUFFO*".

²³⁴ A verossimilhança tem origem no direito alemão, era o chamado instituto da - *Anscheinsbeweis*.

²³⁵ J.M. Keynes, *A Treatise on Probability*, 1921, New York, Ed. 1962, pp. 78 e segs (nota 3) da obra de MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*. *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*. Dezembro 1991, Ano XLV - n0. 4. Ed. Dott. A. Giuffrè - Milão, p. 1120.

fornece uma enunciação em termos de cálculos de chances e propõem uma primeira utilização no âmbito do jogo de azar. O tema foi desenvolvido sob as perspectivas lógica e matemática na obra de LAPLACE²³⁶ que é considerado o verdadeiro fundador da probabilidade clássica, entendida como relação entre o número dos casos favoráveis e o número de todos os casos possíveis.

Por sua vez, VON MISSES e REICHENBACH²³⁷ aperfeiçoaram um diverso conceito de probabilidade já proposto por FISCHER, PEARSON e NEYMAN²³⁸ - probabilidade de frequência. Trata-se da teoria segundo a qual a probabilidade deve ser determinada emprestando metodologias próprias da análise estatística dos fenômenos de massa, vindo a coincidir a frequência com a qual, um certo tipo de evento se verifica no interior de uma classe mais geral de eventos.

A teoria da probabilidade frequência é o principal ponto de referência para a elaboração de CARNAP.²³⁹ Este autor elabora uma teoria de lógica indutiva que define as relações entre uma hipótese "h" e um conjunto de dados donde se deduz o conceito de evidência.

Em paralelo com esta teoria desenvolve-se também a noção de probabilidade subjetiva. FINETTI²⁴⁰, resgatando o teorema de BAYES de 1763 a desenvolve, entendendo que a probabilidade "é o grau de confiança de um dado sujeito, em um dado instante e com um dado conjunto de informações,

²³⁶ LAPLACE, *Saggio sulle probabilità*, trad. it. BARI, 1951. *Sull'importanza dell'opera di Laplace*, Bologna, 1979, p. 261 e segs. (nota 5) apud MARCHEIS, Chiara Besso.op. cit. p. 1121.

²³⁷ VON MISSES, *Probability Statistics and Truth*, New York, 1936; REICHENBACH, *The Theory of Probability*, Berkeley, 1949, Id. , *La nuova filosofia della scienza*, trad. it., Milano, 1968, em particular, pp. 108 e segs. (nota 6) apud MARCHEIS, Chiara Besso.op. cit. p. 1121.

²³⁸ J.M. Keynes, *A Treatise on Probability*, 1921, New York, Ed. 1962, pp. 84 e segs. (nota 7) apud MARCHEIS, Chiara Besso.op. cit. p. 1121

²³⁹ CARNAP, *Logical Foundations of Probability*, Chicago, 1950 (nota 9) apud MARCHEIS, Chiara Besso.op. cit. p. 1122.

concernente à verificação de um dado evento". No entanto, valoração subjetiva não significa arbitrariedade. Portanto, se o observador coloca-se de maneira racional e coerente, poderá utilizar-se para determinar o próprio grau (subjetivo) de confiança, as habituais regras matemáticas de cálculo de probabilidade, e em particular aquelas que se reduzem à análise bayesiana (combinações entre juízos de probabilidade baseados em conjecturas intuitivas e juízos de probabilidade baseados em frequência relativa).

Por fim, não pode-se deixar de expor o pensamento de COHEN²⁴¹ que constitui a contribuição mais recente e que se revela, assim como a construção de BAYES, de particular interesse pela possibilidade de aplicação, do próprio método, no âmbito do processo. É a probabilidade lógica, tema do qual nos ocuparemos logo mais, em tópico específico. Por hora, deve apenas ficar assentada, em brevíssima retrospectiva, a evolução da probabilidade em parâmetros filosóficos para que possamos entender sua influência no âmbito do processo.

4.3. A probabilidade subjetiva

A construção do conceito de probabilidade nos diversos termos, em especial, da probabilidade subjetiva, aplicada ao direito probatório, tem como pressuposto filosófico, como acima apontado, o teorema de BAYES²⁴². É o que veremos, a seguir.

²⁴⁰ FINETTI, *La teoria delle Probabilità*, Torino, 1970, I, p. 6 (nota 17) *apud* MARCHEIS, Chiara Besso.op. cit. p. 1124.

²⁴¹ COHEN, J. *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977 (nota 20) *apud* MARCHEIS, Chiara Besso.op. cit. p. 1124.

²⁴² No sentido da aplicação do teorema de BAYES ao procedimento de valoração da prova ver FINKELSTEIN e FAIRLEY, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, in Harvard Legal Review 1970, FAIRLEY, *Probalistic Analysis of Identification Evidence*, in J. Legal Studies, p. 493, *apud* (nota13), CATALANO, Elena Maria. *Prova indiziária, probalistic evidence e modelli matematici*

4.3.1. O teorema de BAYES

O teorema de BAYES aplicado à “ciência” probatória, consubstancia-se numa regra de valoração probatória idônea a quantificar o impacto sobre a probabilidade de culpabilidade do acusado determinado pela introdução, em sucessão, dos posteriores elementos de prova.

A noção de probabilidade subjetiva reflete o grau pessoal de crença em um fato tipo²⁴³ racional, em relação à probabilidade de um evento incerto, cujo valor é assumido, no teorema de BAYES, por uma “*prior probability*” do tema de prova sobre a qual, para operar os progressivos ajustamentos é necessária a introdução de novas provas, segundo uma fórmula matemática²⁴⁴. Esta fórmula, descreve a medida na qual o conhecimento de um novo elemento de prova deve influenciar na valoração por parte do juiz da probabilidade de culpabilidade do acusado, sob a tese (tendo como pressupostos) da perfeita racionalidade do fatotipo e da absoluta credibilidade dos elementos de prova adquiridos²⁴⁵. Parte-se portanto, de elementos pré-determinados como “acreditáveis” (racionalidade do fatotipo e credibilidade dos elementos de prova) e, a partir daí aplica-se a fórmula para calcular a probabilidade de culpabilidade do acusado. E, por exemplo, a

di valutazione. Rivista di Diritto Processuale, nº. 2, Abril-Junho 1992, CEDAM, pp. 518.

²⁴³ a tradução como fato tipo se dá a partir da palavra *factfinder* no original texto em inglês.

²⁴⁴ Eis a fórmula:
$$P(X/E) = \frac{P(E \text{ e } X)}{P(E)} = \frac{P(E/X) \cdot P(X)}{P(E)} = \frac{P(E/X)}{P(E/\text{not } X)} \cdot P(X)$$

O teorema de BAYES aqui expresso, afirma que a probabilidade $P(X/E)$ de um evento X , dado um evento E , pode ser determinada em função da frequência estatística $P(E/X)$ com a qual, dado X , se verifica E . No processo penal X representa o tema de prova, identificado, simplificada, na culpabilidade do acusado e E o elemento de prova, que de tanto em tanto é introduzido, enquanto $P(X)$ representa a “*prior subjective probability*” atribuída por um jurado, ideal à culpabilidade do acusado sobre base do material probatório inquantificável - ou seja, a pregressa inimizade entre o imputado e a vítima do homicídio - disponível. (Teorema elaborado por THOMAS BAYES, *An Essay Towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances*, *Philosophical Trans. of the Royal Society*, Londres, 1763 (nota 14) *apud* CATALANO, Elena Maria. op. cit. p. 519).

introdução de um novo elemento de prova pode, aumentar ou diminuir a probabilidade de culpabilidade do acusado. Citaremos como exemplo da aplicação desta teoria uma jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Vejamos.

4.3.1.a) O caso *People vs. Collins*

No caso *People vs. Collins* a Suprema Corte da Califórnia anulou uma condenação por roubo motivando que a utilização de *mathematical proof* pelo advogado de acusação distorceu o julgamento do júri, descaracterizando a tese da defesa a fim de constituir, por si mesma, uma decisão injusta. O caso pode assim ser resumido: Uma senhora foi assaltada em *Los Angeles* e declarou ter percebido uma moça loira fugindo; uma vizinha da vítima também afirmou ter visto uma jovem branca, com cabelos loiros e “rabo de cavalo”, sair do local do crime e entrar em um automóvel amarelo, dirigido por um homem negro com barba e bigode. Dias depois, policiais conseguiram prender um casal com estas características, mas no julgamento, tanto a vítima como a testemunha não puderam reconhecê-los; além disso, a defesa trouxe prova de que a acusada usava roupas claras no dia do roubo, enquanto a vítima e testemunha diziam que a moça que viram vestia roupas escuras; finalmente, os acusados também apresentaram um álibi confirmado por uma testemunha de defesa.

Por outro lado, a acusação serviu-se, então, de um perito matemático que, com base nas características apontadas - automóvel amarelo, homem negro com bigode, moça loira com “rabo de cavalo”, casal negro-branca no carro e, aplicando

²⁴⁵ CATALANO, Elena Maria. op. cit. p. 519.

a esses dados as respectivas probabilidades de ocorrência, fundadas em estatísticas, multiplicou-as para extrair a conclusão de que somente existia uma possibilidade em 12 milhões, que um casal preenchesse todos esses requisitos. Com base nisto, o júri condenou os acusados.

A Suprema Corte da Califórnia anulou a decisão dos jurados, entendendo inadmissível o argumento trazido pelo perito matemático, por várias razões: primeiro porque não havia base probatória suficiente para amparar as possibilidades individuais alegadas pela acusação; depois porque mesmo que estivessem corretas, a multiplicação delas somente seria possível se cada um dos fatores fosse absolutamente independente. Além disso, também restava a hipótese de que a dupla criminosa não tivesse efetivamente as características indicadas pelas testemunhas, ou que houvesse na área de *Los Angeles* outro casal com características semelhantes. E assim concluiu que o julgamento “*by mathematics*” distorceu o papel do júri de avaliar as provas e prejudicou a defesa, a ponto de constituir erro judicial²⁴⁶.

4.3.2. As críticas de *TRIBE*

É de se saber contudo, que apesar da decisão ter sido muito polêmica e ter feito a doutrina repensar o emprego da probabilidade matemática no direito probatório, isto não significou o abandono da teoria matemática da probabilidade tanto que foi proposta por *FINKELSTEIN* e *FAIRLEY*²⁴⁷ uma nova aproximação

²⁴⁶ exemplo colhido da obra de MARCHEIS, Chiara Besso.op. cit. pp. 1149-1153, mesmo exemplo em GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. Ed. RT - São Paulo. 1997, pp. 49-50 e ainda, CATALANO, Elena Maria. *Prova indiziária, probalistic evidence e modelli matematici di valutazione*. Rivista di Diritto Processuale, n0. 2, Abril-Junho 1992, CEDAM, pp. 523-524.

²⁴⁷ FINKELSTEIN e FAIRLEY, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, in Harvard Legal

baseada na análise bayesiana da probabilidade que alcançou um notável nível de aprofundamento e coerência, mas, ainda assim, ela foi radicalmente criticada, principalmente, por *TRIBE*²⁴⁸.

As críticas se dão sob um primeiro aspecto porque a pretensão de dar um valor numérico à probabilidade, isto é, probabilidade *a priori* contém em si inelimináveis aspectos de arbitrariedade. Em segundo lugar, porque tais soluções trazem, fatalmente, uma supervalorização dos dados quantificáveis em relação aos não quantificáveis, como p. ex. a pregressa inimizade entre o acusado e a vítima do homicídio.

Fala também *TRIBE*, que a técnica bayesiana de matemática valoração da prova teria raízes na Escolástica Medieval da prova legal, e portanto, superada atualmente. E, por fim, o argumento de que a generalização da utilização da probabilidade matemática conduz a uma maior desumanização da justiça.

4.3.3. Réplica das críticas e aplicações no sistema da *Civil Law*

A professora italiana *ELENA CATALANO*, por sua vez, rechaça com uma série de argumentos estas críticas. Entende ela que, em primeiro lugar, a adoção de regras de valoração da prova baseadas no teorema bayesiano, propõe-se ao objetivo de excluir juízos substancialmente intuitivos baseados sobre uma relação global e imediata com o material probatório, reduzindo a proverbial imprevisibilidade da sentença. No entanto, a insistência de sublinhar a

Review, 1970, vol 83, pp. 489 e ss. (nota 89) *apud* MARCHEIS, Chiara Besso.op. cit. pp. 1151.

²⁴⁸ *TRIBE*, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, cit. p. 1329 e ss. e *Further Critique of Mathematical Proof*, in *Harvard Law Review*, 1971, vol. 84, p. 1181 e ss. (nota

racionalidade do modelo e sua adaptabilidade à diversas circunstâncias, revela uma preocupação de dissipar a previsível suspeita de tentativa de retomada do sistema da prova legal (referindo-se diretamente à crítica de *TRIBE*).

Por outro lado, as manifestas incongruências verificadas, pela incorreta aplicação do método matemático de valoração no caso *Collins* apontado, ofereceram uma facilitação a críticas, comprometendo seriamente o uso processual de instrumentos matemáticos.

No entanto, a indubitável solidez científica da metodologia bayesiana, amplamente utilizada em setores estranhos ao direito, legitimam o recurso ao teorema de *BAYES* como instrumento didático de análise de numerosos problemas inerentes à *law of evidence*, e mantém aceso o debate relativo à oportunidade de dar aos jurados instruções específicas na adoção de critérios de valoração das provas, no modelo bayesiano, cuja persistente validade encontra confirmação na esporádica aplicação jurisprudencial do mesmo²⁴⁹.

Apona também *ELENA CATALANO* que a busca de racionalização do juízo sobre o fato deixa transparecer o interesse pela elaboração dos modelos matemáticos de valoração de prova no direito italiano. É verdadeiro, por sua vez, que não se tem encontrado na doutrina italiana modelos alternativos de análise do procedimento decisório mediante instrumentos de lógica formal, em especial, modelos de decisórios baseados sobre métodos matemáticos. No entanto, constitui um precedente isolado uma representação algébrica, proposta por

90) *apud* MARCHEIS, Chiara Besso. *op. cit.* pp. 1152.

²⁴⁹ CATALANO, Elena Maria. *op. cit.* p. 534.

CARNELUTT²⁵⁰, mas o autor, atribuiu a esta formulação apenas uma limitada função²⁵¹.

Entretanto, entende a autora que há uma “potencialidade operativa” no processo italiano do teorema de BAYES, devendo, portanto, ser objeto de vastos estudos²⁵².

O tema é atual nos países da *Common Law*, tanto que na cidade de Boston²⁵³ (USA), em 1986 foi realizada uma importante conferência entre os adeptos da probabilidade matemática e os que sustentam a probabilidade indutiva (a qual veremos a seguir).

GOMES FILHO, que também trata da questão, lembra que esta noção de probabilidade, como critério de aproximação da verdade e de formação do convencimento judicial, continua extremamente atual, diante do recente desenvolvimento dos testes de DNA que se fundamentam em cálculos sobre a freqüência estatística de determinadas combinações de características genéticas em uma população tomada por referência²⁵⁴.

²⁵⁰ Representação referente a possíveis êxitos de juízo - condenação ou absolvição - em função da prevalência de provas positivas (+ a > - a) ou negativas (- a > + a). CATALANO, Elena Maria. op. cit. p. 530.

²⁵¹ operatividade do princípio *favor rei* às previsões normativas de uma pluralidade de fórmulas absolutórias. CATALANO, Elena Maria. op. cit. p. 530.

²⁵² CATALANO, Elena Maria. op. cit. p. 530.

²⁵³ *Probability and Inference in the Law of Evidence*, in *Boston University Law Review*, 1986, vol. 66 (nota 100) apud MARCHEIS, Chiara Besso. op. cit. pp. 1158.

²⁵⁴ “Embora amparados por métodos estatísticos que permitiriam elevadíssimos níveis de probabilidade (uma pessoa em um milhão, por exemplo), esses testes têm merecido críticas na comunidade científica, exatamente pelo receio de que certos modelos de DNA sejam mais ou menos freqüentes em alguns grupos populacionais, o que também tem gerado uma certa reserva dos tribunais (especialmente norte-americanos) em admiti-los. E a eles também se aplicam, sem dúvida, as mesmas ponderações que emergiram do debate em torno do caso *Collins*”. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. op. cit. p. 51.

4.4. A probabilidade indutiva

Sabe-se também, que as críticas de *TRIBE* ao modelo de probabilidade matemática, influenciaram, de maneira determinante, a elaboração de importante teoria de um filósofo inglês - *COHEN*²⁵⁵, publicada em 1977 - a probabilidade indutiva.

4.4.1. A teoria de *COHEN*

O conceito de probabilidade indutiva vem definido como o grau de solidez inferencial da regra que consente passar do fato A ao fato B, ou seja, para determinar o grau de solidez de uma afirmação é necessário especificar a validade do suporte indutivo que fundamenta a generalização; deve-se então submeter essa generalização a uma série de procedimentos de indução eliminativa, pelos quais seja possível constatar a capacidade de resistência da afirmação à interferência de fatores que poderiam conduzir a outras conclusões²⁵⁶. Vejamos.

Para ilustrar a teoria apresentaremos um exemplo dado por *COHEN* que traz uma situação hipotética na qual um agente de polícia declara que o acusado foi descoberto em plena noite no jardim de uma casa da qual pouco antes foram furtadas jóias, as quais foram encontradas nos bolsos do acusado. Em um caso do gênero, obviamente, a acusação tentará valer-se da generalização em virtude da qual normalmente se um objeto foi retirado e um homem foi encontrado logo depois nas vizinhanças em posse daquele objeto, foi ele quem o retirou. Por outro lado, para esta generalização ser fundamento da condenação, deverá estar em

²⁵⁵ *COHEN, J. The Probable and the provable*, cit. p. 248 e ss. (nota 93) *apud MARCHEIS, Chiara Besso.op. cit. pp. 1152.*

²⁵⁶ *MARCHEIS, Chiara Besso.op. cit. pp. 1124-1126 e também GOMES FILHO, Antônio*

condições de resistir à interferência de todos aqueles diversos fatores que podem ser apresentados pela defesa, a qual tentará demonstrar que haviam outras pessoas no jardim logo depois do furto e que o acusado limitou-se a recolher as jóias com intenção de restituir o que outro havia furtado.

Pode-se dizer, então que para dizer-se que alcançou o *standard* de prova, para o processo penal é necessário estabelecer que cada característica relevante da situação é coerente com a generalização invocada. Para o processo civil segue-se o mesmo esquema, porém sabe-se que é suficiente que a prova satisfaça apenas um juízo de preponderância²⁵⁷.

Em conclusão, para *COHEN* o método de raciocínio seguido pelo juiz para a formação do próprio convencimento é aquele da probabilidade indutiva, o que não quer dizer que se deva ignorar a probabilidade matemática, a qual em alguns casos pode desenvolver uma função, também importante, de integração do material probatório existente, desde que o convencimento do juiz venha sempre a formar-se segunda a lógica da probabilidade indutiva²⁵⁸.

Na referida conferência de Boston²⁵⁹ travaram-se debates onde se pode perceber uma nova tendência com relação a esta modalidade de probabilidade - a probabilidade pela lógica abdutiva, que parte do efeito à causa, ou seja, do resultado ao caso. É de salientar-se também que esta tendência vem sendo estudada por doutrinadores italianos²⁶⁰.

Magalhães. op. cit. p. 52-53.

²⁵⁷ MARCHEIS, Chiara Besso. op. cit. pp. 1155.

²⁵⁸ MARCHEIS, Chiara Besso. op. cit. pp. 1156.

²⁵⁹ v. item 6.3.3 acima

²⁶⁰ ver em especial FASSONE, Elvio. *Dalla "Certezza" all' "Ipotesi Preferibile" un Metodo per la Valutazione*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Fasc. 4 Out/Dez 1995. Ed. Giuffrè Milão, pp. 1104-1131. e também CATALANO, Elena Maria. op. cit. p. 529.

4.4.2. Aplicações no sistema da *Civil Law*

CHIARA MARCHEIS observa, por fim, que um conceito de probabilidade não matemático e fundado essencialmente sobre a base de "*id quod plerumque accidit*" (ordinário andamento das coisas) apresenta a vantagem de não impor ao juiz uma bagagem de conhecimento especializados que ele não há de ter em virtude de sua preparação profissional e, também, revela-se particularmente idôneo a descrever, em termos racionais, o raciocínio seguido na valoração das provas. Por outro lado, a adoção de um similar conceito permite evitar aquelas críticas de "desumanização" da justiça propostas por *TRIBE*²⁶¹ no confronto com a probabilidade matemática²⁶². E portanto, plenamente aplicável ao nosso ordenamento.

4.5. Conclusões

Pois bem, de tudo o que foi exposto até então, pode-se dizer que os métodos de busca da verdade no processo civil e, por consequência, de valoração da prova utilizados em nosso ordenamento não podem ser considerados satisfatórios deixando abertas algumas interrogações graves, a tal ponto de impor-se uma análise com extremada atenção de outras soluções.

O fruto da elaboração cultural de países anglo-saxões - a probabilidade, pode ser uma medida viável para resolução da questão, mas o certo é que a solução definitiva está longe de ser encontrada, se é que um dia será. No entanto,

²⁶¹ ver item 6.3.2.

²⁶² MARCHEIS, Chiara Besso.op. cit. pp. 1161.

não podemos cometer o erro de cruzar os braços diante da incerteza ou da improbabilidade, sob pena de jamais tornar-se certa, ou pelo menos provável, uma resolução.

Para tanto, vamos continuar nossas pesquisas sobre o tema no último capítulo onde iniciaremos as indagações pelo princípio de tudo - as noções filosóficas de verdade, a fim de tentar encontrar a resposta que desejamos.

Pretendemos deixar assentado como a perspectiva filosófica incrementa este conceito, na medida que desloca uma noção de verdade ultrapassada, que é a “verdade adequação” passando por uma “verdade moderna” pode-se assim dizer, historicamente alcançada e atingindo a “verdade consensual contemporânea” baseada na argumentação em busca do consenso do que pode vir a ser verdade.

Portanto, o que se pretenderá demonstrar é que, encontrando-se uma melhor noção (filosoficamente falando), pode-se chegar a um conceito de verdade mais coerente ao processo e conseqüentemente, à prova, daí porque da importância da perspectiva filosófica do tema.

O próximo capítulo está inserido na nossa proposição inicial de um conhecimento da prova como um todo, e dessa forma, é então fundamental a tratativa da teoria geral da prova. Vamos a ela.

Capítulo III

TEORIA GERAL DA PROVA

Passaremos agora a tratar da Teoria Geral da Prova como um todo. Seus institutos, conceitos, delimitações a fim de levar a cabo nossa tarefa que é entender o que significa a prova no âmbito do processo, quais suas implicações e sua importância.

Devemos salientar que diante desta tarefa, deixaremos de tratar de apenas um item que consideramos de considerável relevância, qual seja, o ônus da prova. Este será objeto de posterior estudo em obra específica, isto porque, justamente devido sua magnitude deve ser tratado mais demoradamente, em momento mais oportuno. Por ora, se levássemos adiante este empreendimento, nos alongaríamos muito desvirtuando o objetivo final do trabalho.

Portanto, eis a Teoria Geral da Prova.

1. Conceito de prova

1.1. A prova jurídica

Passemos agora a firmar as bases para a delimitação do conceito jurídico de prova que tem uma série de nuances que se faz mister abordar. *JOÃO DE*

CASTRO MENDES que dedica sua obra inteira²⁶³ para delimitar o conceito da palavra prova entende ser este termo um dos mais equívocos que apresenta a terminologia jurídica. Isso porque, esta palavra se refere a uma realidade de surpreendentes variedades de planos e facetas, imperfeitamente analisados e distinguidos, e tem sido usada para designar indiferenciadamente elementos diferentes desse planos e aspectos diversos dessas facetas²⁶⁴.

Há autores que chegam a conceitos que não coincidem nem mesmo na categoria de realidades em que a figura é integrada, há outros que apontam sistematicamente diversos conceitos que à palavra podem corresponder. Porém, *CASTRO MENDES* depois de analisar várias definições de mais de três dezenas de autores, dentre eles portugueses, espanhóis, franceses, alemães e italianos, os quais enumeram os sentidos possíveis da palavra, registra uma série de significados que se podem reconduzir fundamentalmente em três grupos: a) os que consideram prova como atividade; b) os que consideram prova como meio (tendente a um resultado) e; c) os que consideram prova como resultado.

1.3.1 Prova como atividade

Para uma primeira corrente a prova situa-se no campo dos atos jurídicos e será um ato simples ou uma atividade; em qualquer das hipóteses, uma conduta humana.

A prova traduz-se sempre no aproveitamento ou na rejeição, para efeitos de

²⁶³ MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Edições Ática. Lisboa, 1961.

²⁶⁴ MENDES, João de Castro. op. cit. p. 40

decisão de uma afirmação²⁶⁵ sobre a realidade. A alegação é sempre a afirmação de algo como verdadeiro. As decisões jurisdicionais verdadeiras e próprias comportam hoje e sempre a prova dos fatos que, substantivamente, fundam a situação jurídica acertada ou reconhecida. Nesta medida, se pode falar em prova como condição necessária da decisão jurisdicional, daí porque, não há decisão sem prova, não há prova sem atividade probatória.

A prova como atividade pode ser ainda considerada sob três aspectos:

- Consoante sua *estrutura*, e então a atividade probatória será apenas um complexo de atos ou cada um dos atos singulares e concretos que a formam;
- Consoante o *agente*, considerando que a atividade probatória vai partir de pessoa determinada (partes) a um destinatário (juiz)²⁶⁶;
- Consoante os *efeitos* e será uma atividade material ou meramente tendencial.

Quanto a este último aspecto pensamos que vale a pena tecer algumas considerações. Quando se afirma que é essencial ao conceito de prova como atividade que esta produza resultado, pode-se estar a pensar num certo tipo de resultado ou num certo e determinado resultado²⁶⁷. A atividade probatória desenvolvida por cada uma das partes destina-se não a formar uma convicção do juiz, mas a formar a convicção que é favorável a cada uma delas. Porém, ainda que a convicção formada não seja a desejada pelo agente, tratar-se-á de atividade

²⁶⁵ afirmação aqui tem um sentido lato que engloba negação. MENDES, João de Castro, op. cit. p. 101.

²⁶⁶ Quando se fala em prova como atividade consoante o seu agente, ainda podemos fazer outra diferenciação; pois alguns autores entendem que é uma atividade probatória apenas do juiz (tribunal), outros que é atividade apenas das partes e outros ainda que é atividade das partes e do juiz. MENDES, João de Castro, op. cit. p. 63-64.

²⁶⁷ MENDES, João de Castro, op. cit. p. 93-94.

probatória.²⁶⁸ Em termos não muito diferentes diz SEBBA²⁶⁹: “*Chama-se prova à atividade das partes e do juiz que tem por fim convencer o juiz da verdade ou falsidade de um fato, seja ou não coroada de êxito.*”

1.3.1.a) Alguns autores que compartilham dessa idéia

Dentre os doutrinadores que compartilham da concepção de prova como atividade probatória temos os portugueses; PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE²⁷⁰, NAZARETH²⁷¹, os italianos; FLORIAN²⁷², CHIOVENDA²⁷³, VICENZO LANZA²⁷⁴, HEUSLER²⁷⁵ alemães; ROSENBERG²⁷⁶, LENT²⁷⁷, e outros tantos

²⁶⁸ Há autores como HEUSLER que rejeitam do conceito de prova a atividade que, em seu conjunto não seja capaz de convencer o juiz em sentido algum, nem a um resultado querido (favorável), nem a uma versão desfavorável. Ao passo que HELLWIG aceita no conceito de prova a atividade que dirigida a formar certa convicção, não o conseguiu - embora tendo, em conjunto com a restante atividade probatória, produzido uma convicção (diferente). Por outras palavras, HEUSLER rejeita como atividade probatória a atividade que conduz a um *non liquet*, nada dizendo quanto à que conduz a um *liquet* diferente do desejado pelo seu agente; HELLWIG aceita esta no campo da atividade probatória, nada dizendo quanto àquela (*non liquet*). MENDES, João de Castro, op. cit. p. 94.

²⁶⁹ SEBBA, *Die riechterliche Uerberzeugung*, notas 74 e 9, apud MENDES, João de Castro, op. cit. p. 95.

²⁷⁰ MELO FREIRE, *Instituiciones Iuris Civilis Lusitani*, Liv, IV, Tít. XVI, # 10. apud MENDES, João de Castro. op. cit. p. 54.

²⁷¹ “*prova é o ato judicial, que certifica o juiz de fatos duvidosos ou controvertidos em juízo pelas partes*”. NAZARETH. *Elementos de Processo Civil*. vol I, # 397 - 2a. Ed. Coimbra, 1854, apud MENDES, João de Castro. op. cit. p. 54.

²⁷² FLORIAN, *Delle Prove Penali*, I, 16, nota 1 apud MENDES, João de Castro. op. cit. p. 56.

²⁷³ “*provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo*”. CHIOVENDA. Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol II e III. Saraiva, 2a. Edição, São Paulo, 1965, # 55, p. 91.

²⁷⁴ LANZA define prova em processo penal como “*toda a fonte do convencimento judicial sobre a possibilidade de atribuição de um certo crime a uma dada pessoa penalmente imputável*”. LANZA, Vincenzo. *Sistema de Diritto Processuale Penale Italiano*, vol. I, Roma, 1922, p. 378, apud MENDES, João de Castro. op. cit. p. 57.

²⁷⁵ A teoria de HEUSLER vem reforçada por GOLDSCHIMDT no sentido de que só há prova quando o agente desta se diferencia do destinatário (prova como atividade consoante o agente), quando não se diferenciam não há prova (*Beweis*), mas conhecimento (*Erkenntnis*). WENDT no entanto, faz notar que esta distinção não é mais que uma questão de palavras; substancialmente não há distinção entre prova e conhecimento (nos sentidos que lhes dá HEUSLER). e por fim, CASTRO MENDES arremata, “*limitar o conceito de prova à hipótese (seja embora mais vulgar) em que o agente e o destinatário dessa atividade se diferenciam parece-nos, como diz STEIN, restringi-lo a puro arbítrio, pois não vemos absurdo algum em que uma pessoa confirme uma idéia que já possui*”. MENDES, João de Castro. op. cit. pp. 83-84.

²⁷⁶ ROSENBERG, *Lehrbuch*, 519 apud MENDES, João de Castro. op. cit. p. 56.

²⁷⁷ LENT, *Zivilprozessrecht*, 138 apud MENDES, João de Castro. op. cit. p. 57.

como por exemplo, *GUASP*²⁷⁸. Todos eles sustentam a idéia da prova como atividade probatória porém, nos vários aspectos; consoante sua estrutura, agente e seus efeitos.

Por fim, *JOÃO DE CASTRO MENDES* pondera que, quando o vocábulo prova é usado para exprimir uma atividade meramente tendencial, haverá assim um defazamento entre os sentidos do verbo e de seu substantivo correspondente; isto porque, se a atividade fica tipificada pelo resultado desejado e se tal não ocorre, pode-se notar, então, o descompasso. Por exemplo, se o autor se esforçou por convencer o tribunal mas não conseguiu, poderá segundo os usos da linguagem comum dizer-se que produziu prova mas nada provou.

Por outro lado, sabe-se que a prova destina-se a fundamentar a decisão de fato de uma decisão jurisdicional. No entanto, a decisão de fato já não é atividade probatória, supõe-na terminada e consumada, torna o seu resultado como seu pressuposto e por isso mesmo diz-se que a atividade probatória diferencia-se essencialmente da prova. Ou seja, a atividade probatória completa-se num momento logicamente anterior ao da decisão. Estes são argumentos que levam ver o sentido fundamental do termo prova noutra conceito.

E ainda, se é certo que muitos autores definem prova como atividade probatória, o que é certo também é que o emprego do termo na doutrina e na lei não justificam este uso. Por exemplo, na expressão produção de prova não contém a palavra prova como atividade, mas como conjunto de meios probatórios. Além do mais, temos outras atividades relacionadas com a prova no processo,

²⁷⁸ "ato ou série de atos processuais pelos quais se procura convencer o juiz da existência ou inexistência dos atos lógicos que hão de ter-se em conta na decisão". *GUASP*, Jaime. "Derecho

mas que não são prova (na conotação que queremos atribuir) e portanto, levariam a uma certa confusão, p. ex. a instrução (fase do processo) é uma atividade; a inquirição de testemunhas (momento da instrução) é uma atividade, o depoimento de testemunhas, etc.²⁷⁹ estão relacionadas à prova, mas não são podem, por definição, significarem o conceito de prova.

A proposta de *CASTRO MENDES*, portanto, é dispor de termos mais adequados para designar a atividade probatória e os seus aspectos mais importantes; seria mais adequado que prova, no sentido de atividade, fosse denominada instrução. A palavra instrução corresponde à idéia geral de carreamento ou reunião de meios que é, mais especificamente, a atividade probatória²⁸⁰.

1.3.2. Prova como meio

Esta corrente de autores entende prova como referente aos meios ou fatores que conduzem a um resultado: aos meios de prova.

Para esta corrente prova é tudo aquilo que serve para. Neste conceito prova poderá ser um fato, uma pessoa, uma coisa e até uma atividade ou um raciocínio, daí dizer-se que o meio pode ser de natureza psicológica ou também objetiva, material.

Para os autores que compartilham da natureza psicológica²⁸¹, prova é o conjunto ou cada um daqueles fenômenos da vida cognitiva do julgador que

procesal civil. 2a. Edição. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.p. 345.

²⁷⁹ MENDES, João de Castro.op. cit. p. 58.

²⁸⁰ MENDES, João de Castro.op. cit. p. 222.

constituem causa imediata do conteúdo da decisão do fato a que este chega. Por outro lado, para os autores, que são a maioria, que entendem prova como meio de natureza objetiva ou material²⁸², a prova é antes, o conjunto de cada um dos dados objetivos ou materiais de que o julgador se serve para a fixação dos pontos a considerar.

1.3.2.a) Alguns autores que compartilham desta idéia

BENTHAM²⁸³, BONNIER²⁸⁴, COUTURE²⁸⁵, LESSONA²⁸⁶, REDENTI²⁸⁷, RUPP²⁸⁸, WOLF²⁸⁹ MITTERMAIER²⁹⁰, CARNELUTTI, na sua obra *La Prova Civile* citava um elevado número de autores que definem prova como o meio ou conjunto dos meios de conhecimento dos fatos por parte do juiz. No entanto, ao tempo, esta não era sua opinião (defendia prova como resultado), mas veio posteriormente a aceitá-la (prova como meio) em sua obra *Lezioni de Diritto*

²⁸¹ MENDES, João de Castro. op. cit. p. 235.

²⁸² MENDES, João de Castro. op. cit. p. 236.

²⁸³ "... prova é um fato que se supõe verdadeiro, e se considera como devendo servir de motivo de credibilidade sobre a existência ou inexistência doutro fato". BENTHAM, Jeremy. *Traité des Preuves Judiciaires* - Compilado por Étienne Dumont, in *Oeuvres*, II Bruxelas, 1829.

²⁸⁴ "As provas são os diversos meios pelos quais chega a inteligência ao descobrimento da verdade." BONNIER, Edouard. op. cit. p. 9.

²⁸⁵ "tomada en su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio". COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Edições Depalma, 1993. p. 217.

²⁸⁶ "provar significa fazer conhecidos para o juiz os fatos controvertidos e duvidosos, dando ao juiz a certeza de seu modo preciso de ser". LESSONA, Carlo. *Teoría General de la prueba en Derecho Civil*. Editora Reus S.A. Madrid. 1928, p. 3.

²⁸⁷ REDENTI, Enrico. " *Diritto Processuale Civile*". vol. II, Milão, 1953, 2a. Ed., p. 57.

²⁸⁸ "O complexo das sensações e conclusões do juiz, das quais deriva a convicção final do mesmo, indica-se como prova". RUPP, nota 1 *apud* MENDES, João de Castro, op. cit. p. 235.

²⁸⁹ "Prova é a causa de um juízo de certeza, de uma convicção... A compreensão pelo juiz no sentido dos depoimentos, ou do conteúdo dos documentos ou das particularidades do objeto da inspeção judicial é portanto, a prova" Grundriss des österreichischen Zivilprozesrechts, 2a. Ed., Viena, 1947, 293 *apud* MENDES, João de Castro, op. cit. p. 236.

²⁹⁰ MITTERMAIER, C.J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Ed. Eduardo e Henrique Laemmert, 2a. Ed. Rio de Janeiro, 1879, p. 2.

Processuali Civile quando conceitua prova como o “complexo de meios que servem ao juiz para verificação (controllo) da demanda ou das afirmações.”²⁹¹

1.3.3. Prova como resultado

Para outra orientação doutrinária a prova é, não uma atividade ou um meio, mas o resultado a que uma e outro tendem: o resultado probatório. Este era o posicionamento de *CARNELUTTI* em seus primeiros estudos, na obra, *La Prova Civile*²⁹².

A codificação portuguesa trata prova como resultado “prova é a demonstração dos fatos alegados em juízo”, bem como *CASTRO MENDES* entende que prova é um resultado juridicamente relevante. Não é um efeito jurídico, mas é um fenômeno jurídico²⁹³. Para o autor prova não é só um resultado, mas uma demonstração da verdade. Faz ainda uma diferenciação entre demonstração e descoberta da verdade e entende que a atividade do juiz, neste sentido se assemelharia ao do historiador²⁹⁴. De fato a atividade do juiz se assemelha ao historiador e não ao investigador, isto porque sua atividade é de verificação e não de averiguação.

²⁹¹ *CARNELUTTI*, Francesco. *Lezioni de Diritto Processuale Civile*, vol II, p. 425-426, apud *MENDES*, João de Castro, op. cit. p. 239.

²⁹² ... prova é a verificação da verdade do fato ou como fixação formal deste, é o resultado do emprego do meio ou dos meios indicados sobre o objeto (percepção sobre o fato a ser provado) ou sobre a fonte dessa (percepção sobre o fato diverso do fato a ser provado e dedução deste sobre o fato a provar). Depois passou a entender prova como meio ver, nota 17 supra. *CARNELUTTI*, Francesco. *La prova Civile*. Editora Dell'Ateneo - Roma, 2a. Edição, 1947, p. 234.

²⁹³ *MENDES*, João de Castro. op.cit. p. 273-274.

²⁹⁴ A palavra “descoberta” tem uma implicação própria. Para *CASTRO MENDES* conceber prova como descoberta da verdade “significa conceber a atividade probatória como uma atividade de pesquisa, de investigação. E neste sentido a atividade do juiz se assemelha a do historiador.” *MENDES*, João de Castro. op. cit. 274. Ver *CALAMANDREI*, cap. II, 1.1 desta monografia - “o juiz e o historiador”.

Este é o entendimento de CASTRO MENDES bem como de SENTÍS MELENDO²⁹⁵ e COUTURE²⁹⁶ já que o papel do juiz não é descobrir a verdade, pois o juiz não julga um conflito de interesses com plena liberdade, a ele não é consentido indagar de modo autônomo a verdade, mas verificar hipóteses que lhe são apresentadas. A atividade probatória é dominada pela idéia de confirmação das versões de fato alegadas pelas partes; e o juiz escolhe entre as versões apresentadas. Como diz CARNELUTTI, lapidarmente, “a prova não é conhecimento, mas reconhecimento”.²⁹⁷

1.3.4 Prova como atividade, meio e resultado

Existe ainda o posicionamento de alguns outros autores que entendem a prova nos três sentidos; como atividade, meio e resultado.

SATTA²⁹⁸ entende a prova num sentido estático e dinâmico²⁹⁹. Em sentido estático prova é todo o “ente ou meio decisivo ou relevante para a certeza de um fato”; é, portanto, o meio de prova. Em sentido dinâmico é esta certeza, ou seja, a “representação de fato como verdadeiro” (resultado probatório) e ainda “a operação através da qual a representação tende a determinar-se” prova como atividade.

Para REDENTI³⁰⁰, do ponto de vista subjetivo, prova é a síntese das

²⁹⁵ SENTÍS MELENDO, Santiago. *Natureza da Prova*. Revista Forense n.º 246, p. 94.

²⁹⁶ Tanto para SENTÍS MELENDO quanto para COUTURE, prova não é investigação ou averiguação como aponta e sim verificação. Posto que a função do juiz não é averiguar pois esta é a tarefa das partes. “Ao juiz pode ser necessário esclarecer, clarificar algum aspecto do que se discutiu, porém nunca ir em busca dessa verdade que devem proporcionar-lhes as partes”. SENTÍS MELENDO, Santiago. op. cit. p. 94 e tb. COUTURE, Eduardo J. op. cit. p. 217.

²⁹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema*. vol. I, p. 676.

²⁹⁸ SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. Ed. CEDAM, Padova. 10a. Ed. 1987. pp. 191-192.

²⁹⁹ v.tb. neste capítulo item II “natureza da prova” infra, desta monografia, que trata mais amplamente do assunto.

³⁰⁰ REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*. vol. II, Milão, 1953, 2a. Ed., p. 57.

conclusões e induções que o juiz extrai, através, em primeiro lugar, dos sentidos e do intelecto e em segundo lugar, de coisas materiais ou episódios, atos ou fatos do processo enquanto determinam o seu convencimento - *motivo de prova*. Do ponto de vista objetivo, são essas mesmas coisas materiais, episódios, atos e fatos de processo, e aqui se fala em - *meios de prova*. Podem ainda existir certas atividades das partes ou do juiz com a finalidade de verificação e descrição de coisas ou de fatos, ou da sua aquisição para os autos do processo, e então a noção de prova fica vinculada a uma - *atividade probatória*.

Portanto, para *REDENTI*, o sentido fundamental do termo prova é o primeiro (motivo de prova), quanto aos outros sentidos aponta como designações preferíveis meio de prova ou atividade ou processo probatório ou instrutório.

*MOACYR AMARAL SANTOS*³⁰¹ compartilha do mesmo entendimento que os autores acima apontados, dizendo que prova no sentido jurídico pode significar tanto a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actus probandi*); significa ação de provar, de fazer a prova; a quem alega cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação. Também é entendida como meio de prova considerado em si mesmo. Diz-se prova testemunhal, prova documental, prova indiciária. E ainda como o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Diz-se: o autor fez prova da sua intenção.

*OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA*³⁰², da mesma forma, diz que "*prova não*

³⁰¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol I, 2a. Edição, Max Limonad, 1952, São Paulo, p. 11.

³⁰² SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*, vol I, , 2a. Edição, Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.

*difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos que haverão de basear a convicção do julgador, quanto ao instrumento por meio do qual essa verificação se faz.*³⁰³ No primeiro caso prova é atividade, a atividade de produzir a prova fazendo chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade de sua alegação. No segundo sentido prova é o próprio instrumento utilizado ou o meio com que a prova se faz. Por fim, prova pode significar ainda “*o convencimento que se adquire a respeito da existência de determinado fato*”³⁰⁴ e teremos aqui prova como o resultado probatório.

1.3.5. Conceito clássico-naturalístico de prova

Como CASTRO MENDES bem define existe na doutrina uma concepção que podemos chamar clássica-naturalística da prova, isto é definida em termos não jurídicos, esta concepção se opõe à concepção jurídica ou teleológica da prova. Segundo esta orientação, pelo menos o substrato, as notas fundamentais dos conceitos jurídicos mais importantes, devem ser procuradas no domínio das ciências exatas, das ciências da natureza. Isto leva à dedução de que a noção clássica-naturalística de prova é aquela segundo a qual objeto predicativo da prova é a verdade, ou talvez melhor, a qualidade de verdadeiro³⁰⁵

Dar ao conceito de prova uma base naturalística firme e realista é por como

³⁰³ SILVA, Ovídio A. Baptista. op.cit. p. 275.

³⁰⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. op.cit. p. 276.

³⁰⁵ MENDES, João de Castro. op.cit. p. 363.

nota essencial do conceito um dado natural da realidade. Nesta perspectiva, prova da verdade não pode obviamente ser a própria verdade em si, mas um resultado essencialmente relacionado com ela: uma representação da verdade; uma demonstração da verdade.

Pode-se dizer que *CASTRO MENDES* entende a concepção naturalística da prova baseada na verdade como uma das formas de conceituar o tema. No entanto, prova não deve e não pode ser sinônimo de verdade, pelo simples fato de que não é. A verdade é um dos escopos da prova (conforme demonstrado no capítulo I supra) e não pode significar o seu conceito. Não se pode confundir delimitação de um tema com a sua função.

Outro problema que deve ser enfrentado nesta teoria é que a noção naturalística da prova baseada na demonstração da verdade gera dificuldades práticas que *CASTRO MENDES* mesmo aponta. "*Se prova na noção naturalística é a demonstração da verdade dos fatos , é difícil pois de conciliar termos como verdade formal ou prova bastante (suficiente), ou mesmo a prova legal, pois neste sistema se obtém uma prova sem convicção da verdade ou garantida adequação a ela. Por isso apresentam-se em contradição com a noção clássica da prova como demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo*³⁰⁶". Para entender a prova no seu conceito naturalístico é preciso, entendê-la sob o ponto de vista filosófico. É por isso que *CASTRO MENDES* encontrava dificuldades, sob uma perspectiva naturalística, de conciliar termos como verdade formal e material, porque a noção filosófica de prova foi rechaçada pelos processualistas³⁰⁷.

³⁰⁶ MENDES, João de Castro. op.cit. p. 403.

³⁰⁷ sobre a questão da noção filosófica entre os processualistas v. tb. capítulo IV, " A importância

1.4. Conceito de prova - conclusões

Dessa forma, diante de tudo o que foi amplamente discutido devemos salientar que, indubitavelmente, o vocábulo prova, na sua própria origem, (*probatio* - ensaio, verificação, argumento, demonstração) tem várias significações e não pode ser considerada sob um aspecto único. Devemos então admitir que o termo prova é multifacetado e que a cada momento exprime uma concepção, o que nos leva a fazer algumas ponderações sobre o assunto.

A palavra *prova* pode estar sozinha ou acompanhada de um verbo ou substantivo e de acordo com estes complementos ela expressará o significado que deseja. Explicaremos. Se eu digo “A” *produziu prova* do dano sofrido, quer dizer que “A” realizou uma atividade probatória em relação ao fato alegado, e aí então, prova está acompanhada do verbo *produzir*. Neste caso necessita de verbos que expressem “realização” (fazer, realizar, etc.) para dar o sentido desejado.

Por outro lado, se dizemos “A prova foi realizada *in loco*” quer-se referir nesta oportunidade, a um meio de prova (pericial), isto é, de um instrumento pertinente à atividade probatória, e para dar a significação que desejamos, obrigatoriamente, usamos o substantivo *meio* (meio de prova), pois sem ele não conseguimos expressar o sentido que queremos dar ao termo.

Por fim, quando dizemos “provou-se que a terra é redonda” quer-se aqui dizer que já houve um convencimento deste fato específico, e o vocábulo aqui não

necessita de nenhum complemento para ser entendido na acepção desejada, isto é, como um resultado de uma atividade probatória.

Estas ponderações nos levam à conclusão de que o fim último da prova é o resultado, ou seja, a modificação no ânimo de outrem, a formação de uma convicção sobre o seu destinatário, o que lhe confere um caráter subjetivo³⁰⁸. O fato de não se ter atingido o resultado não implica em desconsiderar a existência das outras acepções do vocábulo pois, na verdade *produziu-se* prova através de algum *meio* de prova, mas não *provou-se* o fato. Houve uma atividade, através de um meio, mas não chegou-se ao fim último.

De tudo o que foi exposto e levando em conta as considerações de CASTRO MENDES (quando fala que a maioria das palavras traduzem um certo conceito central que passa a designar também realidades diferentes mais ou menos próximas, realidades que têm alguma conexão ou afinidade com este conceito³⁰⁹), podemos então assentar que *prova* (isoladamente considerada) está vinculada a um determinado resultado, e que portanto, esta é a significação central do tema. As demais acepções (*prova* como meio e como atividade) são diversificações do tema central e isso se deve mais a uma escassez do nosso vocabulário do que a um problema de conceituação.

Por conseguinte, para definir o vocábulo *prova* (desacompanhado de qualquer complemento) emprestamos a definição do mestre OVÍDIO que, com

³⁰⁸ prova tem neste sentido uma conotação subjetiva, pois quando se prova algo, é porque convenceu-se *alguém* (ou alguém se convenceu) de determinado fato (se tal fato restou provado é porque uma pessoa ou uma coletividade convenceu-se da prova deste fato), daí porque do caráter subjetivo da prova como resultado em oposição ao caráter objetivo da prova como meio, pois, o meio de prova, por exemplo, os documentos, os fatos, os indícios são em si mesmos considerados, são objetivamente considerados, e não em relação a um sujeito.

³⁰⁹ MENDES, João de. op. cit. p. 39

muita precisão, definiu: prova é “o convencimento que se adquire a respeito da existência de determinado fato”.³¹⁰

1.5. Das acepções da palavra prova adotadas pelas codificações brasileiras

A codificação da matéria divide-a em disposições constantes no Código de Processo Civil e no Código Civil³¹¹, tendo em vista que a nossa legislação, sob este aspecto, se filia ao direito francês, belga e italiano que também assim procedem. O fato é que tanto numa como em outra codificação prova é definida como atividade, meio e resultado.

1.5.1. Prova no CPC

O Código de Processo Civil consagra o Capítulo VI (arts. 332 a 457), especificamente, para tratar do assunto havendo, porém, outros tantos artigos³¹², que tratam da matéria, esparsamente, impregnando toda a legislação dessa matéria fundamental. Na verdade, o motivo da descentralização da matéria é a fim de orientar diretamente a proposição-produção (pelas partes) e a condução e apreciação da prova (pelo juiz).

O art. 332 do CPC dispõe que: “*Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos ainda que não especificados neste Código*”³¹³, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. A

³¹⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. op. cit. p. 276.

³¹¹ aqui também compreende-se o Código Comercial.

³¹² no processo sumário - arts. 276 a 279, livre apreciação do juiz - arts. 130 e 131; presunção de veracidade dos fatos - arts. 319, 803, 285, 302-II, 320-III; produção antecipada - arts. 846 a 851, e outros tantos.

³¹³ Aqui cabe uma consideração; “*ainda que não especificados neste Código*” quer de imediato indicar que os meios estipulados nesta codificação não são taxativos, decorrência também do princípio dispositivo (assunto este de que trataremos mais adiante no item 4).

princípio, numa rápida olhada, poderia parecer que prova aqui é tida como meio, no entanto, se formos analisar com mais vagar veremos que quando o legislador fala em “todos os meios legais” está se referindo aos meios de prova que “são hábeis a provar”. Portanto, os meios de prova são instrumentos que servem a um fim, qual seja, a demonstração da verdade de um fato, sendo este o fim último da prova concebida pelo legislador.

Portanto, prova aqui é tida como resultado de uma atividade que se vale de meios. Contudo, sendo este o posicionamento principal desta codificação, não impede do vocábulo apresentar-se em outros sentidos. Senão vejamos.

O art. 333 quando fala em “O ônus da prova incumbe...” quer se referir ao ônus de realizar a atividade probatória, e aqui prova é atividade.

O art. 334 dizendo que “*não dependem de prova os fatos:...*” quer significar que determinados fatos não necessitam de verificação, de experimentação, de demonstração, e aqui, mais uma vez prova é tida como atividade.

No art. 336 fala-se, dos instrumentos probatórios que levam à convicção do juiz, “*as provas devem ser produzidas em audiência.*”, portanto, prova é meio.

1.5.2. Prova no CC

No Código Civil prova é tratada, de forma difusa, em vários dispositivos sem estar organizada em um capítulo específico. Isto se deve ao fato de que ela se apresenta em qualquer instituição de Direito Civil que tenha necessidade de regulamentação da matéria, dispondo sobre a forma de verificação de determinado ato ou fato jurídico. Mas, igualmente ao CPC prova é codificada sob

os três aspectos (atividade, meio e resultado).

Assim, o art. 349 determina: “ *na falta ou defeito do termo de nascimento poderá provar-se a filiação legítima... I - quando houver começo de prova por escrito*” no primeiro caso prova é entendida como atividade e no segundo como meio de prova.

No art. 202 “*O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro*” prova se entende aqui como resultado, pois a certidão (que é meio) demonstra a veracidade do fato (casamento celebrado no Brasil).

Art. 945 . “*A entrega do título ao devedor firma a presunção do pagamento.*

... # 2º *Não se permite esta prova, quando se der quitação por escritura pública...*”, aqui uma vez mais prova é meio.

Portanto, pode-se constatar a afirmação inicial de que em todos os três sentidos a prova pode ser encontrada nas codificações, no entanto, reafirmando nosso posicionamento, nos parece que o objetivo final da prova é o resultado probatório e neste sentido, o convencimento alguém (juiz).

2. Natureza da prova - material e processual

Pois bem, devidamente delimitado o conceito do nosso tema de estudo podemos, então, passar a tratar de outras questões pertinentes a ele.

O questionamento quanto à natureza jurídica da prova é ponto bastante controvertido na doutrina, alguns autores entendem que tem natureza meramente processual, outros, dividem a prova em duas categorias, processual e material. O fato é que existem disposições legais sobre prova tanto em legislação processual

quanto nos Códigos de legislação material, situação esta que poderia sugerir que o legislador não tomou partido quanto ao assunto.

Por outro lado, é indiscutível que o tema alcança sua expressão maior no campo processual, tanto que nesta seara tem sido tratado com mais profundidade, sendo a literatura mais expressiva sobre prova, obra dos processualistas. Já os civilistas têm se limitado à abordagem do assunto como complementação do direito material. Então, vejamos se conseguimos entabular algumas premissas acerca do assunto. Dos vários posicionamentos dos autores selecionamos alguns que podem nos auxiliar a compreender o fenômeno.

2.1 O posicionamento de SATTA³¹⁴

Salvatore SATTA faz uma colocação sobre a natureza da prova que nos parece bastante elucidativa. Entende ele que prova na linguagem jurídica pode ser considerada sob dois aspectos: um *estático* e um *dinâmico*. No aspecto *estático* a prova é entendida como *prova substancial ou material* porque ela se traduz como um ente ou um meio decisivo e relevante para a certeza de um fato. A certeza pois, é a prova mesma considerada como resultado.

O segundo aspecto da palavra é aquele *dinâmico* (prova processual) porque o objeto da verificação é o fato que se alega no processo como constitutivo ou extintivo do direito. Processualmente a prova (como resultado no nosso entendimento) é uma representação. Considerando que a prova (processual) é uma atividade dialética entre quem alega o fato para alguém de quem se pretende

³¹⁴ SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. Editora Cedam, 10a. Ed. Padova, 1987, p. 191.

um juízo, a representação é justamente esta atividade levada à efeito. O fato alegado transforma-se em certo através da representação que o primeiro determina e consegue determinar no segundo. Portanto, as provas estaticamente consideradas pelo direito substancial são os meios (ou as fontes) da representação (prova processual)³¹⁵.

2.2. O posicionamento de GUASP³¹⁶

Jaime GUASP também trata do tema e entende é errônea a posição intermediária da doutrina que divide a regulamentação jurídica da matéria distinguindo um aspecto material e um aspecto formal da prova como faz o direito positivo espanhol que, com inseqüência de critério reparte a prova entre o Código Civil e a lei processual.

Para *GUASP*, na realidade existem duas classes de provas, uma prova material e uma prova processual ou judicial em sentido estrito.

Prova material é aquela instituição que, no âmbito das relações jurídicas regidas pelo direito material, se destina à justificação de certos acontecimentos da vida real. Não tem como finalidade específica lograr a convicção psicológica do juiz, nem de nenhum destinatário determinado, apenas justificar objetivamente o dado a que a prova se refere. Abstrai-se de qualquer repercussão processual ulterior.

A prova processual é a que se dirige a produzir a convicção psicológica do

³¹⁵ SATTÀ, Salvatore. op. cit. pp. 191-192.

³¹⁶ GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 2a. Edição. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.p. 333-334.

juiz em um sentido determinado, com respeito a um dado ou conjunto de dados processuais. Não há que se falar em justificações objetivas, mas em comprovações pessoalmente dirigidas a um sujeito particularizado. A prova pode utilizar-se, fisicamente, dos mesmos meios da prova material, mas a função do meio probatório é radicalmente distinta.

As conseqüências destas diferenciações são muito importantes enquanto regime jurídico. As normas sobre prova material são predominantemente de direito dispositivo, por isto cabem sobre este ponto convenções probatórias. Por outro lado, as provas processuais tem caráter cogente.

2.3 Outros entendimentos

*BONNIER*³¹⁷ é adepto à facção dos que entendem que a prova tem natureza processual e complementa dizendo que o lugar natural das provas é no Código de Processo, salvo os casos especiais em que as regras sobre prova são complemento indispensável das regras materiais, como sucede quanto à filiação, no sistema de leis francesas.

*CHIOVENDA*³¹⁸, ainda que admita que a matéria sobre prova se encontra também disposta em códigos de direito substancial entende que ela pertence ao direito processual. *“A situação das normas sobre provas nos códigos de direito substantivo não deve fazer crer que tenham caráter dispositivo”*.

Ainda neste sentido, *PONTES DE MIRANDA*³¹⁹ e *NEVES E CASTRO*³²⁰.

³¹⁷ BONNIER, Edouard. op. cit, p. 12-13.

³¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale*. 4a. Ed. # 60, p. 813.

³¹⁹ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IV, Editora Forense, 1974, p. 225.

³²⁰ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. *Theoria das Provas e sua aplicação aos actos civis* - Editor, Rua de São José, 82, Rio de Janeiro, 1917 - 2a. Edição, p. 12.

2.4 Conclusões

Na verdade *GUASP* explica o mesmo fenômeno só que parte de uma premissa diversa de *SATTA*. Aquele autor parte do ponto de vista do destinatário da prova - o juiz. Sendo a prova destinada a ele no âmbito de um processo ela é processual, estando a prova somente a serviço da comprovação objetiva de fatos da vida real, ela é material.

SATTA encara o fenômeno sob um ponto de vista mecânico (na acepção semântica da palavra). É estática e pertenceria ao direito substancial enquanto se trate apenas da prova em si mesma considerada e destinada a produzir a certeza de um fato. É dinâmica e de caráter processual quando quiser significar a verificação de um fato (constitutivo ou extintivo de direito) que se alega no âmbito de um processo através da representação.

Ambos reconhecem que a prova tem um caráter substancial e processual, a diferença é que *SATTA* admite claramente e *GUASP*, tentando justificar o caráter meramente processual da prova elastece a definição da prova em sentido processual ao ponto de abranger a prova de natureza material. Fica bem evidente este posicionamento quando ele próprio fala que: "a prova processual utiliza, fisicamente, os mesmos meios da prova material."³²¹

Por outro, lado é ainda de se salientar que *GUASP* ignora o caráter subjetivo da prova quando a conceitua sob o ponto de vista material dizendo que ela não tem nenhum destinatário determinado,³²² destina-se apenas para justificar

³²¹ *GUASP*, Jaime. op. cit. p. 333 *fine*

³²² "Prueba material es aquella institución que, en el ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el derecho material, se destina a la justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real; no tiene como finalidad específica lograr la convicción psicológica del Juez, ni de

objetivamente um dado. A simples verificação sintática da palavra desmente esta teoria; quem prova, prova algo a alguém, o verbo é transitivo. Prova é um termo de relação, é insuficiente falar de prova - prova é sempre prova de alguma coisa a alguém, ela necessita portanto, de uma afirmação, que é seu objeto, e de um destinatário.

Então, o fato que não podemos deixar de considerar é que mesmo os autores que incluem a matéria de prova inteiramente no direito processual, não escapam à necessidade de reconhecer que há disposições puramente de direito substancial quanto ao tema estudado. De modo que quando se fala dos meios de prova de um ato ou fato jurídico como a do casamento, compra e venda, crédito cambiário, livros escriturários, etc. são matérias que dizem respeito à substância, ao direito em si mesmo e evidenciam que há um espaço de aplicação dos institutos da prova fora do âmbito do processo. Porém, quando se trata de estipular, p. ex., qual o modo de produção das provas que comprovarão tais atos ou fatos jurídicos é indubitável que é assunto eminentemente processual.³²³

3. História da prova - breves considerações

ningún destinatário personal determinado, sino simplemente acreditar objetivamente el dato a que la prueba se refiere, es decir, proporcionar en definitiva legitimaciones para el tráfico jurídico, abstracción hecha de cualquier repercusión procesal en que ulteriormente pueda pensarse". GUASP, Jaime. op. cit. p. 333.

³²³ PORTO MACEDO, seguindo esta linha de pensamento faz uma constatação interessante e entende que "o instituto da prova integra o direito processual alcançando o direito material por via reflexa. Tanto é assim que os civilistas que vêem na prova um instituto também de direito substancial, tratam do assunto em suas obras como se fossem processualistas, ou seja, focalizam o fenômeno probatório no processo. (MACEDO, Ronaldo Porto. *Prova dos Atos Jurídicos*. Revista de Processo nº 16, pp. 64-65).

Mais adiante ele complementa seu pensamento dizendo que "Nesta medida é que afirmamos a inexistência de um sistema de provas específico do direito civil. Mesmo as disposições a respeito de provas, constantes do Código Civil são regras de natureza processual" (MACEDO, Ronaldo Porto. op. cit. p. 65).

Para iniciarmos o estudo da prova jurídica parece interessante uma breve digressão histórica para entendermos as origens do instituto, até porque, a prova é um capítulo de relevância na história das civilizações e vem evoluindo com os povos das épocas mais remotas à contemporânea.

Não se espere pois, encontrar a prova judiciária na vida do homem primitivo, das cavernas, mas, certamente, na rudimentar sociedade (frátrias e cúrias) pode-se entrever o instituto com caráter de meio para se chegar a concluir por uma decisão.

*DEVIS ECHANDIA*³²⁴ aponta a evolução da prova em 5 principais fases: a) Fase étnica ou primitiva; b) fase religiosa ou mística; c) fase legal; d) fase sentimental; e) fase científica. E *JOHN GILISSEN*³²⁵ consigna que estas fases são entremeadas por três grandes sistemas de provas: a) sistema das provas “irracionais”; b) sistema legal de prova; c) sistema da prova livre.

a) *A fase ética ou primitiva* assim se situa até a queda do Império Romano quando existiram na Europa grupos étnicos, alemães, franceses que eram dominados pelo cristianismo. A esta fase corresponde a todas as sociedades em formação, quando só existia um sistema processual muito rudimentar, sendo as provas abandonadas ao empirismo e às impressões pessoais. Mas o que caracteriza esta fase é que a prova apresentava características muito diferentes em cada lugar, não havia ainda uma identidade única. Pode-se dizer que esta fase corresponde a épocas em que em cada sociedade não havia aparecido ainda um sistema probatório propriamente dito. A partir da queda do Império romano é que

³²⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op.cit. p. 55

³²⁵ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2a. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian,

se desenvolveram as outras fases da prova.

b) A *fase religiosa ou mística* se dá entre os séculos XII e XIII, progressivamente desapareceu nas diversas regiões da Europa entre os sécs. XIII e XV, porém notam-se sobrevivências em certas regiões, nomeadamente na Inglaterra e Rússia mesmo até o fim do séc. XIX. É marcada, em sua primeira etapa, por uma forte influência do direito germânico. Enquanto que no direito romano a prova era um meio utilizado para persuadir o juiz, no processo germânico a prova tinha uma finalidade em si mesma e conduzia à fixação da sentença que o juiz apenas adotava. Havia uma rigorosa formalidade e seus resultados eram geralmente incontroverso. Foi nesta época que surgiram as ordálias que eram os juízos de Deus, os duelos judiciais e os juramentos.

Os juízes não eram contudo, obrigados a recorrer a elas, podendo admitir provas racionais, tais como testemunhas ou documentos. Havia uma coexistência do místico e do racional.

Ordálias

Nas organizações rudimentares predominava uma força superior e inatingível - a religião. Daí que se o homem é impotente para descobrir a verdade por meio do raciocínio, não podem faltar outros meios que a imponham de maneira que transcenda à própria razão. Surgem então, os juízos de Deus, as ordálias³²⁶.

As *ordálias* consistiam em submeter o acusado a uma certa e determinada prova supondo que Deus não a deixaria sair dela com vida se não dissesse a

Lisboa, 1995, p. 714.

³²⁶SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol I, 2a. Edição, Max

verdade ou se fosse culpado, eram os julgamentos de Deus.

Estas prova eram realizadas de várias maneiras segundo os costumes de cada povo. Tinha por exemplo, a *prova da água a ferver*, que era peculiar da lei sálica. Consistia em tirar um objeto do fundo de uma caldeira de água fervente, de forma que se o acusado no fim de três dias não tinha nas mãos sinal algum de queimadura, a prova era favorável. Havia também a *prova do ferro quente*, em virtude da qual o acusado havia de levar uma barra de ferro quente em brasa na distância de nove passos sem se queimar; assim como a *prova da cruz*, em razão de que aqueles que questionavam colocavam-se, um defronte do outro, com os braços abertos, de forma que o primeiro que deixasse os braços cair, não tinha razão. E ainda, a *prova do cadáver*, que consistia em colocar o da vítima defronte o acusado e se de novo começasse a correr-lhe sangue, era aquele o autor do crime”³²⁷.

Juramento purgatório

Outro meio de prova que vem dos tempos mais remotos é o *juramento*³²⁸. Ele é uma espécie de *ordália* devido seu caráter nitidamente religioso. Aliás, o *juramento* é a invocação da divindade como testemunha da verdade do fato que se alega. Foi muito difundido posto que não era difundida a escrita nem mesmo as provas testemunhais dada a pouca densidade da população e a natureza

Limonad, 1952, São Paulo, pp. 23 e segs.

³²⁷ “Há quem queira sustentar que as ordálias eram um meio d'intimidação e de fazer com que os criminosos confessassem seus crimes: isto porém é favorecer muito a ilustração d'aqueles que as admittiram. Não pôde com probabilidade fazer-se outro juízo, senão que aquelle era um meio de invocar a interferência da Divindade como um meio de prova”. NEVES e CASTRO, Francisco Augusto. “Theoria das Provas e sua aplicação aos actos civis” posta de acordo com o Código Civil, as leis em vigor, a doutrina e praxe pelo Dr. Pontes de Miranda. Jacinto Ribeiro dos Santos - Editor, Rua de São José, 82, Rio de Janeiro, 1917 - 2a. Edição, pp. 23 e segs.

³²⁸ sendo que encontram-se resquícios dele nos mais antigos monumentos da História. “Os

patriarcal das sociedades³²⁹.

Para se dar o caráter sagrado, que lhe era peculiar, não bastava a invocação da divindade, era preciso que o juramento fosse acompanhado da impreciação, pela qual o jurador pedia à divindade que o castigasse no caso de perjúrio. Os procedimentos para a realização do juramento variavam no tempo e no espaço e de acordo com cada cultura³³⁰.

Várias causas, no entanto, acarretaram ainda na Idade Média o descrédito deste meio de prova: o descaso pelas vinganças divinas, a atitude da Igreja de Roma que não o favorecia e, principalmente, o fato dele ter se tornado uma copiosa fonte de fraudes³³¹. Como corretivo ao abuso dos juramentos falsos surgiu e prosperou a instituição dos *conspurgadores* que consistia no juramento de outras pessoas em abono do prestado pelo acusado ou por quem devia jurar³³². Porém, não logrou a instituição os resultados almejados. Por meio dela não se moralizou o juramento que ressentia-se dos mesmos vícios deste. “*Multiplicando-se os juramentos nada mais se fizera senão multiplicar os perjuros*”³³³

Por fim, é de se salientar que alguns ordenamentos ainda consagram o

iniciados nos mistérios do Egito e da Índia ligavam-se entre si por juramentos terríveis.”(SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 30)

³²⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 31.

³³⁰ “...em Atenas o juramento se fazia perante o Aerópago, sobre as víceras de um javali, de um carneiro, ou de um touro, imolado às Eumênides; em Roma, invocando-se um dos deuses tutelares; os judeus, na presença do rabino, pondo a mão direita sobre o Talmud. Já sob a influência do cristianismo, na Idade Média, jurava-se sobre armas consagradas; depois sobre relíquias santas ou sobre o Evangelho nas Igrejas e, somente muito mais tarde, no próprio Tribunal e perante os juízes”. (SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 32)

³³¹ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 32

³³² o número e qualidade das pessoas que serviam de testemunhas, ou pessoas abonadoras, variava de acordo com os indivíduos, segundo a sua categoria e segundo a natureza e importância do objeto para cuja prova eram produzidas (*secundum qualitatem pecuniae, pro qualitate damni, secundum quod debuit solvere, juxta pretium capitalis*) NEVES e CASTRO, Frederico Augusto. op. cit. p. 29.

³³³ DALLOZ, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*; v. Duel, n. 5, apud SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 34.

juramento com características diferentes de outrora, pois perderam o caráter religioso, no entanto, pode-se falar, ainda hoje, em *juramento supletório* e *juramento decisório*.

Duelo judiciário

Pois bem, com a falência do instituto do juramento, naqueles moldes, procurou-se um sucedâneo para resolver a questão da prova. Assim surgiu o *duelo judiciário*, que entre as espécies de prova era uma das mais usadas de todas as ordálias, ele foi inventado - *ut devitentur perjuria* - já que os perjúrios eram muito freqüentes. Com esta lei, os povos que não tinham inteligência para decidir os pleitos, lançavam mão da força física, para que os seres destituídos de razão pudessem descobrir os direitos que só tinham origem na força ou na destreza dos combates³³⁴.

Por vários séculos o combate constituiu a prova por excelência, que servia tanto para dirimir questões de fato, como de direito. Não tardou, porém, que o direito romano viesse levantar o véu que havia sido lançado sobre grande parte da Europa pelas invasões dos godos e dos árabes e, princípios mais sólidos começaram a inaugurar-se substituindo à força e ao combate, a razão e a justiça, lançando-se mão de testemunhas e escritos segundo a prescrição do direito sancionado em Códigos³³⁵.

Com a influência do direito canônico, com o qual se prepara a transição

³³⁴ cada categoria de pessoas tinha um meio peculiar de combater. Os escravos serviam-se de bastões, as mulheres escolhiam um campeão (que era um mercenário), o qual as representasse. Em algumas nações elas combatiam pessoalmente, porém enterrava-se numa cova o adversário até a cintura. NEVES e CASTRO, Frederico Augusto. op. cit. p. 26-27.

³³⁵ O último duelo que se soube foi autorizado pelo parlamento, foi em 1386. Mais tarde, soube-se que na Inglaterra, em 1817, ainda se conservava este uso. NEVES e CASTRO, Frederico Augusto. op. cit. p. 27

para a fase da prova legal, penetra-se pouco a pouco no sistema romano da época do império e se vai abandonando aqueles meios bárbaros de prova já mencionados. Os juízes eclesiásticos são verdadeiros magistrados e já não mais prevalece sua livre convicção, mas uma verdadeira apreciação jurídica da prova.

Prova testemunhal

Devemos aqui também falar da evolução das provas testemunhais e escritas. Destruído o império das ordálias e proscrito posteriormente o duelo pela ditadura do pensamento começou a introduzir-se a prova por meio das testemunhas. Por séculos sem conta, desconhecida a escrita, apenas a palavra falada servia como prova dos atos e fatos que constituíam objeto das questões judiciais. Em face da contingência que oferecia a prova testemunhal, não se admitiu outra, senão quando começou a tornar-se mais conhecido o uso da escrita. Era tão grande a importância que se lhes dava, que em caso de antinomia, entre o depoimento de testemunhas e um escrito, devia dar-se crédito àquelas.

Finalmente, a descoberta das Pandectas, os estudos dos juristas de Bolonha, a coletânea de jurisprudência canônica feita por Graciano, os cânones de Inocêncio III e a influência simultânea do Direito Romano e Direito Canônico sacudiram a prova testemunhal e a jogaram aos novos tempos, numa luta incessante com a prova literal, a princípio superando-a, em seguida emparelhando-se com ela, até chegar à época contemporânea que, embora vencida por esta, continua a exercer papel fundamental³³⁶.

Prova escrita

Tarde veio a época que os homens souberam exprimir seus pensamentos

pela escrita. Os homens dados ao exercício das armas e não os da inteligência, mal podiam fazer uma assinatura com letra (usavam um selo). Escrever era só próprio dos sábios.

Nem por isso deixou a escrita de participar de sistemas probatórios desde épocas remotas. Entre os egípcios, judeus e gregos existiam escribas destinados a redigir as convenções das partes. Os romanos tinham os *tabularii*, que, sem nenhum caráter público, punham por escrito as convenções das partes em presença de testemunhas. Em 401 D.C. a função dos *tabularii* passou a ser desempenhada por homens livres que mais tarde foram erigidos a tabeliães.

Quando se compreendeu que a escritura é um testemunho dificilmente corrompido, na França promulgou-se conhecida ordenação que se deve a L'Hospital, estatuinto a proibição da prova testemunhal para os contratos acima de cem libras. E foi no séc. XV que a prova literal entrou em definitivo no sistema probatório como indispensável e obrigatória até os dias atuais.

Retomando então a classificação de *ECHANDIA* temos ainda a fase legal, sentimental e científica.

c) *Fase legal ou sistema da tarifa legal* aparece nos escritos dos romanistas glosadores e dos canonistas no séc. XII e desenvolve-se sobretudo no séc. XIII. Ocorre quando o direito canônico se impõe definitivamente como um avanço na cultura jurídica. Os papas dão instruções detalhadas para o processo canônico e os canonistas elaboram muitas regras sobre provas. Utilizam as tradições romanas especialmente o direito justinianeu, mas mesclando princípios tomados da Bíblia, como p. ex. o número de testemunhas necessárias para formar a

³³⁶ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 40.

convicção. Por obra dos glosadores estabelecem-se regras sobre o ônus da prova, introduz-se a lógica no processo. Esta fase tem como base a classificação sistemática das provas romanas, segundo o método escolástico, em graus; provas plenas, semiplenas e indícios e a partir do séc. XIII acima da prova plena o notório (criação canônica sem precedentes no direito romano). O sistema da prova legal é tratado no final deste capítulo mais detalhadamente.³³⁷

d) *Fase sentimental ou convicção moral*, pode dizer-se que se origina na Revolução Francesa acolhendo as teorias de *MONTESQUIEU*, *VOLTAIRE* e seus seguidores com as leis de 1791. Esta fase se influenciou pelos preceitos sobre liberdade de apreciação e convicção íntima como único fundamento da sentença. Assim se originou esta fase que se convencionou denominar sentimental por estar embasada numa ilusória crença na infalibilidade da razão humana e do instinto natural. Este novo sistema se aplicou ao processo penal que tramitava oralmente sendo que ao juiz penal lhe davam faculdades inquisitivas para a busca de provas. Já o processo civil continuou sujeito à tarifa legal e ao procedimento escrito sendo que o juiz estava adstrito à iniciativa das partes na instrução probatória, este conservadorismo ocorreu devido ao conceito privatístico baseado em um individualismo filosófico e político que se tinha do processo civil e permaneceu até fins do séc. XIX.

e) A *fase científica* é marcada segundo *ECHANDIA* pela determinação que o processo civil futuro deve ser oral e também inquisitivo para que o juiz investigue

³³⁷ v. tb. neste Capítulo, item 11 "Sistemas de valoração das provas"

oficiosamente a verdade, com liberdade de apreciação das provas de acordo com os princípios da psicologia e da lógica.

Portanto, pode-se dizer que as grandes transformações em matéria de prova situam-se na metade do séc. XVIII e início do séc. XIX. Em matéria penal o regime de provas legais é substituído pelo regime de provas livres. O juiz como o júri deve julgar de acordo com sua convicção íntima. Em matéria civil mantém o sistema legal de provas mas ele é muito mais flexível do que o sistema romano-canônico. As principais regras dizem respeito ao primado da prova escrita e ao valor das presunções.

Houve poucas inovações no decurso do séc. XIX; elas foram mais consideráveis durante o séc. XX. A tendência para o desaparecimento das provas irracionais em todo o mundo (Ásia, África); introdução de provas científicas, graças a invenções como fotografia, fotocópia, análise de sangue, etc.; renascimento de um certo formalismo pela preponderância dos documentos escritos em detrimento do testemunho. Por fim, em matéria cível, tendência para se passar do sistema das provas legais para o sistema da prova livre³³⁸.

4. Princípios relativos à prova

4.1 Conceituação de princípio

Princípios são entes que exprimem uma verdade jurídica universal. Gozam

³³⁸ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. op.cit. pp. 719-720.

de vida própria e valor substantivo pelo mero fato de serem princípios, figurem ou não nos Códigos. A idéia de princípio deriva da linguagem da geometria onde designa as “verdades primeiras” e é exatamente por isso que assim são designados, porque estão no princípio, são premissas de um sistema, no entender de *CELSO BANDEIRA DE MELLO* princípio é um “*mandamento nuclear de um sistema*”³³⁹.

Os princípios do direito probatório, são, portanto, diretivas de caráter geral e fundamental que coordenam a racionalidade das normas de direito probatório que lhe são subordinadas³⁴⁰, formando assim o ordenamento da prova. Daí porque da importância do caráter normativo dos princípios, pois são acima de tudo, normas jurídicas que determinam outras tantas que lhe são subordinadas.

4.2 Princípio dispositivo

4.2.1 Modelos processuais

A ciência do direito como ciência social, traduz o pensamento político ou filosófico dominante em cada povo, em cada época. Seguindo a história, podem-se detectar três grandes correntes de pensamento, que sob vários aspectos, imantaram o processo civil: a) a corrente liberal; b) a corrente socialista; e c) a corrente social.³⁴¹

A ideologia liberal teve suas bases assentadas na Revolução Francesa. Baseava-se numa concepção individualista da humanidade, segundo a qual a

³³⁹ SILVA, José Afonso da. *Princípios Constitucionais Brasileiros*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.

³⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. Malheiros, São Paulo, 1994, cap. 8, pp.229-230.

³⁴¹ THEODORO JR, Humberto. *Os poderes do juiz em face da prova*. Revista Forense, nº 263, p. 39.

intervenção do Poder Público, deveria ser a menor possível, em todas suas áreas de atuação, era a introdução do Estado mínimo, do livre comércio - *laissez-faire, laissez passer*.

O processo civil se imbuíu deste espírito, fazendo predominar o princípio dispositivo, que se refletia no impulso processual por iniciativa das partes. *“Emprestava-se ao processo civil a função de servir de mero instrumento de atuação dos interesses particulares dos litigantes, que, por isso, o dominavam inteiramente. No uso das faculdades processuais ganharia, afinal, o mais forte ou o mais esperto. O juiz ficava quase limitado a posição de espectador, para simplesmente testemunhar a vitória do mais diligente”*³⁴²

Como a fórmula do liberalismo tivesse perdido força na história, houve um inafastável reflexo no direito e também no processo, surgindo duas correntes que, dividiram o pensamento humano nas esferas filosófica, política e econômica: a socialista e a social.

Houve a nítida valorização do interesse coletivo sobre o individual, o Estado passa ser garantidor de direitos e, apoiado no pensamento de Marx, anula-se o indivíduo em detrimento da supremacia da coletividade. No Ocidente defende-se um coletivismo moderado, valoriza-se o bem comum a fim de que o maior número possível de direitos individuais seja assegurado. Desse modo procura-se um coletivismo a serviço do indivíduo e não da anulação.³⁴³

No processo civil a corrente socialista redundou num modelo extremamente autoritário - o princípio inquisitório em que o juiz se sobrepõe às próprias partes na

³⁴² THEODORO JR, Humberto.op. cit. p. 40.

³⁴³ THEODORO JR, Humberto.op. cit. p. 40.

busca da verdade e na tutela dos direitos.

Na corrente social o princípio dispositivo é mais moderado apresentando resquícios também do princípio inquisitório no que toca a ingerência do juiz sobre o impulso do processo.

4.2.2 *Premissas do princípio dispositivo*

O princípio dispositivo, em relação ao processo civil, caracteriza-se por ter a iniciativa das partes predominante sobre a do juiz; o objeto do juízo é um conflito de dois interesses privados, sendo que a composição dos mesmos pode alcançarse também fora do processo se os dois interessados estiverem de acordo. Também é privado o exercício da ação, privado o impulso que acelera ou retarda o ritmo do procedimento e, finalmente, a disposição das partes sobre a matéria da controvérsia é soberana, podendo aquelas, a seu arbítrio, restringir o âmbito do debatido e limitar, em correspondência, o campo visual do juiz, de maneira que este, em semelhante tipo de processo, deve resignar-se a indagar a realidade, freqüentemente deformada ou mutilada, através do inconveniente princípio *alligata et provata partium*³⁴⁴.

Apesar da natureza essencialmente publicística do direito processual, tem-se que "*a iniciativa da parte no processo civil não é outra coisa que uma projeção sobre o sistema processual dos poderes de disposição que no campo do direito substancial privado se atribuem à vontade dos interessados*"³⁴⁵

Portanto, cabe às partes submeter à tutela jurisdicional o objeto material do

³⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. do texto *Lineas Fundamentales del Proceso Civil Inquisitorio*. pp. 227-228.

³⁴⁵ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 228.

processo que se apresenta como afirmações, questões (um conjunto de questões, forma a controvérsia) isto é, litígios a resolver, este tema reflete a disponibilidade dos interesses privados em jogo. Mas, uma vez indicado um *thema probandum* que exija uma decisão jurisdicional, toca ao interesse público materializado nos juízes, decidirem segundo a justiça e a lei; em regra as partes não podem dispor em contrário. “O interesse interno (conteúdo) do processo pertence às partes e o interesse externo (lado funcional) ao juiz³⁴⁶”.

4.2.3 A interpretação de SENTÍS MELENDO quanto ao princípio dispositivo

SENTÍS MELENDO³⁴⁷ dá uma conotação mais exacerbada ao princípio dispositivo, entendendo que “prova é liberdade. Sim, senhores, sem liberdade não há provas, poderá haver, como se aludiu, sucedâneos, substitutos de provas, não verdadeiras provas³⁴⁸”. Prega o autor que, considerando-se prova como verificação, o juiz não pode realizar tal tarefa sem liberdade, sentimento esse do qual devem gozar também, as partes para carrear todas as fontes de provas, o juiz para dispor sobre os meios; liberdade quanto aos ônus (e aqui não só se compreende o ônus da prova mas todas as cargas do processo) e às faculdades, e principalmente, no tocante à produção e apreciação da prova. E ainda aduz: “liberdade e disponibilidade se confundem ou identificam” e, mais adiante,

³⁴⁶ MENDES, João de Castro. op. cit. p. 125.

³⁴⁷ SENTÍS MELENDO, Santiago. *Natureza da prova. prova é liberdade*. Revista Forense nº 247, p. 99.

³⁴⁸ neste artigo, o autor trata da prova em oito questões que julga fundamentais e que estarão sempre presentes num processo que tiver atividade probatória. Divide a prova em oito indagações (complementando COUTURE, que delineou apenas 5): 1.“que é” a prova; 2.“que se” prova; 3.“quem” prova; 4.“como” se prova; 5. “que valor” tem a prova; 6. “com que” se prova; 7.“para quem” se prova; 8. “com que garantias” se prova. E dentro deste roteiro fala da questão da

extremadamente, assevera; “*prova é a negação de todo procedimento, quanto mais a envolvermos em forma, mais lhe retiramos seu caráter genuíno: uma diligência que só se pode realizar dentro de tais dias e horas determinadas, com tais requisitos, constituirá atuação judicial interessante, às vezes pitoresca, mas terá pouco de prova.*”³⁴⁹

4.2.4 Contraposição do princípio dispositivo ao princípio inquisitório - sistemas

Ao princípio dispositivo se contrapõe o princípio inquisitório, segundo o qual o processo é dominado pela vontade daquele que o deve julgar e que recebe da ordem jurídica poderes para o conduzir e orientar para uma decisão justa. Se analisados os princípios sob o ponto de vista do juiz, o primeiro (dispositivo), pode ser chamado do princípio do juiz inerte, ou passivo ou espectador; e o segundo (inquisitório), o princípio do juiz ativo - na verdade, o que os diferencia é a titularidade dos poderes de determinação e condução do processo.

Para o juiz poder conhecer de uma questão e optar, na sua decisão, por uma ou outra das afirmações em alternativa, pode a ordem jurídica estabelecer três sistemas de condições: a. Dispensar que qualquer das afirmações seja feita por qualquer das partes - princípio inquisitório puro; b. Exigir que uma das afirmações seja feita por uma das partes, mas devendo a contrária (contra-afirmação) ser tomada em conta pelo juiz *ex officio* - princípio misto; c. Exigir que ambas as afirmações sejam feitas pelas partes, sem que o juiz possa tomar em

liberdade do sujeito como uma necessidade em cada uma das fases.

conta a que não for feita (terá por conseguinte forçosamente tomar em conta a que foi feita) - princípio dispositivo puro.

4.2.5 O princípio dispositivo no processo civil brasileiro

O CPC brasileiro subordina-se ao princípio dispositivo, seja em relação à iniciativa do processo (art. 262: "*O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial*"), seja no concernente à produção de provas, as quais devem ser requeridas pelas partes, na petição inicial (art. 282, VI) e na defesa (art. 302, *fine*). No entanto, pode-se perceber pelo próprio enunciado do art. 262 ("*o processo... se desenvolve por impulso oficial*"), que o princípio dispositivo não reina absoluto e a iniciativa das partes sofre limitações em detrimento dos poderes ordinatórios e instrutórios do juiz. É o que expressamente dispõe o art. 130 CPC: "*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*".

Portanto, no nosso sistema, o princípio dispositivo pode ser considerado misto, pois, prevalece na iniciativa da propositura da ação, mas o impulso do processo, após o ajuizamento do feito, é oficial. O juiz deixou de ser mero árbitro e assumiu poderes de iniciativa na busca da verdade. O dispositivo não é a base única da pesquisa das provas no processo, porque além do interesse da parte está também em jogo o interesse estatal em solucionar o litígio de forma justa e segundo as regras do direito. Além do compromisso com as partes o seu

³⁴⁹ ambas citações deste parágrafo. SENTÍS MELENDO, Santiago. op. cit. p. 100.

compromisso maior é com a sociedade³⁵⁰.

4.2.6 Desdobramentos do princípio dispositivo

Pois bem, enfocamos demoradamente o princípio dispositivo pois é ele que vai pautar os demais princípios que apresentaremos a seguir como desdobramentos daquele. Entretanto, é importante salientar que a maioria dos princípios enunciados não são específicos ao tema *prova*, mas são pertinentes ao processo civil de maneira geral. Dessa forma, como o objeto do nosso estudo não é a teoria geral do processo, mas a teoria geral da prova faremos uma breve exposição dos postulados abaixo.

4.2.6.a) Princípio da disponibilidade do objeto do processo

As partes, através do pedido e da defesa circunscrevem o *thema decidendum*, o juiz não pode julgar, em regra, senão as questões que, pelas partes, lhe hajam sido apresentadas. As questões a serem julgadas são de três ordens: a) *thema decidendum*: é a questão formada pela afirmação basilar do demandante e pela sua parte contrária; b) *questões fundamentais*: a causa de pedir e exceções, fatos indispensáveis para resolver a causa; c) *questões secundárias ou instrumentais*. aquelas que, fixada a matéria a decidir, servem apenas como meio ou forma de a resolver.

4.2.6.b) Princípio do impulso processual

Quanto aos atos processuais o desenvolvimento do processo tem de ser

³⁵⁰ THEODORO, Humberto. *Aspectos Relevantes da Prova no Processo Civil*. Revista Jurídica, nº

continuamente estimulado pelas partes, porém, o ordenamento do processo em geral (forma do processo) está subtraído, *a priori*, à vontade das mesmas que não podem, nem por acordo entre si, delinear para a sua causa um processo diferente daquele que a lei estabelece.

4.2.6.c) Princípio da oficialidade

Em complemento ao princípio anterior, podemos ainda considerar que, existem uma série de atos dos quais a prática depende a vontade do juiz, ex. ordenar diligências e atos necessários para o descobrimento da verdade ou ainda, impedir que se pratiquem no processo atos que entenda inúteis. Portanto, em razão do princípio acima apontado, se o juiz não pode, em regra, substituir a parte na indicação do tema probatório, pode, no entanto, livremente, usar os meios de prova que entender necessários - o juiz exerce também a atividade probatória, daí poder-se dizer que, neste ponto, incide o princípio inquisitório³⁵¹.

4.3 Princípio da bilateralidade da audiência ou contradição da prova.

É fácil perceber que este postulado é decorrência direta do princípio mais amplo que é do contraditório³⁵². Este postulado, que é vital à matéria processual

195, p.17.

³⁵¹ Juntamente com este princípio CASTRO MENDES (op.cit. p. 162) aduz o princípio da disponibilidade do termo do processo e do conteúdo da sentença caracterizando-o pela disponibilidade das partes quanto ao fim do processo bem como quanto ao conteúdo da sentença quando realizam desistência, confissão e transação. Achamos porém, que o que ele caracteriza como um postulado autônomo é apenas uma consequência lógica do princípio dispositivo, pois se as partes têm disposição sobre o início do processo - princípio da iniciativa das partes, certamente terão sobre o seu término - daí porque não incluímos nos princípios relativos à prova.

³⁵² A contrariedade da instrução foi elevada à condição de garantia constitucional na Carta de 1946 (art. 141, # 25, fine), porém unicamente adstrita ao processo *penal* ("a instrução criminal será contraditória"). Conservou-o a Constituição de 1967 (art. 153, # 16, após a Emenda 1/69). Não cuidou o legislador constituinte de estender tal garantia ao processo civil, que foi tarefa relegada à

civil, genericamente falando, ganha significativa relevância quanto à prova pois, em geral, constitui precioso instrumento para um acesso mais eficaz à verdade dos fatos.

Especificamente no âmbito probatório, ele se desdobra no princípio da bilateralidade da audiência, quando faculta à parte contra quem se produz a prova o direito de conhecê-la antes que o juiz a utilize como elemento de convicção em sua sentença, faculta ainda o direito de impugnar a prova e produzir contraprova, se puder, por este meio invalidá-la. Segundo este princípio carece de legitimidade a prova secreta e sem contraditório³⁵³.

CALAMANDREI também dá a este princípio sua devida importância dizendo que ele é o complemento necessário ao princípio dispositivo tendo em vista que, deixar às partes a delimitação do debate, atribuindo-lhes o monopólio da seleção e da prova dos fatos, é tarefa que só não oferece perigo à jurisdição, quando as partes se encontrem no processo em efetiva oposição de interesses, sendo que um contraditor serve de controle e correção da atividade do outro³⁵⁴.

lei ordinária que expõe regra cristalina: (art. 125. "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;"). Há quem entenda ainda que a garantia estendida ao processo civil está embasada na própria garantia constitucional do direito de ação, insculpida no # 4º do mesmo art. 153 *verbis*: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" decorrendo daí seu *status* constitucional. Seja como for, garantia constitucional ou lei ordinária ele deve ser, irrestritamente, também aplicado ao processo civil. ARAGÃO, Egas.D.Moniz de. *Direito à Prova*. Revista de Processo nº. 39. p. 104. e tb. BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução*. Revista de Processo nº 35, pp. 237-238.

³⁵³ SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*, vol I, p. 284.

³⁵⁴ eis o texto original: " *Se comprende ahora muy fácilmente que en estas categorías de controversias, en las cuales la función jurisdiccional tiene por necesario presupuesto la existencia de un conflicto de intereses entre las partes, el principio dispositivo pueda dar su máximo rendimiento. Dejar a las partes la función de señalar los confines del debate y atribuirles el monopolio de la selección y de la prueba de los hechos sobre los cuales el juez está llamado a decidir, solamente se puede hacer sin peligro cuando las partes se encuentren en el proceso en efectiva oposición de intereses, de manera que cada una de ellas sirva de control y de corrección a la actividad de la otra y, aun en la ausencia forzosa de iniciativa del juez, cada contradictor sea impulsado por el interés propio a poner en claro ante el juez todas las circunstancias que el otro*

Por outro lado, também é de se frisar que o juiz, quanto ao procedimento probatório, não é mero espectador, tanto que pode determinar provas *ex officio*, conduta esta que não fere o contraditório na medida que permite a total intervenção das partes neste procedimento, o que irrefutavelmente, assegura a bilateralidade instrução.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³⁵⁵ depois de delinear também a relevância deste postulado complementa sua exposição examinando (ainda que brevemente), a questão das limitações ou derrogações da garantia do contraditório em circunstâncias nas quais ela entra em choque com outros interesses dignos de tutela. Toca ele no problema da colheita de provas, em especial, quando se cuida de “assuntos delicados” como os relativos ao direito de família.

Esclarece pois, que o princípio não deve vigorar absoluto e que há algumas limitações que devem ser respeitadas, sacrificando-se pois, em parte o contraditório em razão de uma instrução mais profícua e valiosa ao juiz “em segredo de justiça”.

4.4 Outros princípios atinentes à prova

4.4.1 Princípio da aquisição processual

Segundo este princípio o material necessário à decisão e aduzido no processo por uma das partes (alegações, motivos de prova) reputa-se adquirido

contradictor tendría interés en que quedaran en la obscuridad”. CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil. Lineas Fundamentales del Proceso Civil Inquisitorio*. p. 230.

³⁵⁵ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução*.

para o processo e à comunidade dos sujeitos processuais. Daí porque a parte não possa retirar as confissões expressas de fatos, nem desistir de certas diligências, etc. *SENTÍS MELENDO*, por força deste princípio, entende que a prova não é para as partes, nem para o juiz e sim, para o processo³⁵⁶. “*Também aqui estamos ante o conceito de disposição. Uma parte poderá dispor da prova, porém, no momento que a produziu, o processo a adquiriu.*”³⁵⁷

*SATTA*³⁵⁸ também cita o princípio entendendo que as fontes de provas³⁵⁹ são adquiridas pelo processo. Faz apenas uma ressalva, que este princípio não se aplica para a formação da prova no processo, porque até a sua produção ela está sujeita às regras gerais da revocabilidade de cada ordenamento, p. ex., a revocabilidade do juramento é admitida até quando o adversário não declarou estar pronto para prestá-lo.

4.4.2 Princípio da persuasão racional

É o princípio que fundamenta o sistema da persuasão racional³⁶⁰. Em rápidas linhas pode-se dizer que os autores que sustentam a existência deste sistema de valoração da prova entendem que por este postulado confere-se liberdade ao juiz na apreciação da prova, o qual deve ater-se aos fatos e

Revista de Processo nº 35, pp. 237-238.

³⁵⁶ quanto a este posicionamento do insigne jurista, temos a salientar, como acima exposto (item 6 “sujeitos do processo”), prova tem um caráter subjetivo implícito, quem prova, prova a alguém, este alguém certamente não é o processo. A prova pode pertencer ao processo, mas ela se destina ao juiz a fim de que ele forme seu convencimento quanto aos fatos alegados pelas partes.

³⁵⁷ *SENTÍS MELENDO*, Santiago. op. cit., p. 98.

³⁵⁸ *SATTA*, op. cit. p. 316.

³⁵⁹ quando *SATTA* fala em fontes de prova parece querer falar do resultado da prova e não, propriamente, das fontes. Pois “fontes de prova são as operações mentais das quais se obtém a convicção judicial”. Quando ele diz que as “fontes” são adquiridas pelo processo, na verdade está falando não da operação mental, mas sim do resultado da prova, que produz alguma convicção ao juiz, este resultado sim é adquirido pelo processo. (sobre fontes de prova ver também item 8 infra)

³⁶⁰ *AGUIAR*, João Carlos Pestana de. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, p. 45.

circunstâncias dos autos e indicar seus motivos, portanto, o juiz é livre na apreciação da prova, porém deve justificar o seu convencimento.

Devemos apenas salientar que não acreditamos na existência do sistema de persuasão racional como um sistema intermediário entre o sistema da prova tarifada ou legal e o sistema do livre convencimento, isto porque este último comporta as limitações propostas para o que se chama sistema da persuasão racional. Em outras palavras, não há independência suficiente de critérios para que se possa entender persuasão racional como um sistema autônomo.³⁶¹

4.4.3 Princípio da verdade material

O processo deve tender à reconstituição dos fatos e da situação jurídica tal como efetivamente se verificaram ou verificam. Costuma contrapor-se ao princípio da verdade formal.³⁶²

Alguns autores³⁶³ citam ainda como princípios do direito probatório o princípio da auto-responsabilidade³⁶⁴, princípio da imediação³⁶⁵ (do qual decorrem

³⁶¹ este tema é tratado especificamente no tópico, "sistemas de valoração da prova", item 11 infra.

³⁶² A contraposição verdade material, verdade formal foi enfocada demoradamente no Capítulo II, item 2.1 "Análise histórico-crítica da evolução da verdade no processo civil", e também Capítulo IV, item 4 "Destrução do mito da verdade substancial.

³⁶³ os autores são CASTRO MENDES (op. cit. pp. 129-172) e JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, pp. 44-48).

³⁶⁴ princípio este no qual "o juiz está vinculado às alegações concordes ou incontestadas, ou à ausência de alegações das partes, estas (partes) são responsáveis pelo resultado probatório e pelo conteúdo da decisão" (CASTRO MENDES, op. cit. p. 162), isto é, "a parte suporta as conseqüências de sua inatividade, de sua negligência e inclusive de seus erros insanáveis, bem como dos atos intencionais e maliciosos." (PESTANA DE AGUIAR, op. cit. p. 44).

³⁶⁵ Exige que o julgador se assegure da verdade ou falsidade de uma alegação diminuindo o mais possível o número de transmissões de conhecimentos que se fazem com o fim de o juiz se convencer dela. Em sentido subjetivo: o juiz deve tomar contato imediato e pessoal com os meios de prova. Daí decorrem o princípio do juiz natural, da concentração e oralidade. Em sentido objetivo: os meios de prova usados devem estar o mais próximo possível da observação direta sensorial do juiz. O Direito anglo-saxão o chama da melhor prova, o testemunho ocular e os documentos originais. O direito português não consagra este princípio tão extremadamente, nem o

o princípio da concentração, identidade física do juiz, e da oralidade) e ainda, o princípio da publicidade³⁶⁶, os quais, entendemos estarem todos inseridos na matéria de teoria geral do processo, não tendo uma relação, exclusiva, com o direito probatório, daí porque nos furtaremos de analisar mais detidamente³⁶⁷.

5. Classificação da prova

Existem muitas classificações atribuídas por diversos autores, os quais determinam categorias baseadas em critérios diversificados e, que nem sempre coincidem. Seleccionamos, pois, as mais significativas, ou seja, as que representam quase que a totalidade das classificações, a fim de que possamos delimitar o assunto. A seguir, vejamos.

nosso ordenamento, porque admitem a testemunha de ouvir-dizer.

³⁶⁶“O processo deve ser conduzido e conservado de modo a permitir que qualquer pessoa (dotada de suficiente preparação intelectual) possa reconstituir intimamente o juízo e chegar presumivelmente à mesma decisão” MENDES, João de Castro. op. cit. p. 171.

³⁶⁷ Devemos citar também DEVIS ECHANDIA que enumera, nada menos, que 27 princípios relativos à prova. São eles: 1) Princípio da necessidade da prova e da proibição de aplicar o conhecimento privado do juiz sobre os fatos, 2) Princípio da eficácia jurídica e legal da prova; 3) Princípio da unidade da prova; 4) Princípio da comunidade da prova ou princípio da aquisição; 5) Princípio do interesse público da função da prova; 6) Princípio da lealdade e probidade ou veracidade da prova; 7) Princípio da contradição da prova; 8) Princípio de igualdade de oportunidades; 9) Princípio da publicidade da prova; 10) Princípio da formalidade e legitimidade da prova; 11) Princípio da legitimação para a prova; 12) Princípio da preclusão da prova; 13) Princípio da imediação e da direção do juiz na produção da prova; 14) Princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova; 15) Princípio da originalidade da prova; 16) Princípio da concentração da prova; 17) Princípio da liberdade da prova; 18) Princípio da pertinência, idoneidade e utilidade da prova; 19) Princípio da naturalidade ou espontaneidade e licitude da prova e do respeito à pessoa humana; 20) Princípio da obtenção coativa dos meios materiais de prova; 21) Princípio da imaculação da prova; 22) Princípio da apreciação da prova; 23) Princípio da carga da prova e da auto-responsabilidade das partes, por sua inatividade; 24) Princípio da oralidade na prática da prova; 25) Princípio inquisitivo na obtenção da prova; 26) Princípio da não disponibilidade e irrenunciabilidade da prova; 27) Princípio da gratuidade da prova. DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Ed. Vitor P. Zavalía, 5a. Ed. Buenos Aires, 1981, pp. 114-140.

No entanto, entendemos haver um certo exagero do autor, pois muitos dos quais ele cita como princípios são apenas regras procedimentais relativas à prova, bem como conseqüências mediatas ou imediatas de outros princípios maiores. Devemos ter este cuidado no agrupamento destes postulados, isto porque, se formos erigir todas as determinações relativas à prova, à

5.1. A classificação de CARNELUTTI

Este autor classifica a prova, basicamente, em *prova direta e indireta* segundo a relação entre sujeito da prova³⁶⁸ (homem ou grupo de homens, juiz ou Tribunal, que procede sua verificação em juízo) e o objeto da prova (fato sobre o qual versa a ação e que deva ser verificado).

O conhecimento de um fato por parte do juiz não ocorre sem que ele perceba qualquer coisa com os próprios sentidos; é inevitável o contato entre o juiz e a realidade, sobre a qual deve julgar. Dessa forma, diz-se da *prova direta* aquela em que a percepção do juiz se dá diretamente sobre o fato a ser provado, p. ex. a inspeção judicial, e *prova indireta* ocorre quando o fato a provar chega aos sentidos do juiz através de outro fato, ex. verificação de um fato através de perito, as testemunhas, etc.

CARNELUTTI ainda assevera que o predomínio da prova direta sobre a indireta não tem necessidade de ser posto em relevo, pois quanto mais perto estiver o juiz do fato a ser provado a prova é mais segura, mas pondera que é inegável que a aplicação deste tipo de prova tem limites manifestos de possibilidade e conveniência. O conhecimento direto do fato (que seria o ideal), fica neutralizado pela desvantagem da perda de tempo e das despesas daí advindas³⁶⁹.

Elenca várias outras categorias de provas³⁷⁰, das quais separamos algumas

princípios, teremos uma infinidade deles. Princípios; como ficou assentado no início do tópico, são *diretivas de caráter geral e fundamental* que coordenam um determinado tema.

³⁶⁸ "sujeito da prova" é tema de um tópico específico, item 6 infra.

³⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. Editora Dell'Ateneo - Roma, 2a. Edição, 1947, pp. 65-66.

³⁷⁰ na obra "*Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*", (pp. 156-158) CARNELUTTI complementa sua classificação, acrescentando então:

classificações que servirão de comparativo para nossos estudos.

Quanto a *sua função*, as prova dividem-se em *históricas ou críticas*; segundo sejam aptas ou não para representar o objeto que se deve conhecer, isto é, para proporcionar sua imagem a quem a deve conhecer. Ex. a *prova histórica* é uma fotografia na qual se pode ver o corpo da pessoa ferida, a *prova crítica* uma peça do vestuário da qual se possa deduzir que ela tenha sido ferida.

Segundo o exame das provas pelo juiz podem ser *pré-constituídas e constituendas*. As *provas pré-constituídas* estão à disposição do juiz de modo que ele pode fazer ou renovar seu exame como e quando queira, ex. os objetos móveis, e *constituendas* não podem ser observadas de qualquer modo e a qualquer momento, ex. uma testemunha, uma coisa imóvel (necessitam de uma fase específica do procedimento processual);

5.2. Classificação de BONNIER

Quando se fala de prova *direta e indireta* temos ainda a definição de

-
- a) *as provas segundo sua estrutura*; podem estar constituídas por pessoas ou coisas; as *provas históricas pessoais* se chamam testemunhos, as *históricas reais* se chamam documentos. As *provas críticas* se chamam "*contraseñas*" (senhas, sinais) quando consistem em um modo de ser de uma pessoa ou de uma coisa preparada a propósito para indicar um fato. Em outro caso se chamam *presunções*, as que consistem portanto no modo de ser de uma pessoa ou de uma coisa da qual pode deduzir-se, naturalmente, um fato;
- b) *quanto a sua procedência*, as provas podem ser *procedentes das partes e procedentes de terceiros*;
- c) *segundo sua prática*, podem classificar-se em *provas formais e provas simples*. Existem, entre as provas constituendas algumas cuja eficácia particular deriva do modo de sua prática, ex. o testemunho das partes se pode provocar mediante formas especiais que se chamam interrogatório formal, esta é uma prova formal ou solene;
- d) *quanto a sua valoração elas podem ser livres ou legais*. Existem provas cuja valoração pode ser feita pelo juiz, segundo as normas de experiência livremente elegidas por ele, há outras que devem ser valoradas segundo normas estabelecidas em lei.

BONNIER³⁷¹ que é reproduzida por NEVES e CASTRO³⁷². Aquele autor acrescenta elementos à classificação de CARNELUTTI; ele subdivide a prova direta em: evidência interna e externa; e a prova indireta em: dedução e indução.

Afirma o autor que a palavra prova em sentido mais amplo designa todo meio direto ou indireto de chegar ao conhecimento dos fatos. Há fatos que percebemos imediatamente sem nenhum intermediário (prova direta), há outros que não alcançamos senão por meio de outros fatos precedentemente percebidos pela via do raciocínio (prova indireta) que é a única que, em linguagem vulgar, se chama prova.

A *prova direta* é também chamada de *evidência* que pode ser *interna*³⁷³ - a que nos adverte de todos os fatos que se verificam em nós mesmos, é a base de todo o conhecimento e questiona ele; “*que se pensaria de um juiz que desconhece sua própria existência?*”³⁷⁴.

Por evidência *externa* ele entende aquela menos perfeita pois funda-se nos fatos exteriores que percebemos pelos órgãos dos nossos sentidos, que são suscetíveis de falhas. O juiz deve primeiro servir-se da evidência interna (que é a base de toda certeza judicial) e depois recorre à evidência externa, isto é, aos seus sentidos (inspeção ocular ou reconhecimento judicial).

Já a *prova indireta* se dá por meio de *dedução e indução*³⁷⁵. Como são

³⁷¹ BONNIER, Edouard., op. cit. pp. 16-25

³⁷² o autor Francisco NEVES e CASTRO, (op. cit. pp. 57-60) adota o pensamento de BONNIER para classificar as provas em diretas e indiretas.

³⁷³ para explicar a evidência interna BONNIER conta que Descartes, isolando-se num rincão da Holanda, se desprende sucessivamente de todas as idéias adquiridas para dar, em certo modo, ouvido à voz que fala em nosso interior, e reduziu toda a certeza ao famoso axioma: “penso; logo sou”, BONNIER, Edouard, op. cit. p. 17.

³⁷⁴ BONNIER, op. cit. p. 26.

³⁷⁵ estes temas são detalhados no tópico meios de prova infra.

muito raros os casos em que o juiz pode tomar, pessoalmente, o conhecimento dos fatos apoiando-se na *evidência* (na percepção imediata), tem ele de recorrer a um determinado processo - a *dedução*³⁷⁶ - que se dá quando o fato desconhecido está claramente compreendido no fato conhecido - sendo separados pela inteligência. Se os fatos conhecidos fazem somente prováveis os fatos desconhecidos, a operação pela qual partimos dos primeiros para remontarmos os segundos se chama *indução*. BONNIER entende que as provas indiretas (meios intermediários que conduzem ao descobrimento da verdade) são as provas propriamente ditas³⁷⁷.

Portanto, o autor distribuiu o sistema de provas em três grandes partes. 1º) Evidência (interna ou externa); 2º) Dedução (separando o conhecido do desconhecido em que está incluído) ; 3º) Indução: partindo do conhecido para supor o desconhecido³⁷⁸.

5.3 A classificação de BENTHAM

BENTHAM³⁷⁹ classificou as provas em: a) *Prova pessoal e real* - a primeira é a fornecida por um ser humano, ex. testemunhal; como prova real pode-se entender a faca (instrumento) que matou alguém; b) *Prova direta e indireta*³⁸⁰ - direta, refere-se diretamente ao fato, ex. o testemunho de alguém que viu um

³⁷⁶ "A dedução é um método puramente lógico onde se deduz, com rigor, as consequências de uma proposição que se supõe constante. Mas a dedução, excelente para fazermos apreciar a transcendência de tal ou qual fato conhecido, é completamente impotente para fazer-nos descobrir fatos novos" BONNIER, op. cit. p. 20.

³⁷⁷ BONNIER, op. cit. p. 27

³⁷⁸ "As provas seguem uma progressão decrescente, que tem por primeiro termo o mais alto grau de evidência interna, o sentimento da nossa própria existência e por último termo os indícios mais ligeiros, os que, não podem motivar mais que uma vaga suspeita", BONNIER, op. cit. p. 25.

³⁷⁹ BENTHAM, Jeremy, op. cit., liv. I, cap. VI.

³⁸⁰ É a mesma classificação de CARNELUTTI quanto às provas históricas e críticas, respectivamente.

delito ser cometido; indireta, refere-se a um fato de tal modo ligado ao fato principal, ex. houve um roubo, o criado fugiu, a fuga é prova indireta ou circunstancial³⁸¹; c) *Pessoal voluntária e pessoal involuntária* - A voluntária é fornecida ao simples pedido do juiz, sem coerção; A involuntária por meio de coação de fortes emoções internas que se manifestam nos gestos, na fisionomia da testemunha; d) *Prova por depoimento e por documento*; e) *Literais casuais e literais pré-constituídas* - Casual é o escrito não celebrado com a intenção direta de fazer prova, ex. uma carta de amor no processo de adultério; pré-constituída é o escrito autêntico, celebrado segundo certas formas legais para eventual necessidade de fazer prova judiciária; f) *Prova independente e emprestada* - As emprestadas são tiradas de uma causa anterior, referem-se a depoimentos ou documentos, já submetidos a exame judiciário em outro feito, as independentes, o oposto; g) *Prova original e inoriginal* - são originais as provas da testemunha presencial assim como a primeira via de um documento, são inoriginais as testemunhas referentes, as certidões, traslados e cópias de escrituras; h) *Prova perfeita e imperfeita* - Perfeição ou imperfeição decorre da fonte de onde resulta a prova ou da forma segundo a qual é produzida; i) *Prova inteira e mutilada ou inferior* - Inteiras ou perfeitas são aquelas que produzem o fato probando todo. As mutiladas não conseguem provar o fato como um todo mas alguma parte dele, aí se incluem os indícios³⁸².

³⁸¹ o que BENTHAM chama de prova indireta vários autores (Como MOACYR AMARAL e mesmo BONNIER) chamam de indícios, o qual deixa de ser uma classe de prova e passa a ser um meio de prova. v. tb. meios de prova infra.

³⁸² sobre os indícios ver nota anterior.

5.4 A classificação de MALATESTA

O autor³⁸³ classifica a prova da seguinte forma: A prova pode considerar-se sob três aspectos essenciais: *quanto ao objeto, quanto ao sujeito, e quanto à forma*. *Quanto ao objeto* a prova divide-se em *prova direta e indireta*; na primeira, a prova diz respeito diretamente à coisa que se quer verificar, na segunda diz respeito a uma coisa diversa de que se deduz a primeira.

Quanto ao sujeito a prova divide-se em *prova pessoal e real*; na produção da prova pode apresentar-se uma pessoa ou uma coisa, e então a prova será pessoal no primeiro caso e real no segundo em que a coisa é o objeto da prova, ela atesta inconscientemente as modalidades reais que sofreu em razão do fato probando. Então, é prova pessoal toda a afirmação da pessoa consciente, destinada a fazer fé dos atos afirmados. Toda outra é prova real.

Quanto à forma prova pode ser *testemunhal, documental e material*.

Considerando a prova quanto à forma, vê-se em primeiro lugar que a afirmação pessoal pode assumir perante o juiz a forma oral e então a prova será testemunhal, ou a forma escrita e ela será documental.

A prova material é a afirmação de uma coisa, ou seja, é todo fenômeno físico que, apresentando-se à percepção direta do juiz, lhe sirva de prova do fato probando. (Ex. corpo de delito, exames e vistorias, instrumentos do crime, etc.)

5.5 A classificação de GUASP

GUASP conceitua elementos de prova como fatores lógicos e, particularmente, aplicáveis aos problemas do direito probatório, e que, como as

³⁸³ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Vol. I, Livraria

demais questões processuais, resolvem-se na determinação dos *sujeitos, objeto, atos, procedimentos e resultados*. Com relação ao *sujeito* pode-se falar em: prova dos órgãos jurisdicionais (investigação ou diligência) e prova das partes. Com relação ao *objeto* se pode falar em: prova necessária ou desnecessária, pertinente ou impertinente, útil ou inútil. Com relação aos *atos* se separa em: oral ou escrita, imediata ou mediata, pública ou secreta. Com relação ao *procedimento*: prova simples e pré-constituída, por um lado prova estrita, a justificação ou acreditamento e prova livre, por outro. Com relação aos *resultados*: prova de apreciação facultativa ou prova livre de apreciação taxativa, ou prova taxada.

5.6. A classificação de *DEVIS ECHANDIA*

DEVIS ECHANDIA,³⁸⁴ como é característico em sua obra, agrupou várias classificações de diversos autores e reorganizou-as em treze categorias, a saber:

a) segundo o *objeto*, as provas podem ser consideradas diretas e indiretas, tanto na acepção de *CARNELUTTI*, ou seja, subjetivamente - em relação ao sujeito (juiz) que as aprecia, objetivamente - em relação ao fato que está sendo provado, (visão de *BENTHAM*); b) quanto a sua *forma* podem ser escritas e orais, c) quanto à sua *estrutura* podem ser pessoais e reais; d) quanto a sua *função* são classificadas como históricas e críticas; e) segundo sua *finalidade* podem ser de quem têm o ônus da prova e quem não tem, e ainda, formais e substanciais; f) segundo seu *resultado*, em plenas e semiplenas; g) consoante o *grau ou categoria*, em primárias e secundárias e ainda, principais e supletórias; h)

Clássica. Editora A.M. Teixeira e Cia. 1911, pp. 137-145.

consoante os *sujeitos proponentes* da prova, podem ser provas de ofício, das partes e de terceiros; i) consoante o *momento* que são produzidas, em judiciais e extrajudiciais e também, pré constituídas e casuais; j) segundo sua *contradição* podem ser sumárias ou controvertidas; k) segundo sua *utilidade* podem ser conducentes e inconducentes; pertinentes e impertinentes; úteis e inúteis; possíveis e impossíveis; l) quanto às *relações com outras provas*, em simples e compostas, e também, concorrentes e contrapostas e por fim, m) quanto à *licitude* em lícitas e ilícitas.

5.7. Críticas às classificações anteriormente expostas

Pois bem, diante das classificações acima expostas parece imprescindível tecer algumas considerações.

5.7.1. Das provas diretas e indiretas

Primeiramente, vamos comparar o posicionamento dos autores citados quanto a esta categoria. Esta diferenciação para *CARNELUTTI* está baseada na relação sujeito - objeto da prova, isto é, juiz em relação aos fatos alegados pelas partes. Já *BONNIER*, acrescenta a esta classificação as categorias da evidência interna e externa na prova direta, e dedução e indução na prova indireta. E *BENTHAM*, por sua vez, dá uma outra significação para esta categoria, analisando-a, exclusivamente, sob o aspecto objetivo (posicionamento no qual *MALATESTA* e *SATTA*³⁸⁵ filiam-se). Porém, cumpre salientar que esta mesma

³⁸⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op.cit. pp. 519-549.

³⁸⁵ o autor diz que “*como o problema processual da prova é um problema de representação* (ver

classificação *CARNELUTTI* também faz com outra denominação, o que *BENTHAM* chama de prova direta e indireta *CARNELUTTI* chama de prova histórica e crítica, respectivamente.

A nosso sentir, quem melhor faz a distinção é *CARNELUTTI*, que além de diferenciar as provas na relação entre sujeito e objeto (diretas e indiretas), também analisa a prova sob o aspecto objetivo classificando-as em históricas e críticas. Já *BENTHAM* e os demais quando tentam diferenciar prova direta de indireta fazem uma análise somente sob o ponto de vista objetivo excluindo a diferenciação da prova sob o ângulo da relação sujeito/objeto que, na nossa opinião, se faz necessária.

5.7.2. Das provas casuais e pré-constituídas

Há que se falar também em provas pré-constituídas e constituídas, que *CARNELUTTI* as conceitua sob o ponto de vista da disponibilidade em relação ao juiz; já *BENTHAM* trata-as sob o ponto de vista da intencionalidade com que são produzidas. Preferimos a conceituação de *BENTHAM* para a categoria pois só assim guarda utilidade prática, e também é mais coerente com a terminologia escolhida. Vejamos.

Quando *CARNELUTTI* conceitua prova pré-constituída e constituída, o faz em relação ao juiz e sua possibilidade de verificação em determinado momento do processo (ex. de prova pré-constituída, prova de objetos móveis que o juiz pode examinar a qualquer tempo; e de prova constituída, objetos imóveis, não

tópico natureza jurídica da prova deste trabalho) *de um fato passado, logo, se a representação advém diretamente de um testemunho ou de um documento que represente o fato, a prova é direta; mas se a representação advém de uma fonte não representativa do fato (indícios), a prova*

disponíveis a qualquer hora)³⁸⁶.

No entanto, este critério (disponibilidade) parece não se adequar à realidade fática, vejamos. O fato da prova estar disponível ou indisponível ao juiz não tem, necessariamente, relação com a fase em que foi produzida no processo (em fase particular do procedimento ou não), pois, é de ser verificar que, realizada a instrução, a prova está disponível no processo para que o juiz a examine quantas vezes e de que modo quiser, da mesma forma que um documento antes juntado. Além do mais, o fato de se tratar de coisa móvel ou imóvel também não tem relação direta com sua disponibilidade, a prova pode ser de um bem móvel e estar indisponível ao juiz, - por exemplo, se o litígio versar sobre um automóvel que se destruiu totalmente num acidente, apesar de ser um bem móvel, a prova não estará disponível ao juiz, e pode ocorrer ainda da prova ser de um bem imóvel, como um terreno, e a prova pericial estar, absolutamente, à mercê da avaliação judicial. Por estes motivos se vê que o critério apresentado por *CARNELUTTI* perde seu valor.

Nos filiamos, portanto, a *BENTHAM*, posto que pré-constituído dá a noção de constituído antes para atingir um fim, ou seja, a utilização como prova judiciária, em contraposição à casual que é não intencional.

é indireta". SATTÀ, Salvatore. op. cit. pp. 193-194.

³⁸⁶ "Hay pruebas que están a la disposición del juez de modo que él puede hacer o renovar su examen cómo y cuando quiera; tales son los objetos muebles que le pueden ser entregados para que se valga de ellos durante o processo. Hay otras que no se prestan a ser examinadas de cualquier modo y en cualquier momento, como la parte misma, un testigo, ou una cosa inmueble, a cuyo exame veremos que se dedica una fase particular del procedimiento". *CARNELUTTI*, Francesco. "Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano", p. 157.

5.7.3. A classificação de *MALATESTA* e *DEVIS ECHANDIA*

MALATESTA, por sua vez, quando classifica a prova quanto ao *sujeito* em prova *peçoal* ou *real* (?), parece também não adequá-lo à terminologia que emprega. Diz ele: “*Considerando a prova enquanto ao sujeito de que dimana, pode haver dois sujeitos possíveis: como produzindo a prova pode apresentar-se uma pessoa ou coisa perante a consciência de quem tem de verificar*”³⁸⁷. Como pode uma “coisa” ser sujeito-agente da prova? Como se vê, também não há coerência nesta afirmação.

Mais adiante, classifica as provas quanto à forma em documental e material. Entendemos que a prova documental é espécie do gênero material ou real, não se tratando de categorias diversas, pois um documento, tanto quanto a arma do crime são provas materiais.

Por outro lado, *DEVIS ECHANDIA* traz uma classificação muito extensa, na tentativa de abarcar todas as categorias propostas por diversos autores, trazendo então modalidades, de todo, dispensáveis (como p. ex. segundo sua *finalidade* podem ser de quem têm o ônus da prova e quem não tem; segundo sua *utilidade* podem ser conducentes e inconducentes; úteis e inúteis; possíveis e impossíveis; etc.). Pensamos, que não há necessidade de estratificar a classificação desta forma, até porque encontram-se categorias que não guardam nenhum valor prático. A visão que pauta o nosso trabalho é da objetividade e instrumentalidade, enquanto estas categorias venham a ter um aproveitamento prático, vale a pena apresentá-las. É o que faremos a seguir.

5.8. Conclusões

Fica nítida a falta de critério para a classificação das provas. Cada autor, segundo suas próprias impressões, classifica-as, quanto ao tempo, modo em que são produzidas, quanto ao seu objeto, sujeito, relação entre objeto e sujeito e fica algo muito vago e muitas vezes supérfluo (p. ex. provas originais e inoriginais, provas inteiras ou mutiladas, prova úteis e inúteis, etc.). O que nos leva a concluir que as classificações, ao longo do tempo vieram perdendo a importância que alcançaram em outras épocas. Dessa forma, optamos por selecionar dentre as várias categorias, aquelas que guardam alguma utilidade prática, hodiernamente.

Portanto, dividimos a prova *quanto ao sujeito* (destinatário das provas³⁸⁸) em *diretas e indiretas, livres e legais*; quanto ao objeto em *críticas e históricas*; e quanto à forma de produção em *escritas e orais, casuais e pré-constituídas, independentes e emprestadas, antecipadas e no decorrer do processo* e por fim, *produzidas pelas partes e por terceiros*.

A) *Quanto ao sujeito (destinatário)*, ou seja, em relação ao juiz, as provas podem ser *diretas e indiretas* (classificação dada por CARNELUTTI³⁸⁹). Portanto, são diretas se o juiz percebe com seus próprios sentidos os fatos a serem provados, diz-se da percepção direta ou inspeção. E são indiretas as provas em que outras pessoas proporcionam o conhecimento do fato a ser provado, p. ex. a prova testemunhal, pericial, etc.

³⁸⁷ MALATESTA, op. cit. 141.

³⁸⁸ podem também ser sujeitos da prova as partes, o juiz, os funcionários, etc. Neste caso, estamos tratando, especificamente, do juiz que é o destinatário natural da prova. v. tb. tópico "sujeitos da prova", item 6 infra.

³⁸⁹ v. tb. a Classificação de CARNELUTTI anteriormente exposta neste Capítulo, item 5.1

Quanto às provas diretas alguma parte da doutrina³⁹⁰ entende que há uma contradição, isto é, que não se trata exatamente de prova e sim de verificação, evidência, já que o juiz conhece o próprio fato a ser provado e não realiza uma representação, como acontece na prova indireta, a qual seria a prova propriamente dita. No entanto, *CARNELUTTI*, com propriedade, explica a aparente contradição dizendo que a existência de um objeto não é nunca o fruto de uma simples sensação mas, em cada caso, o conteúdo de um juízo. Quando se vê ou se toca algo está se fazendo uma verificação sim, mas o fundamento da verificação é a prova³⁹¹.

E ainda quanto *ao sujeito* (juiz) são classificadas em *provas livres e legais*³⁹². Esta classificação tem relação direta com o sistema de apreciação das provas que cada ordenamento se filia. Se o sistema é o da *persuasão racional*, o juiz vai valorar a prova livremente, tratar-se-á portanto de *prova livre*, porém motivada; se o sistema for o da *prova legal*, as provas serão *tarifadas ou taxadas* e cada uma delas terá um peso previamente fixado em lei e não de acordo com a

³⁹⁰ BONNIER tem uma passagem na sua obra em que diz que a prova indireta “*es la única que exige de la inteligencia una operación más o menos complicada, es tambien la única que recibe, en el lenguaje vulgar, el nombre de prueba*”. BONNIER, Edouard. op. cit. p. 17.

³⁹¹ “*La radice dell'errore sta in ciò che quando um fatto si svolge sotto i nostri occhi ci sembra che non ci sia nulla da provare ossia da verificare; si parla, in questo caso, di evidenza, la quale escluderebbe la prova, ma basta, per correggere lo sbaglio, por mente che l'esistenza d'un oggetto non é mai il frutto d'una semplice sensazione ma in ogni caso, il contenuto di un giudizio; per lo più, quando l'oggetto si ve o si tocca, il giudizio è così facile e rapido da sfuggire all'attenzione, ma, fra altro, è sempre possibile un inganno dei sensi, del quale l'esempio più noto è il sogno; e l'affermazione che ciò che vediamo o tocchiamo esiste implica almeno l'esclusione di tale inganno ma questa solo mediante un giudizio può essere ottenuta; anche, pertanto, l'esistenza di qualcosa, che noi vediamo o tocchiamo, dev'essere verificata e il fundamento della verificação è la prova. Che un fatto sia prova di se medesimo non contiene alcuna contraddizione perche altro è il fatto come oggetto di esperienza, altro come oggetto di esistenza e appunto dalla esperienza del fatto attraverso il giudizio se ne arguisce la esistenza*”. *CARNELUTTI*, Francesco. *La Prova Civile*. pp. 283-284.

³⁹² o autor VALENTÍN MELERO entende que esta é a única classificação que merece atenção atualmente por sua transcendência e relevância. MELERO, Valentín Silva. *La Prueba Procesal*, p. 79.

convicção judicial ³⁹³.

B) Quanto ao *objeto* as provas podem ser *críticas ou históricas* (na acepção Carneluttiana³⁹⁴). Considerando-se que o objeto da prova são os fatos alegados pelas partes, logo, se a prova refere-se diretamente aos fatos a serem provados ela é histórica; se ela se baseia na dedução do fato a ser provado a partir de um fato já existente ela é crítica.

C) Quanto à *forma de produção das provas* podemos classificar com base nos meios de prova aceitos pelo nosso ordenamento e então as provas dividir-se-ão em: *escritas e orais*, aquelas os documentos de maneira geral, estas as testemunhas, as confissões; *produzidas pelas partes e por terceiros*, naquelas incluímos os depoimentos pessoais e a confissão, nestas podemos incluir as provas periciais e também testemunhais; *independentes e emprestadas; casuais e pré-constituídas*³⁹⁵, aceitando quanto a estas categorias o critério de *BENTHAM*³⁹⁶, e por fim, as *antecipadas e no decorrer do processo*, para diferenciar as provas *ad perpetuam rei memoriae* que o Código de Processo consagra nos artigos 846 a 851.

6. Sujeitos da prova

6.1. Considerações iniciais - agentes e destinatário da prova

Considerando-se a prova uma atividade realizada através de um meio (de

³⁹³ sistemas de valoração de prova livre e prova tarifada são, longamente, abordados no tópico "sistemas de valoração da prova" infra.

³⁹⁴ v. tb. a classificação de CARNELUTTI anteriormente exposta, item 5.1

³⁹⁵ v. tb. o tópico "Das provas casuais e pré-constituídas", item 5.7.2

prova) tendente a um fim (convencimento de alguém e descobrimento de uma verdade³⁹⁷), pode-se daí inferir que a prova tem elementos objetivos (meios de prova) e subjetivos (agente e receptor da prova). Portanto, fica nítido que a prova, conceitualmente, depende de sujeitos.

Mas quem são os sujeitos da prova?

Sabemos que, ao menos, dois sujeitos devemos ter, considerando-se que a prova não é só uma atividade de conhecimento (descobrimto da verdade), mas também, dialética (convencimento). Temos, portanto, um sujeito que pratica uma atividade para alguém e, neste sentido, um agente e um destinatário.

Diante desta primeira estratificação temos muitas variações sobre o tema consoante o entendimento dos doutrinadores.

6.2. Posicionamento dos autores

6.2.1. A noção de CASTRO MENDES

JOÃO DE CASTRO MENDES³⁹⁸ entende que, considerados em *lato sensu*, sujeitos da prova são todos os agentes que contribuem para a consecução da atividade probatória e, neste sentido podem ser considerados o juiz, as partes, os funcionários auxiliares e terceiros.

Delineia, então, duas teorias relativas aos agentes da prova. Uma teoria restritiva que exclui os terceiros como sujeitos, e outra, não-restritiva, que os abrange e acaba por asseverar que; “a atividade probatória é tomada pela nossa

³⁹⁶ v. tb. o tópico “A classificação de BENTHAM” item 5.3 - letra “f”.

³⁹⁷ v. tb. “conceito de prova” neste Capítulo item 1.

ordem jurídica como uma atividade de cooperação por parte de todas as pessoas
399.”

Dessa forma, em sentido amplo, podemos entender que concorrem para a atividade probatória tanto as partes, como o juiz, os auxiliares judiciários e também os terceiros, sendo que nestas duas últimas categorias estão considerados os peritos, testemunhas, etc.

No entanto, se nos detivermos restritivamente no verbo provar (prova como atividade) teremos que responder as indagações: quem deve provar? e a quem se deve provar? E como resposta teremos então o agente e o destinatário, que serão os sujeitos *stricto sensu* da prova.

6.2.2. A noção de GUASP

GUASP, por sua vez, entende que são três as classes de sujeitos: o *sujeito ativo* ou pessoa de quem procedem as atividades probatórias; o *sujeito passivo*, ou seja, a pessoa que suporta ou sobre quem recaem as atividades probatórias do sujeito ativo⁴⁰⁰ e o *destinatário* ou pessoa a quem vão, funcionalmente, dirigidas as provas.

A distinção sujeito ativo/passivo o autor relaciona com a questão do ônus da prova. *Sujeito ativo* ou agente da prova são, normalmente, e em termos gerais, as partes, ou melhor, a *parte* sobre a qual recai o ônus da prova. Por sua condição

³⁹⁸ MENDES, João de Castro., op. cit. pp. 61-89.

³⁹⁹ MENDES, João de Castro., op. cit. p. 89.

⁴⁰⁰ GUASP, Jaime. op. cit. p. 336. Pensamos que é interessante esta diferenciação sob o aspecto do contraditório. Pois, através do contraditório que o sujeito passivo proporciona é que se pode alcançar uma atividade probatória mais próxima da verdade

jurídica, se lhe atribui a faculdade ou uma série de faculdades ou ônus correspondentes. Exige-se, pois daquele que alega, por via de pretensão ou de defesa, a prova dos dados alegados. Por conseguinte, o *sujeito passivo* será, então, a parte contrária, por cuja iniciativa a prova se pratica.

Já o *destinatário* da prova é sempre o juiz.

6.2.3. A noção de *DEVIS ECHANDIA*

DEVIS ECHANDIA critica a divisão feita por *GUASP* em sujeito ativo e passivo e tem um entendimento bastante diverso quanto ao destinatário da prova.

Diz ele que não se pode falar de sujeito passivo da prova tendo em vista que, segundo este autor, a parte contrária de quem realiza a prova, não sofre a atividade probatória, nem assume uma conduta passiva. Vejamos.

A prova não se dirige à parte contrária de quem a realiza, senão é voltada à averiguação de fatos e à formação do convencimento do juiz. Neste sentido, para *ECHANDIA*, pode-se dizer que a parte contrária sofre os efeitos jurídicos da prova que lhe é desfavorável, mas estes efeitos não a constituem em sujeito passivo, isto porque, com freqüência, esta parte contrária assume uma atitude positiva (ativa), enquanto contraditora, ou seja, discutindo o valor intrínseco, sua pertinência ou idoneidade. Destas ponderações o autor deduz que “se a parte contrária de quem pede ou apresenta a prova suportou a atividade probatória, seria logicamente necessário admitir que esta atividade dirige-se àquela, o que contraria a evidência processual e a doutrina indiscutida de que está

*funcionalmente dirigida ao juiz, que é seu único destinatário*⁴⁰¹.

Em rápida síntese ele entende que o destinatário da prova é, além do juiz, também a parte que suporta a atividade probatória, que não pode ser considerada sujeito passivo.

Por outro lado, passadas as críticas, ele tem o mesmo posicionamento de CASTRO MENDES quando este fala em sujeitos *lato sensu*, ou seja, por sujeitos da prova ele entende todas as pessoas que desempenham alguma das atividades processuais probatórias, p. ex. solicitação, admissão, prática, recepção, contradição, etc. Portanto, o juiz, as partes principais e secundárias do processo⁴⁰². No entanto, quanto ele estratifica os sujeitos em categorias (em número de oito)⁴⁰³, de acordo com sua função na atividade probatória e tem alguns outros posicionamentos dissonantes dos demais.

Além da divergência sobre o destinatário que ele entende ser o juiz, seus colaboradores (peritos) e também a parte que suporta a atividade probatória, ele aponta também como executores da prova o juiz e seus colaboradores.

6.3. Considerações críticas

Com relação ao posicionamento dos doutrinadores apontados devemos tecer algumas considerações, em especial, no que respeita o entendimento de

⁴⁰¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 258.

⁴⁰² DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 260.

⁴⁰³ Divide os sujeitos nas seguintes categorias em relação à prova: a) *sujeitos proponentes* (legitimados para prova): partes e terceiros intervenientes; b) *sujeitos de ordenação e admissão*: juiz; c) *sujeitos de recepção*: juiz; d) sujeitos executores: juiz e colaboradores; e) *sujeitos de contradição*: parte adversária de quem pede ou apresenta as provas; f) *sujeitos destinatários*: juiz, seus colaboradores e a parte que suporta a atividade probatória; g) *sujeitos de valoração*: juiz; h)

DEVIS ECHANDIA. Este autor inicia o tema criticando *GUASP* quanto à distinção que ele faz entre sujeito ativo e passivo da prova. No entanto, a nosso ver as críticas não procedem. *ECHANDIA* inicia sua argumentação de forma coerente, mas ao final, parece perder o foco de suas atenções.

Basicamente, diz este autor que não pode haver um sujeito que se diz passivo em relação à prova pois, ainda que ele suporte efeitos jurídicos da atividade probatória ele assume uma atitude ativa enquanto contraditor da prova mesma, raciocínio este que se apresenta coerente (no contexto que está inserido, mas não pode servir de crítica à *GUASP*). No entanto, as deduções daí advindas é que nos parece merecem algumas ponderações.

Quando *ECHANDIA* passa a entender que a parte contrária (que suporta a atividade probatória) é destinatária da prova tanto quanto o juiz, tendo em vista a prova ser dirigida a ela, parece, o autor, ter perdido o foco.

Isto porque, não se pode perder de vista a perspectiva finalística da prova, ou seja, qual é o objetivo da prova, o convencimento do juiz ou a contradição pela parte contrária? O contraditório é consequência da relação dialética do processo, erigido a princípio constitucional. Não se pode dizer que a prova, realizada por quem tem o ônus respectivo, é *direcionada* à parte contrária, pois entre ambas partes não há uma relação de finalidade. O fato da parte contradizer a prova não leva a crer que esta é destinatária da mesma, é apenas atenção ao princípio basilar do processo - o contraditório.

Por outro lado, quando *GUASP* fala em sujeito ativo e passivo o faz sob a perspectiva do ônus da prova. É sujeito ativo quem tem o ônus, e passivo quem

não tem. Logo, a crítica que *ECHANDIA* faz não procede, porque sujeito passivo para *GUASP* não quer significar uma parte inerte na atividade probatória, mas apenas aquela parte que não tem o ônus da prova.

6.4. Conclusões

Pois bem, posto isto, podemos então concluir com *CASTRO MENDES* que os sujeitos da prova devem ser considerados *lato sensu*. Na função de agentes temos: as partes, os auxiliares e os terceiros e, como destinatário, não podemos elencar outro, senão o juiz, que também pode assumir função de agente, tema que veremos a seguir.

Quanto à diferenciação entre sujeito ativo e passivo, parece não haver nenhum óbice em aceitá-la, na conotação que *GUASP* propõe (sob a perspectiva do ônus da prova).

Para finalizar o assunto, trataremos ainda de duas outras ponderações relativas à dupla função judicial em relação à prova - agente/destinatário.

6.6. O juiz agente da prova

Notadamente, a questão do destinatário da prova é algo pacífico na doutrina, o juiz é o receptor da prova, pois a prova no processo é destinada ao juiz e a ninguém mais: *iudici fit probatio*. Porém, duas ponderações merecem relevo:

6.6.1. Possibilidade da dupla função judicial

É de se perguntar, no entanto, quando o juiz é o agente da prova ele pode também ser o destinatário? *GUASP* com bastante precisão assevera que, a despeito da excepcionalidade com que o juiz assume a iniciativa da prova, não quer dizer que ele não possa ser além de agente, o seu destinatário. *“sujeto ativo y receptor de la prueba pueden conjugarse perfectamente a través de la intermediación que el medio de prueba supone... en el derecho moderno, la prueba no se hace para satisfacer al adversario, sino para convencer al Juez.”*⁴⁰⁴

HEUSLER e *GOLDSCHIMIDT* distoam deste entendimento pois para ambos, *“só há prova quando o agente desta se diferencia do destinatário; quando se não diferenciam não há prova (Beweis) mas conhecimento (Erkenntnis)”*⁴⁰⁵. Estes argumentos, no entanto, são refutados, logo a seguir, por *JOÃO DE CASTRO MENDES* que pondera *“se alguém tem dúvidas sobre a exactidão de uma certa data histórica e corre duas ou três enciclopédias antes de aceitar como verdadeira, quem hesitaria - e porque hesitaria - em dizer que essa pessoa a si mesmo provou essa exactidão?”*⁴⁰⁶.

É de se constatar pois, que não os parece haver nenhum obstáculo em chamar esta confirmação ou demonstração “prova”, e não mero conhecimento como queriam os autores mencionados e portanto, entender que podem figurar na mesma pessoa a qualidade de agente e destinatário da prova.

⁴⁰⁴ *GUASP*, Jaime. op. cit. p. 340.

⁴⁰⁵ *HEUSLER*, Andreas. *Die Grundlagen des Beweisrechtes - in Archiv für die Civilistische Praxis*, 1879, p. 209 e segs e tb. *GOLDSCHIMIDT*, James. *Der Prozess als Rechtslage - Berlim, 1925 apud MENDES*, João de Castro. op. cit. p. 83.

6.6.2. As provas *ex officio*

Um exemplo da possibilidade da dupla função judicial na atividade probatória (agente/destinatário) se apresenta quando se fala da iniciativa do juiz na prova.

A determinação de provas *ex officio* poderia parecer, a primeira vista, uma contradição com o princípio dispositivo, mas, como foi amplamente, em capítulo anterior⁴⁰⁷, este princípio tem um caráter mitigado no nosso ordenamento e portanto, embora a iniciativa do processo seja das partes, ao juiz são facultados vários poderes na instrução e condução do processo, como resquícios do princípio inquisitório.

MOACYR AMARAL SANTOS preconiza que para harmonizar o princípio dispositivo com a possibilidade do juiz ordenar provar de ofício devemos entender que *“as partes, interferem na atuação judicial, facilitando-lhe o conhecimento e a demonstração dos fatos; o juiz intervém na atuação dos litigantes, pedindo ou forçando esclarecimentos das afirmações feitas, sugerindo ou ordenando provas por eles propostas”*⁴⁰⁸.

Autores há, como o JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁴⁰⁹, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE¹ e alguns outros que pregam a ampliação dos poderes instrutórios do juiz, dando-lhe ampla e irrestrita liberdade no campo probatório, a fim de cumprir a função social do processo civil moderno, qual seja a socialização do direito.

⁴⁰⁶ MENDES, João de Castro. op. cit. p. 84.

⁴⁰⁷ v. tb. tópico “Princípios relativos à prova” item 4.

⁴⁰⁸ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 223

⁴⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz*

HUMBERTO THEODORO JR, acompanhado por JOSÉ FREDERICO MARQUES⁴¹⁰, são mais moderados quanto a este posicionamento e aquele entende que *“o juiz tem o poder de iniciativa da prova, mas o exercício de tal poder não pode ser ilimitado e arbitrário. Haverá sempre de ser justificado por alguma circunstância relevante no processo, para não comprometer a imparcialidade, com a qual a sociedade democrática não transige.”*⁴¹¹

JAIME GUASP também é cauteloso quanto à ingerência do juiz no processo e assevera o caráter excepcional desta prática: *“Cierto que en el derecho español hay alguna manifestación del principio inquisitivo, concediendo poderes al Juez en esta materia, pero se trata de una facultad excepcional que no derroga el principio común de considerar como atribución normal de las partes em litígio la promoción de las necesarias actividades de prueba.”*⁴¹²

Diante de posicionamentos divergentes podemos então constatar que o tema é muito intrincado na doutrina, mas também de grande importância. Para que poderemos tratá-lo a contento, mister se faria uma incursão sobre a questão dos poderes instrutórios do juiz. No entanto, como a realização desta tarefa distanciaria-se do nosso foco de estudos, para o momento, podemos apenas concluir que existe uma tendência forte na doutrina no sentido da ampliação dos poderes de instrução do magistrado. Esta tendência se dá, tendo em vista entender-se que a participação do juiz na prova contribui, sobremaneira, para proporcionar uma real igualdade entre as partes do processo, e, desde que

e das partes na direção e instrução do processo. Revista de Processo, nº 37, p. 146.

⁴¹⁰ MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. p. 384

⁴¹¹ THEODORO, Humberto Jr. *Aspectos Relevantes da Prova no Processo Civil*. Revista Jurídica, nº 195, p. 18.

⁴¹² GUASP, Jaime. op. cit. p. 336.

atendido o contraditório efetivo e equilibrado, não haveria riscos para a imparcialidade do julgador o qual contribuiria para a efetividade do processo⁴¹³. Entretanto, sabe-se que há muitos degraus ainda para serem galgados até que possamos falar em uma ampla liberdade de poderes ao juiz.

O que se cumpre salientar então é que, como ficou demonstrado, tanto as partes como o juiz podem ter a iniciativa das provas e serem sujeitos ativos no processo.

7. Objeto da prova

7.1. Noções preliminares

Quando se fala em objeto de prova pode levarnos à falsa noção de que o assunto é tão cristalino que não merece ponderações, porque, afinal de contas, o objeto da prova não são os fatos e circunstâncias a serem provados? No entanto, o tema guarda muitas peculiaridades e, somente ao nos aprofundarmos na matéria é que podemos visualizar suas várias nuances.

DEVIS ECHANDIA assim preleciona: "*Em cada processo deve provar-se tudo aquilo que faz parte do pressuposto fático para a aplicação de normas jurídicas, que não esteja eximido de prova pela lei*"⁴¹⁴.

No processo de jurisdição voluntária constituem pressuposto fático todos os fatos invocados pelas partes, inicialmente, ou durante o trâmite do processo. O fato de não existir conflito de interesses faz com que a noção de controvérsia não

⁴¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. pp. 108-110.

⁴¹⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I, 5a. Ed., 1981,

tenha aplicação para precisar o tema de prova.

Já no processo contencioso, a situação é muito diferente, e existem duas noções importantes: *afirmação* e *controvérsia ou discussão* do fato que delimitam o tema de prova. Portanto, como regra geral, para que um fato necessite de prova e faça parte do *thema probandum* no processo civil, é indispensável sua afirmação por alguma das partes, no momento e com as formalidades estabelecidas na lei processual e também a controvérsia do mesmo.

A afirmação de uma das partes ou de ambas, produz um duplo efeito: a) vincula o juiz, tendo em vista que este tem o dever de considerá-la ao adotar sua decisão, para definir se encontra-se ou não provado o fato, e se o mesmo goza ou não de isenção de prova, decorrendo daí seus efeitos jurídicos; b) delimita os fatos que o juiz pode ter em conta como fundamento de sua decisão, proibindo-o de considerar os fatos não alegados. Obrigação positiva, a primeira, e negativa, a segunda. Neste sentido, costuma-se dizer *poder de disposição* das partes sobre a matéria de fato do processo e portanto, da sentença; poder este que se costuma incluir no princípio dispositivo.

Não obstante, a simples afirmação unilateral não é suficiente para que o fato esteja fixado, vinculativamente, ao processo, pois, para isto requer-se a *prova*, a menos que haja confissão ou exista isenção legal.

Por outro lado, quando a afirmação é conjunta, de ambas as partes, há admissão expressa (ou tácita, se a lei a consagra) e o fato resta provado somente por sua virtude e não necessitam mais provas (*non bis in idem*), de modo que se produz o duplo efeito de obrigar-se o juiz a considerá-lo e a tê-lo como certo (a

menos que a lei exclua a prova da confissão ou lhe proíba confessar uma das partes).

Sob este ponto de vista, pode-se falar em ônus da afirmação, pois que para a obtenção do fim desejado, com a aplicação de certa norma jurídica, a parte deve afirmar os fatos que lhe sirvam de pressuposto, sem o que, o juiz não pode tê-los em conta, ainda quando apareçam provados. Diz-se então, que o fato não afirmado é inexistente para os fins do processo (a menos que seja secundário ou acessório, ou configure uma exceção peremptória que o juiz deva considerar de ofício).⁴¹⁵

Portanto, pode-se considerar que as afirmações dos fatos, com as características expostas, determinam, em princípio, o tema de prova. Entretanto, outra noção se faz imprescindível - a controvérsia ou discussão sobre tais fatos, o que delimita, definitivamente, a necessidade de prová-los pelos meios autorizados na lei processual.

Se o fato afirmado por uma parte é negado pela outra ou não é admitido, resta, inequivocamente, determinada a obrigatoriedade ou necessidade de sua prova, a não ser que esta se exclua por outras razões (confissão ou isenção de prova). Fala-se então, de tema discutido ou controvertido, como tema concreto de prova.⁴¹⁶

Pois bem, posto em linhas gerais, o *objeto da prova*, vamos às primeiras distinções. Como se pode notar, o autor fala várias vezes em tema de prova, objeto de prova ou tema concreto de prova. Esta distinção, igualmente, foi

⁴¹⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. pp. 188-189.

⁴¹⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. pp. 190-191.

encontrada em obras de outros doutrinadores, as quais, *DEVIS ECHANDIA*⁴¹⁷ conseguiu resumir, organizando-as, de modo que ficassem bastante claras as diversas vertentes.

Inicia o capítulo⁴¹⁸ fazendo a diferenciação, portanto, entre objeto de prova e tema de prova ou *thema probandum*. Vamos a ela.

7.2. Objeto de prova

Por objeto de prova deve-se entender tudo aquilo que se pode provar, em geral. É uma noção puramente objetiva e abstrata, não limitada aos problemas concretos de cada processo, nem aos interesses ou pretensões das diversas partes. É noção de idêntica aplicação em atividades extraprocessuais, sejam ou não jurídicas, é dizer, que é como a noção de prova, estende-se a todos os campos da atividade científica e intelectual.⁴¹⁹

Posto o objeto de prova *lato sensu*, a questão que se propõe aqui é, então, diferenciá-lo do tema de prova. Outros autores também concebem esta distinção.

Segundo *FLORIAN*, quando se faz referência ao objeto de prova em concreto, contemplam-se os requisitos da prova em relação a um caso particular e, então, já não são pertinentes todos os fatos que, em abstrato, podem ser objeto de prova, pois opera um requisito limitativo: o fato deve ser pertinente e concludente (relevante)⁴²⁰ em relação aos fins do processo em um caso concreto⁴²¹.

⁴¹⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. pp. 146-154.

⁴¹⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 142.

⁴¹⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 142.

⁴²⁰ sobre fato concludente, pertinente e relevante ver item 7.6.3 infra.

⁴²¹ FLORIAN, *Delle Prove Penale*, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, *apud* DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 147.

Da mesma forma, *SILVA MELERO* entende que o objeto da prova pode ser dividido em abstrato e concreto. Por objeto da prova, em abstrato, entendem-se as realidades suscetíveis de serem provadas, independentemente das particularidades de cada processo; e por objeto da prova, em concreto (*thema probandum*), alude-se a uma categoria de realidades mais restritas, as que são suscetíveis de serem provadas em um processo concreto⁴²². Portanto, para ele um fato pode ser objeto de prova sem que forme parte do tema de prova, no respectivo processo.

Compartilhando desta vertente temos ainda; *GUASP*⁴²³, *SENTÍS MELENDO*⁴²⁴, *MELERO*⁴²⁵, *DELLEPIANE*⁴²⁶, *AMARAL SANTOS*⁴²⁷, *ROSENBERG*⁴²⁸, *CARNELUTTI*⁴²⁹, *CASTRO MENDES*⁴³⁰ e outros tantos.

Já *CHIOVENDA*⁴³¹, *LESSONA*⁴³² e *MICHELÍ*⁴³³ mesclam tema de prova e objeto de prova num mesmo conceito.

7.3. Tema de prova

Poder-se-ia dizer que tema de prova é uma espécie do gênero objeto de

⁴²² MELERO, Valentin Silva. *La prueba procesal*. Tomo I, *Teoría General*. Editora Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 49-50.

⁴²³ GUASP, Jaime. op.cit. pp. 340-341.

⁴²⁴ SENTÍS MELENDO, Santiago. *El Proceso Civil*, Buenos Aires, Ed. EJE, 1957, p. 181.

⁴²⁵ MELERO, Valentin Silva. op.cit. p. 49-50.

⁴²⁶ DELLEPIANE, *Nueva Teoría General de la Prueba*, Bogotá, Ed. Temis, 1961, p. 20 apud DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 142.

⁴²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. pp. 16-17 e tb. n0s. 138-140, pp. 207-208.

⁴²⁸ ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ed. EJE, 1955, pp. 209-210.

⁴²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*, pp. 11-23.

⁴³⁰ DEVIS ECHANDIA quando enumera autores que não fazem diferenciação conceitual entre objeto e tema de prova cita JOÃO DE CASTRO MENDES como um dos representantes desta vertente (DEVIS ECHANDIA, op.cit. p. 146). No entanto, podemos observar que este autor consagra esta diferenciação em sua obra: "...Convém antes de prosseguirmos, esclarecer melhor o problema, distinguindo no seu âmbito genérico duas questões diferentes: 1) Problema do objecto da prova, em abstracto; 2) Problema do objecto da prova, em concreto, que podemos chamar também tema de prova..." MENDES, João de Castro. op. cit. p. 472.

⁴³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Princípios. n0. 59 p. 282.

⁴³² LESSONA, Carlo. op. cit. pp. 208-210.

prova, tanto que este conceito já ficou delimitado pelo anterior, de sorte que tema ou necessidade de prova (como chama *DEVIS ECHANDIA*) é a matéria probatória de cada processo em concreto, isto é, os fatos sobre os quais versa o debate ou a questão voluntária discutida e que devem provar-se por constituírem o pressuposto dos efeitos jurídicos perseguidos por ambas as partes, sem cujo conhecimento o juiz não pode decidir.⁴³⁴

No tema de prova de cada processo selecionam-se aqueles que, efetivamente, se *devem* provar entre uma gama vastíssima e quase que ilimitada de fatos que *podem ser* objeto de prova.

7.4. Fatos ou afirmações: Qual é o objeto da prova - teorias.

Do que acima foi exposto podemos então dizer que ao nosso estudo interessa o objeto de prova como um todo e não casuisticamente dentro de um processo (*thema probandum*) porque estamos fazendo uma análise científica da questão e não um manual prático sobre o tema. Portanto, o problema se verifica em saber quais as categorias de realidades que *podem ser* objeto de prova e não as realidades que efetivamente o são, daí porque doravante vamos demonstrar o conteúdo de objeto de prova. O problema que vamos abordar é este; - que categoria ou categorias de realidades podem ser, (em abstrato) provadas?

Pois bem, *CASTRO MENDES* seguido por *VALENTÍN MELERO* aponta

⁴³³ MICHELI, *La Carga de la Prueba*, Buenos Aires, Ed. EJE, 1961, pp. 112-115.

⁴³⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 142.

para a existência de três teorias que tentam delimitar o conteúdo do objeto da prova em abstrato; a *teoria clássica* que entende que o objeto da prova são fatos, a *teoria eclética* entende que são fatos e afirmações, e uma *terceira teoria* que entende serem só afirmações⁴³⁵.

Primeiramente, neste momento devemos definir estes dois conceitos (fato e afirmação), deixando, momentaneamente, de lado as divergências doutrinárias para, só depois, podermos nos posicionar quanto ao tema central - conteúdo do objeto da prova.

7.4.1. Definição de fato

MELERO entende que fatos são os acontecimentos, atos, circunstâncias, possibilidades de apreciação sensorial, com inclusão de fatos internos que aludem a vida psíquica, idéias, pensamentos, convicções, (estes últimos foram incluídos pela doutrina alemã). Também por fatos, em um sentido geral, se entende o que aconteceu ou o que está sucedendo, i. é., o passado e o presente. Outras vezes, por fato se entende tudo aquilo que pode ser enunciado ou expressado por uma proposição ou afirmação⁴³⁶.

DEVIS ECHANDIA, no entanto, é mais completo e estratifica o conceito sendo este o entendimento que nos parece mais abrangente. Diz ele que os fatos, num sentido jurídico, querem significar; a) tudo o que pode representar uma conduta humana, os acontecimentos, fatos ou atos humanos, voluntários ou involuntários, individuais ou coletivos, que sejam perceptíveis, inclusive as simples

⁴³⁵ MENDES, João de Castro. op. cit. p. 478.

⁴³⁶ MELERO, Valentín Silva. op. cit. p. 50.

palavras pronunciadas; b) os fatos da natureza em que intervém a natureza humana; c) as coisas ou os objetos materiais; d) a pessoa física humana, sua existência e características, estado de saúde, etc.; e) os estados e fatos psíquicos internos do homem, incluindo o conhecimento de algo⁴³⁷.

7.4.2. Definição de afirmação

JOÃO DE CASTRO MENDES, novamente seguido por VALENTÍN MELERO⁴³⁸ diz que o conteúdo da afirmação é a realidade por ela representada; e sua forma é a qualificação da realidade, portanto, afirmar é qualificar uma realidade. Ele vai mais além e distingue entre afirmação e alegação e aduz que as afirmações podem, intencional e explicitamente, nada ter a ver com a realidade (p. ex. a ficção literária)⁴³⁹ ou serem hipotéticas (p. ex. a frase; se chovesse demais talvez transbordasse a água da terra). No entanto, a alegação (processual) é a afirmação de algo como real (verdadeiro ou falso), a qual carece, para fins processuais, de ser demonstrada. Portanto, além dela vincular-se, necessariamente, com o real, há uma preocupação teleológica na alegação, ela exige comprovação, demonstração.

Pois bem, definidos os termos passemos às teorias.

⁴³⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 158 e 159.

⁴³⁸ MELERO, Valentín Silva. op. cit. p. 54.

⁴³⁹ MENDES, João de Castro. op. cit. p. 537.

7.5. Teorias quanto ao objeto da prova

As teorias se apresentam em número de três, são elas: clássica, teoria que considera os fatos como afirmações, e eclética.

7.5.1 Teoria Clássica - fatos como objeto de prova

Como acima foi exposto os adeptos da teoria clássica entendem que o objeto da prova são os fatos e nada mais. Como exemplar desta corrente podemos citar *DEVIS ECHANDIA*, pois ele entende que objeto de prova são os fatos presentes, passados ou futuros, e o que pode assemelhar-se a estes (costumes e leis estrangeiras).

Para justificar seu ponto de vista *ECHANDIA* coloca um problema prático. Como se explica então o conteúdo do objeto dos meios de prova? No seu entender, o conteúdo dos meios de prova são fatos e não afirmações e exemplifica; as testemunhas depõem sobre fatos que conhecem por tê-los percebido e podem ignorar as afirmações das partes sobre tais fatos; o juiz verifica a existência de fatos (mediante uma inspeção, p. ex.) e não a existência de afirmações; existem documentos que provam fatos não precedidos de afirmação de ninguém. E logo a seguir pondera, “*se a teoria que considera as afirmações objeto de prova for correta, necessariamente o objeto de cada um dos meios de prova seria constituído também por afirmações*”. No entanto, ele entende que esta é uma premissa falsa já que, como acima foi exposto, o objeto dos meios de prova são fatos. E prossegue “*se o objeto dos meios de prova só podem ser os fatos que eles (meios) presenciaram ou demonstram e se o objeto da prova em geral, é indispensavelmente o objeto de cada prova em particular, logo então haveria uma*

contradição em considerar que os meios de prova demonstrassem fatos, mas que o objeto da prova fossem as alegações das partes".⁴⁴⁰ Dessa forma, se cada meio de prova demonstra fatos, como a prova em geral poderia demonstrar alegações?

É importante frisar que expressiva parte dos doutrinadores inclinam-se a esta teoria, dentre eles, LESSONA⁴⁴¹, MOACYR AMARAL SANTOS⁴⁴², NEVES E CASTRO⁴⁴³, BONNIER⁴⁴⁴ e outros.

7.5.2. Teoria que considera as afirmações como objeto de prova

JOÃO DE CASTRO MENDES é um dos representantes desta teoria e defende-a, veementemente. Articula sua argumentação dizendo que o fato é inadequado para traduzir o objeto da prova por dois motivos; a) pela sua objetividade; b) pela sua indeterminação⁴⁴⁵.

Concorda o autor que prova é a demonstração da *verdade dos fatos* alegados em juízo, no entanto, ele entende que o objeto da prova nunca é a realidade em si, mas uma representação intelectual da mesma, formada por conceitos e juízos ou proposições - expressos através de afirmações, pois "*aquilo que se demonstra como realidade não é a realidade em si, e por conseguinte os fatos que a constituem, mas sim a nossa representação intelectual e versão da mesma, formada por um complexo de afirmações ou proposições*"⁴⁴⁶. E continua; "*como diz SARACENO, "o que muitas vezes dá ao processo o aspecto de um*

⁴⁴⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 156.

⁴⁴¹ LESSONA, Carlo. op.cit. p. 208.

⁴⁴² SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. 207-208.

⁴⁴³ NEVES e CASTRO, Francisco Augusto. op.cit. pp. 44-45.

⁴⁴⁴ BONNIER, Edouard. op.cit. pp. 81-82.

⁴⁴⁵ MENDES, João de Castro. op. cit. pp. 481.

drama é isto: enquanto os efeitos jurídicos preceituados pela lei são ligados a factos (considerados na sua objectividade), os efeitos jurídicos declarados ou constituídos pelo juiz são inevitavelmente ligados a representações subjetivas dos mesmos factos; e estas representações, por causa da imperfeição inerente à natureza humana podem ser a) erradas e inexactas, ou b) obscuras e equívocas⁴⁴⁷.

Portanto, o verdadeiro objeto da prova não seria a realidade, mas uma representação intelectual, podendo ser, atomisticamente, uma *afirmação* ou, globalmente, uma *versão*.⁴⁴⁸

Como defensores desta teoria ainda podemos citar, *HELLWIG*⁴⁴⁹, *ROSENBERG*⁴⁵⁰, etc.

7.5.3. Teoria Eclética

Há autores ainda que se posicionam no meio termo, nem só fatos ou nem só afirmações, ambos. Os partidários desta teoria entendem que existe uma duplicidade sobre uma mesma realidade, não se tratando de coisas distintas, apenas dependendo do ponto de vista, da posição em que nos colocamos.

*MELERO*⁴⁵¹ seguindo as orientações do mestre italiano *ANDRIOLI*, compartilha de seu pensamento, o qual entende que, do ponto de vista das partes, que deduzem em juízo determinadas afirmações (isto é, valorações subjetivas de circunstâncias e não propriamente de fatos), então será a afirmação o objeto da

⁴⁴⁶ MENDES, João de Castro. op. cit. pp. 482-483

⁴⁴⁷ SARACENO, *La Decisione*, 4, *apud* MENDES, João de Castro. op. cit. pp. 483-484.

⁴⁴⁸ CASTRO MENDES, João de. op. cit. p. 531.

⁴⁴⁹ HELLWIG, *System*, I, 673, p. 430 e 719 *apud* MENDES, João de Castro. op. cit. p. 480.

⁴⁵⁰ ROSENBERG, *Lehrbuch*. p. 525-526 *apud* MENDES, João de Castro. op. cit. p. 480.

prova. Diferentemente, se nos colocamos no plano do julgador, que procura fixar os pressupostos de sua decisão, parece melhor que são os fatos os objeto de prova. Assim, pode falar-se de certa fungibilidade substancial entre fato e afirmação como objetos de prova.⁴⁵²

MICHELI também adere a esta teoria dizendo que os autores que sustentam as afirmações como objeto de prova, como por exemplo, CARNELUTTI⁴⁵³, partem de uma consideração fragmentária do fenômeno posto que “*se bem é verdade que as partes trataram de demonstrar o fundamento das respectivas afirmações, o juiz estará sobretudo, preocupado por determinar se os fatos aduzidos pelas partes têm algum fundamento*”⁴⁵⁴ No entanto, considera mais satisfatória e precisa a formulação tradicional ou clássica (fatos como objeto de prova).

Particularmente, nos colocamos na esteira de pensamento de MICHELI pois, pode-se realmente considerar uma duplicidade de um mesmo fenômeno. Entretanto, também julgamos irrefutáveis os argumentos de DEVIS ECHANDIA quando ele trata da questão do objeto dos meios de prova. Como acima apontado, parece indiscutível que o objeto dos meios de prova (testemunhal, pericial, inspeção) são os fatos e, se cada prova em particular, forma a prova em geral, apresenta-se coerente entender que o objeto da prova (em geral) são os fatos sobre os quais recaem as afirmações, sendo realmente mais “satisfatória” a idéia de que o objeto da prova são fatos.

⁴⁵¹ MELERO, Valentin Silva. op. cit. p. 53.

⁴⁵² ANDRIOLI, Virgilio. “*Prova in genere*”, pp. 814-815, apud MENDES, João de Castro. op. cit. p. 530.

⁴⁵³ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Diritto Processuale*. vol I, p. 674-676 e tb. *La Prova Civile*, pp. 11-23 e 54 nota 2.

Contudo, não se pode olvidar que na própria linguagem jurídica, legal ou doutrinária, trata-se de ambos os termos *fato* e *afirmação (do fato)* como sinônimos ou equivalentes (v. arts. 332 e 337 CPC).

7.6. O que pode ser objeto de prova

A regra geral é que se provem fatos, por exceção, o direito (que somente deve ser provado quando singular, estrangeiro, estadual, municipal e consuetudinário). Entretanto, para que um fato (ou afirmação, dependendo da corrente que se filie) seja efetivamente objeto de prova judicial ele tem que contar com alguns requisitos.

Fazendo-se uma análise do entendimento de vários doutrinadores, em resumo, podemos elencar as seguintes características para um fato ser objeto de prova.

7.6.1 Fato controvertido

A doutrina é unânime em determinar que um fato para ser objeto de investigação ou demonstração deve, antes de tudo, estar controvertido⁴⁵⁵, pois, constituem objeto de prova, somente os fatos duvidosos. A prova dos fatos incontrovertidos seria inútil, porque, onde não há controvérsia a questão se reduz à mera aplicação do direito. São fatos controvertidos não só os fatos realmente

⁴⁵⁴ MICHELI, *La Carga de la Prueba*, Buenos Aires, Ed. EJEA, 1961, núm 16, p. 112.

⁴⁵⁵v. tb. item 7.1 supra "noções preliminares" em que DEVIS ECHANDIA trata do assunto.

contestados, como também os não admitidos⁴⁵⁶.

LESSONA diz que não está controvertido o que já está provado, mediante confissão da parte ou por algum meio probatório. Também não é controvertido o que está excluído pela prática de outra prova porque o que já está provado não se volta a provar (*non bis in idem*). Porém, é sempre bom lembrar a regra segundo a qual se não tiver êxito um meio de prova, não é lícito intentar outro para alcançar o fim que persegue. Deve-se frisar, por fim, que as presunções são circunstâncias tais que, quando legalmente admissíveis, excluem da controvérsia um fato, este não pode ser já objeto de prova⁴⁵⁷.

7.6.2. Fato possível

STUART MILL chama impossíveis os fatos cuja existência contraria qualquer indução completa, isto é, que debilitaria a prova mais concludente que nós pudéssemos ter de uma verdade universal⁴⁵⁸.

Pode-se então dizer que fato impossível é aquele cuja existência repugna ao espírito esclarecido, por contrariar uma verdade universal (ex. a terra cair da órbita, um cachorro falar). Ficam excluídos de prova não só os fatos física e moralmente impossíveis, mas também, aqueles considerados impossíveis por disposição de lei (presunções legais).

Por impossibilidade moral pode considerar-se uma improbabilidade extrema, pois um litigante não pode sustentar serenamente que acaba de verificar-se um milagre em seu favor. Já, fisicamente impossíveis, são os fatos que, sem

⁴⁵⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. pp. 208-209.

⁴⁵⁷ LESSONA, Carlos. *Teoria General de la Prueba en Derecho Civil*. pp. 208-210.

contrariar as leis da natureza, se desviam de sua marcha ordinária.

Ainda quanto à questão da impossibilidade física ou moral deve-se ponderar que, com a evolução dos tempos, fica difícil precisar quais sejam os fatos impossíveis, pois este é um conceito contextualizado. Os lugares e as épocas têm uma influência imediata e substancial na classificação da possibilidade ou impossibilidade⁴⁵⁹. De tal sorte que em 1917 quando NEVES e CASTRO escreveu ser novidade a transmissão “*quasi momentânea d’uma notícia do antigo para o novo mundo*” e diz ele “*o que há cem ou duzentos annos considerar-se-hia impossível*”⁴⁶⁰, certamente naquela época (1917) pareceria impossível que o homem chegasse algum dia à lua, ou que a engenharia genética pudesse criar clones humanos!

7.6.2.a) Fato de prova impossível

Não só o fato deve ser possível, como deve ser possível a sua prova. Embora sendo um fato verdadeiro há fatos que, pela sua natureza ou condições peculiares, são impossíveis de provarem-se; a) por disposição de lei - em razão de uma presunção *iuris et de iure* ou, ainda, fatos que não trazem conseqüências jurídicas em conseqüência de seu caráter (inúteis); b) pela natureza do fato:

⁴⁵⁸ MILL, Stuart. op. cit. p. 11, nota 170 *apud* LESSONA, op. cit. p. 218 nota 3.

⁴⁵⁹ Neste mesmo sentido BONNIER (BONNIER, Edouard. op. cit. p. 82), cita ainda exemplos de fatos que ele considera impossíveis, ou pelo menos, o eram na época. “*Assim, há exemplos inegáveis de fatos tidos como impossíveis. A prolongação da existência sem comida, a gravidez de uma mulher de idade avançada, são acontecimentos que parecem milagrosos mas que só são desvios do curso ordinário da natureza*”, daí porque ponderar que a impossibilidade física ou moral não são conceitos estáticos.

⁴⁶⁰ NEVES e CASTRO. op. cit. p. 46.

contrário a moral; contrário aos bons costumes; ilícito⁴⁶¹.

LESSONA trata da questão de uma forma interessante; diz que a possibilidade dos fatos não se confunde com a sua probabilidade ou verossimilitude⁴⁶², e tanto menos deve confundir-se a prova de um fato impossível com a prova impossível; “*a prova impossível é, sem embargo, uma necessidade sempre, e quem não a apresenta sucumbe, a prova de um fato impossível, é inútil*”⁴⁶³.

Entre os fatos considerados de prova impossível estão os fatos indeterminados ou indefinidos, isto é, aqueles que não são apresentados com características suficientes para serem distinguidos de outros que se lhes assemelham.⁴⁶⁴

7.6.3. Fato relevante, concludente e pertinente

Estes conceitos são instrumentais e relacionais, só se pode falar em fato concludente, relevante ou pertinente se considerado em relação à ação (processual), são, portanto, excluídos de prova os fatos que nenhuma influência exercem sobre a decisão do processo. Logo, se o fato for estranho à procedência da causa, ou porque não se harmoniza com os outros fatos produzidos ou com a essência dela, desnecessário é investigar se ele é ou não reprovado por direito⁴⁶⁵.

Diz *LESSONA* com muita precisão “*qualidade que tem um fato de ser*

⁴⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 216 e segs.

⁴⁶² sobre fatos verossímeis e inverossímeis v. tb. no capítulo II, item n0. 4.1 “conceito de verossimilhança”, supra.

⁴⁶³ LESSONA, Carlos. op. cit. p. 218.

⁴⁶⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 220.

⁴⁶⁵ NEVES e CASTRO. op. cit. p. 45.

*influyente, concludente ou pertinente, está determinada pela qualidade do direito cujos extremos se quer provar. O conceito de influência da prova é absolutamente relativo, depende da qualidade do fato e do grau de instrução em que se encontra a controvérsia*⁴⁶⁶.

Mas podemos ainda divisar uma diferença substancial entre os três conceitos embora todos devam caminhar juntos para que um fato seja aceito como objeto de prova. Como *relevante* poderíamos chamar o fato que interessa à causa mediata ou imediatamente, isto é, que tem influência no processo, que representa alguma importância no deslinde do feito; além de relevante ele tem de ser *pertinente*, ou seja, adequado à demonstração dos fatos e à aplicabilidade dos princípios de direito invocados; e ainda apesar de relevante e pertinente ele tem de ser *concludente*, isto é, esclarecer o ponto questionado, ou confirmar as alegações feitas.

BONNIER também divisa a pertinência de concludência.

*“Diz-se comumente que os fatos devem ser pertinentes e concludentes. Mas a primeira destas condições entra geralmente na segunda. É claro que se devem rechaçar como não concludentes as alegações estranhas ao litígio, mas só quando se trate de pertinência será geralmente fácil decidir, ao passo que se deverá proceder com muita reserva quando se trate de apreciar a gravidade dos fatos por outra parte pertinentes. Antes de denegar ou rechaçar a prova, deverá examinar-se com cuidado a que resultados pode conduzir considerando estes fatos não isoladamente, mas em seu conjunto. É, sobretudo, aos juízes os quais de fato a quem corresponde a apreciação da utilidade da prova”*⁴⁶⁷.

7.6.4. Fato admissível em lei

⁴⁶⁶ LESSONA, Carlos. op. cit. p. 221.

⁴⁶⁷ BONNIER, Edouard. op. cit. p. 81

Por fim, os fatos têm de ser admissíveis, isto é, não proibidos por lei e aplicáveis ao caso em concreto. Nesse ponto, ressalta-se a questão das provas moralmente ilícitas, mas que serão objeto futuro de investigação⁴⁶⁸, o que é certo, porém, é que este tema é objeto de pesquisas doutrinárias e nada de concreto existe quanto à sua aplicação prática.

Ensina BONNIER:

“Finalmente há fatos que podem ser concludentes e muito verossímeis em si mesmos, mas, de tal natureza que a lei não permita sua prova. Falamos dos fatos contrários a uma presunção legal. Não se trata de impedimentos extrínsecos que podem opor-se à admissão da prova, senão da natureza mesma dos fatos que se tem de provar. É sabido que existem certos fatos cuja prova oficial a lei não pode permitir, por mais verdadeiros que sejam, isto é, a prova de fatos que lastimam a moral, p. ex. investigação de filiação incestuosa e também a paternidade natural em quase todos os casos”...

“O que está sendo admitido quanto às provas imorais em legislações menos severas que a nossa, como a lei Inglesa, é que, no caso em que não interesse à sociedade a revelação de semelhantes fatos, isto é, que seja provocada simplesmente pela maligna curiosidade de um terceiro, deve-se rechaçá-la sem vacilação alguma”.

Resumindo; para ser objeto de prova, um fato, necessariamente, deve atender os seguintes requisitos: ser controvertido; possível; relevante, pertinente, concludente e finalmente, ser admissível por lei.

7.7. O que não pode ser objeto de prova

O artigo 334 do Código de Processo Civil determina que, pela sua natureza

⁴⁶⁸ v. tb. “meios de prova” item 9.6.5. infra.

não carecem de prova os fatos⁴⁶⁹;

- a) notórios;
- b) afirmados por uma e confessados por outra parte;
- c) admitidos no processo como incontroversos;
- d) em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade;

7.7.1. Fatos notórios

7.7.1.a) Origens do termo

Qualquer alegação ainda que não seja relativa a um fato constitutivo, impeditivo ou extintivo de direito, deve ser provada⁴⁷⁰. Essa é a regra, no entanto a lei convencionou algumas exceções, dentre elas, quanto aos fatos que fundamentam uma decisão e que são baseados em noções que entram na comum experiência - os fatos notórios.

⁴⁶⁹ JAIME GUASP também entende que, com respeito aos dados de fato, a necessidade de prova é a regra, só, excepcionalmente, um dado de fato é isento de prova. Agrupa os fatos que ficam excluídos de prova sob três aspectos:

a) Em razão do *sujeito*: fatos que ambas as partes reconhecem unanimemente, os dados alegados por uma parte e admitidos por outra. Para tanto, deve preencher alguns requisitos: proceder das duas partes em juízo, conter reconhecimento incondicionado e verificar-se com sujeição às regras comuns de forma, lugar e tempo.

b) Em razão do *objeto*: ficam fora do tema de prova determinados dados de fato dispensados pela lei de sua demonstração em razão do esforço desproporcionado ou ineficaz que isto exigiria, o que lhes faz ser substituídos, geralmente, por circunstâncias afins de prova mais sensível. Este é o caso da presunção. A presunção *iuris et de iure* - a lei estabelece que dispensem de toda prova os favorecidos por ela o que não impede desde logo que possam ser destruídas por prova em contrário.

c) Em razão de *atividade*: Os fatos notórios são dispensados de prova, i. é., as verdades científicas, históricas, geográficas, geralmente reconhecidas, assim como os chamados fatos evidentes e axiomáticos.

Já os dados normativos ou de direito: a regra comum é que estes não estão submetidos a atividade probatória das partes porque os órgãos jurisdicionais têm um conhecimento de ofício do direito positivo, não é necessária a demonstração dos dados que o integram. Esta formulação não se aplica às normas consuetudinárias e de direito estrangeiro. GUASP, Jaime. op. cit. pp. 340-343.

⁴⁷⁰ ver tb. a controvérsia sobre prova de fatos ou alegações item 7.3. supra.

A noção de fato notório é controvertida na doutrina⁴⁷¹ e tem duas origens conhecidas; uma canônica e outra germânica sendo que a ligação histórica entre o “notório” germânico e o “notório” canônico ainda é campo para investigações científicas.

Na origem germânica, que se firmava no juramento como prova, o fato notório era o que não se deixava (ou não se precisava deixar) ao juramento.

No direito canônico, na linha das inquisições de intenções, nas suas sutilezas de buscar “pecado” fez de fato notório aquele fato que não pode, sem má-fé, ser negado⁴⁷². Dessa noção, o conceito que era dado a fato notório, se resumia a - *quae sine tergiversatione aliqua celari non possunt* - esta definição, segundo CALAMANDREI, reveste-se muitas vezes de um caráter tautológico, pois, ao invés de mostrar quais as características que o ato notório tem fora do processo, se limita a evidenciar o efeito processual da notoriedade: isto é, que o fato notório, precisamente porque é notório, não pode ser negado em juízo, senão pelo litigante de má-fé⁴⁷³. E acrescenta que a definição de fato notório deve buscar-se, antes e fora do processo, para apreciar-se com toda clareza a máxima - *notoria non egent probatione* - que na verdade não é a consagração de um *dever* do juiz de conhecer, de ofício, os fatos notórios e de tê-los em conta mesmo que as partes não o sugeriram, é senão, uma *faculdade* que se reconhece ao juiz, somente quanto à categoria de fatos denominados notórios, de subtrair-se à

⁴⁷¹ “Verdaderamente, si tratamos de llegar a la raíz de todas las disputas que todavía tienen lugar en torno a la prueba de los hechos notorios, vemos que las mismas en gran parte derivan de la falta de ideas precisas y comúnmente aceptadas em torno al alcance de este concepto”. CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil - La definición del hecho notorio*. p. 184.

⁴⁷² MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV (arts. 282-443). Editora Forense, 1974, p. 231.

⁴⁷³ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 190.

proibição de julgar “*secundum suam scientiam*”, ou seja, é a efetiva possibilidade de julgar sobre as suas próprias convicções⁴⁷⁴.

7.7.1.b) Definição

DEVIS ECHANDIA agrupou os vários autores (alemães, italianos, espanhóis, sul-americanos) que conceituam o termo e fez a seguinte constatação; que não há anarquia de conceitos, ao contrário, eles se dividem em duas grandes vertentes 1º) a minoria, que exige, para ser tido como notório, o conhecimento do fato por todos, em um círculo social respectivo (*LESSONA*⁴⁷⁵, *ROCCO*⁴⁷⁶, *ARAGONESES* e *ROCHA*⁴⁷⁷); 2º) a grande maioria aceita como suficiente uma divulgação ou generalização relativa, neste círculo, sempre que o juiz tenha conhecimento destes fatos antes do processo, ou possa conhecê-los por investigações pessoais ou graças a provas aportadas com esse propósito, durante o processo e não lhe recaiam dúvidas sobre a verdade do fato ainda quando ele seja discutido por alguma das partes (*ROSENBERG*⁴⁷⁸, *FLORIAN*⁴⁷⁹, *CARNELUTTI*⁴⁸⁰, *MICHELLI*⁴⁸¹, *GUASP*⁴⁸², *DE LA PLAZA*⁴⁸³, *SILVA MELERO*⁴⁸⁴,

⁴⁷⁴ CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 191.

⁴⁷⁵ LESSONA, op.cit. p. 211.

⁴⁷⁶ ROCCO, Ugo. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. Ed. UTET, Torino, 1957, tít. II, parte 6a. p. 159.

⁴⁷⁷ ARAGONESES e ROCHA, *Técnica Procesal*, Ed. Aguilar, 1958, Madrid, p. 495 *apud* DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 227.

⁴⁷⁸ ROSENBERG, op. cit. pp. 218-219.

⁴⁷⁹ FLORIAN, *Delle Prove Penali*, Milão, Instituto Cisalpino, 1961, n0. 43 *apud* DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 224.

⁴⁸⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, Buenos Aires, Ed. EJEJA, 1959, t. I, n0. 224, p. 339 *apud* DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 224.

⁴⁸¹ MICHELI, op.cit. p. 117-119.

⁴⁸² GUASP, Jaime. op.cit. pp. 341-342.

⁴⁸³ DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1954, t. I, pp. 451-452 *apud* DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 226.

COUTURE⁴⁸⁵, CALAMANDREI⁴⁸⁶, CASTRO MENDES⁴⁸⁷, PONTES DE MIRANDA⁴⁸⁸ e outros).

Sob outro ponto de vista, há também duas teses: 1º) Daqueles que exigem que o fato seja de caráter permanente, como as verdades geográficas e algumas científicas (a importância de uma cidade ou a altura de uma montanha); 2º) Daqueles que rechaçam, expressa ou tacitamente, esta distinção e aceitam a notoriedade tanto para os fatos permanentes como para os ocasionais ou transitórios e que representam a grande maioria dos autores⁴⁸⁹.

ECHANDIA diz que, sem vacilações, adota a segunda tese em ambos os pontos, pois exigir que todos conheçam um fato para que exista notoriedade é contrário à realidade social e cultural, e conduz a fazer inoperante esta noção. Por outro lado, não é necessário que a notoriedade seja permanente porque pode modificar-se com o tempo; o importante é que exista no momento do juiz apreciá-la.

Em resumo, diz o jurista: “creemos que existe notoriedad suficiente para eximir de prueba a un hecho, sea permanente ou transitorio, cuando en el medio social donde existe o tuvo ocurrencia, y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza sobre tal hecho, en forma que no le deje dudas sobre su existencia presente o pasada, mediante sus conocimientos previos o la investigación privada que haga o por las pruebas aducidas con ese propósito. Si el juez no tiene certeza acerca de la notoriedad del hecho, entendida de esa manera, debe rechazarlo, a menos que aparezca demostrado por los medios de prueba que la ley permita utilizar para ello; pero en la hipótesis

⁴⁸⁴ MELERO, Valentín Silva. op.cit. p. 58-59.

⁴⁸⁵ COUTURE, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1942, tít. II, p. 193.

⁴⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil - La definición del hecho notorio*. p. 184.

⁴⁸⁷ MENDES, João de Castro. op.cit. p. 642-647.

⁴⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários*, pp. 303-304.

⁴⁸⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. pp. 228-229.

contraria debe tenerlo por cierto, sin exigir prueba específica y aun cuando las partes estén de acuerdo en afirmar lo contrario o una de ellas lo discutan”.

7.7.1.c) Requisitos para que um fato seja considerado notório

Como identificar um fato como notório? Falou-se acima em fato conhecido por uma coletividade, mas isso basta para sua notoriedade? Pois bem, dos vários autores estudados pensamos poder delinear alguns traços em comum, e chegar ao requisitos da notoriedade.

a) Generalidade

Os fatos têm de ser comuns a um determinado número de pessoas. Deve haver uma generalização que pode ser classificada relativa, posto que os fatos devem ser conhecidos por um determinado círculo de pessoas⁴⁹⁰.

b) Transitoriedade

Os fatos a serem considerados notórios são contextualizados. Não há necessidade que os fatos tenham um caráter permanente. As verdades podem ser transitórias, desde que notórias naquele determinado momento em que o juiz as aprecia.

c) Objetividade

Ensina SATTÁ baseado nos ensinamentos de LESSONA⁴⁹¹ que os fatos

⁴⁹⁰ ROCCO trata do tema: “A mio avviso, per individuare el concetto del notorio, occorre fa riferimento ad un altro elemento, quello cioè della “generale divulgazione” del fatto, che non può essere ignorato da qualunque soggetto (e così dal giudice), che viva nel consorzio civile. Fatto notorio è quindi, un fatto che, per la sua generale e pubblica divulgazione, non può essere ignorato da alcuno, ovvero deve essere conosciuto da tutti. ROCCO, Ugo. *Trattato da Diritto Processuale Civile*, Il parte generale. Ed. Unione Tipografico. Editrice Torinese, p. 179.

⁴⁹¹ Entende o autor que a objetividade é um fator determinante para o conceito de notoriedade. Diz ele que quando a lei exige que um fato seja provado olha a sua objetividade real, não a sua notoriedade, e mais adiante, distingue a notoriedade da evidência “*evidentes são as verdades*

notórios além de sua generalidade devem ser essencialmente objetivos “a generalidade destes fatos é evidente, mas desse resulta uma outra característica do fato notório, e isto é a sua essencial objetividade, que exclui o juízo. Um fato do qual a existência está baseada em um juízo não pode ser considerado notório, ex. a condição subjetiva de uma pessoa. Esta objetividade se resolve na incontestabilidade e leva à regra que, não só o notório dispensa a prova, mas não admite prova em contrário. Todavia a dispensa da prova não exclui que o juiz possa atingir por fontes externas os meios do conhecimento⁴⁹²”.

7.7.1.d) A prova da notoriedade

A parte final da lição de DEVIS ECHANDIA nos leva a uma indagação. Quando ele fala que “se o juiz não tem certeza acerca da notoriedade do fato entendida dessa maneira, deve rechaçá-lo, a menos que apareça demonstrado por meios de prova” . E aí parece ter surgido uma contradição; se o notório não necessita de prova, como que se falar em provar a notoriedade do fato?

Há que se entender contudo que, pode ter ficado claro que um fato considerado notório não precisa ser provado (desde que preencha os requisitos acima elencados), porém, não necessita de prova enquanto fato. O fato notório não é objeto de prova, mas a notoriedade sim. Porque, na verdade, até o fato ser “agraciado” com o adjetivo de notório e ser tido como verdadeiro, é necessário primeiro aceitar a notoriedade do mesmo. Vejamos o que diz a doutrina.

axiomáticas próprias das várias ciências; seria absurdo querer provar ao juiz que não há efeito sem causa, que o calor dilata os corpos, etc. São neste sentido evidentes os fatos que se apresentam ao juiz como recolhidos nas fontes comuns do saber humano, servindo-se livremente dos meios e

Quando *NEVES E CASTRO* fala da incerteza do juiz em relação à notoriedade do fato aduz que; como muitas coisas que se dizem notórias não o são, foi estabelecido o princípio de que, mesmo quando os fatos fossem considerados como notórios, ficassem sujeitos à prova, logo que fossem contestados, ou o juiz a julgasse necessária⁴⁹³.

FREDERICO MARQUES coloca bem a questão “se o fato notório independe de prova, a notoriedade de um fato pode ter necessidade de ser provada quando a lei a exija como elemento determinante do direito. É o que se dá v.g., com a insolvência notória de que fala o art. 107 do Cód. Civil.”⁴⁹⁴ Na mesma linha de raciocínio *PONTES DE MIRANDA* complementa; “os fatos notórios, por serem notórios, prescindem de prova; não são notórios porque prescindam de prova”⁴⁹⁵

E *LESSONA* quando trata do assunto (prova da notoriedade) faz uma indagação. No início de sua argumentação se pergunta se os fatos notórios devem considerar-se como não discutidos, de sorte que não necessitem de prova. E continua, “convém distinguir a notoriedade que faria supérflua a prova, da notoriedade estabelecida por lei como base de um direito. Na primeira hipótese analisaremos se dada a notoriedade de um fato é necessária sua prova, e na segunda porque a lei se contenta com a notoriedade de um fato sem exigir a prova de sua verdade”⁴⁹⁶. Quanto à primeira colocação - notoriedade que faria supérflua

dos métodos aos quais sempre recorre à ciência”. *LESSONA*, Carlos. op. cit. p. 211-212.

⁴⁹² *SATTA*, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. p. 196.

⁴⁹³ *NEVES e CASTRO*. op. cit. p. 45.

⁴⁹⁴ *MARQUES*, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III., 2a. Ed. Forense. Rio - São Paulo. p. 367.

⁴⁹⁵ *MIRANDA*, Pontes. op. cit. p. 231

⁴⁹⁶ *LESSONA*, Carlos. op. cit. p. 211.

a prova, em sua obra *LESSONA* cita *STRYK*⁴⁹⁷ como um grande estudioso do notório e dele empresta algumas conclusões. *STRYK* definira o notório como aquilo que é por si mesmo evidente, mas não vice-versa, porque o evidente, só é notório, quando todos os demais têm notícia de sua evidência. E quanto à prova do notório afirma que, o que se deve provar, deve ser duvidoso e incerto, que a prova se presta ao juiz e para o juiz e não à parte, esta deve persuadir o magistrado. Dito isto, conclui que, o que se alega ser notório, ou é verdadeiramente tal, isto é certo e indubitado, e porque é certo, não porque é notório, não tem necessidade de prova.⁴⁹⁸

E mais adiante *LESSONA* complementa com um raciocínio, no mínimo intrigante. *“O verdadeiro não necessita ser notório. Provar a notoriedade não equivale a provar a verdade, e menos ainda dizer que é notório o que, não só é verdadeiro, senão também conhecido como tal a todos. E então a notoriedade é um requisito supérfluo porque a lei se contenta com a verdade”*⁴⁹⁹.

7.7.1.e) Notório geral e judicial

E como questão última em relação ao notório devemos salientar a diferenciação que alguns autores fazem entre o notório geral do notório oficial ou

⁴⁹⁷ *STRYK. De notorio. vol. XII, Disputatio IV, Florentiae, 1840, p. 109 e ss. apud LESSONA, Carlos. op. cit. p. 211*

⁴⁹⁸ E aqui o autor ainda distingue os três casos seguintes:

- a. Se o adversário admite a verdade do fato e só nega que seja notório, como o direito nasce da verdade do fato, e não de sua notoriedade, não é necessária a prova.
- b. Se o adversário nega ao mesmo tempo a verdade e a notoriedade do fato, então é necessário provar a verdade e não a notoriedade.
- c. Se as negações do contrário são absolutamente frívolas e contrárias ao sentido comum e ao comum saber de todos então não é necessária a prova, mas só porque é inútil negar o que está certo: aquilo do qual nenhuma dúvida. *STRYK. op. cit. p. 109 e ss. apud LESSONA, Carlos. op. cit. p. 212.*

judicial, distinção esta que se dá num campo subjetivo, isto é, para quem aquele fato é notório. Se o é para uma coletividade - o notório é geral; se é notório para os juízes enquanto exercendo sua função o notório é oficial. Esta distinção foi apresentada primeiramente nos tratados germânicos. Em linhas gerais, o notório oficial é o que diz respeito à vida forense e os alemães denominam de *Gerichtskundigkeit*, ou seja, o fato que o juiz conhece em razão de sua função pública, em contraposição ao notório geral, propriamente dito (*Allgemeinkundig*)⁵⁰⁰.

FLORIAN diz que os fatos conhecidos pelo juiz no exercício de suas funções (notório judicial) se diferenciam, em substância, dos notórios em geral, porque estes existem fora do tribunal e aqueles se derivam de um conhecimento que tem sua origem e seus limites no campo judicial e se submetem às regras comuns sobre prova, somente quando as partes os aceitem ou ao menos os impugnem, poderá ser em concreto supérflua a prova⁵⁰¹.

Esta diferenciação é aceita por alguns doutrinadores ROSENBERG⁵⁰², MICHELI⁵⁰³, CALAMANDREI⁵⁰⁴, outros porém, são resistentes à idéia de que a

⁴⁹⁹ LESSONA, Carlos. op. cit. p. 211

⁵⁰⁰ O autor inclusive cita o jurista uruguaio LORENZO CARNELLI que conclui por condenar plenamente o instituto da notoriedade, considerando-o perigoso, de nome incorreto, discutido e discutível na sua constituição nos seus fins e no seu alcance. Pois, analisando as afinidades e analogias com outros institutos e o risco sempre presente de dilatação conceitual do notório, o qual passaria a servir de instrumento de injustiças na apuração da verdade, tornando-se uma brecha no princípio dispositivo.

CARNELLI, Lorenzo. *O Fato Notório*. pp. 59 e 267 apud PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2a. Ed., Editora R T. São Paulo, 1977, pp. 94 e 95.

⁵⁰¹ FLORIAN: *Delle prove penali*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, n 44 apud DEVIS ECHANDIA, op. cit. p. 231.

⁵⁰² Para ROSENBERG notoriedade judicial se trata dos fatos conhecidos pelo juiz ou tribunal como instituição, em razão de sua atividade oficial ou de processos anteriores de qualquer natureza. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, pp. 218-219 apud DEVIS ECHANDIA, op. cit. p. 231.

⁵⁰³ MICHELI, *La carga de la prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, n 17, pp. 118-119 apud DEVIS ECHANDIA, op. cit. p. 232.

notoriedade dos fatos conhecidos pelo juiz, em virtude de sua função judicial, é diversa da notoriedade referente a fatos que todos estejam em condições de conhecê-los, contrários à distinção temos *GUASP, ARAGONESES, SILVA MELERO* e outros. Dentre o autores nacionais *PESTANA DE AGUIAR*⁵⁰⁵ é o único que trata com mais clareza, *PONTES DE MIRANDA*⁵⁰⁶ e *FREDERICO MARQUES*⁵⁰⁷ passam por este assunto sem deixar evidente seu posicionamento embora sinalizem na direção da diferenciação.

Por fim, conclui *DEVIS ECHANDIA* dizendo que a noção de notoriedade judicial foi rechaçada pela grande maioria dos autores e excluída das legislações.⁵⁰⁸

7.8. Fatos alegados por uma parte e confessados por outra.

Alguns parágrafos acima, quando iniciávamos o tema objeto de prova, vimos a lição de *DEVIS ECHANDIA* o qual dizia que para ser necessária a prova não basta a afirmação do fato como pressuposto da pretensão ou exceção, senão é indispensável que este fato não esteja admitido, expressa ou tacitamente, ou, confessado pela outra parte antes de abrir-se a etapa probatória, porque a admissão ou confissão são provas suficientes, salvo norma em contrário⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ CALAMANDREI distingue genericamente os fatos notórios pertencentes à cultura comum, em um determinado período e lugar dos conhecidos pelo juiz em razão de suas funções. CALAMANDREI; citação de MICHELI; La carga de la prueba, ed. cit., n 17, p. 118 *apud* DEVIS ECHANDIA, op. cit. p. 232.

⁵⁰⁵ PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. op. cit, pp. 94 e 95.

⁵⁰⁶ MIRANDA, Pontes. op. cit. pp. 232-233

⁵⁰⁷ MARQUES, José Frederico. op. cit. p. 367.

⁵⁰⁸ DEVIS ECHANDIA, op. cit. p. 231.

⁵⁰⁹ v. tb. item 7.1 "noções preliminares".

*COUTURE*⁵¹⁰ justifica esta proposição com o preceito justiniano segundo o qual é inútil provar fatos não relevantes: “*frustra probatur quod probatum non relevat*”. E que portanto, é necessário ver nesta fórmula a aplicação do princípio da economia processual que induz a realizar os fins do juízo com um mínimo de atos⁵¹¹.

Na definição de *DEVIS ECHANDIA* acima pode delinear-se duas outras figuras processuais - a *admissão*⁵¹² e a *confissão*.

A *admissão*, que é citada por autores espanhóis e latinos⁵¹³, é a circunstância de não impugnar as proposições do adversário e se constitui como uma das causas de isenção, excepcional da necessidade de provar os dados alegados. Dessa forma, ficam excluídos do tema de prova os dados de fato que ambas as partes reconhecem, unanimemente, isto é, os dados alegados por uma parte e admitidos por outra.⁵¹⁴

GUASP complementa o raciocínio dizendo que a *admissão* tem que proceder das duas partes em juízo, enfim, conter um reconhecimento incondicionado⁵¹⁵, pensamento este compartilhado pelo legislador do nosso Código, que entende ser o pressuposto do art. 334, II a explicitude do reconhecimento, posto que pode haver interpretação do que foi dito pela parte

⁵¹⁰ *COUTURE*, Eduardo J. op. cit. p. 224.

⁵¹¹ “*Imponer la prueba de todos los hechos, aun de los aceptados tácitamente por el adversario, representaría exigir inútil dispendio de energías contrario a los fines del proceso.*” *COUTURE*, Eduardo J. op. cit. p. 224.

⁵¹² É de se salientar que a *admissão* que é tratada neste tópico não deve ser confundida com a *admissão* citada mais adiante (“fases da prova” item 10.2 infra) que faz parte da instrução probatória. Lá se fala da *admissão* do meio de prova, aqui se fala da *admissão* dos fatos que pretendem ser objeto de prova.

⁵¹³ *GUASP*, Jaime, op. cit. 340-341, *COUTURE*, Eduardo J. op. cit. pp. 223-224 e *DEVIS ECHANDIA*, op. cit. p. 202-203

⁵¹⁴ *GUASP*, Jaime. op. cit. p. 340.

⁵¹⁵ Deve portanto, conter um reconhecimento condicionado e verificar-se com sujeição às regras de

contrária⁵¹⁶.

Por outro lado, temos a figura da confissão⁵¹⁷ que mesmo de forma ficta ou tácita é regulamentada pelo Código (em seus arts. 348-354) e, neste caso, estabelece a lei um rígido sistema de fixação formal dos fatos. O valor atribuído à *ficta confessio* é, em regra, absoluto (sendo exceção quando os fatos se apresentam, *a priori*, como inverossímeis) porque aqui aplica-se o princípio “*dormientibus non succurrit jus*”⁵¹⁸. A diferenciação fundamental entre a admissão e confissão é que esta é um autêntico meio de prova, característica que na admissão não se dá porque resulta da adesão de ambas as partes a um ou vários dados relevantes para o debate, e isto implica em efeitos processuais diversos.

A admissão produz um duplo efeito processual; de obrigar o juiz a ter o fato em conta e considerá-lo isento de prova. Já a confissão ficta é uma forma especial de confissão judicial espontânea, sem juramento nem coerção⁵¹⁹ e representa um meio de prova, ou seja, o fato resta devidamente provado até porque não admite confrontação perante o conjunto probatório dos autos, e não isento de comprovação (como na admissão), o que lhe confere, na técnica processual, um valor probatório, de certa forma, “mais intenso” na convicção do juiz.

forma, lugar e tempo, é a chamada “*confesión llana*”. GUASP, Jaime. op. cit. p. 341

⁵¹⁶ MIRANDA, Pontes. op. cit. p. 233.

⁵¹⁷ quanto à confissão, cumpre também salientar, que não nos aprofundaremos no assunto, posto que também bastante vasto, fugindo do nosso objeto de estudos.

⁵¹⁸ PESTANA DE AGUIAR, João Carlos. op. cit. 95

⁵¹⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 203.

7.9. Fatos admitidos no processo como incontroversos

Pois bem, o assunto já foi tema do item 7.6.1 supra, posto que quando falávamos de quais são as características de um fato para que ele seja objeto de prova, citamos a controvérsia como uma delas. Portanto, neste momento o tema já resta debatido.

7.10. Fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade.

Presunção legal é uma proposição normativa acerca da verdade de um fato. São conjecturas que a lei tira, por consequência indireta, da reiteração de fatos conhecidos para afirmar a existência do fato que se pretende provar⁵²⁰. A presunção não só declara inútil a prova contrária, como também, é inútil a prova favorável. Se admite prova em contrário, se denomina relativa ou *iuris tantum*, se não admite prova em contrário, denomina-se absoluta ou *iuris et de iure*. Alguns autores como *PONTES DE MIRANDA*⁵²¹ citam ainda as presunções mistas em que a lei, admite prova em contrário, porém especifica a algum ou alguns meios de prova⁵²².

As presunções se justificam por razões de política jurídica, algumas delas contemporâneas com a vigência do próprio direito, que instam ao legislador a consagrar determinadas soluções.

Boa parte da doutrina entende que as presunções legais são regras especiais sobre o ônus da prova, no entanto, *GUASP* diverge deste

⁵²⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p.210

⁵²¹ MIRANDA, Pontes, op. cit. p. 235.

⁵²² Amaral Santos também classifica em três categorias as presunções e chama-as de absolutas,

posicionamento entendendo que “*são alterações excepcionais do objeto probatório por isenção da prova dos dados que normalmente o integrariam*”. Raciocínio este que compartilha COUTURE que disserta “*a doutrina tem insistido sempre nas projeções da presunção sobre o ônus da prova. Mas, parece indispensável aclarar que estes efeitos (sobre o ônus probandi) são apenas uma etapa consecutiva dos efeitos que projeta sobre o objeto da prova*”⁵²³

Dessa forma, as presunções não são casos de alteração de ônus da prova, mas sim, casos de isenção de prova dos fatos presumidos. Assim se explica que as presunções estabelecidas em lei dispensem de toda a prova aos favorecidos por ela, o que não impede, desde logo, que possam destruir-se por prova em contrário, realizada pela parte adversa, exceto se a lei expressamente o proíbe, na figura da presunção *iuris et de iure*.⁵²⁴

7.11. Fatos normativos ou de direito

É princípio geral em nosso ordenamento que quanto ao direito há uma presunção de conhecimento, de modo que, não haveria sentido provar-se o direito em um sistema no qual este se supõe conhecido, é o princípio da *iura novit curia*. No entender de SENTÍS MELENDO, ao fato corresponde a prova; ao direito corresponde a interpretação⁵²⁵.

LESSONA, em sua obra, quando trata da questão, cita VINNIO que dizia que só as questões de fato são objeto de prova porque os meios de prova são as

relativas ou intermédias. SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 210.

⁵²³ COUTURE, Eduardo J. op. cit. p. 227.

⁵²⁴ GUASP, Jaime. op. cit. p. 341.

testemunhas e as escrituras; e como estes meios não podem provar o direito, logo, só o fato é objeto de prova. E mais, que o direito é certo, e se às vezes *dubia est legum sententia*, toca ao juiz resolvê-la *conjecturis et argumentis*⁵²⁶. Dessa forma, basta uma invocação genérica para que o juiz investigue quais as normas aplicáveis aos fatos aduzidos e para que qualifique espontaneamente sua existência, alcance e vigor.⁵²⁷

Mas, *MELERO* identifica uma questão bastante pertinente; a diferenciação prática entre a questão de fato e a questão de direito, pois, segundo ele seria errôneo crer que ao falar de fatos e normas de direito objetivo, nos referimos a um esquema que contém tipos de fácil identificação e isolamento, como se tratassem de normas jurídicas puras e fatos puros sem contar com o entrecruzamento de problemas. É necessário conhecer quando os órgãos jurisdicionais se encontram ante a um processo normativo, ou simplesmente de fato, o que, nem sempre, é fácil de distinguir⁵²⁸. Portanto, cita *WACH* que diferencia ambas questões sob o ponto de vista negativo, o qual equivale a manifestar que, questão de fato é tudo aquilo que não exige uma operação jurídica ou aplicação de uma norma de direito; ou ainda, são questões de direito todas as que se resolvem pela aplicação de uma norma jurídica, e questões de fato todas as demais⁵²⁹.

Pois bem, é de se salientar que a prova dos fatos deve ser dada pelas partes porque o juiz não os conhece, mas a prova das leis está dada com sua simples alegação porque a lei é conhecida e o juiz tem, precisamente, a missão de

⁵²⁵ SENTÍS MELENDO, Santiago. op. cit. p. 179.

⁵²⁶ LESSONA, Carlos. op. cit. p. 184.

⁵²⁷ GUASP, Jaime. op. cit. p. 342.

⁵²⁸ MELERO, Valentín Silva. op. cit. p. 52.

⁵²⁹ MELERO, Valentín Silva. op. cit. p. 51.

ver se se refere e como se refere ao fato provado. Portanto, sempre é verdade que as leis não se provam porque, regularmente estando escritas, regularmente publicadas e sendo conhecidas legalmente pelo juiz, basta alegá-las.

No entanto, há casos em que as leis devem ser provadas, ou porque não estão escritas ou porque não são conhecidas pelo juiz. Isto acontece com as leis as municipais, estaduais, estrangeiras e as consuetudinárias. *LESSONA* faz uma ponderação interessante quanto à prova do direito que merece nota; que entre a prova de fatos e a prova do direito há certa diferença no que concerne à absorção desta pelo juiz: a prova de direito dirige-se, principalmente, à inteligência do juiz e não à sua simples percepção⁵³⁰.

7.11.1. Prova de direito estrangeiro

Por não ser direito interno, resta fora da isenção da prova o direito estrangeiro, pois se presume conhecida tão somente a lei nacional, mas nenhuma regra pressupõe conhecido o direito estrangeiro. A existência deste direito não é acessível ao juiz, portanto, necessita de comprovação.

7.11.2. Prova do direito local, estadual ou municipal

O mesmo fundamento acima apontado rege a premissa de que também é objeto de prova o direito local, seja ele estadual ou municipal, quando o juiz o desconheça. Pois, o juiz não pode ter ciência de todas as leis estaduais e municipais de um país tão grande como o nosso, notadamente, tendo em vista

sua estruturação federativa e a grande autonomia concedida pela Constituição aos Municípios.

7.11.3. Prova de direito consuetudinário

Por não ser direito escrito está subtraído à regra geral o direito consuetudinário. Quando o costume é fonte de direito pesa sobre ele o ônus da correspondente demonstração. Na verdade, salienta *COUTURE* que mais que um ônus da prova deve-se falar em interesse na prova. A parte que apoia seu direito no costume deve ser diligente em produzir esta prova, porque, do contrário, o juiz pode aplicar o costume segundo seu conhecimento particular ou ordenar de ofício os meios de prova tendentes a tal fim⁵³¹.

Não se pode confundir contudo, a prova do direito consuetudinário com prova de usos e costumes ou máximas de experiência. Pois, como ensina *FREDERICO MARQUES* as máximas de experiência, que também são objeto de prova, ligam-se a juízos de valor de que depende, em certos casos, aplicação de normas jurídicas⁵³².

8. Fontes da prova

JOÃO DE CASTRO MENDES com muita singeleza, define fonte de prova pela noção originária de fonte, atribuindo esta qualificação a uma realidade

⁵³⁰ LESSONA, Carlos. op. cit. p. 185.

⁵³¹ COUTURE, Eduardo J. op. cit. p. 222.

⁵³² MARQUES, José Frederico. op. cit. p. 366.

estática, de que promanam efeitos diversos; e classifica-as em fontes de provas pessoais e reais⁵³³. As pessoas como *fontes de prova* podem ser *as próprias partes e terceiros*. As partes são fontes de prova quer como alegantes, quer como depoentes. Quanto aos terceiros, a terminologia tradicional abre uma nova distinção: testemunhas e peritos. Já as fontes de provas *reais* podem ser documentos e monumentos. Documento é meio de prova que consiste num objeto que pode ser levado fisicamente à presença do juiz. Monumento é o objeto material portador ou manifestador de fatos probatórios indiciários. As fontes de prova podem ainda ser *simples ou* constituendas e pré-constituídas, consoante a aptidão da pessoa ou da coisa para ser fonte de prova seja casual, ou seja deliberadamente criada antes do processo⁵³⁴.

GUASP, por sua vez conceitua as fontes de prova como operações mentais das quais se obtém a convicção judicial, distinguindo fundamentalmente entre percepção e dedução, o que leva a classificar as provas, a este respeito, em provas diretas e indiretas⁵³⁵. Nas prova diretas predomina a percepção, nas indiretas predomina a dedução, sabendo-se ainda que as provas indiretas classificam-se em provas históricas e críticas, segundo o meio de prova seja apto ou não para a representação do fato a provar⁵³⁶.

CARNELUTTI vai mais além e subdivide a matéria em fontes de prova em

⁵³³ MENDES, João de Castro. op. cit. p. 259 e segs.

⁵³⁴ MENDES, João de Castro. op. cit. p. 259 e segs.

⁵³⁵ "lo que lleva a clasificar las pruebas, a este respecto, en pruebas directas, donde existe unificación entre el hecho a probar e el hecho que prueba, y en las que predomina la percepción, y pruebas indirectas, donde el hecho a probar es distinto del hecho que prueba, y en las que predomina la deducción, subclasificándose, todavía, la prueba indirecta em prueba histórica y prueba crítica, según que el medio de prueba sea apto o no para la representación del hecho a probar". *GUASP*, Jaime. op. cit. p. 335.

⁵³⁶ *GUASP*, Jaime. op. cit. p. 335.

sentido estrito e fontes de presunção. “*Chamam-se fontes de prova os fatos que servem à dedução do fato a ser provado, que são constituídos pela representação deste; se chamam fontes de presunção, os fatos que servem à dedução de um fato a ser provado, que não são constituídos pela representação deste*”⁵³⁷.

O critério para a distinção das duas categorias é a qualidade do fato que serve à dedução do juiz, contudo, uma parte da doutrina fixa o critério de distinção pela imediateza da relação existente entre o fato⁵³⁸, que constitui a fonte de conhecimento e o fato a ser provado: “*são fontes de prova os fatos, dos quais a existência do fato a ser provado se deduz imediatamente, fontes de presunção os fatos, dos quais a existência do fato a ser provado se deduz só mediadamente.*”⁵³⁹

No entanto, através da explicação de *DEVIS ECHANDIA* pensamos que se pode entender o processo pelo qual a fonte de prova serve de conduto para a dedução do fato a ser provado; “*Para que a fonte de prova chegue à mente do juiz e este a reconheça, é indispensável uma operação mental precedida de outra sensorial: a dedução que se faz sobre o percebido. O juiz deve deduzir do que percebe a existência do fato que está provando-se, ainda quando esta dedução passe inadvertida. Essa operação mental para que a fonte de prova cumpra sua função, é como o veículo ou conduto mediante o qual a fonte de prova é*

⁵³⁷ “*si chiamano fonti di prova i fatti serventi alla deduzione del fatto da provare, che sono costituiti per la rappresentazione di questo; si chiamano fonti de presunzione, i fatti serventi alla deduzione del fatto da provare, che non sono costituiti per la rappresentazione di questo*” CARNELUTTI, Francesco. “*La Prova Civile*”. p. 107.

⁵³⁸ Pode-se perceber que na distinção entre prova de fato e prova de presunção *CARNELUTTI* assemelha-a a antítese prova direta e indireta.

⁵³⁹ “*sono fonti de prova i fatti, dai quali la esistenza del fatto da provare si deduce immediatamente, fonti di presunzione i fatti, dai quali la esistenza del fatto da provare si deduce solo mediadamente*”. CARNELUTTI, op, cit. p. 110.

*conhecida pelo juiz*⁵⁴⁰.

É importante então salientar que a terminologia fonte de prova, especialmente, em contraposição à meio de prova não é unanimidade entre os estudiosos da matéria. *CARNELUTTI* faz um alerta dizendo que a terminologia neste ponto é muito variada e tanto o termo meio de prova como fonte de prova são usados em diversos sentidos pelos autores.⁵⁴¹

Encontramos em *GUASP*, além da conceituação de fontes de prova (como acima visto), uma estratificação da matéria em outras tantas categorias distintas e em, especial, no que respeita aos meios de prova, os quais, ele entende serem aqueles instrumentos que, pelo conduto das fontes de prova, chegam a produzir a convicção do juiz. Como se pode perceber este autor faz uma clara distinção entre meio e fonte de prova⁵⁴².

CHIOVENDA, por sua vez, usa indistintamente o termo dizendo que “*meios de prova são as fontes de que o juiz extrai os motivos de prova (assim, nos exemplos aduzidos, a pessoa da testemunha, os lugares inspecionados)*.”⁵⁴³

Da mesma forma, *PONTES DE MIRANDA*, que embora faça distinção entre elementos ou motivos de prova, entende que “*meios de prova são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova:*

⁵⁴⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 269.

⁵⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile*. p. 229 nota 1.

⁵⁴² As demais categorias são: a) *Matérias de prova*: substâncias a que o meio vai incorporando; ex. a pessoa física da testemunha, o papel do documento, etc.; b) *Temas de prova*: dados lógicos sobre que recai a prova e que classificam as provas mesmas em provas diretas e contrárias ou contraprovas; c) *Motivo da prova*: especiais razões pelas quais o juiz, antes que alguém pratique a prova, acredita ou não acredita em seu resultado, o que permite falar em provas certas, com certeza física ou moral, provas verdadeiras, provas verossímeis ou inverossímeis; d) *Resultados de prova*: são as consequências que com a prova se obtém e permitem diferenciar entre provas plenas e ordinárias. *GUASP*, Jaime. op.cit. pp. 334-336.

⁵⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. p. 95

os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes”⁵⁴⁴.

No entanto, alerta *DEVIS ECHANDIA*⁵⁴⁵, não se deve confundir fonte de prova com o meio mediante o qual ela se manifesta, sendo este o tema que passaremos a tratar adiante.

9. Meios de prova

9.1. Definição

Meio de prova⁵⁴⁶ são os modos aceitos em cada lei processual como veículos da prova, são todos os elementos que podem servir para produzir o convencimento judicial, em suma, é tudo o que serve para estabelecer a verdade de um fato relevante para sentença. No entanto, a melhor maneira de explicar o conceito de meio de prova é, exemplificando, através de suas classificações.

⁵⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. op. cit. p. 222.

⁵⁴⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 271.

⁵⁴⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 271.

⁵⁴⁶ CASTRO MENDES para construir o conceito de prova como meio começa por conceituar o que chama de *iter probatorium*. CARNELUTTI chegou a tocar no assunto, mas foi o autor citado que o desenvolveu com mais afinco. Portanto, o *iter probatorium* constaria de duas fases: psicológica e material.

A) Fase psicológica ou interna tem um *terminus a quo* e um *terminus ad quem*: *Terminus a quo* é sempre uma percepção do juiz e *Terminus ad quem* da fase psicológica do *iter* é um juízo que só tem valor processual exteriorizado numa afirmação, fundamento da decisão. Na prova direta a percepção dá imediatamente um juízo sobre um fato principal. O mecanismo da prova indireta é mais complicado. Começa pela percepção a qual é racionalizada numa proposição. Mas daqui prossegue silogisticamente para uma outra proposição à base de regras gerais que servem de premissas maiores do silogismo, é que podem ser regras jurídicas ou máximas de experiência. A esta seqüência de proposição em proposição chama-se como ficou dito presunção. A prova direta faz-se por percepção, a indireta por percepção e presunção. Os dois meios probatórios pertencentes ao *iter psicológico* são pois a percepção judicial e a presunção.

B) Fase material ou externa do *iter probatorium*. Esta tem como *terminus a quo* o fato principal (probando), e como *terminus ad quem* o estímulo externo de que resulta a percepção judicial. Termo a quo é o fato principal de sua verificação. No caso da prova direta e indireta indiciária, este conhecimento é gerado no juiz, respectivamente por percepção ou por dedução com base em outros fatos. No caso da prova indireta representativa o conhecimento é transmitido

9.2. Fundamento da classificação dos meios de prova

Existem várias vertentes que pretendem classificar os meios de prova segundo critérios diversos. *GUASP* entende que os meios de prova são classificados pelos instrumentos da prova, isto é, pessoas, coisas e atividade. Se a prova é produzida por uma pessoa, certamente ela será *peçoal* (ex. testemunho, interrogatório, confissão e juramento). Se o instrumento da prova é uma coisa temos a prova *real*. Se a coisa que preenche a função probatória é móvel, se fala de prova documental, se a coisa é imóvel, ou seja, monumentos, e depende então de que o órgão jurisdicional se locomova até o lugar onde está situada, logo temos então a inspeção judicial. E por fim, a prova através de uma atividade, a atividade dedutiva. Utilizam-se fatos como meios de prova cuja existência ou inexistência serve para convencer o juiz do fato processual que se intenta provar, neste caso, *GUASP* entende que se está diante de uma *prova atual*, que compreende as presunções e indícios⁵⁴⁷.

Por outro lado, a maioria dos autores, de maneiras diversas, referem-se à *percepção* e à *dedução* como pilares da classificação dos meios de prova. Meio de prova, como o próprio nome induz, é a forma, o processo pelo qual a prova se manifesta e chega até a esfera de conhecimento do juiz, formando-lhe a convicção, através dos métodos da percepção ou dedução⁵⁴⁸. Daí dizer-se que a prova pode ser sentida ou deduzida pelo juiz através dos meios de prova.

ao juiz. *Termo ad quem* é um estímulo sensitivo: som, luz, calor, odor. MENDES, João de Castro. op.cit. pp. 231-241.

⁵⁴⁷ *GUASP*, Jaime. op cit. pp. 352-353.

⁵⁴⁸ Os processos de conhecimento dos fatos são a percepção ou a dedução. Deve-se ter em mente, contudo, que nem todo processo cognitivo é prova, mas esta é necessariamente um fenômeno cognitivo. Portanto, convém-lhe a descrição geral deste fenômenos adaptada às suas características. MENDES, João de Castro. op. cit. p. 254.

9.3. Percepção

É a aquisição de conhecimento por meio dos sentidos, é uma atividade, essencialmente sensorial. Em toda prova tem de haver este conhecimento sensorial por parte do juiz. Meio de prova é, sobretudo, a percepção do juiz, e os instrumentos da percepção são todos os seus sentidos⁵⁴⁹.

CASTRO MENDES no entanto, alerta que não se pode confundir percepção judicial com inspeção judicial, aquela é *conditio sine qua non* da convicção. Inspeção judicial é uma diligência probatória e se caracteriza, fundamentalmente, por percepções judiciais de caráter visual⁵⁵⁰.

Teoricamente, a percepção deveria ser pessoal. Mas há dois fatores que fazem intervir outra pessoa na percepção do objeto ou das fontes de prova:

a. circunstâncias inerentes ao seu ofício que levam à substituição do juiz por outra pessoa na atividade perceptiva;

b. circunstâncias inerentes a sua capacidade, pela deficiência sensorial do próprio juiz ou por uma deficiência técnica sua. Aí entra o perito que, às vezes, age substituindo a percepção do juiz e, às vezes, auxiliando-o⁵⁵¹. Pode-se então dizer que a percepção apresenta-se de duas formas; direta ou indireta.

9.3.1. A percepção direta

A percepção direta judicial, nada mais é, do que o contato imediato da pessoa do juiz com os objetos ou fatos que serão demonstrados em juízo.

⁵⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. op. cit. p. 83.

⁵⁵⁰ MENDES, João de Castro. op. cit. pp. 249-250.

⁵⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. op. cit. pp. 84-85.

BONNIER chama a percepção direta de evidência externa⁵⁵² que considera um processo bastante seguro. "*É verdade que os sentidos do juiz podem enganar-lhe, como os de qualquer outro homem, mas, quando chegam os fatos a seu conhecimento, por intermédio de terceiros, o perigo de errar é triplo porque pode-se temer a um mesmo tempo, um experimento errôneo, uma relação inexata e finalmente um relato infiel. Este experimento pessoal, ainda que só se apresente, excepcionalmente, na prática judicial, tem, todavia, grande importância*"⁵⁵³.

Como exemplo de meio de prova que se dá através de percepção direta do juiz temos a *inspeção judicial*. Pode-se até concordar com BONNIER quando este assevera tratar-se de um meio eficaz, no entanto, funciona em escassas oportunidades, porque um fato é quase sempre uma circunstância passageira, e é provável que sua possibilidade de observação tenha se perdido, definitivamente, quando o juiz tiver que julgar a sentença. É necessário, então, socorrer-se dos meios substitutivos⁵⁵⁴.

9.3.2 A percepção indireta

Para CARNELUTTI a diferença entre a percepção direta e indireta não é uma questão de função, mas sim de estrutura. O processo probatório indireto é complexo porque consta de mais elementos, enquanto que a processo probatório direto é simples porque consta apenas de um elemento, mas a base é sempre a

⁵⁵² O autor contrapõe este conceito com o de evidência interna que o precede. "*A evidência interna é necessária no direito como em todo o resto. Que se pensaria de um juiz que desconhece sua própria existência? A evidência interna é a base de toda certeza judicial, assim como de toda certeza em geral; mas é uma base incontestada e incontestável*" BONNIER, Edouard. op. cit. p. 26.

⁵⁵³ BONNIER, Edouard. op. cit. p. 26.

⁵⁵⁴ COUTURE, Eduardo J. op. cit. p. 264.

mesma; a percepção de um fato por parte do juiz, porque não se pode excluir a percepção do campo da prova⁵⁵⁵.

Na prova indireta o juiz tem uma percepção sobre o fato intermediário que vai levar à prova do fato controvertido, sendo que a primeira atividade do juiz, mediante o fato intermediário (diferente do fato que se quer provar), é uma atividade perceptiva. O fato intermediário é como o fato a ser provado na prova direta, é o objeto da percepção⁵⁵⁶.

COUTURE chama a percepção indireta de representação a qual, pode, por conseguinte, ser ainda estratificada em percepção indireta (representação) mediante coisas e mediante pessoas.

9.3.2.a) percepção indireta mediante coisas:

A representação mediante coisas se realiza com a prova instrumental, ex. documentos, fotografias, fitas magnéticas etc. Um documento representa um fato passado ou um estado de vontade. *COUTURE* entende que a prova escrita não é, outra coisa, que um modo de pré-constituir a prova, em previsão de possíveis discrepâncias futuras.

⁵⁵⁵ CARNELUTTI, Francesco. op. cit. p. 69.

⁵⁵⁶ aqui CARNELUTTI faz a seguinte colocação quanto à dedução na prova indireta. Na prova indireta a percepção do juiz não basta somente à pesquisa do fato a ser provado, mas deve ser integrada com a dedução do fato a ser provado, aqui a atividade do juiz se torna complexa: percepção e dedução. As premissas sobre as quais o juiz vai julgar são fixas, não podem ser livremente escolhidas pelo juiz, onde o resultado da dedução não pode variar. No sistema da prova indireta há uma limitação por vários meios, daquele liberdade, isto é, na fixação apriorística da premissa maior do silogismo. Mas, uma vez que as premissas são fixadas, a operação lógica se desenvolve aqui como em todos os outros casos e o juiz não é mais livre a formular uma conclusão, neste ponto, a índole do juiz, a sua maior ou menor inclinação para acreditar, não conta mais. CARNELUTTI, Francesco. op. cit. p. 73.

9.3.2.b) percepção indireta mediante pessoas:

No entanto, a prática adverte que nem todas as circunstâncias podem registrar-se em documentos, então a reconstrução de alguns fatos se verifica mediante alguns atos e relatos de pessoas. Deve-se salientar contudo, que a representação mediante relatos se apresenta em duas formas distintas: o relato efetuado pelas partes e o relato efetuado por terceiros.

Quando a representação se efetua pelas próprias partes (relato das partes) se está na presença ou da confissão ou do juramento, ou ainda, do depoimento pessoal.

Quando a representação se efetua por ato ou relato de terceiros se está na presença da prova testemunhal ou pericial, pois parte-se do pressuposto que o juiz não pode ter conhecimentos enciclopédicos, então toma da ciência preciosos auxiliares, os peritos.

Expostos os entendimentos, temos algumas ponderações a fazer.

Os autores acima apontados (*CARNELUTTI, COUTURE*) referem-se à percepção como método imprescindível ao juiz para ter conhecimento do fato a ser provado, pois, ainda que o juiz utilize a dedução para chegar à verdade do fato ele também está, implicitamente, usando a sua percepção sensorial, a qual seria *conditio sine qua non* a qualquer processo tendente a gerar conhecimento de fatos. Podemos até concordar que tudo parte de uma percepção sensorial, porque por exemplo, nos indícios que podem se dar através de documentos, em primeiro lugar estes documentos serão "vistos" pelo juiz e só depois através de seu intelecto ele julgará seu conteúdo (então estaríamos falando em percepção porque

o juiz só pode se aperceber da prova com a visão - sentido). No entanto, nos parece um pouco de exagero de raciocínio. O que se tem que levar em conta não é o processo como um todo, mas sim seu objetivo principal.

Quando se fala em dedução quer significar um método lógico e intelectual pelo qual parte-se de premissas conhecidas para chegar-se em fatos desconhecidos. Parece lógico que para considerar as premissas conhecidas utilizar-se-á de meios sensoriais como a visão, o tato, a audição, mas este não é o método principal, são secundários ante a operação mental que se faz.

Dessa forma, em última instância, tudo parte de uma percepção sensorial, no entanto, temos que ter o discernimento suficiente para saber quando ela é decisiva ou não para o conhecimento do fato.

9.4. Dedução

A dedução é o processo pelo qual, com base em uma ou mais premissas, se chega a uma conclusão necessária em virtude de uma correta aplicação de regras lógicas⁵⁵⁷. Há, portanto, intrínseca a noção de atividade, método⁵⁵⁸. O juiz constrói um silogismo, do qual a premissa menor é constituída pela posição do fato percebido sobre o fato a ser provado, e a ilação é constituída pela afirmação da verdade ou não verdade (existência ou não existência) do fato a ser provado, enquanto que sobre a premissa maior (o fato percebido) o juiz aplica uma

⁵⁵⁷ BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Editora Nova Fronteira, 4a. Ed., p. 427.

norma⁵⁵⁹.

Diz *BONNIER* quanto ao tema; “a lógica pode ensinar-nos as conseqüências dos fatos, mas não pode revelar-nos os fatos mesmos. Para instruir-nos dos acontecimentos que não nos foi possível perceber diretamente, será necessário, não recorrer ao raciocínio abstrato, mas interrogar as circunstâncias conhecidas para chegar ao conhecimento do desconhecido, é dizer, empregar o procedimento da indução⁵⁶⁰”.

Portanto, quando não se pode reconstruir os fatos de maneira sensível aos sentidos (percepção direta ou indireta) utiliza-se o método da dedução lógica, que é uma operação realizada pelo próprio juiz, a qual se dá por presunções ou indícios. Temas sobre os quais passaremos a tratar.

9.4.1. Presunção

A presunção é uma ilação que decorre de um processo dedutivo. É supor, antecipadamente algo, baseando-se em certas probabilidades anteriores. Quando se fala em presunção entende-se como conjecturas que se tira em razão da reiteração de fatos. Já na dedução (propriamente dita) os fatos que servem de premissa para a ilação final não precisam ser reiterados, são apenas encadeados, logicamente. Chega-se pois à conclusão de que para que seja considerada presunção é necessário mais que apenas um processo dedutivo, é um processo dedutivo na qual as premissas são fatos reiterados, fatos cotidianos, às vezes até mesmo fatos científicos. No dizer de *MOACYR AMARAL SANTOS* “são

⁵⁵⁹ *CARNELUTTI, Francesco. op. cit. p. 73.*

conseqüências que resultam dos constantes efeitos de um fato: “ex eo quod plerumque fit ducantur presumptiones”⁵⁶¹.

As presunções se subdividem em *simples* e *legais*.

Quanto às presunções *legais* já nos referimos a elas no item 7.10 supra, de modo que o assunto já resta debatido.

Quanto às presunções chamadas *simples BONNIER* assim pondera: “*nas presunções simples o juiz se guia por sua própria razão, como guiaria os negócios ordinários de sua vida. As legais, a lei, movida por motivos de interesse superior, tira por si mesma, imperiosamente, a conseqüência*”⁵⁶².

9.4.2. Indícios

É a circunstância conhecida e provada que, relacionando-se com determinado fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra(s) circunstância(s); prova circunstancial⁵⁶³.

BONNIER, por sua vez, diferencia ainda os indícios morais dos materiais:

“Existem os indícios de ordem moral como de ordem física ou material, fatos que fazem mais ou menos provável a existência dos que a justiça pretende comprovar. Assim, a fuga do acusado, uma mudança de hábitos, são indícios morais tão importante quanto os materiais. Mas tanto um como outro, geralmente, têm menos força que o testemunho. Também pertencem à classe dos indícios morais os

⁵⁶⁰ BONNIER, Edouard. op. cit. p. 28.

⁵⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 82.

⁵⁶² BONNIER, Edouard. op. cit. p. 32.

⁵⁶³ BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. op. cit. p. 763.

*antecedentes, aos quais se dá, com razão, uma grande importância*⁵⁶⁴.

MOACYR AMARAL citando a obra de CÂMARA LEAL traça a distinção entre indício e presunção entendendo, a nosso ver, acertadamente que o indício guarda uma relação de causalidade com o fato desconhecido, isto é, parte-se de um fato conhecido que tem uma relação direta de causa e efeito com o fato que se quer provar. A presunção, ao invés, não tem por fundamento a causalidade, mas sim a identidade, porque do fato conhecido induzimos diretamente o fato desconhecido, em virtude de certas circunstâncias que em casos idênticos costumam verificar-se⁵⁶⁵.

9.5. Os meios de prova na codificação brasileira

Em alguns sistemas os meios de prova são taxativamente indicados e não se consentem outros. A legislação brasileira relaciona os meios de prova sem que com isso exclua outros, que não estão relacionados, é o que dispõe, de maneira bem clara o art. 332 do CPC (art. 208 do CPC/39).

“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”

Complementando este dispositivo temos o art. 136 do CC que enumera (não taxativamente) os meios de prova do nosso ordenamento:

“Os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante:

I - Confissão;

⁵⁶⁴ BONNIER, Edouard. op. cit. p. 31.

⁵⁶⁵ CÂMARA LEAL, Cód. de Proc. Civ. e Com. do Estado de São Paulo, II v. p. 139 *apud* SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. pp. 84-85.

- II - Atos processados em juízo;
- III - Documentos públicos ou particulares;
- IV - Testemunhas;
- V - Presunção;
- VI - Exames e vistorias;
- VII - Arbitramento.”

Resumindo então, os meios de prova acima apontados que são gêneros de várias outras espécies possíveis, temos:

a) meios de prova que se instrumentalizam através do processo da *percepção*:

a.1) percepção direta: inspeção judicial;

a.2) percepção indireta ou representação que se subdivide em:

a.2.2) representação mediante coisas: documentos, fotografias, fitas magnéticas, etc.;

a.2.3) representação mediante pessoas: depoimento pessoal, confissão e testemunho, bem como toda sorte de provas periciais.

b) meios de prova que se instrumentalizam através do processo da *dedução*:

a.1) presunção;

a.1.1) presunção legal; (*iuris et de iure e iuris tantum*)

a.1.2) presunção simples;

a.2) indícios;

a.2.1) indícios morais;

a.2.2) indícios materiais.

9.6. Meios de prova em espécie

Pois bem, devemos alertar que não exporemos os meios de prova um a um com suas características respectivas, pois, se assim o fizéssemos, a monografia se alongaria muito no capítulo pertinente à *teoria geral da prova*, e tomaria lugar do outro tema também tratado - a *verdade na prova*.

Tendo em vista que o objeto deste trabalho, como outrora apontado, é apresentar um panorama genérico da prova, neste momento, explanaremos de forma sucinta, sem dar a devida amplitude a questões, de certa forma polêmicas, ou mesmo pouco abordadas, relativas a alguns meios de prova.

9.6.1. Atos processados em juízo como meios de prova.

Quando cita o art. 136, II, CC como meio de prova os atos processados em juízo, devemos então, primeiramente, conceituar o tema.

MOACYR AMARAL SANTOS ensina que, no sentido amplo, são todos os atos praticados em juízo pelas partes, pelo juiz, pelo escrivão e oficiais, como por exemplo, os *atos das partes*; peças processuais (inicial, contestação), intervenções de terceiros (assistência, oposição, nomeação à autoria), exceções, reconvenção, também os *atos do juízo*; citações, notificações, audiências sentenças, ou ainda *atos mistos*; penhora, avaliação, etc. Compreendendo-se aí todas as modalidades de atos, quer de processos contenciosos, quer administrativos, em processos findos ou por decidir⁵⁶⁶.

No entanto, uma questão se faz pertinente; todo e qualquer ato processado

⁵⁶⁶ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 79.

em juízo faz prova dos atos jurídicos?

CLÓVIS BEVILÁCQUA entende que os atos que podem fazer prova são somente os que já foram objeto de um processo e cuja existência ou validade haja sido reconhecida por sentença⁵⁶⁷.

Contesta este posicionamento o autor *AMARAL SANTOS* e que nos parece bastante coerente. Entende que esta restrição não tem apoio de ordem legal, nem se harmoniza com a realidade dos fatos⁵⁶⁸. Porque, por exemplo, as peças ou atos dentro de um processo podem instruir um agravo apenso aos autos. Não há pois, reconhecimento ainda destes fatos em sentença mas, eles são atos jurídicos que servem como meios de prova. E mais, uma simples notificação, embora não homologada por sentença, tem força para interromper prescrição; o libelo, numa ação possessória paralisada e não decidida, pode servir de prova de fatos numa ação de reivindicação sobre o mesmo objeto.

Há também que se falar aqui da coisa julgada. A sentença torna certo o direito ou o fato em determinado caso, sem que seja possível reformá-la por meios de recursos comuns. Este é o caso típico de ato jurídico como prova, é o elemento de prova reconhecido no art. 136, II CC. No entanto, como acima já assinalado, é importante que se faça uma interpretação extensiva do dispositivo, de modo que abranja não só a sentença transitado em julgado, mas também os demais atos jurídicos que se mostrem aptos e pertinentes a fazerem prova num determinado processo.

⁵⁶⁷ BEVILÁCQUA, Clóvis. op.cit. com ao art. 136, *apud* SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. pp. 79-80.

9.6.2. Prova emprestada

A prova emprestada é espécie do gênero “ato processado em juízo” como meio de prova e é definida, basicamente, como aquela colhida num processo, para nele gerar efeitos, sendo depois transportada, documentalmente, para outro, visando gerar efeitos em processo distinto. Portanto, é o oferecimento em um processo de provas produzidas em outro. Sua forma é sempre documental e sua admissibilidade é indiscutível, o que se costuma questionar é quanto à sua eficácia, ou seja, seu valor probatório.

Pondera *MOACYR AMARAL SANTOS* que não é porque tenha sido reconhecida pelo juiz da causa antecedente, que a prova emprestada deva ter, no novo processo a mesma eficácia manifestada naquela. Isto porque, a prova poderia ter sido produzida sem as garantias necessárias, ou mesmo ter sido forjada.⁵⁶⁹

Daí conclui-se que a prova emprestada não foge à regra das demais, isto é, sujeita-se à mesma regulamentação das provas comuns e tanto poderá convencer por si só, como poderá cooperar no convencimento, e ainda, poderá ser considerada inteiramente ineficiente, tudo dependendo das condições objetivas e subjetivas que apresenta.

Por outro lado, além dos pressupostos atinentes a qualquer prova ela tem

⁵⁶⁸ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 80.

⁵⁶⁹ Moacyr Santos ainda aponta algumas outras regras gerais. “ *Em suma, pode-se, em princípio, adotar como regras gerais quanto à eficácia da prova emprestada, segundo o sistema do Código as seguintes:*

a) *a prova emprestada guarda a eficácia do processo em que foi colhida, na conformidade do poder de convencimento que traz consigo;*

b) *a eficácia e a aproveitabilidade da prova emprestada, de natureza oral, estão na razão inversa da possibilidade de sua repetição no processo;*

c) *a eficácia da prova emprestada, de natureza oral, equivale à da produzida mediante*

de preencher alguns requisitos específicos para a sua admissibilidade. ADA PELLEGRINI GRINOVER em trabalho publicado em periódico⁵⁷⁰ aponta duas características fundamentais à prova emprestada. Primeira delas é a obrigatoriedade da prova ter sido produzida em processo formada entre as mesmas partes, tendo em vista o princípio do contraditório, pois a prova só pode ter valia se produzida diante de quem suportará seus efeitos, com a possibilidade de contrariá-la por todos os meios admissíveis. “*Em hipótese alguma, por violar o princípio constitucional do contraditório, gerará efeitos contra quem não tenha figurado como uma das partes no processo originário*”⁵⁷¹.

AMARAL SANTOS é mais minucioso, porém não destoa do entendimento da autora quando trata do assunto e assenta que a prova emprestada pode advir de um processo anterior; a) *entre as próprias partes do processo atual*; b) *entre uma das partes e terceiro*; c) *entre terceiros*.

a) *entre terceiros*; sustenta o autor o mesmo posicionamento acima apontado, pois provas colhidas em processo em que as partes são terceiros em relação às do processo para a qual são conduzidas, correspondendo a *res inter alios acta*, não tem eficácia alguma ou a tem quase nenhuma⁵⁷².

b) *entre uma das partes e terceiro*; pode acontecer que a prova tenha sido transportada, por uma das partes, de processo em que a outra litigou com terceiro. Tal prova não deve ser vista com as mesmas limitações que incidem sobre a emprestada de processo entre terceiros. Na hipótese uma das partes do novo

precatória”. SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 297.

⁵⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 1, nº. 4, out/dez de 1993, Editora RT, p. 66.

⁵⁷¹ CAMARGO ARANHA. op. cit. pp. 189-190 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit. p. 66.

⁵⁷² SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 298.

processo também o foi no processo em que se produziu e é, contra ela que esta vem em auxílio.⁵⁷³

c) *entre as mesmas partes*; tal prova é considerada pela maioria dos doutrinadores como a única que conserva seu valor inicial, porque foi produzida no contraditório das mesmas partes, donde sendo levada a um processo posterior se torna um documento adquirido para a causa. Contudo, embora tenha sido produzida em processo anterior, com as mesmas partes, deve-se sempre verificar se observaram-se as cautelas legais necessárias. Portanto, para que a prova emprestada tenha a sua eficácia inicial, ou seja, a eficácia do processo onde foi produzida, ela tem de preencher alguns requisitos: a) ter sido colhida em processo entre as mesmas partes; b) que tenham sido, na produção da prova, no processo antecedente, observadas as formalidades estabelecidas em lei; c) que o fato probando seja idêntico.

ADA GRINOVER acrescenta ainda mais uma característica para a prova emprestada ter eficácia completa no processo para onde foi transportada; isto é, que o contraditório no processo originário, tenha sido instituído perante o mesmo juiz, ou seja, que o juiz da segunda causa seja também o juiz da primeira. Isto porque, somente a presença concomitante do juiz e das partes pode dar a validade à prova, principalmente, quando se trate de prova originalmente oral (interrogatório, depoimentos e testemunhas) em que o princípio da imediação torna indispensável que o juiz tenha contato direto com as provas para poder valorá-las corretamente.⁵⁷⁴

⁵⁷³ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 299.

⁵⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit. p. 66.

Entretanto, quanto a esta característica devemos ponderar que, se fosse considerada indispensável, ficaria praticamente inviabilizada a prova emprestada na prática. O princípio da imediação ou identidade física do juiz hoje tem seu caráter bastante mitigado por questões, fundamentalmente, de ordem prática. Primeiro, devemos lembrar que há, geralmente, muitos Cartórios nas Comarcas e ainda, há uma grande rotatividade de juízes, em especial, em Comarcas de entrância inicial, o que por si só já denota a dificuldade de cumprimento da exigência. Portanto, seria impensável que num processo posterior que pode durar anos, o juiz fosse o mesmo que colheu provas em um processo anterior. Além do mais, é sempre de se lembrar que em Segunda Instância os juízes também não têm contato com as provas e têm de valorá-las da mesma forma. Daí porque chegamos a conclusão que seria um exagero pensar-se em identidade de juízes para julgar a causa para onde foi transportada uma prova emprestada.

Deste modo, deve ficar assentado que, para que a prova emprestada produza efeitos e tenha eficácia perante outro processo, há necessidade do preenchimento de todos os requisitos objetivos e subjetivos atinentes à todas às provas e além do mais, pelo menos, que uma das partes no processo atual o tenha sido no processo do qual se pretende emprestar a prova.

9.6.3. Comportamento processual das partes como prova;

FURNO, que tem um capítulo específico de seu livro para o tema, entende que a conduta das partes no processo é, sem dúvida, um capítulo do tema indícios ou seja, é considerada uma modalidade de indício o comportamento processual

das partes e também dos procuradores, no curso da demanda⁵⁷⁵. Este é assunto que embora guarde importância na valoração da prova e influencie a decisão judicial, não é muito suscitado pelos doutrinadores. Deve-se aqui então fazer a pergunta, até que ponto e de que forma poderia-se dizer que tal comportamento (partes, procuradores) vale como indício e influencia no julgamento judicial? Ou ainda, qual a eficácia probatória do comportamento das partes?

Este comportamento processual, que podemos chamar de prova indiciária, é revelado através dos atos que as partes praticam ou através das atividades que omitem no curso do processo, é fato jurídico que apresenta relevância probatória.⁵⁷⁶ Vale lembrar que não se cuida aqui do comportamento das partes em relação ao fato que se quer provar tão somente (porque desta forma estaríamos falando simplesmente de indícios e repetindo o tema anteriormente debatido), mas sim ao comportamento das partes durante a lide e em relação aos argumentos expendidos no processo que propiciam indícios quanto ao fato probando. Vejamos. Por exemplo, se o réu limita-se a alegar a compensação, admite, tacitamente, o crédito ao autor; ou ainda se o réu solicita prazo para purgação da mora comprova a impontualidade alegada como *causa petendi* na exordial; em investigação de paternidade a recusa na realização do exame de DNA é forte indício da veracidade da alegação; a boa ou má-fé na litigância são também provas indiciárias advindas do comportamento processual das partes (particularmente quanto à litigância de má-fé não se trata de mero indício de

⁵⁷⁵ FURNO, Carlo. op.cit. p. 68-69.

⁵⁷⁶ IVAN RIGHI entende que o ato processual neste caso produz efeito como fato jurídico. "Importa assinalar que o ato processual é, também, fato processual". RIGHI, Ivan. *Revista Brasileira de Direito Processual* n0. 35. p. 69

inveracidade de alegações, mas se consubstancia em uma conduta reprimida pelo Código - arts. 14 a 18 CPC que já define sanções que o juiz deve aplicar quando da constatação deste comportamento).

IVAN RIGHI, em obra sobre o tema, entende que a eficácia probatória do comportamento das partes independe de previsão legal, isto é, subordina-se apenas à circunstância de que a legislação processual não repila o princípio da convicção racional do juiz na valoração da prova. E acrescenta, citando *CAPELLETTI*, que quando as declarações das partes relativas aos fatos não podem entrar nos esquemas formais da confissão ou do juramento, podem considerar-se como provas indiretas ou indiciárias⁵⁷⁷. "*Indiscutivelmente, portanto, no direito brasileiro, a conduta processual das partes é fator produtivo de conseqüências probatórias*"⁵⁷⁸.

Mas, por óbvio não é todo o comportamento da parte que interessa e tem eficácia probatória. Certamente não se valora a educação das partes, simpatia ou antipatia, mas sim o comportamento processual que permite ilações racionais de conteúdo probatório, úteis para a decisão da lide⁵⁷⁹, isto é, o conjunto de manifestações positivas ou negativas capazes de exercer forte influxo sobre a convicção do julgador.

Não se deve esquecer contudo que, quando se fala da conduta das partes, abrange-se também os advogados que a representam em juízo, posto que são bem poucos os atos do processo em que a parte intervém diretamente. Assim, é

⁵⁷⁷ CAPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*. Ejea, p. 150-152 .

⁵⁷⁸ RIGHI, Ivan. op. cit. pp. 71-72.

⁵⁷⁹ "*Vale dizer, a conduta que - encarada pelo juiz como fato processual - sirva de indício e propicie, mediante o emprego de critério lógico-dedutivo, uma conclusão acerca de questão*

fato que o modo com que o advogado conduz a causa pode ocasionar prejuízo à parte. No entanto, sabe-se também que a parte suporta o efeito da má condução da causa tendo em vista tratar-se de culpa *in eligendo*, ou seja, a parte tem responsabilidade pela escolha do defensor.

9.6.4. prova via Satélite e via Internet

O art. 383 do CPC considera meio idôneo de prova “*qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie*”. Pois bem, por este permissivo pode-se inferir que provas via satélite e via Internet também podem ser utilizadas no processo.

Em interessante artigo o professor *EDSON PRATA* disserta sobre o tema. Cita o caso de um litígio que tramitava em Boston, nos Estados Unidos, em que tornou-se indispensável a ouvida de uma testemunha fundamental que se encontrava na Austrália, a qual, por uma questão de prazo não pudera estar no país do litígio à tempo da audiência. Pela primeira vez no mundo, uma importante testemunha que não podia comparecer no dia do julgamento diante do Suprema Corte foi ouvida mediante uma conexão via satélite entre os EUA e Austrália. Transmitido o depoimento via satélite, a imagem da testemunha aparecia em uma tela nítida que possibilitava ao juiz sentir as reações de sua fisionomia (fato este fundamental à prova testemunhal)⁵⁸⁰.

É de se salientar que quando o autor escreveu o artigo (1989) ainda não podia imaginar o surto que acometeria o mundo nos anos 90 - a internet. Nesse

importante”. RIGHI, Ivan. op. cit. pp. 72.

passo, a conexão via satélite era o único meio tecnológico que se pensava nesta linha de idéias. Porém, se fôssemos modernizar o estudo do professor deveríamos falar de audiências via internet, pela técnica da vídeo conferência, que, comparada à conexão via satélite, tem maior simplicidade e custo bem mais acessível à realidade das Comarcas brasileiras. Desta forma, este recurso da internet (vídeo conferência) guarda grande eficácia, pois, através deste sistema, que se perfaz em acoplar uma câmera no monitor do computador e conectar-se com outros locais com o mesmo aparelhamento, grandes empresas com filiais nacionais e internacionais já se comunicam em reuniões diárias, com bastante agilidade e eficiência.

Não é demais se pensar em um recurso semelhante entre Comarcas na colheita de testemunhos de pessoas distantes. Este procedimento dispensaria ou pelo menos minimizaria a incidência das demoradas precatórias e ainda, atenderia princípios basilares do processo civil, quais sejam, o princípio do juiz natural, pois o juiz da causa poderia fazer a arguição daquela testemunha distante na mesma audiência com os demais depoimentos, e também, o princípio da economia processual.

Devemos ter em mente que o Direito tem de modernizar-se e, acima de tudo, ser dinâmico. A evolução tecnológica é uma realidade que veio para facilitar a vida de todos. Se já podemos ter acesso a Tribunais de Brasília e de outros Estados fazendo consulta jurisprudencial e de andamento processual via internet, porque não começar a pensar em utilizar desse recurso entre Comarcas? É certo que demanda-se ainda algum tempo e uma disponibilização de certo número

⁵⁸⁰ PRATA, Edson. *Revista dos Tribunais* n0. 649, nov/89, pp. 12-13.

para o aparelhamento delas, mas tenho plena convicção que será totalmente incorporada esta técnica, dentro em breve. Eu diria até que, daqui a alguns anos, quando estudantes de Direito do próximo século vierem a ler discussões de temas como este, esta técnica já terá sido totalmente absorvida e já suplantada, sendo então objeto de chistes.

9.6.5. Provas ilícitas

9.6.5.a) Definição - delimitação do tema

A disposição do art. 332 do CPC que determina que são hábeis para provar a verdade dos fatos os meios “*moralmente legítimos*” foi matéria reforçada pela Constituição Federal de 1988 quando, ao arrolar os direitos fundamentais, assim declarou: “*São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (art. 5o., LVI).

À primeira vista pode-se chegar a pensar que são tratadas como sinônimas as expressões prova ilegítima e prova ilícita, no entanto, deve-se salientar que ambas são espécies do gênero “provas vedadas”⁵⁸¹. Deste modo, é possível distinguir perfeitamente; prova ilegítima é aquela cuja colheita está ferindo normas de direito processual, por exemplo, a proibição de depor em relação a fatos que envolvam sigilo profissional (art. 207 CPP); ou o impedimento de depor por parte de parentes e afins (art. 206 CPP). Estas provas são sancionadas pela própria lei

⁵⁸¹ NUVOLONE, Pietro. *Le Prove Vietate nel Processo Penal nei Paesi di Diritto Latino*, in *Rivista Italiana di Diritto Processuali Penali*, 1966 *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*. Dissertação de Mestrado da USP, São Paulo, 1994, p. 20.

processual podendo culminar até numa nulidade.

Diversamente, as provas ilícitas ou ilicitamente obtidas são provas produzidas com infringência de normas ou princípios de direito material, em especial o direito constitucional, posto que esta problemática se prende à questão das liberdades públicas⁵⁸². Não se trata de conflito entre interesses coletivos e particulares, tendo em vista que há um interesse coletivo na apuração dos crimes, mas também, um interesse individual onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, honra, dignidade humanas, os quais, no fundo, resultam de um interesse coletivo em garantir direitos essenciais para a perpetuação do Estado de Direito.⁵⁸³

Além da distinção quanto à natureza da norma violada (processual ou material), outra distinção se faz mister salientar, quanto ao “lugar” onde se realiza a transgressão. Enquanto na prova ilegítima a transgressão se dá quando é produzida em um processo, a prova ilícita pressupõe uma violação de norma material quando produzida anterior ou, concomitantemente, ao processo, mas sempre externamente a este, posto que o fato que justamente se discute é sua aceitação ou não no processo.

Deve-se ainda assentar que existem três modalidades pelas quais uma prova pode ser considerada ilícita; a primeira refere-se à forma de geração da prova, ou seja, a ilicitude se dá tendo em vista a adoção de meios não autorizados pela lei, p. ex. a confissão mediante torturas. Por outro lado, pode também ocorrer

⁵⁸² AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*. Dissertação de Mestrado da USP, São Paulo, 199, p. 21.

⁵⁸³ BARANDIER, Marcio Gaspar. *A Prova Ilícita no Direito Penal - Breves comentários*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n0. 2, Abr/Jun 1993, Ed. RT. p. 73.

também que, não obstante, adotarem-se procedimentos aceitos pelo direito, atenta-se contra um direito individual, p. ex. a gravação de conversas telefônicas, posto que, embora, a utilização de um gravador possa ser aceitável, a interceptação lesa o sigilo a comunicação telefônica. E por fim, pode-se dizer das provas que são obtidas de forma lícita, mas a partir da informação extraída de uma prova ilicitamente obtida; é o caso da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos - são as chamadas provas ilícitas por derivação, ou "frutos da árvore proibida" que trataremos, logo mais.

Essas modalidades, não se confundem, no entanto, com provas adulteradas. Vale lembrar que estamos falando de provas ilicitamente obtidas porque advieram de meios tidos, legalmente, como ilícitos, no entanto, são provas autênticas. Isto quer dizer que "montagens" em fotografias ou gravações, ou provas adulteradas de maneira geral (produtos de ardis, falsificações e outras deturpações), obviamente jamais pode-se pensar em corroborá-las na ordem jurídica, não merecendo nenhum tipo de consideração ou argumentação a respeito. Fazemos esta colocação porque há, ainda que pequena, uma parcela da doutrina⁵⁸⁴ que faz alguma confusão a sobre o tema, suscitando então este breve esclarecimento.

9.6.5.b) Colocação do problema

Pois bem, delimitado o tema, devemos dizer que seu ponto de interesse

⁵⁸⁴ LIMA, Alcides Mendonça. *A eficácia do meio de prova ilícito no CPC Brasileiro*. Revista

concentra-se no fato de que existem provas, as quais, mesmo sendo ilícitas, elucidam a questão processual, comprovando, sem sombra de dúvidas, o *thema probandum*. Surge então, um conflito muito grande ao magistrado; ou não admitir uma prova, por ser esta ilícita e violadora do ordenamento jurídico, mas, por conseguinte, negar a verdade (sob presunção de que o que não está no processo não está no mundo jurídico) e por reflexo, negar também o próprio Direito que visa, acima de tudo, assegurar a verdade e a justiça. Ou, valorizar a prova ilícita, a qual, ainda que demonstrada de forma inidônea poderia viabilizar a tão sonhada verdade material, mas, da mesma forma, contradizer o próprio Direito, na medida que utiliza-se de meios sancionados, constitucionalmente, para fundamentar uma decisão que pretende ter o condão de justa.

Dessa forma, a questão toda passa por uma longínqua argumentação do pensamento jurídico ocidental - a idéia de proporção; que sempre esteve ligada à compreensão da idéia de direito, praticamente se confundindo com sua noção e materializada no arquétipo da balança de Themis. É a famosa definição de DANTE: "*ius est realis ac personalis homini ad hominen proportio*"⁵⁸⁵

Portanto, como aponta o autor LUIZ FRANCISCO AVOLIO em importante dissertação sobre o tema; que é exatamente no binômio segurança social-liberdade individual, ou seja, no confronto das correlatas exigências de tutela da coletividade e da pessoa humana, que reside esta problemática⁵⁸⁶.

Forense, n0. 297, pp. 9-10.

⁵⁸⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. op. cit. p. 33.

⁵⁸⁶ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. op. cit. p. 2.

9.6.5.c) Evolução do tema - Direito Comparado

As implicações relativas às provas ilícitas foram esquecidas por muito tempo. Porém, sabe-se que numa fase preambular, sob a égide das idéias liberais e, portanto, com influências de ordem privatística, os juristas eram adeptos à admissibilidade das provas ilícitas posto que, fortemente, condicionados aos dogmas do “livre convencimento” e da “verdade real”. Estas tendências faziam com que um eventual balanceamento dos interesses em jogo pendesse, inequivocamente, em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseada em meios ilícitos.

Neste sentido, os juristas alemães como *SCHÖNKE*, espanhóis, dentre eles *GUASP*, italianos pontificados por *CARNELLUTTI*, norte-americanos como *FLEMING* e outros partiam de pressupostos diversos, mas, todos condenavam a supressão da prova ilicitamente obtida, entendendo-a válida e eficaz, sem prejuízo das sanções cabíveis aos responsáveis⁵⁸⁷.

No entanto, com a tendência publicística advinda de épocas que privilegiavam o direito às liberdades públicas tentou-se controlar o exacerbado apego à busca da verdade real, criticando a incipiente consciência de valores sociais. Surgem então, neste período, construções doutrinárias de significativa importância no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Na Itália a entrada em vigor do Código de Processo Penal em 1988 foi um divisor de águas no tema de direito à prova, em especial às provas ilícitas. O art. 191 CPP⁵⁸⁸ sob a rubrica de “provas ilegitimamente adquiridas” prevê,

⁵⁸⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. op. cit. pp. 21-22.

⁵⁸⁸ dispõe o artigo citado: “1. *Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non*

expressamente, a impossibilidade de admissão deste gênero de provas corroborando, então, o pensamento de boa parte da doutrina italiana.

Na França a constituição francesa de 4 de outubro de 1958 estabelece, em seu preâmbulo, o respeito do povo francês aos direitos do homem e aos princípios definidos Declaração de 1789. O ordenamento francês determina a proibição às provas ilícitas, na medida que exista norma processual ou material expressa neste sentido. Entretanto, como o legislador ordinário não se preocupou quanto à esta determinação, não existe proibição legal a estas provas. Pode-se dizer, contudo, que há uma tendência jurisprudencial em aplicar o preâmbulo da constituição francesa (garantia aos direitos do homem) em confronto com os direitos privatísticos dispostos na Declaração liberal⁵⁸⁹.

Na Alemanha há previsão legal de proibição às provas ilicitamente obtidas, é o art. 136 do Código Penal alemão que exclui, expressamente, não só os maus-tratos e sofrimentos físicos, como também substâncias que alterem, reduzam ou oprimam a capacidade mnemônica do sujeito, como também toda forma de violência moral ou pressão dolosa, sob qualquer modo, ou por promessas de vantagens ilícitas. No entanto, as Cortes ordinárias nem sempre alcançavam o verdadeiro significado das normas em exame, pois descurando de seu fundamento constitucional entendiam-nas dirigidas somente aos órgãos públicos, e não também aos particulares, ficando então relegado à discricionariedade do juiz apreciar o valor probatório de meio semelhante.

possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento". AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. op. cit. p. 25.

⁵⁸⁹ FLORES LENZ, Luis Alberto Thompson. A admissibilidade dos meios ilícitos e ilegítimos de prova em juízo. *Estudos Jurídicos*. vol. 19 n0. 45, jan/abr 1986, pp. 88-89.

Com o advento, em 1954, de uma decisão do tribunal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) que prolatava um direito único e geral da personalidade, o qual constituiria a base do direito à privacidade, desencadeou-se uma série de distinções em relação ao conteúdo, modo e lugar da manifestação e quanto ao critério da qualidade do sujeito interessado⁵⁹⁰. Criava-se então uma abertura, um meio-termo, na rigidez da norma para atender situações casuísticas, pois em circunstâncias excepcionais, e somente nestas, quando houver um bem jurídico relevante ameaçado, e não houver outro meio lícito e legal para resguardar este bem, os tribunais alemães têm admitido tais provas.

Nos países da *Common La* a prova proibida é denominada "*illegall obtained evidence*", e apresenta duas tendências básicas. A tendência tradicional da Inglaterra e a tendência inovadora dos EUA⁵⁹¹.

Na Inglaterra vigora a máxima de que toda prova é válida, desde que relevante. Como aquele país não tem Constituição escrita que estabeleça direitos e garantias individuais, a finalidade básica do processo inglês é a descoberta da verdade material, ainda que seja ilícita a prova, isto porque o meio empregado não altera a verdade representada por ela - os fins justificam os meios.

Nos EUA a exclusão da prova ilícita decorre da aplicação de diversas disposições das 14 Emendas, principalmente da IV e V⁵⁹² e da cláusula de

⁵⁹⁰ Nicolo TROCKER dá alguma noção das decisões alemãs "*em pronunciamentos sobre gravações telefônicas, as cortes admitem uma série de causas de justificação, tais como o consentimento presumido do interessado, o uso, a praxe corrente. Por exemplo, a Corte de Apelação de Frankfurt veio entender que a gravação secreta das expressões verbais de um sujeito, efetuada na rua, não viola direito de privacidade*". (TROCKER, Nicolo. *Processo Civile e Costituzione*, Giuffré, 1974, pp. 612-618 *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *op. cit.* p. 28).

⁵⁹¹ FLORES LENZ, Luis Alberto Thompson. *op. cit.* p. 88.

⁵⁹² "*Não será infringido o direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra buscas e apreensões irrazoáveis e não se expedirá mandado a não ser mediante*

exclusão que remontam à história inglesa e colonial. A partir destas emendas a Suprema Corte americana tem influenciado as instâncias estaduais e federais em sentido contrário à admissibilidade destas provas, sendo esta a regra geral.

Através do Direito Comparado pode-se separar, em duas grandes, orientações quanto ao tema em debate: uma adotada pelo direito norte-americano - a doutrina das *exclusionar rules*, e a outra, adotada pela direito alemão da *Bei eisbote*. Cada qual apresenta um discurso jurídico-filosófico próprio, porém, tanto uma como a outra buscam prevenir o uso de meios de prova contrários às garantias fundamentais asseguradas nas Cartas Constitucionais, e com maior ou menor rigidez repelem as provas ilicitamente obtidas. Divergem, contudo, os sistemas jurídicos e, por conseguinte, suas conseqüências. O sistema norte-americano é tido como acusatório puro, já o processo alemão é do tipo misto, ou seja, o processo acusatório é integrado por um princípio de investigação. Estas diferentes concepções acarretam profundas dessemelhanças no tratamento da ilicitude probatória. Dessa forma, os tribunais alemães manejam, sobretudo, postulados de direito material para decidir questões relativas às provas ilícitas. Já as *exclusionar rules* norte-americanas (baseadas no chamado "imperativo de integridade judicial") são, basicamente, mais um remédio judicial criado para desencorajar atividades policiais inconstitucionais do que para proteger um direito subjetivo da parte agravada. Logo, o objetivo da norma seria o de prevenir, e não

indícios de culpabilidade, confirmados por juramento ou declaração, e nele se descreverão particularmente o lugar da busca e as pessoas ou coisas a serem apreendidas" Emenda n0. IV e ainda "*Nenhuma pessoa será obrigada ... a depor contra si próprio em processo criminal ou será privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular due process of law"* Emenda n0. V.(CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal - um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n0. 12, Ed. RT, p. 170).

reparar⁵⁹³.

9.6.5.d) Provas ilícitas por derivação - doutrina dos “frutos da árvore venenosa” (*fruits of the poisonous tree doctrine*)

Definiu *DANILO KNIJNIK* em rico trabalho sobre este tema específico; a doutrina em questão nada mais é que “a contaminação das provas (ilícitas) derivadas de uma prova ilícita inicial, porque a ela está ligada por vínculo genético”. Concerne, portanto, às hipóteses em que a prova foi obtida de forma ilícita, mas a partir da informação extraída de uma prova ilicitamente obtida. É o caso típico da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde está o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. A questão é saber-se se estas provas, formalmente lícitas, mas derivadas de provas materialmente ilícitas, podem ser admitidas no processo⁵⁹⁴.

Não há ainda consenso da doutrina e jurisprudência, tanto no direito comparado como no direito brasileiro em relação ao tema.

Sabê-se que esta construção doutrinária “frutos da árvore venenosa” (*fruits of the poisonous tree doctrine*) foi tradicionalmente cunhada pela Suprema Corte norte-americana a partir da decisão proferida no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, em 1920. Esta doutrina foi, contudo, adjudicada pelo

⁵⁹³ KNIJNIK, Danilo. A “doutrina dos frutos da árvore venenosa” e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16/12/93. *Ajuris* n0. 66, pp.70-72.

⁵⁹⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. op. cit. p. 44.

Supremo Tribunal Federal brasileiro em caso por esta Corte julgado em 16/12/93⁵⁹⁵. A questão é avaliar se esta doutrina se afigura compatível com o processo penal brasileiro podendo ser, na sua amplitude, recebida pelo nosso ordenamento. Entretanto, para a consecução desta análise é mister o conhecimento, um pouco mais amplo, desta doutrina.

KNIJNIK alerta ; "a verdade é que a vigência da doutrina dos frutos da árvore venenosa está longe de ser absoluta e irrestrita"⁵⁹⁶ isto porque, o Direito norte-americano abriu conhecidas exceções que devem ser examinadas.

São, basicamente, quatro as limitações operadas pelos Tribunais norte-americanos: a) "Limitação da Fonte Independente"⁵⁹⁷; b) "Limitação da Descontaminação"⁵⁹⁸; c) "Limitação da Descoberta Inevitável"⁵⁹⁹; d) "Limitação de

⁵⁹⁵ HC. n0. 69.912-0- RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 16/12/93 - m.v. - DJU, 25/03/94, R.B.C.Crim., 7/177: "*Ementa: Prova ilícita. Escuta telefônica mediante autorização judicial: Afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, "na hipóteses e na forma" por ela estabelecidas, possa o Juiz, nos termos do art. 5o., XII da CF, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência e provas livres da contaminação e suficientes para sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (M.S. n0. 21.750, 24/11/93; Velloso); conseqüente renovação do julgamento no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica - à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente das informações obtidas na escuta (fruits of the poisonous tree), nas quais se fundou a condenação do paciente.*"

⁵⁹⁶ *KNIJNIK*, Danilo. op. cit. p. 76.

⁵⁹⁷ onde parte-se da idéia de que se a prova não está diretamente vinculada com a "árvore", isto é, a produção da prova se dá por fonte independente, esta prova pode ser perfeitamente utilizada, posto que não seria violação prevista na IV Emenda. *KNIJNIK*, Danilo. op. cit. p. 79.

⁵⁹⁸ segundo a qual, embora ilícita a prova poderá intervir no processo um acontecimento capaz de purgar o veneno, imunizando assim, os respectivos frutos obtidos. Como exemplo, poder-se-ia dizer da confissão espontânea e de conformidade com os direitos fundamentais do acusado ou de um terceiro - este fato quebra os vínculos causais com a árvore envenenada - é a chamada intervenção de um ato independente. *KNIJNIK*, Danilo. op. cit. p. 79.

⁵⁹⁹ consiste em aceitar que a prova decorrente de uma violação constitucional poderia ser admitida, conquanto fosse ela, inevitavelmente descoberta por meios jurídicos. Portanto, a prova é sabidamente, inconstitucional, no entanto, a questão é avaliar se, mesmo assim, esta prova seria hipoteticamente encontrada por meios jurídicos. *KNIJNIK*, Danilo. op. cit. p. 79.

Boa-fé⁶⁰⁰ .

Diante do que foi acima apontado podemos concluir que, mesmo a doutrina rígida do “fruto da árvore venenosa” sofre mitigações de acordo com o entendimento jurisprudencial. No entanto, os juristas e, em especial, os Tribunais brasileiros não se posicionaram sobre quais parâmetros é que pretenderam adjudicar tal teoria.

Em importante precedente anterior à CF/88 insinuou-se a prevalência da posição que obsta ao ingresso, no processo, das prova ilícitas por derivação. Trata-se da decisão em matéria penal, prolatada em dezembro de 1986, em que contra voto do Relator, a Corte determinou não apenas o desentranhamento de gravações clandestinas feitas por particulares, confessadamente ilícitas, como também o trancamento do próprio inquérito policial tendo em vista não existirem outros elementos não “contaminados” que justificassem a continuidade da investigação.

Na opinião do citado autor *KNIJNIK* relativamente ao caso apontado (julgamento de 16/12/93), o STF apenas lançou na comunidade jurídica o questionamento, sem, contudo, respondê-lo⁶⁰¹. Isto se denota nos votos dos Ministros *SEPÚLVEDA PERTENCE* e *SYDNEY SANCHES* que se estabelecem em duas orientações jusfilosóficas diversas e inconciliáveis.

A notável manifestação do eminente Ministro *SEPÚLVEDA* parece coadunar-se com a orientação norte-americana. Vejamos: “*De sua vez, é notório*

⁶⁰⁰ que é a mais discutível de todas elas e nem sempre aceita, se configura nos casos em que os policiais crêem, sinceramente, que sua diligência observou os ditames da IV Emenda. *KNIJNIK, Danilo. op. cit. p. 79.*

⁶⁰¹ *KNIJNIK, Danilo. op. cit. p. 82.*

que a escuta telefônica foi amplamente utilizada, sob o regime autoritário, pelos organismos de informação e repressão política (...) nossa experiência histórica, a que já aludi, em que a escuta telefônica era notória, mas não vinha aos autos, servia apenas para orientar a investigação, é a palmar evidência de que, ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional, ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida. (...) De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas⁶⁰². A este entendimento aderiram os Ministros FRANCISCO REZEK, ILMAR GALVÃO, MARCO AURÉLIO e CELSO MELLO.

Já o discurso do Ministro SANCHES acompanhado pelos Ministros MOREIRA ALVES, OCTÁVIO GALLOTTI e PAULO BROSSARD denota uma posição mais branda compatível com a doutrina alemã: "Ora, o processo criminal não é um ente abstrato, mas, sim, instrumento para apuração do crime, dos fatos, da autoria do ilícito (...). Cumpre, ademais, ter presente, no exercício da jurisdição, que se está a examinar um caso concreto e não a discutir, academicamente uma quaestio iuris (...). Não é cabível, com a devida vênia, que o STF firme solução à tese dessa gravidade, no sentido de anular o processo condenatório, mesmo existindo outras provas, inclusive a apreensão da

⁶⁰² KNIJNIK, Danilo. op. cit. p. 74.

*substância entorpecente em poder do traficante.*⁶⁰³”

Não resta dúvida, como afirmou ADA GRINOVER a Constituição brasileira não toma partido na discussão sobre a admissibilidade das provas ilícitas por derivação, deixando espaço para construção doutrinária e jurisprudencial. No entanto, faz-se necessário perquirir a *ratio* das normas violadas pelo comportamento contrário à Constituição⁶⁰⁴. Dessa forma, a resolução da questão da provas ilícitas por derivação deve passar pelo mesmo entendimento apontado para a prova ilícitas, sobre a qual dissertaremos em momento posterior (item 9.6.5.f).

9.6.5.e) Ordenamento brasileiro - fundamentos sociais

O caso acima aludido e os votos proferidos só vêm a deixar transparecer o posicionamento, também divergente, da doutrina nacional. Para podermos compreender este panorama atual, faz-se necessária uma visão histórica da questão.

Fazendo uma regressão histórica devemos salientar que a Constituição Imperial de 1824 não enfocou diretamente o aspecto, mas garantiu em seu art. 179 a inviolabilidade dos direitos civis e políticos que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. A CF de 1937 assegurou no art. 122, a inviolabilidade de domicílio e de correspondência, salvas exceções previstas em lei. A CF de 1946 no art. 141 assegurou aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à

⁶⁰³ KNIJNIK, Danilo. op. cit. p. 75.

segurança individual e à propriedade. A CF de 1967 em seu art. 150, praticamente manteve o mesmo texto da anterior, no entanto, com o advento do AI-5 tal Constituição e conseqüentemente, tais direitos, foram fulminados. Com a anistia no início dos anos 80 e o resgate de alguns dos direitos políticos e sociais é que novamente se começou a tratar de questões deste porte.

Formaram-se então duas correntes de doutrinadores; os que admitiam as prova ilícitas sob o fundamento de que a finalidade básica do processo é a realização do direito, sendo este um atributo do princípio do livre convencimento baseando-se, precipuamente, no art. 332 CPC e que tinham como expoentes, *ADHERBAL DE BARROS*, *SERRANO NEVES* e, dentre outros, *ADA PELLEGRINI GRINOVER*, a qual entendia que competia à CF proibir a prova ilícita, visto que se estava ferindo princípio constitucional na aquisição desta prova.

E, por seu turno, a facção que também se coadunava com a aceitação destas provas obtidas ilicitamente e dentre eles, *NEY AHRENDTS*, *CORDEIRO GUERRA*, *HELIO TORNAGHI*, *RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO*, o então Desembargador *BARBOSA MOREIRA* e outros, mas que se fundamentavam na premissa a qual, excepcionalmente, em virtude do caráter investigatório que o CP de 1973 imprimiu ao Juiz, pode-se admitir uma prova obtida de maneira discutível, isto porque, ninguém nega o direito à intimidade, mas, como todos os direitos integrantes do ordenamento jurídico este também é limitado, devendo ceder diante de um direito "superior" que no caso seria a reta administração da justiça ou a liberdade da parte de produzir prova em juízo. A jurisprudência, no entanto, preponderantemente, se mantinha contrária a estes meios de prova.

⁶⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As prova ilícitas na Constituição*. p. 27-28.

Pois bem, com o advento da Constituição de 1988 erigiu-se a preceito constitucional a norma que dispôs, expressamente, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5o. , LVI). Aquela Carta optou pelo posicionamento radical em relação ao assunto, (de modo que não proibiu em termos amplos a utilização de tais provas, mas fixou limites muito estreitos ao poder do juiz de, mediante autorização, admitir provas consideradas ilícitas) e este fato se explica devido, em grande parte, às circunstâncias histórico-políticas em que foi concebida. Pelo voto do Ministro *SEPÚLVEDA PERTENCE* acima transcrito parcialmente, pode-se perceber de forma clara esta tendência. Havia se extinto, recentemente, o regime autoritário que dominara o País e sob o qual eram muito freqüentes as violações de direitos fundamentais. Ninguém podia considerar-se imune a diligências arbitrárias ou ao “grampeamento” de aparelhos telefônicos. Desejou-se então, prevenir recaídas neste gênero de violências. E como cita o Ministro *BARBOSA MOREIRA* em proficiente trabalho sobre o tema; *“é mister reconhecer que naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxamos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele, fatalmente, se moverá com força equivalente no sentido oposto”*⁶⁰⁵

No entanto, com a preceituação constitucional do tema poder-se-ia levar à suposição de que estaria pacificado. De fato, o inciso LVI do art. 5o. CF/88 encerrou a controvérsia outrora levantada de quais valores deveriam ser postos

⁶⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas*. *Ajuris* n0. 68, p. 13.

em relevo (direito individual ou coletivo), posto que a limitação do direito à prova foi erigida a preceito constitucional. Contudo, outra controvérsia se ascendeu em relação à interpretação e abrangência do mencionado dispositivo. De forma que na doutrina e jurisprudência, pouco tempo depois de sancionado o dispositivo, continuou-se a travar ferrenhas discussões; incluindo-se, ainda hoje, as provas ilícitas, entre os problemas mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a relevância dos valores eventualmente em conflito⁶⁰⁶.

O posicionamento de *MARCIO BARANDIER* é no sentido de que a Lei Maior, na verdade, tornou a prova ilícita definitivamente ilegítima⁶⁰⁷. Isto quer dizer que toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, a rigor está verdade no processo, tal a clareza do conteúdo proibitivo⁶⁰⁸, mas ele mesmo entende a possibilidade do aproveitamento de tais provas desde que essenciais na defesa do acusado.

9.6.5.f) Posicionamento dos doutrinadores

Embora o legislador trate do problema de maneira genérica, com o advento da CF/88, predomina na doutrina e na jurisprudência pátria a tendência de repelir as provas ilícitas. No entanto, já há uma parcela significativa de doutrinadores que posicionam-se no sentido de que há um permissivo na interpretação da regra da inadmissibilidade total das provas ilícitas, ou seja, as provas obtidas por meios

⁶⁰⁶ THEODORO JR, Humberto. *Aspectos relevantes da prova no Processo Civil*. Revista Jurídica n.º 195, p. 11.

⁶⁰⁷ sobre a diferenciação entre prova ilícita e ilegítima ver item 9.6.1.a) supra.

ilícitos, são, indiscutivelmente, vedadas no processo, salvo quando o interesse neste aproveitamento seja maior do que aquele que originou a vedação, logo a vedação total não prevalece de forma absoluta.

CELSO BASTOS entende também que embora o Texto Constitucional exclua do processo as provas obtidas por meios ilícitos, "*é nosso convencimento que, em algumas ocasiões, são aceitas (as provas ilícitas) em decorrência da própria relativização dos direitos individuais e da sua prevalência segundo a própria valoração feita pela Constituição. Aliás, interpretação em sentido contrário deixaria de prestigiar o interesse social em que se faça justiça, para encarecer tão somente o direito individual encarnado em uma pessoa*⁶⁰⁹".

JOSÉ ROBERTO BEDAQUE se posiciona na possibilidade de uma conciliação de dois valores opostos, pois, se de um lado visa-se a defesa de princípios constitucionais e direitos fundamentais da pessoa, por outro, a efetividade do processo atende a um interesse público relevantíssimo e "*afastar por completo a possibilidade de o juiz determinar a produção de uma prova ilícita, significa aceitar um provimento jurisdicional que, provavelmente, não corresponda aos fatos deduzidos pelas partes, relevantes para o julgamento da causa*"⁶¹⁰.

Mas, como acima apontado, não se pense que estes entendimentos são a maioria, ao contrário, tanto doutrina, quanto jurisprudência são conservadoras e pugnam por uma interpretação restritiva do dispositivo legal.

FREDERICO MARQUES mostra que "*não se pode aceitar que na busca da*

⁶⁰⁸ BARANDIER, Marcio Gaspar. op.cit. p. 74.

⁶⁰⁹ BASTOS, Celso. *As provas obtidas por meios ilícitos e a Constituição Federal*. Revista do Advogado. n0. 42, Abril/94, p. 45.

⁶¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. Ed. RT, 2. Ed., São Paulo, pp. 104-105.

*verdade real lance-se mão de meios iníquos de investigação e prova. Inadmissível é na justiça penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória*⁶¹¹". Este posicionamento também é seguido pelo prof. *LUIS ROBERTO BARROSO*, que, em parecer proferido em processo criminal no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entende pela inadmissibilidade da prova ilícita de interceptação telefônica⁶¹².

9.6.5.g) Conclusões

Diante de tudo o que foi exposto devemos salientar que apesar de bastante delicado e polêmico há algumas proposições que podem ser feitas.

A nosso ver, o posicionamento adotado pelos Tribunais alemães é o mais acertado, posto que baseia-se no equilíbrio, ou seja na teoria da proporcionalidade, e baseando-se nesta teoria, deve-se sopesar não só valores jurídicos, mas também, e sobretudo, metajurídicos. Vejamos.

A doutrina da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, aplicada ao tema em debate, consiste numa construção doutrinária e jurisprudencial que permite, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso

⁶¹¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. II, Forense, pp. 293-294.

⁶¹² BARROSO, Luis Roberto. *Interceptação telefônica para fins penais - inadmissibilidade de prova ilícita - cabimento de mandado de segurança e não de habeas corpus - CF art. 5o. XII, LVI e LXIX*. Revista de Direito Administrativo, Renovar, FGV, n0. 200 abr/jun-95, p. 325. e tb. no mesmo sentido, COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva. e SILVA, Maria Regina Caffaro. *Provas ilícitas no processo penal*. Revista de Informação Legislativa, n0. 97, jan/mar 1988, p. 237.

concreto, entre valores constitucionalmente relevantes postos em confronto⁶¹³.

Este princípio, por sua vez, tem sofrido críticas na medida que pelo seu subjetivismo ínsito pode dar margem ao arbítrio judicial, pois seria difícil sopesar quais interesses e valores poderiam, eventualmente, ser postos em confronto, ainda mais, considerando-se que estes elementos estão dispostos num plano abstrato. Desse modo, alguns doutrinadores vêem neste princípio um parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias, isto porque há um receio de que venham os juízes a orientar-se somente com base nas circunstâncias particulares do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenômeno no plano geral.

No entanto, como já vínhamos dissertando acima, o princípio da proporcionalidade está presente na sistemática jurídica como um todo e cada decisão judicial é uma escolha entre dois interesses dignos de tutela, como diz *BARBOSA MOREIRA* “*não seria temerário afirmar que toda a norma jurídica resulta de uma tentativa, mais ou menos bem sucedida, de conciliar as necessidades contrapostas de política legislativa, entre as quais é mister fixar um ponto de equilíbrio*”⁶¹⁴. Além do mais, são inúmeros os casos e situações em que se confia na valoração ética do juiz para aplicação de normas em branco (como se diz, com freqüência, na doutrina penal), tais como a noção de “bons costumes”, “mulher honesta”, “interesse público”, etc. E mais uma vez, com precisão assevera o professor *BARBOSA MOREIRA* “*a subjetividade do juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir; pretendêssemos*

⁶¹³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. op. cit. p. 37.

⁶¹⁴ MOREIRA, José Carlos. op. cit. p. 14.

*eliminá-la de todo, seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso. Visões desse gênero, projetadas num hipotético futuro, já têm provocado pesadelos demais...*⁶¹⁵”

Alguns autores, por outro lado, se põem no meio do caminho e propõem solução mais branda ao problema. Ao invés da total desconsideração da prova no processo, posto que ilícita, considerá-la como indícios. Comungam desta corrente *JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR* “*Se não considerados como meios de prova já que como tal a lei os afasta, supõem, quem os produziu, valer como indícios*⁶¹⁶” e *HELIO TORNAGHI* que afirma que “*o juiz não pode admitir esse meio como “prova” em juízo, entretanto, ele também não pode simplesmente desconsiderar que a parte disse alguma coisa, pois isto seria irresponsabilidade*⁶¹⁷”. Logo, a prova ilícita não seria prova, mas sim indício e o que se descobrisse licitamente a partir desta técnica é válido e admissível em juízo. Pois bem, quanto a este posicionamento devemos salientar que, como apontado em algumas linhas acima, indício é tanto meio de prova como qualquer outro e, ao que nos consta na técnica da formação da sentença não se atribui ao indício peso menor ou maior, é apenas meio de prova, assim como a prova testemunhal, pericial ou as presunções. Logo, contorna-se, mas não se resolve o problema que deve ser enfrentado com coragem. Ou admitem-se as prova ilícitas, certamente observando alguns parâmetros de ordem social e ética e até circunstancial (dependendo do caso concreto), ou se é radicalmente contra, não

⁶¹⁵ MOREIRA, José Carlos. op. cit. p. 16.

⁶¹⁶ AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Introdução ao Estudo da Prova*, Revista Forense, v. 247, p. 39.

⁶¹⁷ FLORES LENZ. Luis Alberto Thompson. op. cit. pp. 93-94.

as admitindo sob rubrica nenhuma; tangenciar sobre o problema não leva a solução alguma.

Lembra, por sua vez, com bastante acerto o jurista *THOMPSON FLORES LENZ*, em trabalho específico sobre o tema⁶¹⁸, que a finalidade básica do processo não é apenas a busca da verdade material, mas, se coaduna com a idéia de instrumentalidade. A efetividade do processo e seu papel na sociedade passam por seu caráter instrumental, isto é, no dizer de *DINAMARCO*; "*o processo deve estar apto para cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo, em toda sua plenitude, todos os seus escopos institucionais*"⁶¹⁹.

O processo tem, pois, escopo metajurídico - a pacificação social, estando posto em relevância seu valor maior - a justiça. Conta, porém, com outras funções fundamentais que não se pode esquecer, como a função educativa, isto é, conscientizar os membros da sociedade para direitos e obrigações, a inegável finalidade política, posto que é imprescindível, encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei, e, por fim, obviamente, o escopo jurídico do processo que se consubstancia em viabilizar a satisfação do direito material das partes, negada que lhes foi a tutela privada de seus interesses.

Logo, se o processo tem de atender a todos estes interesses não podemos julgar a questão somente sob um enfoque - do confronto entre a busca da verdade

⁶¹⁸ FLORES LENZ. Luis Alberto Thompson. *Os meios moralmente legítimos de prova*. Revista dos Tribunais n0. 621, p. 281.

⁶¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Ed. Malheiros, 3a. Ed. 1993, p.270.

material com a ilicitude do meio empregado para a obtenção da prova, estes são apenas dois interesses dentre vários outros que estão sendo tutelados através do processo. Não se pode pensar em extinguir ou inviabilizar um feito pelo simples fato de que a única prova apta a comprovar o *thema probandum*, é ilícita.

Dessa forma, como este tema passa, inegavelmente, pela função social do processo, que é um ente maior e multifacetado, julgar a questão apenas sob uma única perspectiva não pode atender e valorar a importância do tema. Deve-se então perscrutar, casuisticamente, cada prova em confronto com todos estes valores postos em relevo e sopesar qual o maior interesse a ser tutelado naquele caso, isto porque, pode-se dizer que nenhum direito reconhecido na Constituição pode revestir-se de um caráter absoluto e aqui trata-se de dois valores de grande magnitude os direitos individuais em contraposição ao direito à ampla defesa reforçado pelo princípio do contraditório.⁶²⁰

No entanto, com relação a este tema, não há somente questões doutrinárias a serem discutidas. Entre os que defendem o caráter excepcional da admissibilidade destes meios, devemos salientar a questão do aproveitamento dessas provas quando o ilícito é praticado pelo próprio acusado, que será então o seu beneficiário. ADA GRINOVER, com precisão, pontifica; “*quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada pro causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijudicidade*”⁶²¹.

Por outro lado, problema mais grave deve ser levantado. Os debates

⁶²⁰ BASTOS, Celso. op.cit. p. 44.

⁶²¹ GRINOVER, Ada Pelegrini. *As Provas Ilícitas na Constituição*. Livro de Estudos Jurídicos, n0. 3

doutrinários e jurisprudenciais, não podem ficar alheios, diante de uma realidade, que é inegável - a constatação que a própria polícia se aproveita de provas conseguidas ilicitamente para "fabricar" provas legais, compondo, de forma, aparentemente lícita e legítima a verdade que lhe interessa demonstrar - as chamadas "denúncias anônimas". E que se saiba que este expediente não se restringe à polícia brasileira, mesmo a norte americana com toda a estrutura e aparelhagem que dispõe, constantemente, pratica ilícitos com destaque para as violências físicas, objetivando provar o que lhe convém.

Diante destes fatos, soluções devem ser apontadas.

Em primeiro lugar, deve-se lembrar sempre da eventualidade da aceitação deste meio processual. Com muita precisão pontifica o professor *LUIZ GUILHERME MARINONI* " *não podemos deixar de frisar, contudo, a necessidade de cautela no balanceamento dos valores em jogo, bem como, ainda, a absoluta excepcionalidade da admissão da prova ilícita*⁶²²"

A aceitação destes meios de prova, tem de ser casuística e basear-se numa análise e valoração crítica das provas ilícitas. Como acima apontado (9.6.5." a") existem três modalidades de provas ilícitas; as ilícitas por geração, ou seja, a ilicitude se dá tendo em vista a adoção de meios não autorizados em lei; aquelas que não obstante, adotarem-se procedimentos aceitos pelo direito, atentase contra um direito individual, e por fim, as ilícitas por derivação. Do ponto de vista da acusação uma confissão conseguida mediante tortura ou uma gravação telefônica clandestina não apresentam diferenças; ambas são imprestáveis.

pp. 24-25, Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

⁶²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. Ed. RT., 1993, p. 170.

Porém, a nosso sentir, devemos sim fazer diferenciações, isto porque, é aceitável (casuisticamente), que a gravação clandestina seja utilizada, desde que imprescindível, já a confissão deve ser de todo rechaçada, pois não se pode jamais convalidar a violência.

Por outro lado, qualquer que seja a solução deverá, aquele que violou o ordenamento jurídico para conseguir a prova ilícita responder pelo ato praticado, com as ressalvas que apontou a professora ADA.

JOSÉ ROBERTO BEDAQUE, na esteira do alargamento dos poderes instrutórios do juiz, propõe que caberia ao magistrado, exclusivamente, ponderar sobre a necessidade e conveniência da produção das provas ilícitas, independentemente da exigência da parte interessada na prova. Se a conclusão for afirmativa, determinaria ele, *ex officio*, a vinda para os autos da prova obtida ilicitamente⁶²³.

Diante de todos estes debates e possíveis (ou impossíveis) soluções, o fato é que, a proibição legal, por si só, não é suficiente. Impõe-se a conscientização dos magistrados, representantes do Ministério Público, autoridades policiais e principalmente os juristas, pois, em que pese a importância do tema em questão, muito pouco vem sendo discutido e proposto neste sentido⁶²⁴.

Por fim, transcrevemos a citação de GIULIANO VASSALLI que resume toda a problemática e identifica o ponto nevrálgico, numa só questão - o caráter humano.

"Nessun impedimento giuridico all'uso di questo o de quel mezzo offerto

⁶²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op.cit. p. 106.

⁶²⁴ BARANDIER, Marcio Gaspar. op.cit. p. 76.

dalla tecnica moderna sarà mai sufficiente garanzia per l'umana personalità."

("Nenhum impedimento jurídico ao uso deste ou daquele meio oferecido pela técnica moderna será jamais suficiente garantia para a personalidade humana")⁶²⁵.

10. Fases da prova

A prova judicial sofre limitações, em especial, no tocante ao seu procedimento, ela não é inteiramente livre ⁶²⁶obedece portanto, ditamentos. A primeira limitação é que ela tenha um termo. "*Em si mesma a prova da existência dos fatos não pode ser limitada; mas a prova, no processo, diferentemente da prova puramente lógica e científica, sofre uma primeira limitação na necessidade social de que o processo tenha um termo*" ⁶²⁷. Neste interregno entre o termo inicial e o final a prova obedece um procedimento e que é integrado pelo encadeamento de todas aquelas atividades que se dirigem especificamente a convencer o juiz da existência ou inexistência de um dado processual determinado - é o que se chama de instrução ou procedimento probatório. Este procedimento passa por fases, não cronologicamente iguais, (porque há uma variedade grande de procedimentos processuais e portanto, a divisão não seria válida para todos), mas, logicamente, semelhantes que serão objeto do nosso estudo.

Existe alguma divergência na doutrina quanto aos momentos ou fases da prova, mas, basicamente, os autores aceitam três momentos: oferecimento, admissão e produção da prova, acrescentam ainda outros autores, a

⁶²⁵ VASSALLI, Giuliano. *La protezione della Sfera della personalità nell'era della tecnica, in studi in onore di Betti*, 1972, V, p. 717 *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. op. cit. Introdução.

⁶²⁶ sobre prova e liberdade v. tb. SENTÍS MELENDO, nota 66.

⁶²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe., *Principii*, # 59, p. 809, *apud* SANTOS, Moacyr Amaral.

interpretação⁶²⁸ e valoração da prova.

EDUARDO COUTURE⁶²⁹, JOSÉ FREDERICO MARQUES⁶³⁰, HUMBERTO THEODORO JR.⁶³¹, e MOACYR AMARAL SANTOS,⁶³² distinguem na prova três momentos decisivos: o da proposição, o da admissão e o da execução ou produção.

JOÃO DE CASTRO MENDES⁶³³, apresenta uma divisão um pouco diversa, distingue quatro fases da prova em sentido lógico: a) fixação do objeto da atividade probatória; b) fixação dos meios de prova; c) produção da prova; d) apreciação da prova. Em comparação com os autores anteriores ele divide a fase de produção da prova em: 1. fixação do objeto da prova⁶³⁴ ou a delimitação do *thema probandum* (que são as questões de fato - objeto material) e 2. fixação dos meios de prova⁶³⁵ aonde as partes apresentam os meios, mas ainda neste momento, o juiz faz seu juízo de admissibilidade sobre os meios propostos⁶³⁶. E ainda acrescenta a apreciação como mais uma fase da prova, isto é, a atividade

⁶²⁸ CALAMANDREI, Piero. "Estudios sobre el proceso civil". "La génesis lógica de la sentencia civil". pp. 380-381.

⁶²⁹ COUTURE, J. Eduardo., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Editora Depalma, Buenos Aires, 1993.

⁶³⁰ MARQUES, José Frederico. "Instituições de Direito Processual Civil". vol III, Editora Forense, 2a. Edição, Rio-São Paulo.

⁶³¹ THEODORO JR., Humberto. op. cit. p. 21.

⁶³² SANTOS, Moacyr Amaral. "Prova Judiciária no Cível e no Criminal".

⁶³³ MENDES, João de Castro., op. cit. p. 193 e segs.

⁶³⁴ "É em geral feita sucessivamente pelas partes (nos articulados) pelo juiz (na condensação). As partes fixam livremente o objeto material do processo (litígio) e propõem ao juiz, como objeto formal, um certo número de questões em que entendem esse objeto se traduz (controvérsia). Mas se o juiz não tem poderes quanto a fixação do objeto material pode, contudo, eliminar da controvérsia todas as questões suscitadas pelas partes que ele entenda não ter relevância" MENDES, João de Castro, op. cit. pp. 195.

⁶³⁵ "a parte pode requerer ao juiz certos meios de prova que indique como necessários. O juiz é em regra livre para recusar aqueles que lhe pareçam ineficientes em relação ao *thema probandum* e é livre para escolher os meios de prova que entender necessários ao descobrimento da verdade". MENDES, João de Castro, op. cit. p. 196.

⁶³⁶ os autores anteriormente citados inserem na fase de proposição tanto dos fatos alegados (*thema probandum*) como dos meios de prova, sendo a admissão das provas pelo juiz um

que tem por fim extrair de cada um dos meios de prova o máximo de conclusões com o máximo de probabilidade, e do material probatório uma conclusão - a prova ou o resultado probatório⁶³⁷. Deve diferenciar-se a apreciação da prova (ou resultado probatório) da apreciação dos meios de prova que se dá na fase da admissão⁶³⁸.

GUASP⁶³⁹ tem uma classificação mais extensa, divide a atividade probatória em seis fases: 1. Petição genérica da prova, 2. admissão genérica da prova ou recebimento a provar, 3. petição específica da prova ou proposição da prova, 4. a admissão específica da prova, 5. prática da prova e 6. apreciação da prova.

Nas quatro primeiras atividades distingue-se entre petição e admissão genérica e específica. "A petição genérica é o ato pelo qual os litigantes solicitam que haja, em geral prova no processo; e admissão genérica é o ato pelo qual o juiz resolve que exista, em geral, prova no processo"⁶⁴⁰

Já DEVIS ECHANDIA agrupa de forma diversa as fases da prova⁶⁴¹. Seriam três a 1a. fase de produção ou obtenção da prova que ele subdivide em: a) averiguação ou investigação; b) defesa da prova; c) proposição ou apresentação;

momento à parte.

⁶³⁷ MENDES, João de Castro. op. cit. p. 197.

⁶³⁸ SATTÁ também faz esta diferenciação, distinguindo valoração preventiva (na fase da admissão) da valoração sucessiva (na fase de apreciação) ver item "b" da admissão da prova.

⁶³⁹ GUASP, Jaime. "Derecho procesal civil", pp. 348-349.

⁶⁴⁰ Estas figuras têm interesse no direito positivo espanhol que exige esta petição e admissão como reflexo do princípio dispositivo levado ao extremo. Como isto não ocorre no nosso ordenamento jurídico porque a lei não faz esta exigência, o interesse doutrinário fica bastante escasso. Quanto às duas outras classificações - prática da prova corresponde à produção da prova, e apreciação da prova tem igual nome à classificação dada anteriormente, MENDES, João de Castro., op. cit. p. 200 e segs.

⁶⁴¹ no mesmo sentido BURGOS, Alvaro A.; GÁLVEZ, Carlos e LÓPEZ, Rosibel, in *Cargas, fases y límites de la actividade probatória*, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, n.º 77, pp. 35 a 40.

d) admissão e ordenação; e) recepção e prática; 2a. fase de assunção pelo juiz e 3a. fase de valoração ou apreciação. Como se pode notar, na sua primeira fase da prova, i. é, como produção ou obtenção da prova compreende-se a proposição, admissão e produção da prova que os demais doutrinadores consideram em fases distintas. Ele entende que a 2a. fase, a de assunção da prova é a percepção sensorial e a apreensão mental da prova pelo juiz (não se confundindo então com a admissão da prova, que está na primeira fase) isto porque, *antes de apreciar o mérito de um meio de prova é indispensável que o juiz o assuma mediante estes dois atos subjetivos*⁶⁴² (percepção e apreensão). E por fim, a valoração da prova que será tema de nosso próximo tópico.

Do exposto pode-se concluir que alguns autores dissecam a prova em mais fases, outros em menos, no entanto, fundamentalmente todos eles concordam que, necessariamente, deve haver, a proposição, admissão, produção e finalmente, a valoração para compor o procedimento probatório do início ao fim, o resto é uma questão de ponto de vista.

10.1 proposição da prova.

É ato da parte por excelência em razão do princípio dispositivo⁶⁴³, mas ao juiz também é facultado o pedido de produção de provas *ex officio*⁶⁴⁴. Na determinação dos fatos por provar e na indicação dos meios de prova, está o momento inicial do processo probatório, a proposição da prova que não exige uma fórmula sacramental. A proposição deve ser feita logo ao ingressar das partes em

⁶⁴² DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 286.

⁶⁴³ "...a jurisprudência é indulgente e outorga o benefício da prova toda vez que ainda quando o oferecimento não tenha sido feito em termos expressos, mas seja inequívoca a vontade de provar

juízo, o autor, na inicial, o réu, na exceção ou contestação⁶⁴⁵.

10.2. admissão da prova⁶⁴⁶.

Proposto o meio de prova, é ato exclusivo do juiz manifestar-se sobre a sua admissibilidade⁶⁴⁷, porque a atividade probatória é desenvolvida para o magistrado sendo as partes meros colaboradores tanto para defender a admissibilidade ou procedência do meio de prova ou para impugná-lo⁶⁴⁸, isto porque é o primeiro contato do juiz com a prova o qual deve ser fiscalizado pela parte, impedindo-lhe qualquer arbítrio.

A fiscalização se dá, especialmente, sobre as seguintes questões: a) sobre a oportunidade da produção, dado que podem ser rechaçadas *in limine* as petições de prova formuladas; b) sobre a admissibilidade do meio eleito para produzir a prova; c) sobre a regularidade do procedimento utilizado para fazer chegar ao juízo um determinado meio de prova, pois ainda que o meio de prova seja idôneo (documentos, testemunhas, perícia, etc.), podem não ser as formas utilizadas para fazer chegar esses meios probatórios ao expediente.⁶⁴⁹

O juiz avalia, preliminarmente, a utilidade, a possibilidade e a adequação da

um fato". COUTURE, J. Eduardo., op. cit. p. 249.

⁶⁴⁴ ver tópico "a questão das provas de ofício" supra.

⁶⁴⁵ "Excepcionalmente as partes poderão propor as provas fora da inicial ou contestação. Regem a exceção o motivo de força maior e o poder autoritário do juiz, abrandados pelo critério da conveniência e mesmo da necessidade do esclarecimento da verdade, fim precípua do processo. Mesmo os documentos poderão ser oferecidos após a inicial ou defesa" SANTOS, Moacyr Amaral., pp. 227-229.

⁶⁴⁶ COUTURE chama este momento de petitório que é a solicitação de admissão de um ou vários meios de prova que se obtém pela mediação do juiz que fiscaliza a regularidade do procedimento eleito para a produção de provas. COUTURE, J. Eduardo, op. cit. p. 250-251.

⁶⁴⁷ Quanto à admissão de mais de um meio de prova para a demonstração de um mesmo fato entende-se que o juiz poderá admitir apenas um deles por julgá-lo suficiente e necessário, ou inútil o outro". SANTOS, op. cit. p. 241.

⁶⁴⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 281.

⁶⁴⁹ COUTURE, J. Eduardo, op. cit. p. 250-251.

prova, sendo que a rejeição só deve dar-se quando as provas não preencherem determinados requisitos que devem, obrigatoriamente, ser atendidos - os fatos (ou afirmações) a serem provados primeiramente, devem ser controvertidos, possíveis, relevantes, concludentes, pertinentes e admissíveis em lei⁶⁵⁰ (requisitos intrínsecos) e ainda devem atender a uma oportunidade processual, devem ser formalmente adequados, deve haver competência e capacidade do juiz para receber e admitir a prova bem como legitimação de quem propõe a prova (requisitos extrínsecos)⁶⁵¹. O CPC determina que o juiz admita as provas por ocasião da audiência preliminar (art. 331 CPC).

COUTURE, por sua vez, entende que “*não existe uma verificação in limine sobre a conveniência ou utilidade das provas pedidas. Essa fiscalização não se efetua no momento do petitório, senão no momento da sentença*”⁶⁵².

SATTA dissente e entende que, ao direito à prova corresponde um dever do juiz de admitir a prova proposta (perfil dinâmico da prova - relação direito e dever⁶⁵³), sendo que a dinâmica da prova implica em uma dúlice valoração: *preventiva*, de influência; *sucessiva*, de resultado. O que interessa no tocante à admissibilidade é esta *valoração preventiva* que não pressupõe um vínculo do juiz com o resultado da prova e nem mesmo a inverossimilhança, a dificuldade e a improbabilidade dos fatos alegados (*thema probandum*) consentem na exclusão da prova deduzida⁶⁵⁴.

Particularmente, nos filiamos ao pensamento de *SATTA* posto que, por

⁶⁵⁰ estes requisitos da prova estão comentados no tópico “objeto da prova” acima.

⁶⁵¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 278.

⁶⁵² COUTURE, J. Eduardo. op. cit. p. 252.

⁶⁵³ “*sob um perfil estático se fala de ônus da prova*”. *SATTA*, Salvatore. op. cit. p. 313.

⁶⁵⁴ *SATTA*, Salvatore. op. cit. pp. 313-314.

certo, existe uma verificação preliminar sobre as provas propostas, o que ocorre na sentença é a valoração do resultado e não um juízo sobre a conveniência e utilidade das provas.

10.3. produção da prova⁶⁵⁵.

Proposto e admitido, o meio de prova visa reproduzir o fato afirmado. Esta reprodução é que se chama execução ou produção das provas. Segundo COUTURE “a produção das provas vem a ser o conjunto de atos processuais que é mister cumprir para trazer a juízo os diferentes elementos de convicção oferecidos pelas partes”⁶⁵⁶. É precisamente o momento em que a prova se converte em instrumento de percepção dos fatos alegados.

A audiência de instrução é o momento mais adequado à execução desta atividade. Há, contudo, peculiaridades no procedimento, p. ex., quanto aos documentos entende-se que desde o momento de sua admissão ele se considera prova produzida (em regra, com a petição inicial), isto porque não existe, nesta modalidade, a fase distinta da produção da prova porque esta se confunde com o momento da admissão da mesma.

Há também as provas produzidas fora de audiência; provas fora da terra⁶⁵⁷ e as provas *ad perpetuam rei memoriam*⁶⁵⁸ provas antecipadas ou provas

⁶⁵⁵ COUTURE ainda diferencia na produção da prova o diligenciamento que é o ato da recepção e da incorporação material da prova ao expediente. Ex. o diligenciamento da prova das testemunhas consiste em assinalar dia e hora para a recepção das declarações, comunicar essas circunstâncias ao adversário, citar a testemunha, receber sua declaração, etc. COUTURE, op. cit. p. 252.

⁶⁵⁶ COUTURE, op. cit. p. 252.

⁶⁵⁷ que são produzidas em território sob competência diversa do juiz da causa, prova no lugar onde se trata o feito, precatórias e rogatórias. SANTOS, op. cit. pp. 251 e segs.

⁶⁵⁸ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. pp. 269 e segs.

cautelares.⁶⁵⁹

É importante salientar também, que na produção da prova a interferência das partes é atividade regulada conforme o sistema processual adotado (dispositivo/inquisitório). Mas, em regra em qualquer sistema não deve obrigar nem impedir a participação dos litigantes. A obrigatoriedade da intervenção das partes, na execução das provas, decorre do próprio interesse delas⁶⁶⁰.

10.4. Valoração da prova

Não nos parece que se encerra o ciclo probatório com a produção das provas, nesta fase apenas se completa a parte propriamente processual da instrução⁶⁶¹. A valoração da prova é um momento posterior a esta, que finaliza a atividade probatória, mas, a nosso sentir, se coaduna mais com a decisão da causa.

É fundamental salientar contudo, a importância deste momento (valoração) no procedimento probatório; é somente através dele que o juiz poderá chegar à convicção, poderá julgar que está convencido do lhe foi exposto através das provas admitidas e produzidas pelos diversos meios probatórios. “O convencimento racional, em suma, não é senão um juízo sucessivo, determinante e aperfeiçoador do primeiro, que constitui a certeza; a certeza é a crença na verdade; o convencimento, por sua vez, é a opinião da certeza como legítima”⁶⁶².

Portanto, a valoração é imprescindível à atividade probatória como um todo,

⁶⁵⁹ MARQUES, José Frederico. op. cit. p. 388

⁶⁶⁰ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 245.

⁶⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit. p. 325.

⁶⁶² MALATESTA, Nicolai Framarino di. op. cit. pp. 59-60.

principalmente, se entendemos a prova como resultado⁶⁶³(isto é, levar ao juiz o convencimento sobre os fatos a que deve aplicar as normas jurídicas que os regulam), pois, de nada adiantaria que as provas fossem todas devidamente colhidas e ficassem estáticas no processo. É necessária e fundamental a derradeira fase relativa à prova que é sua apreciação pelo juiz para a confecção da sentença. Como regra geral, corresponde ao momento processual em que deve adotar-se alguma decisão sobre os fatos da causa ou de certos problemas incidentais⁶⁶⁴.

Afirma *DEVIS ECHANDIA* que, no campo específico da prova judicial, a atividade valorativa adquire uma transcendência superior, porque dela depende a sorte do processo que exista ou não harmonia entre a sentença e a justiça⁶⁶⁵.

Geralmente, a valoração corresponde à sentença, mas há ocasiões que se apresenta em providências interlocutórias quando, por elas, devem adotar-se decisões sobre fatos distintos dos que fundamentam as pretensões da demanda, como por exemplo, nas objeções aos laudos dos peritos ou recusa dos juízes quanto a falsidade de documentos. Independentemente do seu momento no processo, por valoração da prova se entende a operação mental que tem por fim conhecer o mérito ou valor de convicção que pode deduzir-se do conteúdo probatório⁶⁶⁶, ou seja, saber com maior exatidão possível, como gravitam e que influência exercem os diversos meios de prova, sobre a decisão que o magistrado deve prolatar⁶⁶⁷.

⁶⁶³ ver "prova como resultado" item 1.3.3 supra.

⁶⁶⁴ *DEVIS ECHANDIA*, Hernando. op. cit. p. 303.

⁶⁶⁵ *DEVIS ECHANDIA*, Hernando. op. cit. p. 288.

⁶⁶⁶ *DEVIS ECHANDIA*, Hernando. op. cit. p. 287.

⁶⁶⁷ *COUTURE*, Eduardo J. op. cit. p. 257.

No entanto, a valoração só pode realizar-se, corretamente, se transcorreram bem as etapas ou os momentos anteriores. *“Até a produção, a prova tem personalidade, age; depois da produção, perde-a e passa a constituir objeto sobre o qual se desenvolve o trabalho intelectual do juiz, que aliás a acompanha desde que é proposta. Até a produção, a prova se manifesta; depois da produção, as suas manifestações são material, barro, com que o juiz estabelece o monumento da prova: a convicção”*⁶⁶⁸

CALAMANDREI⁶⁶⁹ subdivide a fase da apreciação da prova em interpretação e a valoração. A primeira diz respeito ao resultado, se dirige a estabelecer de um modo certo o significado de cada um dos juízos de fato colhidos; já a avaliação se dirige a estabelecer, confrontando vários juízos de fato, geralmente contraditórios, mediante a investigação sobre a atendibilidade as fontes que derivam, se tais juízos devem ser considerados correspondentes à realidade objetiva dos fatos e em que medida, e qual, de vários juízos contraditórios entre si, deve prevalecer sobre os outros. Ex. na prova testemunhal o juiz tem que interpretar o que querem dizer as testemunhas e ao mesmo tempo valorar a credibilidade do que disseram.

DEVIS ECHANDIA identifica, entretanto, três operações do processo mental de valoração da prova, são estes os aspectos básicos da função valorativa: percepção, representação ou reconstrução e raciocínio⁶⁷⁰. O juiz entra em contato com os fatos mediante a percepção ou observação, seja de modo direto ou

⁶⁶⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 326.

⁶⁶⁹ CALAMANDREI, Piero. *“Estudios sobre el proceso civil”*. *“La génesis lógica de la sentencia civil”*. pp. 380-381.

⁶⁷⁰ v. tb. “meios de prova” item 9 supra.

indireto, é uma operação sensorial; ver, ouvir, palpar, etc... Uma vez percebidos, separadamente, os fatos através dos meios de prova, é indispensável proceder a representação ou reconstrução histórica deles. Não se deve omitir nenhum, por acessório que pareça o fato, e devem coordenar-se todos e colocá-los em lugares adequados, para logo classificá-los quanto à sua natureza, tempo e quanto às circunstâncias da realidade histórica que se trata de reconstruir. Com a observação direta, opera sempre uma atividade analítica ou racional, elementar e rápida, mediante a qual se obtém as conclusões dos dados percebidos. Há então a atividade indutiva que consiste precisamente em sacar de tais dados uma conclusão e se perfaz, dessa forma, na terceira fase, a do raciocínio, o que não significa que deva estar precedida pela segunda (reconstrução), porque ao contrário, ambas desenvolvem-se, no geral, simultaneamente, inclusive, com a primeira, ou perceptiva⁶⁷¹.

No entanto, ao lado da razão e da lógica, atuam também a imaginação, a psicologia a sociologia e outros conhecimentos científicos e técnicos além também da vontade e segundo MALATESTA, "*é necessário um assentimento seguro e definitivo da vontade, que iluminada pela razão, rechaça definitivamente as possibilidades contrárias*".⁶⁷²

Pois bem, do que acima foi exposto se deduz que as regras de apreciação são de variadas naturezas e que sua aplicação concreta varia segundo as características do fato investigado, dos meios de prova utilizados e do sistema de valoração vigente no processo.

⁶⁷¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. pp. 290-300.

⁶⁷² MALATESTA, Nicola Framarino di. op. cit. p. 47, 50, 84.

Para que possamos falar de valoração da prova em sua plenitude ainda se faz mister tratar dos sistemas que a viabilizam, isto porque o problema da valoração diz respeito até um certo ponto à escolha entre os dois sistemas da prova livre e da prova legal. Para *CARNELUTTI* o dissídio entre a prova legal e a prova livre tem relação com o contraste entre a necessidade de justiça e a necessidade de certeza. *“Se nós não tivéssemos tido coragem de sacrificar largamente a justiça à certeza, não existiriam as lei materiais. Não vejo porque este sacrifício, que se faz em toda tela do processo, não deva fazer-se também em tema de prova. Fixar a valoração delas quer dizer, primeiro de tudo, eliminar um certo número de razões de dúvida em torno aos resultados do processo e assim constituindo a previsão, facilitar a solução extraprocessual das lides”*⁶⁷³.

Posto isto, passaremos a trabalhar os sistemas ou princípios de apreciação da prova judicial.

11. Sistemas de valoração da prova

11.1. Breve histórico do surgimento dos sistemas de valoração

A íntima convicção constituiu, desde os primeiros tempos o sistema imperante na maioria dos povos. O magistrado dispunha da mais absoluta liberdade, não só para determinar os meios de investigação, como para apreciar sua eficácia. Era permitido submeter o acusado a certas experiências que hoje

⁶⁷³ *CARNELUTTI, Francesco. Studi di Diritto Porcessuale. Ed. Cedam, Padova, 1939, pp. 371-372.*

repugnam a consciência jurídica, mas os resultados destas experiências não obrigavam a decisão do juiz, o qual mantinha sua liberdade de critério. Em Roma, tanto em matéria civil como em matéria penal, o princípio era o mesmo, é dizer, o da liberdade do juiz na apreciação da prova que a valorava segundo os ditames da razão⁶⁷⁴.

Pois bem, a estruturação do sistema probatório europeu-continenta, cujos traços essenciais ainda influenciam os ordenamentos contemporâneos, está ligada à crise da sociedade feudal e à conseqüente expansão do poder político das primeiras monarquias ocidentais. Com a invasão dos bárbaros, cujos costumes eram muito distintos, introduziu-se um novo sistema - o das provas legais ou positivas que tem sua origem nas ordálias e, mais especialmente, no rigoroso e formalista direito germânico. A raça germânica quando tomou contato com a latina ainda não tinha ultrapassado aquele período da história dos povos que se chamava de divino. Perdurava e ainda perduraria por mais de meio milênio os "juízos de Deus". Já não se tinha em conta, a partir de então, a convicção do magistrado, mas sim os resultados de provas como duelos, juramentos, ordálias, segundo o valor que lhes atribuíam os costumes.

No entanto, passou a se desenvolver uma racionalidade probatória, na qual a solução dos conflitos humanos deixa de ser confiada a Deus, para constituir-se tarefa dos próprios homens. Conquanto não constituísse propriamente uma novidade, dados os seus conhecidos antecedentes greco-romanos (como acima

⁶⁷⁴ ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ed. Compañia Argentina, 1941, Buenos Aires, p. 87 *apud* MEDEIROS, Flávio Meirelles. *Dificuldade de atuação dos limites jurídicos à livre apreciação da prova no chamado processo penal acusatório*. RT 710, v. 83, p. 245.

visto), o método inquisitivo aperfeiçoou-se sobretudo no seio das jurisdições eclesiásticas, diante da necessidade de repressão da heresia e das condutas irregulares do clero, que exigiam uma permanente atividade de investigação por parte das autoridades religiosas.⁶⁷⁵

Esta é pois, a origem dos dois sistemas conhecidos - livre convencimento e prova legal.

No Direito moderno se vê que nos ordenamentos se consagrou o princípio inquisitivo em matéria de provas para o processo civil tal como ocorre na Alemanha, Itália, Áustria, França, Portugal, Brasil, México, Argentina, etc.

Mais especificamente no Brasil, seguindo o disposto nas Ordenações Filipinas (L. III, T. LXVI, princ.) o regimento 737 fazia prevalecer as regras legais de apreciação da prova, que indicavam taxativamente ao juiz o valor que deveria atribuir-lhe, cerceando não só a possibilidade de empregar conhecimentos obtidos extraprocessualmente, como também, a de formar livremente sua convicção, seguindo então tendência doutrinária da Europa.⁶⁷⁶

O CPC de 1939 seguiu esta inclinação (*"na apreciação da prova o juiz formava livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes"*), bem como o CPP também segue a mesma orientação.

AMARAL SANTOS destoa do entendimento acima e entende que o sistema do direito pátrio *"não é certamente o da livre convicção"*⁶⁷⁷, mas sim o da

⁶⁷⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. Ed. RT., 1997, pp. 19-21.

⁶⁷⁶ MONIZ DE ARAGÃO, Egas D. *Direito à prova*. Revista de Processo, n. 0. 39, pp. 115 a 117.

⁶⁷⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 351.

persuasão racional, isto porque o juiz estava adstrito à regra legal que limita os meios de prova judicialmente admissíveis, no entanto a verdade, decorrente dessas provas, ele a sabia pela autoridade do raciocínio, julgava as provas sujeitando-as ao seu critério moral⁶⁷⁸.

A diferenciação entre o sistema da livre convicção e persuasão racional é questão que trataremos logo a seguir.

Hoje sabe-se que na nossa codificação processual civil o sistema que rege a valoração da prova está disposto no art. 131 " *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*".

Entretanto, historicamente, não existem processos informados integralmente pela livre convicção do juiz ou do oposto processo em que exista a total independência entre a decisão e sua convicção pessoal. É o que veremos a seguir.

Nos sistemas das provas legais, os juízes, examinando os autos, deviam apreciar o caráter de cada prova e extrair dela o respectivo valor, formulando, numericamente, a sua *quantidade*, para fins de decisão, dessa forma, as provas podiam resultar plenas ou semiplenas.

A reação iluminista veio como suporte à revolução burguesa do séc. XVIII que se voltou contra as monarquias absolutistas, cuja brutalidade se somava à incapacidade de deter o aumento da delinqüência, decorrente do processo de urbanização advindo com a Revolução industrial.

⁶⁷⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 353.

Houve neste contexto, uma veemente reprovação ao sistema inquisitório e portanto, também ao sistema das provas legais. Sob o ponto de vista filosófico houve a substituição do abstrativismo escolástico e cartesiano pela observação direta e crítica dos fatos, própria das escolas experimentais e indutivas, daí a conseqüente reivindicação em favor de um processo informativo, cujos resultados deveriam ser submetidos à livre apreciação dos julgadores.

Como o movimento da história é cíclico, passado o primeiro ímpeto do movimento revolucionário liberal, reformas legislativas subseqüentes (1801) acentuaram a involução do sistema no sentido inquisitório novamente, só que, a partir de então, já mesclado ao sistema dispositivo. Passou-se a reconhecer o valor garantístico do sistema das provas legais, sem que se ignorassem os absurdos a que poderia conduzir.

A partir das últimas décadas do século passado, desenvolveu-se expressiva corrente doutrinária, cuja ideologia estava centrada na repressão. Na raiz destas concepções, encontrava-se, essencialmente, uma nova visão do papel do Estado na sociedade, em substituição ao clássico modelo democrático-liberal. A sua influência na teoria geral da prova pôde ser sentida, na aberta adesão ao sistema inquisitório e, por sua vez, a busca obsessiva da verdade que também caracterizara a inquisição canônica e dos estados absolutos, mas agora, passava-se a encontrar uma justificação racional, com bases no positivismo.

Nesta ótica, o livre convencimento adquire então um significado mais amplo, para expressar não somente a autonomia do julgador na apreciação de provas colhidas no contraditório, mas também a ausência de limites quanto ao objeto da investigação e também quanto aos meios utilizáveis.

Paralelamente, mais centralizadamente, nos países anglo-saxões, desenvolvia-se o sistema da *Common Law*, que se caracteriza pelo primado da iniciativa individual, onde toda iniciativa processual, e em particular, a probatória é atribuída às partes. O juiz que preside o *trial* apenas assegura a correção da disputa sem ter interferência direta na apuração dos fatos. Daí resultam visões diferenciadas das noções de prova e verdade. A verdade perseguida é aquela própria das coisas humanas, que sem a pretensão de ser absoluta, não exclui uma probabilidade contrária, mas é escolhida por razões de caráter ético (*probable truth*). No entanto, reconhecida a inviabilidade da obtenção, através da pesquisa probatória, de um resultado absolutamente verdadeiro, valorizam-se os aspectos relacionados à correção do procedimento; de acordo com a chamada *sporting theor of justice*, o que conta não é somente o resultado do acerto dos fatos, mas principalmente a lisura no encontro dialético entre as partes contrapostas.⁶⁷⁹

11.2 Sistema da prova legal ou tarifada

O sistema da prova positiva ou legal hoje é exceção nas legislações modernas e como acima foi apontado, teve origem no procedimento bárbaro e se reforçou quando a este se substituiu o procedimento romano-canônico que se baseava no processo formulário em sua fase *apud iudicem*. Pelo sistema da prova legal o legislador se substitui ao juiz, quem sentencia é o legislador⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. op. cit. p. 21-40.

⁶⁸⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*, Ed. Jovene, Napoli, 1923, # 59, p. 553 e tb. FURNO, Carlo. *Contributo alla Teoria della Prova Legale. Studi di Diritto Processuale*.

Não se pode falar em prova legal sem referir-se à obra de CARLO FURNO. Cita ele que a antiga concepção germânica refletia o mesmo sentimento de superstição mística de que estavam inseridas as mais importantes atividades daquelas gentes; sentimento que os levava a considerar o poder de fazer justiça não como próprio dos homens mas como um atributo da divindade. O fundamento da prova legal com o correr dos séculos que mediam entre o da aparição do fenômeno e o nosso, se deslocou, desde a superstição religiosa até a experiência humana (e mais concretamente a experiência jurídica). A medida que amadurecia a consciência jurídica foram sendo necessárias justificações cada vez mais rigorosas para a adaptação e a sistematização do instituto. Esta justificação, segundo sabemos, se resume na palavra, certeza. O que caracteriza a prova legal frente à prova livre não é tanto o resultado quanto o modo da valoração. Não seria exato estimar que o juiz desaparece ante a prova legal, todos os meios de prova sem distinção alguma se dirigem ao juiz, no entanto, o juiz frente a um meio de prova legal nem pode, nem deve fazer outra coisa que constatar a correspondência exata entre o caso em concreto e o caso previsto pela lei em abstrato. A prova legal *stricto sensu* tem caráter vinculante ao juiz⁶⁸¹

Portanto, na prova legal o momento probatório se apresenta ao espírito do legislador, antes que ao juiz: o legislador, partindo de considerações de normalidade geral, fixa em abstrato o modo de coligir determinados elementos da decisão, subtraindo essa operação lógica às que o juiz livremente realiza para

Ed. Cedam. Padova, 1940, pp. 22-25.

⁶⁸¹ FURNO, Carlo. *Contributo alla Teoria della Prova Legale. Studi di Diritto Processuale*. Ed. Cedam. Padova, 1940, p. 147-151.

formar a própria convicção⁶⁸².

O sistema da prova legal faz a divisão das provas em plenas e semi plenas que tinham por lei um valor fixo; máximo ou mínimo. Entre as provas plenas havia o fato público, a confissão e o juramento, mas também eram a prova de várias testemunhas e a presunção justa. Entre as provas semiplenas estavam a testemunha única (*testis unus, testes nullus*) e a escritura privada⁶⁸³. A sistemática da prova legal se realiza da seguinte forma; por exemplo, o julgamento decisório ou a confissão judicial fazem prova plena, podemos discutir seu caráter de prova, mas não o seu valor pleno; ou ainda, há um número pré-determinado de provas semiplenas para formar uma prova plena; uma prova plena pode, dependendo do caso e dos defeitos, descer a semiplena. Subordina-se então a idoneidade das provas à natureza do juízo, reduzindo o ofício do magistrado a uma verificação aritmética do número de elementos necessários para se alcançar a verdade legal⁶⁸⁴.

No entanto, pensar-se que este é um sistema de todo superado e portanto, que não merece maiores considerações, é engano. O professor *OVIDIO BAPTISTA*, com precisão, aponta seqüelas que ele classifica de *gravíssimas* do sistema da prova legal: todas as restrições opostas quanto ao depoimento de menores, ou de pessoas que a lei considera suspeitas ou impedidas de depor, tem origem no princípio da prova tarifada (vide art. 405 CPC)⁶⁸⁵, a confissão judicial pertence ao sistema da prova legal, pois forma uma prova plena contra quem

⁶⁸² CHIOVENDA, Giuseppe.op.cit. p 554 e tb. FURNO, Carlo. op. cit. p. 24.

⁶⁸³ LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba em Derecho Civil*. Ed. Reus, 1928, Madrid, pp. 362-363.

⁶⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe.op. cit. # 59, pp. 554.

⁶⁸⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. 1, 2a. Ed., p. 285.

confessa⁶⁸⁶, mas em especial a regra da revelia disposta no art. 319 CPC, segundo a qual, reputam-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor⁶⁸⁷.

De qualquer sorte, o sistema da prova legal não prevalece no nosso ordenamento apenas apresenta resquícios como exceções à regra geral, que é o livre convencimento.

12.2.1 Posicionamento dos doutrinadores

Para *SENTÍS MELENDO* a prova legal é falta absoluta de liberdade, e como o pressuposto incontestável para a prova é liberdade, segundo o ponto de vista do autor, *a prova legal é uma não prova, pelo que, este estudo, não deveria fazer parte da zona probatória do direito processual. Além de sua carência de liberdade, em todos os aspectos processuais ela não constitui uma verificação que conduz a um resultado, apenas constitui a imposição direta deste resultado ao juiz, qualquer que seja sua convicção, com a impossibilidade não só de apartar-se dele, senão de seguir outros itinerários que os assinalados pelo legislador para caminhar até ele. A prova legal constitui um sucedâneo de prova*⁶⁸⁸.

CARNELUTTI não tem um posicionamento assim tal radical quanto ao tema e entende que o instituto da prova legal deve considerar-se também por um outro ponto de vista, *“algumas regras legais constituem um potente meio de desinfecção do processo contra os bacilos das provas inverídicas. Aludo principalmente aos perigos da prova testemunhal e à necessidade de estimular a formação do documento. o sistema da prova legal serve não só à certeza mas, antes disso, à*

⁶⁸⁶ LESSONA, Carlos. op. cit. p. 361.

⁶⁸⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. 1, 2a. Ed., p. 285.

⁶⁸⁸ SENTÍS MELENDO, Santiago. *La Prueba - Los Grandes Temas del Derecho Procesual*. Ed.

justiça⁶⁸⁹ .

GUASP, por seu turno, entende que o sistema da prova legal ou taxada, tem que ser cientificamente rechaçado. " *Sendo a norma jurídica um imperativo, vai dirigida a inclinar em certo sentido a vontade de um sujeito e não é apta por natureza para impor-se frente a outras atividades da personalidade entre elas a crença. O fenômeno da prova legal constitui uma anormalidade jurídica, já que, destinadas por essência todas as operações probatórias a convencer o juiz da existência ou inexistência de um dado processual determinado, no momento de chegar a obtenção do resultado de ditas operações se prescinde de tal convicção e a substitui por um imperativo legal*"⁶⁹⁰.

Já LESSONA encara a questão sob dois pontos de vista: o político e o lógico. Politicamente falando o sistema da persuasão racional⁶⁹¹ supõe no juiz independência e capacidade muito maior que no sistema da prova legal, a obrigação de fundamentar as sentenças é um eficaz corretivo de quanto se poderia encontrar de demasiado arbitrário no sistema do íntimo convencimento. Logicamente, devemos investigar se as probabilidades de uma sentença conforme com a verdade são maiores no sistema da prova legal ou no da persuasão racional. Segundo BIANCHI o sistema da persuasão racional expõe ao perigo dependente da variedade de caráter, das impressões, dos critérios do julgador, mas admite, por outro lado, adaptar o processo indutivo às particulares e mínimas

EJEA, Buenos Aires, pp. 252-253.

⁶⁸⁹ CARNELUTTI, Francesco. op. cit. p. 372.

⁶⁹⁰ GUASP, Jaime. op. cit. p. 350.

⁶⁹¹ aqui há uma divergência, posto que o autor entende existirem três sistemas (livre convencimento, persuasão racional e prova legal) enquanto que o nosso posicionamento é no sentido da existência de apenas dois. No entanto esta discussão será aventada logo a seguir.

circunstâncias do caso⁶⁹².

Por fim, citamos *DEVIS ECHANDIA* que, sinteticamente, agrupa em três tópicos as desvantagens e inconvenientes da tarifa legal; 1) Automatiza a função do juiz num momento crucial do processo, impedindo-lhe de formar-se um critério pessoal e obrigando-o a aceitar soluções contra seu convencimento lógico; 2) Conduz com freqüência à declaração como verdade de uma simples aparência formal, e a doutrina costuma dizer que tem como fim a declaração a verdade formal e não a verdade real; 3) Como consequência da verdade formal, produz-se um divórcio entre a justiça e a sentença, sacrificam-se os fins naturais da instituição pelo respeito a fórmulas abstratas e se esquece que o direito tem como função primordial realizar a harmonia social, para a qual é indispensável que a aplicação daquele aos casos concretos, mediante o processo, responda à realidade e se faça justiça. Não há dúvida que com este sistema é mais difícil de obter essa finalidade⁶⁹³.

12.3 Sistema do livre convencimento do juiz

Como acima apontado, historicamente o direito romano iniciou o sistema do convencimento íntimo, que após influência do direito germânico e a introdução da prova legal, houve um retorno às origens, sendo que, hodiernamente, o direito proscreeveu, na generalidade, o este sistema, adotando então, a livre convicção judicial. Entretanto, nenhuma das leis modernas segue exclusivamente um sistema, podemos notar que o que prevalece é o do livre convencimento, a

⁶⁹² LESSONA, Carlos. op. cit. p. 356-357.

exceção é admitida só quando a lei autoriza de modo expresso o sistema da prova legal.

A livre convicção ou livre convencimento, livre apreciação ou convicção íntima ou ainda, prova em consciência, agasalha o princípio de dever a convicção do juiz formar-se livremente, ou seja, o juiz não está adstrito a regras legais para formar seu convencimento.

Para *GUASP* é evidente que dado o conceito de prova e sua estrita natureza jurídico processual, só o sistema da prova livre resulta congruente com a significação essencial desta classe de atos. Se a função da prova é a de produzir a convicção psicológica do julgador em torno da existência ou inexistência de um dado processual determinado, apreciar a prova processual não pode querer dizer senão expressar o resultado psicológico das operações probatórias. A convicção do juiz não é um ente idealizado teoricamente, senão uma realidade, uma realidade que consiste numa crença⁶⁹⁴.

12.3.1. Limites no sistema da livre convicção

Mas, do acima exposto, quer-se significar que esta liberdade não tem limites?

Responde um autor soviético, "*a convicção íntima do juiz se forma com base nos fatos ou circunstâncias examinados pelo tribunal, comprovados e sopesados pelos juízes a sós com sua consciência, mas, o papel das provas na formação da convicção do juiz é decisivo. As provas... constituem os fundamentos*

⁶⁹³ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 94.

*em que descansa a convicção íntima*⁶⁹⁵.”

Devemos então tratar de ver em que sentido e com quais limites se pode falar em livre valoração. *SATTA*, através da análise do art. 116 do Código de Processo Civil Italiano, começa por observar que livre valoração não deve ser confundida com livre investigação. Esta implica em autonomia e discricionariedade do juiz em por a si mesmo os meios de prova, enquanto que os meios de prova são, por definição, dados ao juiz e, o juízo sobre admissibilidade de uma meio de prova é sempre um juízo legalmente regulado. Portanto, sobre a exclusão da livre investigação influenciam todas as regras processuais sobre aquisição dos meios de prova. Mas também, não se pode falar de livre valoração em relação à eficácia dos meios de prova, isto é, à sua intrínseca força probatória, porque esta é, da mesma forma, sempre legalmente determinada e dependente de princípios objetivos de caráter geral, que excluem o prudente arbítrio. Aonde começa a delinear-se a livre valoração do juiz é na consideração da credibilidade⁶⁹⁶, em concreto, das provas produzidas, mas também esta credibilidade pode ser sujeita a regras gerais de caráter legal (ex. documento excluído perante a querela de falsidade, testemunha dispensada em relação à determinadas circunstâncias). Esta valoração de credibilidade não é outra coisa que um momento daquela mais ampla valoração de todos os elementos da causa que constitui o objeto mesmo do juízo, e que se concretiza na atribuição de valor a um, antes que outro elemento, isto é, elevar aquele elemento à experiência. Aqui está a verdadeira inalienável

⁶⁹⁴ GUASP, Jaime. op. cit. p. 351.

⁶⁹⁵ VISHINSKI, Andrei. *La teoría da prova no direito soviético*. Ed. Nuevo Derecho. Buenos Aires, 1951, pp. 210 a 251 *apud* SENTÍS MELENDO, Hernando. op. cit. pp. 254-255.

⁶⁹⁶ o autor fala em *attendibilità* o qual traduzimos para credibilidade..

liberdade do juiz, sujeita somente às regras da lógica⁶⁹⁷.

Dessa forma, fica assentado que a livre valoração do juiz se dá no momento de verificar a prova em concreto e não quanto a admissibilidade ou quanto à potencial eficácia de um meio de prova; isto é, ela ocorre efetivamente, no momento em que analisam-se todos os elementos de prova existentes no processo (aí inclusos, além das provas habitualmente colhidas, juízos de verossimilhança, indícios, comportamento processual das partes, etc.) e valora-se um, ou uns, dentre eles, como aptos a justificar a convicção do juiz. Portanto, o juiz é racionalmente livre para valorar uma prova, porém a norma legal pode vencer a liberdade do juiz quando se estabelece uma presunção legal⁶⁹⁸. Além do mais, quando se fala em livre convencimento, deve-se entendê-lo somente quanto aos fatos da causa e meios de prova apresentados e não quanto ao direito aplicável.

Mas também, deve-se ter em conta que o sistema da livre convicção do juiz é limitado pelo princípio de que ele deve basear-se exclusivamente sobre as provas constantes dos autos, atendendo à máxima, “o que não está nos autos não está no mundo jurídico” e que não pode servir-se somente de seu eventual conhecimento pessoal, privado, dos fatos da causa. Por isso, o princípio da prova livre significa liberdade de apreciação da prova existente nos autos. O juiz deve fazer uso dessa liberdade de apreciação com o auxílio dos critérios da lógica, assim como da razão e da experiência, como procederia qualquer pessoa de mente sã e equilibrada⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ SATTÀ, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. Cedam, 10a. Ed., 1987, pp. 197-199.

⁶⁹⁸ SATTÀ, Salvatore. *op. cit.* p. 198.

⁶⁹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol II, # 55, Ed. Saraiva, São Paulo, 1965, pp. 91-93.

Portanto, preleciona CHIOVENDA que a liberdade de apreciação não significa, de modo algum, faculdade de decisão arbitrária e puramente subjetiva, como se ao juiz se permitisse decidir segundo uma incontrolável e irracional intuição da verdade ou segundo seu próprio conhecimento extraprocessual dos fatos da causa⁷⁰⁰.

12.4 A não existência do sistema misto da persuasão racional

Ao falar-se em sistema do livre convencimento da prova existe uma divergência na doutrina quando este se contrapõe ao sistema da persuasão racional ou “sana crítica⁷⁰¹”. Alguns autores entendem que só há dois sistemas possíveis, e outros entendem que são três os existentes. A nosso ver, após análise de várias obras a respeito do assunto, nos colocamos junto ao primeiro posicionamento, isto é, aceitando a existência, tão somente, da prova legal e da prova livre ou livre convencimento. Vejamos.

Doutrinadores como COUTURE, LESSONA⁷⁰², ALCALÁ-ZAMORA⁷⁰³, MOACYR AMARAL SANTOS entendem que os sistema da livre convicção é um critério de apreciação no qual o juiz, para seu raciocínio, não se apoia,

⁷⁰⁰ CHIOVENDA, Giuseppe.op. cit. p. 92.

⁷⁰¹ expressão usada pelos autores de língua espanhola.

⁷⁰² “no sistema do íntimo convencimento a verdade jurídica pende por inteiro da consciência do juiz que não está obrigado por nenhuma regra legal, ele julga os fatos litigiosos unicamente a medida da impressão que as provas exibidas pelos contendores fizeram sobre seu ânimo e não está obrigado a dar conta dos meios porque se convenceu. Já no sistema da persuasão racional o juiz deve pesar com justo critério lógico o valor das provas produzidas e pode ter por verdadeiro o fato controvertido só sobre a base das provas que excluem toda dúvida do contrário, a verdade jurídica pende neste sistema, não da impressão, senão da consciência do juiz, que não pode julgar simplesmente segundo seu critério individual, senão segundo as regras da verdade histórica que deve fundamentar. LESSONA, Carlos. op. cit. p. 355.

⁷⁰³ para este autor existe também a prova legal, a prova livre e intermediariamente, a prova racional ALCALÁ-ZAMORA. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Guillermo Kraft Ltda, Buenos Aires, 1945, Tomo III, pp. 41 e segs. apud SENTÍS MELENDO, Santiago. op. cit. p. 257.

necessariamente, na prova que o processo exhibe, “o magistrado adquire convencimento da verdade com a prova dos autos, fora da prova dos autos e ainda contra a prova dos autos⁷⁰⁴” ou ainda que as decisões ficam entregues ao mero arbítrio do juiz transformando-o no “*fuehrer*”⁷⁰⁵ do processo e que, portanto, há uma liberdade ao juiz de qualquer obediência a regras legais prévias, não havendo necessidade de desenvolvimento lógico das razões que o levam ao convencimento⁷⁰⁶, e dessa forma, as partes não poderiam fiscalizar a atividade do juiz.

É fundamentalmente, nestes fatores (livre construção do convencimento sem atinência a regras legais, nem mesmo à prova dos autos, infringência do princípio do contraditório e devido processo legal, na medida que as partes ficariam alheias aos motivos da decisão judicial) que se baseiam os autores que defendem a existência de três sistemas para diferenciar a livre convicção da persuasão racional. Pois, para eles, o sistema da persuasão racional que impõe regras ao convencimento do juiz impondo-lhe uma justificação expressa de sua decisão é que seria o método mais apto a valorar a prova.

Há, entretanto, posicionamentos mais brandos como o do professor *OVÍDIO BAPTISTA* que entende que a característica deste princípio é que não

⁷⁰⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 273-274.

⁷⁰⁵ “O sistema da livre convicção, em consequência, outorga ao juiz um poder discricionário, entregando as decisões ao mero arbítrio, será sempre a antítese do direito; afasta os julgamentos da regra moral, que preside o processo civil, com a indeterminação dos poderes do juiz, transformando-o em “*fuehrer*” do processo, converte o juiz em parte, permite-lhe encobrir a sua parcialidade ou fraude e o torna suspeito perante a própria sociedade”. SANTOS, Moacyr Amaral. op. cit. p. 341.

⁷⁰⁶ “não é mister, tão pouco, que a construção lógica seja perfeita e suscetível de ser controlada a posteriori; basta que o magistrado afirme que tem a convicção moral de que os fatos ocorreram de determinada maneira, sem que se veja a necessidade de desenvolver logicamente as razões que o conduzem a conclusão estabelecida.” COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho*

deverá haver qualquer limitação quanto aos meios de prova de que o juiz se possa valer, e nem restrições especiais quanto à origem ou qualidade de certas provas⁷⁰⁷, ou seja, ele posiciona a liberdade do juiz voltada à ampla aceitação dos meios de prova e não, necessariamente, à forma livre de construção de seu convencimento.

Mas, na verdade, uma das bases do sistema do livre convencimento é que qualquer elemento alegado no processo tenha força probatória para que possa o juiz considerá-lo como fundamento de sua decisão⁷⁰⁸, e argumenta *DEVIS ECHANDIA* que a subsistência de enumerações legais dos meios de prova não exclui a liberdade para apreciar seu valor de convicção, que é o que caracteriza essencialmente o sistema⁷⁰⁹.

Por outro lado, estes doutrinadores evidenciam que a única situação em que é possível a adoção integral do sistema do livre convencimento é a dos jurados, que, a princípio, não estariam adstritos a nenhuma regra lógica ou legal para proferir sua decisão. Mas, *DEVIS ECHANDIA* rebate com veemência este posicionamento quando argumenta que a única verdadeira diferença entre a sentença do juiz de direito e do jurado, consiste na falta de motivação do segundo, *mas não ter obrigação de explicar os motivos da decisão, não significa que esta careça de lógica, de apreciação racional e de crítica imparcial e serena, nem que a*

Procesal. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 273-274.

⁷⁰⁷ SILVA, Ovídio Baptista. op. cit. p. 286.

⁷⁰⁸ no mesmo sentido SATTÀ entende que a lei diz que o juiz pode trazer argumentos de prova, com os quais parece estabelecer uma contraposição entre os meios de prova sobre os quais pode fundar o juízo de existência do fato a ser provado, e fontes que trazem somente elementos de convencimento, tais como o comportamento das partes, a resposta ao interrogatório livre, etc. SATTÀ, Salvatore. op. cit. pp. 198-199.

⁷⁰⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 103.

*lei autorize a arbitrariedade*⁷¹⁰. E, mais adiante, entende que a atividade do jurado é um anacronismo em via de desaparecer e dispara; “*posto que é uma ameaça contra a democracia na justiça, porque expõe a liberdade à arbitrariedade de pessoas ignorantes*”⁷¹¹”

12.5. Posicionamento da doutrina nacional

A corrente dúplice é aceita no Brasil por vários doutrinadores, dentre ele *PONTES DE MIRANDA* que entende que “*na apreciação da prova, que é livre, pode o julgador chegar a conseqüências que não foram tiradas pelas partes, no entanto, tem o juiz de dar os fundamentos, que lhe assistiram, para a apreciação das provas*”⁷¹².

EGAS MONIZ DE ARAGÃO que com muita precisão preleciona “*o CPC está firmemente orientado no sentido de conferir ao juiz poderes tanto para conduzir a produção quanto na sua apreciação... Quanto ao dever de fundamentar a sentença em nada embaraça a liberdade de convicção do julgador; antes serve de garantia para a comunidade, contra erros de interpretação ou eventuais abusos.*”⁷¹³ e ainda neste sentido *FLÁVIO MEDEIROS*⁷¹⁴ aponta alguns limites

⁷¹⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 98.

⁷¹¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 100.

⁷¹² MIRANDA, Pontes. op. cit. p. 216.

⁷¹³ ARAGÃO, Egas Moniz. op. cit. p. 117 e no mesmo sentido Francesco Chimenti, o qual observa que a legislação processual brasileira adota o sistema da livre convencimento, outorgando ao juiz liberdade ampla para apreciação dos fatos e provas. CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material (Teoria da Prova)*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995, pp. 103-109.

⁷¹⁴ o autor cita oito princípios que limitam a livre apreciação da prova pelo juiz entendendo que os limites são aqueles impostos pelas regras derivadas da significação do processo como garantia individual. São então estes os princípios limitadores da livre apreciação da prova: 1. Princípio do devido processo legal; a apreciação da prova pelo magistrado é livre desde que o acusado tenha se submetido ao devido processo legal. O juiz não possui a faculdade de dar ao processo a

jurídicos à livre apreciação da prova pelo juiz.

12.6. Conclusões e acertamento terminológico

Para chegar-se a uma conclusão final é necessário, antes de tudo, diferenciar valoração de convencimento. A valoração requer uma atividade, um modo de proceder que, necessariamente, precede o momento conclusivo do convencimento. O convencimento, é portanto, o resultado de uma atividade e, será livre, se livre for a atividade que constitui seu pressuposto⁷¹⁵. Não se pode confundir portanto, as duas fases que guardam uma relação de pressuposição e temporariedade, uma à outra.

Do que foi exposto, pode-se inferir duas ilações finais sobre o tema proposto. Pois bem, na prova legal ocorre que, tanto a fase da valoração da prova quanto a fase do convencimento do juiz são pré-determinados, são presos a regras legais que ao juiz se impõe. Já no sistema da prova livre o juiz é absolutamente desprovido de regras quanto ao seu convencimento, ele convence-se com os argumentos que achar mais coerentes e aptos a provar o *thema probandum*. Entretanto, a valoração da prova tem de obedecer alguns ditames, ou

conformação que bem entender. 2. deve-se limitar a livre apreciação da prova ao princípio do duplo grau de jurisdição; 3. bem como ao princípio *in dubio pro reu*, na dúvida do juiz quanto as provas ele deve optar por aquelas que se apresentarem mais favoráveis aos interesses do réu; 4. a iniciativa das partes limita a livre apreciação das provas na medida que desautoriza ao juiz o julgamento de fatos não trazidos à apreciação pelas partes; 5. a vinculação ao pedido reduz o alcance da livre apreciação pois o juiz fica adstrito à hipótese fática contida na acusação; 6. o princípio da escritura, significa que o juiz está vinculado na apreciação das provas àquilo que está escrito nos autos, vedando o conhecimento extraprocessual de fatos; 7. a ampla defesa obriga a fundamentação da decisão, 8. por fim, o princípio do contraditório, pois só o elemento de prova que se deu oportunidade para contraditar se presta à formação do convencimento do juiz. MEDEIROS, Flávio Meirelles. op. cit. pp. 248-249.

⁷¹⁵ PATTI, Salvatore. *Prove. Disposizioni Generali*. Ed. Nicola Zanichelli - Bologna e Ed. Soc. Ed. del

seja, estar fundamentada através de uma motivação expressa em sentença, ou ainda, não ser baseada em valores diferentes com relação os meios de prova apresentados, isto quer dizer, que todos os elementos, independente do meio empregado, estejam aptos a formar uma integral convicção judicial⁷¹⁶.

Daí porque, a primeira conclusão que se extrai é ser mais exata a terminologia “sistema do livre convencimento judicial” e não “livre valoração das provas”, tendo em vista que a valoração pode sofrer algumas restrições, mas o convencimento é tarefa subjetiva, interna do juiz e que ele, inegavelmente, o faz respeitando apenas o seu querer.

Desse modo, o diferencial entre a prova livre e prova legal estaria neste pressuposto, de convencimento livre para um e pré-determinado para outro e sob este aspecto não há divergência na doutrina. No entanto, quando se fala de comparar convencimento livre e persuasão racional é no mesmo critério que nos apoiamos.

E como segunda conclusão devemos explicitar que, tanto no chamado sistema da persuasão racional quanto no livre convencimento judicial não há diferença intrínseca, o juiz é soberano para convencer-se a respeito do tema de prova apresentado nos autos e privilegiar uma tese em detrimento da outra, julgando a mais coerente e decidindo a questão.

Ocorre que, no chamado sistema da persuasão racional (uma suposta terceira vertente de sistemas de apreciação da prova) alguns autores entendem que só neste sistema, que, o juiz deveria ater-se a regras lógicas e julgar

Foro Italiano - Roma, 1987, p. 148.

⁷¹⁶ ver também a nota retro referente ao autor FLÁVIO MEDEIROS acima, que aponta várias

conforme as provas do processo motivando expressamente sua decisão. A motivação e a coerência lógica seriam os principais diferenciais em relação ao sistema do livre convencimento que, então, teria como pressuposto uma liberdade total do juiz, tanto na valoração quanto na sua convicção não estando ele adstrito a regra nenhuma nem mesmo à lógica ou coerência, nem necessitaria de fundamentação.

De início, o discurso destes doutrinadores já parece absurdo. Como se pode conceber uma decisão, que pretende pacificar uma situação social de conflito, ser proferida sem lógica ou coerência ou ainda, arbitrariamente - a tarefa do judiciário se resumiria então a instaurar o caos e a desordem. É claro e evidente que não é o que pretende a construção doutrinária quando fala em livre convencimento do juiz, pretende-se apenas deixar cristalino que não há diferenciação entre os dois sistemas (persuasão/livre convicção), pois ambos partem de um mesmo pressuposto - a liberdade do magistrado em seu convencimento, o que é, diametralmente, oposto ao sistema da prova legal onde aquele fica adstrito a regras para a sua convicção.

Em salvaguarda ao nosso posicionamento e, nos socorrendo de *SENTÍS MELENDO* que evidencia que prova é liberdade, podemos então identificar que, ou a prova é livremente valorada ou é legalmente tarifada, o restante são nuances de um e outro sistemas.

Segundo *GUASP* juridicamente falando, "*não há mais que duas soluções possíveis: submissão ou desvinculação às regras de direito. Entre ambos sistemas não há nenhum critério intermediário que possa ser validamente recorrido. Em*

restrições à livre apreciação da prova

*particular não constitui um terceiro grau o sistema que se chama persuasão racional, no qual se vincula a apreciação da prova*⁷¹⁷.

DEVIS ECHANDIA com muita clareza preleciona que a liberdade do juiz não o exime de submeter-se a regras de lógica, de psicologia e da técnica com um critério objetivo e social⁷¹⁸ E mais a frente finaliza “*nos parece indubitável que quando se agrega o qualificativo de racional ou outro termo similar à livre apreciação das provas, está enfatizando-se expressamente sobre algo que deve supor-se implícito*”⁷¹⁹.

Portanto, do exposto pode-se inferir que há apenas dois sistemas de valoração da prova sem um intermediário; o da persuasão racional, posto que o livre convencimento pressupõe um caráter racional, crítico e embasado em regras de lógica, de experiência, de psicologia, etc. requisitos que não são, necessariamente, exigíveis de forma expressa e o sistema da prova legal onde a valoração não sofre apenas restrições de ordem lógica, mas é absolutamente pré-determinada pelo legislador.

Além do que, o processo de convicção deve explicar-se na motivação da sentença, para atender os princípios do devido processo legal, publicidade e contraditório. Porém, o que deve ficar bem assentado é que livre convencimento não pode confundir-se com discricionariedade e muito menos com arbitrariedade, pois não se trata de conceder ao juiz um absoluto e incondicionado poder de

⁷¹⁷ GUASP, Jaime. op. cit. p. 351.

⁷¹⁸ e com muita veemência aponta; “*se quer expressar-se a liberdade para a arbitrariedade, o raciocínio ilógico ou a conclusão absurda, claro está que existiria uma diferença importante e se trataria de dois sistemas diametralmente opostos; mas se a livre apreciação não significa desconhecer a lógica, nem as regras de experiência, e menos ainda, as leis naturais, senão a valoração crítica pessoal, de acordo com estas normas óbvias e implícitas em todo o raciocínio humano, nenhuma diferença pode existir*” . DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 98-99.

valoração⁷²⁰.

TARUFFO, também identifica o problema, no sentido de que hoje é amplamente constatado que a liberdade de convencimento confunde-se com a ausência de critérios racionais de valoração e com o desconhecimento do fundamento do juízo de fato, posicionamento este que tem o aval da prevalente jurisprudência da Corte de Cassação Italiana⁷²¹.

O autor italiano, no entanto, vai mais além e acena para uma tendência atual, e de certa forma preocupante, em relação aos sistemas de valoração da prova. Constata ele que a falta de adequados esquemas racionais de valoração da prova de um lado e de outro as degenerações que o uso do livre convencimento conhece na prática, instigam, em um modo bastante óbvio, no sentido de uma repetição cíclica da história, ou seja, no sentido da revalorização do método da prova legal com remédio contra o arbítrio do juiz.

Porém, *TARUFFO* alerta que, em linhas gerais não lhe parece que os problemas relativos ao uso da discricionariedade do juiz na valoração das provas possam ser resolvidos, simplesmente, com a eliminação da discricionariedade mesma, de modo que se eliminaria não só o abuso do livre convencimento, como também, a possibilidade de um acerto verdadeiro dos fatos. De outra parte não se pode esperar que a introdução de um sistema de regras legais de prova

⁷¹⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit. p. 99.

⁷²⁰ "os autores, a jurisprudência dos nossos tribunais exige que a convicção deve ser racional, e que constitua a resultante lógica de um exame analítico dos fatos e uma apreciação crítica dos elementos da prova, rechaçando que o jogo das livres convicções possa desembocar no livre arbítrio do juiz, exigindo um correto raciocínio" SENTÍS MELENDO, Santiago. op. cit. p. 271.

⁷²¹ "O fato é que a doutrina sempre privilegiou os aspectos jurídico-formais da disciplina da prova, supervalorizando amplamente os problemas de apreciação racional da prova, quase como se este tema fosse exclusivo do filósofo e do psicólogo, e fosse, ao invés, irrelevante para a ciência do processo". *TARUFFO*, Michele. *Note per una riforma del diritto delle prove*. *Rivista di Diritto*

preencha o vazio derivado da ausência de regras racionais de valoração, e elimine os abusos. Isto porque, regras de prova legal, só poderiam ter um aspecto negativo, enquanto limitativas do valor probatório atribuíveis aos meios de prova.

Ele entende, por fim, que é uma questão de sopesar valores em jogo; isto é, se o risco de abuso ou distorção da verdade seja, no caso específico, elevado o suficiente para justificar uma limitação legal na busca da verdade, e nesta perspectiva, deve-se também estabelecer quais limitações seriam justificadas⁷²².

Do que foi acima exposto, é de salientar que entender os sistemas de valoração da prova é entender a forma como os fatos são fixados no processo e nesta perspectiva a influência que eles têm no conseguimento da verdade para o acerto dos fatos no processo. Esta (íntima) relação está melhor delimitada quando falávamos da verdade⁷²³, bem como pode-se sentir sua contribuição, de certa forma, “desastrosa” para a mitificação da verdade substancial.⁷²⁴

Processuale. Ed. CEDAM, Padova, 1986, p. 256.

⁷²² TARUFFO, Michele. op. cit. pp. 257-258.

⁷²³ v. tb. Capítulo 2, item II “Verdade”

⁷²⁴ v. tb. Capítulo IV, item 4.2 “A impossibilidade teórico-científica de sustentar a existência da verdade formal em contraposição à verdade substancial”

Capítulo IV

PROPOSIÇÕES PARA A VERDADE NA PROVA

1. Noções preliminares - breve retrospectiva

Como foi visto no segundo capítulo⁷²⁵ o cerne da questão da verdade em processo civil, está, precisamente identificado, na antítese entre verdade filosófica e verdade processual.

A verdade absoluta (filosófica) reduz-se, basicamente, à noção grega de verdade (conformidade do intelecto com a coisa - *adaequatio intellectus et rei*). No entanto, a perspectiva filosófica era rejeitada pela maioria dos processualistas modernos até os contemporâneos, desde *WACH*⁷²⁶ passando por *MALATESTA*, *CARLO FURNO*⁷²⁷, *CASTRO MENDES*⁷²⁸ e outros, pois entendiam que, sob este aspecto, a verdade era vista como um fim em si mesma; a verdade pela verdade que não atendia os fins do processo.

Em contraposição a esta noção absoluta formularam então uma verdade processual (histórica) a qual, vista sob uma perspectiva qualitativa (dos doutrinadores alemães) ou quantitativa (doutrinadores italianos) pode ser subdividida ainda em, verdade material e formal, conceitos estes também submetidos e influenciados pela aplicação dos sistemas de apreciação da prova -

⁷²⁵ v. tb. capítulo II, "verdade", item 3.1.1. b) "o posicionamento de outros doutrinadores alemães".

⁷²⁶ *WACH*, *Vorträge über die Reichs-Civil Processordnung*, Ed. 2a. (Bonn, 1896), p. 199 e segs, *apud* *FURNO*, Carlo. op. cit. p. 10.

⁷²⁷ *FURNO*, Carlo. *Contributo alla Teoria della Prova Legale*. Ed. CEDAM, Padova, 1940, p. 9-12.

⁷²⁸ "Para o Direito enquanto disciplina prática, a realidade que interessa não é a ontológica, considerada em si mesma, mas a realidade enquanto prática e socialmente cognoscível e como conceito de verdade basta-lhe conceito probalístico e quantitativo de *SAUER*: a maior concordância possível de uma proposição (de um julgo) com o seu objeto". *MENDES*, João de Castro. op. cit. pp. 374.

livre convencimento e prova legal, no processo. A verdade processual, sob um ponto de vista jurídico-processual era contingente e instrumental posto que entendida numa relação técnica e funcional de meio à escopo com o processo, isto porque a investigação e o conhecimento da verdade se perfaziam como fim último do processo⁷²⁹.

CARNELUTTI, por sua vez, pretendeu questionar esta dicotomia, consignando uma importante mudança paradigmática ao focar uma visão de verdade, a qual é encarada sob a perspectiva do sujeito, e também, por assentar que a verdade (única) não é mais baseada na adequação, mas sim, na noção Kantiana de verdade que se consubstancia em uma verdade construída.

Devemos também falar em *CALAMANDREI* que, ao resgatar, da doutrina alemã, a noção de verossimilhança, dá um enfoque quantitativo à verdade em detrimento da noção qualitativa, até então trabalhada, e pretende fazer da verossimilhança um sucedâneo daquela, influenciando, significativamente, os processualistas contemporâneos.

No entanto, o conceito de verossimilhança, tão difundido entre nós, hodiernamente, vem sendo desmitificado como sucedâneo da verdade no processo. *TARUFFO*, aponta a questão da *circularidade intrínseca* do conceito desenvolvido por *CALAMANDREI*, pois somente com o conhecimento da realidade representada pode-se estabelecer a verossimilhança da representação, por outro lado, se conhece-se a realidade não é muito interessante discutir se a

concordância possível de uma proposição (de um juízo) com o seu objeto". MENDES, João de Castro. op. cit. pp. 374.

⁷²⁹ para entender melhor a relação da verdade com o processo, v. tb. "verdade e processo" item 1.2. em "noções preliminares", capítulo II, supra.

representação é verossímil⁷³⁰. Além do mais, identifica ele que a verossimilhança, não pode ser considerada um sucedâneo da verdade porque este conceito não tem relação nenhuma com a veracidade da asserção, nem mesmo com sua probabilidade. A verossimilhança não exprime conhecimento ou graus de conhecimento, porque estes são fornecidos pelos elementos de prova da afirmação sobre o fato, enquanto que a verossimilhança prescinde dos elementos de prova e - no processo - ocorre em momentos anteriores à aquisição da prova⁷³¹.

Quanto à probabilidade, é uma noção mais afeita aos limites do sistema da *Common La*, onde alcançou maior desenvolvimento. No entanto, como foi apontado, sua aplicação ao sistema da *Civil La* vem sendo implementada, ainda que, por ora, de maneira incipiente.

Diante desta retrospectiva, queremos aqui deixar assentado que há uma tendência de retomada da noção de verdade no processo, no que tange à prova e que irá ficar mais clara no próximo tópico com o enfoque dado por *MICHELE TARUFFO*.

2. Os apontamentos de *MICHELE TARUFFO*

⁷³⁰ O tratadista italiano, além da questão epistemológica insolúvel acima aventada, observa ainda que o juízo de verossimilhança se pode sensatamente formular tendo de um lado uma descrição e de outro qualquer hipótese sobre a eventualidade que exista uma realidade similar ao objeto representado. Sob este ponto de vista, a referência do juízo de verossimilhança pode não ser a realidade, mas sim uma hipótese que se formula em torno desta e que se emprega como parâmetro para valorar se uma asserção é ou não verossímil. TARUFFO, Michele. *La prova dei...* op. cit. p. 161.

⁷³¹ TARUFFO, Michele. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Ed. Dott. A. Giuffrè. Milão, 1992, p. 161.

2.1. Razões para a retomada da noção de verdade

A primeira preocupação de *TARUFFO* quanto ao problema do acerto da verdade dos fatos no processo, é que esta questão não seja negada *a priori* ou seja tangenciada, simplesmente, dando por certo que o processo não possa ou não deva tender a verdade. Isto porque o ceticismo é sempre sujeito a críticas.

Existem portanto, boas razões para adotar um posicionamento de otimismo racionalístico sob o plano metodológico como critério de análises. A primeira das razões é colocar o acerto verdadeiro dos fatos entre os escopos institucionais do processo, porque sem esta hipótese torna-se impossível explicar racionalmente em que coisa consista a justiça da decisão.

Para sustentar seu posicionamento, o autor italiano traz uma série de argumentos contrários, para, com base neles, enfatizar a possibilidade e, mais que isso, a obrigatoriedade de se buscar a verdade no processo.

2.2. Teorias sobre o posicionamento da verdade no processo

2.2.1 A negação da verdade no processo civil

Existe um posicionamento muito difundido na doutrina processual civil que nega a possibilidade de conseguir um acerto verdadeiro dos fatos. Isto se denota no ceticismo dos advogados pelo qual não haveria sentido em falar-se de

acertamento da verdade em juízo. Esta orientação é privada de justificações racionais mas condiciona as teorias da prova e do processo.

Esta possibilidade de conseguimento da verdade vem negada em modos diversos e de diversas razões. *TARUFFO* então agrupa em três perspectivas⁷³² as razões pelas quais os doutrinadores argumentam a impossibilidade da verdade; uma teórica, outra ideológica, e ainda, uma impossibilidade prática. É o que passaremos a ver agora.

2.2.1.a) A impossibilidade teórica

Sob o ponto de vista da impossibilidade teórica há um posicionamento generalizado e fundado em um ceticismo filosófico radical que exclui a cognoscibilidade da realidade. Pode-se, contudo, observar que a possibilidade de um acertamento verdadeiro dos fatos no processo estaria fundada numa premissa filosófica que nega a possibilidade de conhecimento racional. Esta relação é, no entanto, potencial e se mantém inarticulada.

Nesta linha de pensamento *TARUFFO* coloca a posição do *perfeccionista desiludido*, ou seja, aquele que, tendo constatado que a verdade absoluta não é possível, passa ao oposto extremo e sustenta a impossibilidade de qualquer conhecimento racional. Trata-se de uma forma de irracionalidade motivada pelo abandono de posições extremas no âmbito do racionalismo⁷³³. Esta conclusão deriva de uma versão mais recente e sofisticada do *idealismo*.

⁷³² *TARUFFO*, Michele. *La Prova dei...* op. cit. pp. 8-27.

⁷³³ É muito comum entre juristas que vendo frustradas as possibilidades de conseguir no processo a verdade incontestável dos fatos, creem não poderem fazer outra coisa que negar na raiz, a

Portanto, este posicionamento que tende a negar a possibilidade de um acerto verdadeiro dos fatos move-se pela premissa psicológica ou sociológica do conhecimento. Pela primeira usam-se, em particular, os dados que mostram a falibilidade, a imprecisão, a complexidade e a variabilidade das atividades cognitivas, para justificar a impossibilidade da verdade no processo. Pela segunda usam-se os procedimentos de construção da realidade e os relativos condicionamentos sociais para mostrar como não existe nenhuma forma objetiva de conhecimento da realidade e, portanto, como não se pode criar uma hipótese que um conhecimento deste gênero se verifique no processo.

2.2.1.b) A impossibilidade ideológica

A outra perspectiva é a ideológica. Há uma orientação doutrinária no sentido de que não são razões filosóficas e epistemológicas que negam a impossibilidade da verdade no processo, mas sim, ideológicas. Os argumentos deste posicionamento dizem respeito à função e aos escopos do processo civil. Poder-se-ia dizer que, segundo esta perspectiva, a verdade *não pode* ser conseguida porque *não deve* ser perseguida, isto porque, um processo que tende à busca da verdade entra em conflito com sua própria ideologia - a crença de que o processo civil, essencialmente, é um instrumento para resolver conflitos (controvérsias jurídicas entre as partes). Esta orientação é bastante notada e difundida em todos os ordenamentos, pode-se até dizer que constitui um dos arquétipos fundamentais do processo civil. Pode-se observar então, que este

possibilidade de seu conhecimento. TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 10.

contraste vem formulado de modos diversos, que *TARUFFO*, simplificando, reduziu a dois posicionamentos básicos.

O primeiro deles é que a busca da verdade não é interesse no processo, porque este não tem finalidade cognoscitiva ou científica, a verdade é portanto, eventual à atividade processual. Uns até entendem que a verdade é inútil e contraproducente enquanto impele o processo em direções diversas da sua finalidade fundamental.

O segundo modo é por em máxima evidência que o valor fundamental do processo é a liberdade, autonomia e iniciativa individual das partes. As partes, são interessadas em uma solução aceitável da controvérsia e não na busca objetiva da verdade. Por outro lado, o juiz deve estar vinculado a adotar um, dentre os meios de prova e as versões que as partes, espontaneamente, lhe forneceram. Este raciocínio vem tocar num terreno bem conhecido da ideologia do processo civil - os pressupostos acima expendidos são alguns dos pontos principais do posicionamento, que na Europa Continental, se funda no princípio dispositivo, enquanto que nos sistemas da *common law* deram lugar à *adversary system of litigation*⁷³⁴.

Portanto, a técnica retórica aqui adotada consiste em fazer uma caricatura da verdade para mostrar o quanto esta é indesejável no processo civil.

2.2.1.c) A impossibilidade prática

As impossibilidades práticas no conseguimento da verdade, por seu turno,

⁷³⁴ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 20.

são de várias naturezas. Por exemplo, se sublinha que o juiz não dispõe dos instrumentos cognoscitivos, nem de tempo e liberdade de pesquisa, dos quais dispõe o cientista ou o historiador. O processo, ao invés, deve desenvolver-se dentro de um tempo limitado em razão de interesses públicos e privados.

Por outro lado, existem limitações legais ao uso dos meios judiciais de conhecimento e aos procedimentos com os quais estes meios podem ser formados e utilizados e existem ainda, normas de prova legal que impõem ao juiz uma verdade formal, muitas vezes não correspondente à realidade dos fatos.

Pode-se então mostrar como, sob numerosos aspectos, o processo *não é capaz* de funcionar como mecanismo para acerto da verdade dos fatos. É a tese de que a verdade “é bela, mas não é possível”.

Esta teoria funda-se na impossibilidade do conseguimento de uma verdade absoluta no processo, a qual, o autor concorda que não é atendível em si. A chave para entender-se a questão é que não se deve mitificar a verdade absoluta, mas sim, tentar estabelecer qual verdade relativa e racional pode ser concretamente acertada. Isto porque, segundo *TARUFFO*, as limitações e as peculiaridades inerentes à estrutura do processo são, certamente e *a priori*, incompatíveis com a busca da verdade absoluta. Mas resta verificar se é esta a verdade necessária no processo e ainda, se qualquer verdade é incompatível com o processo⁷³⁵.

Por outro lado, importa ter distintas as considerações relativas ao funcionamento de um dado processo “como ele é” daquele que “deve ser” como instrumento para estabelecer a verdade. E ele propõe uma solução casuística, posto que não é possível tirar conclusões, de ordem geral, sobre a impossibilidade

prática que o processo produza decisões verdadeiras dos fatos⁷³⁶.

2.2.1.d) A irrelevância da verdade no processo civil

Pode-se falar também de uma área contígua à negação da possibilidade de verdade no processo, aquela orientação segundo a qual, esta questão é de todo irrelevante. Não se discute contudo, se a verdade é possível ou impossível, oportuna ou inoportuna, simplesmente esta indagação é excluída do campo de análise e, por consequência, não é um objeto relevante de atenção.

A primeira variante é a orientação segundo a qual, o processo, não é senão um jogo retórico-persuasivo. Haveria então uma retórica intrínseca no raciocínio jurídico e mais especificamente, ao processo, que se distingue em retóricas específicas, ou seja, a do advogado que visa persuadir o juiz que tem razão, e a retórica do juiz que, motivando a sentença, visa persuadir a todos (partes, defensores, opinião pública), sobre a boa índole da decisão que tomou.

O aspecto mais importante do processo seria a narração (cujas características devem ser clareza, coerência e completeza, de acordo com o senso comum), que os advogados apresentam ao juiz. Neste contexto, a irrelevância da verdade é facilmente justificável, e se resolve nas características peculiares da retórica como arte da persuasão.

Por outro lado, *TARUFFO* entende que este posicionamento é obviamente criticável, e aponta para a inequívoca e vertiginosa circularidade do conceito, o qual se torna um jogo de tautologias intrincadas.

⁷³⁵ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 26.

A segunda variante pela qual a verdade dos fatos é irrelevante ao processo se funda na aplicação de métodos e modelos semióticos aos problemas jurídicos. Esta não só privilegia, mas primordialmente, se detém no aspecto lingüístico da questão. Na perspectiva semiótica-narrativista do processo só a dimensão lingüística e narrativa são relevantes, não guardando importância a relação entre a narração e a realidade empírica. Este posicionamento faz sobressair o mecanismo semiótico ilimitado, ou seja, o contínuo e infinito retorno a um dado lingüístico numa troca contínua de significados.

Quanto a este posicionamento *TARUFFO* pondera que não há dúvida que o problema do juízo de fato, uma vez assentado na dinâmica do processo, tem uma relevante e interessante dimensão semiótico-lingüística. Mas esta não é a única dimensão significativa do problema. Isto porque, a extrema coerência do discurso semiótico-narrativista assinala também o seu limite fundamental: A negação do problema da verdade dos fatos não pode ser “verdadeira” porque pode ser apenas uma “pretensão de negação” considerada como não mais que uma função do discurso que o semiótico desenvolve sobre o processo e sobre a decisão judiciária⁷³⁷.

2.2.2. A afirmação da verdade no processo civil

Pois bem, expostos os posicionamentos, os quais, de diversas formas, negam ou excluem a eventualidade de um acerto verdadeiro dos fatos da

⁷³⁶ *TARUFFO, Michele. La Prova dei... op. cit. p. 27.*

causa, examinaremos agora os fundamentos sobre a possibilidade contrária, segundo a qual, o processo em geral, e o processo civil, em particular, deve orientar-se em razão de uma decisão, de alguma forma, verdadeira sobre os fatos.

2.2.2.a) A possibilidade teórica

As considerações sobre a possibilidade teórica do conseguimento da verdade no processo estão basicamente fundadas em um *realismo ingênuo*, ou seja, pela pressuposição da existência da realidade empírica e da capacidade do intelecto humano de ter conhecimento verdadeiro sobre esta realidade - *teoria da correspondência* - na qual se dá, por dedução, que o conhecimento *corresponde* à realidade, sendo, por esta razão, verdadeiro.

TARUFFO acena, então, para várias orientações filosóficas em termos de realismo crítico, empirismo interno e relativismo epistemológico que fornecem respostas diversas, mas, positivas - ou pelo menos, não radicalmente negativas, ao problema da verdade. Mas a preocupação do autor não é exatamente a análise detida de cada um deles, nem mesmo apontar para uma única orientação que tenha como premissa, exclusiva, a análise do problema da verdade judicial. O que ele entende como suficiente demonstrar é que existem orientações idôneas a fornecer, seja em termos filosóficos ou epistemológicos, um fundamento teórico para a possibilidade de construir noções sensatas de "verdade judicial"⁷³⁸.

⁷³⁷ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 35.

⁷³⁸ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 41.

2.2.2.b) A oportunidade ideológica

Assentada a possibilidade teórica do conceito passamos a possibilidade ideológica que aqui vem fundada numa noção muito óbvia e dificilmente contestável dos escopos do processo - que este deve tender a produzir decisões justas. (Esta noção ideológica vem em contraposição àquela de que o processo visa a decidir controvérsias - doutrinadores que pregam a impossibilidade ideológica da verdade⁷³⁹).

No entanto, quem cria a hipótese de que o processo deve tender à produção de decisões justas é, logicamente, induzido a discutir e analisar os critérios segundo os quais deveria ser definida em geral ou valorada no caso concreto, a justiça da decisão. Aqui se põe então o problema da justa interpretação e aplicação da lei por parte do juiz e das relativas garantias.

Há, porém, um aspecto muito importante do conceito de justiça⁷⁴⁰ da decisão que tem relação direta com este problema. Independentemente do critério jurídico que se empregue para definir e valorar a justiça da decisão, pode-se dizer que esta não será jamais justa se fundar-se em um acerto errôneo ou não acreditável dos fatos. Isto porque a veracidade e credibilidade do juízo sobre os fatos são condições necessárias para que se possa dizer que a decisão judicial é justa.

Portanto, ac centro desta ideologia está uma concessão racional e analítica da verdade judicial como caráter essencial de uma decisão controlável, articulada e justificada: a verdade dos fatos é, neste sentido, o êxito de um procedimento

⁷³⁹ v.tb. neste Capítulo item 2.2.1.b

⁷⁴⁰ É fundamental, mais uma vez observar aqui que dispomos do vocábulo "justiça" como senso

cognoscitivo complexo que se desenvolve segundo diretivas jurídicas e racionais e se aficciona em um juízo racionalmente justificado. Não faltam, também, teorizações explícitas da verdade judicial dos fatos como garantia ou como base para a atuação de garantias atinentes ao processo e à legalidade⁷⁴¹.

Por fim, diz *TARUFFO* que esta orientação sublinha o papel fundamental que o valor da verdade representa na experiência jurídica, e disto deriva o valor essencial da verdade na administração da justiça⁷⁴².

2.2.2.c) A possibilidade prática

Tendo em vista que a verdade dos fatos no processo é teoricamente possível e ideologicamente necessária, resta verificar a sua possibilidade prática. Vale a pena salientar que é nesta perspectiva que *TARUFFO* despente os argumentos mais significativos em relação à possibilidade de um acerto verdadeiro dos fatos no processo e é por esta razão que nos deteremos mais neste estudo.

Dado que os limites derivados da disciplina jurídica do processo não impedem, necessariamente, o acerto da verdade, ocorre verificar “positivamente” em quais termos ela pode ser acurada, dada a presença daqueles limites. O autor agrupa em duas perspectivas o problema, vamos a elas.

A) Uma primeira ordem de considerações concerne à influência, das normas que regulam o processo, em particular as que limitam a admissão,

teórico dos juristas, isto é, isento de categorizações ou concepções ideológicas

⁷⁴¹ *TARUFFO, Michele. La Prova dei... op. cit. p. 48.*

⁷⁴² *TARUFFO, Michele. La Prova dei... op. cit. p. 47.*

formação, aquisição e eficácia das provas sobre o acerto da verdade dos fatos. A presença destas normas leva a pensar num contexto totalmente típico e autônomo, completamente diverso do contexto em que se põem problemas *lato sensu* cognitivos, levando à tendência de que a *verdade jurídica* não tem nada em comum com a verdade da qual se fala fora do processo. No entanto, há várias razões pelas quais este modo de pensar é, em larga medida, infundado.

A1) Em primeiro lugar se observa que estas regras legais que disciplinam as provas e o acerto dos fatos no processo não exaurem estes objetos, mas são, ao contrário, sobretudo nos ordenamentos modernos, essencialmente *residuais*. Tratam-se de regras que dizem respeito a alguns aspectos ou parte dos procedimentos processuais de acerto dos fatos, cuja importância tende a diminuir na medida que se afirmam princípios como da liberdade da prova e do convencimento do juiz.

E aqui o autor faz uma dedução de significativa importância, ou seja, que estas regras condicionam em alguns aspectos a verdade estabelecida no processo, mas isto não é suficiente ou não legitima que esta verdade seja, sistematicamente, diversa daquela que se consegue fora do processo. Há, seguramente, uma diferença derivada da disciplina jurídica das provas, mas esta diferença não exclui *a priori* que também no processo se consiga estabelecer uma verdade controlável segundo critérios lógicos e epistemológicos⁷⁴³.

A2) Em segundo lugar deve-se considerar que sobre esta questão qualquer generalização é, particularmente, perigosa. Dessa forma, pode-se dizer que a disciplina legal da prova pode ter efeitos muito diversos sobre o acerto da

verdade dos fatos. É fato que as normas de prova legal, em sentido estrito, vinculam o juiz a uma *verdade legal*, tendencialmente, diversa da *verdade empírica dos fatos*, mas nem todas as regras de prova são deste gênero; existem normas que tendem a favorecer a determinação da verdade histórica dos fatos, prevendo erros ou regulando procedimentos específicos de controle sobre a veracidade da prova.

Por outro lado também deve-se considerar que existem de fato, sistemas que tendem a “fechar” a disciplina legal da prova, maximizando a *verdade legal*, enquanto outros visam maximizar o conseguimento da *verdade não-legal* dos fatos. Daí deduz-se que, obviamente, não se pode eliminar todas as diferenças entre os accertamentos que se consegue no processo, e a verdade que se acerta fora do processo, mas estas diferenças são vistas como relativas e variáveis (em especial, no que diz respeito ao sistema de legal de prova escolhido pelo ordenamento), e não são aptas a fundar um conceito completamente autônomo de *verdade processual*⁷⁴⁴.

B) Vamos agora a uma segunda ordem de considerações sobre a questão, as quais dizem respeito à relação entre os limites concretos que derivam das normas sobre provas e, em geral, à disciplina jurídica do processo e um “tipo de verdade” que no processo se pode conseguir.

Parece óbvia a observação que no processo não se trata de estabelecer verdades absolutas e imutáveis, de modo que só há sentido em falar-se em verdades relativas. Dessa asserção não deriva, no entanto, alguma diferença de

⁷⁴³ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 51.

⁷⁴⁴ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 52.

fundo (substancial) entre a verdade que se forma no processo e aquela que se forma fora do processo, pela boa razão que também esta última é, inegavelmente, relativa.

Pelo menos em dois sentidos pode-se dizer que é relativa a verdade que se estabelece no processo.

B1) Num primeiro sentido é relativa porque existem limites (tempo, capacidade humana e normas jurídicas) aos instrumentos cognoscitivos que se podem empregar para acertá-la, mesmo porque não haveria sentido em pensar-se uma situação de uma verdade absoluta alcançável com meios cognoscitivos ilimitados. Mas estes argumentos não valem somente para a verdade estabelecida no processo, mas sim para qualquer situação cognoscitiva que se verifica também fora do processo. Dessa forma, verdade é neste sentido relativa e não existem fora do processo verdades absolutas em relação às quais a verdade processual seja, por definição, algo menor⁷⁴⁵. Isto não significa contudo, que estas verdades são iguais e intercambiáveis; elas são diversas, principalmente em razão dos meios cognoscitivos disponíveis (variam em razão dos modelos processuais diversos e também situações cognoscitivas estranhas ao processo). O que deve ficar claro é que tratam-se apenas de variações de *grau* sob uma escala, substancialmente, homogênea, não de diferenças qualitativas e absolutas.

B2) Num segundo sentido se pode falar de verdade relativa atinente à relatividade em relação ao *contexto*, entendendo por contexto não só os meios cognoscitivos disponíveis, mas também o conjunto de pressuposições de noções, de regras, bem como da linguagem (vocabulário que se adota para formular os

problemas e determinar soluções) e também de modelos processuais, ideologias, enfim, da estrutura em função das quais constroem-se versões dos fatos. Naturalmente, se pressupõe a possibilidade de uma variação ilimitada de contextos sobre os quais constroem-se versões da verdade e, nesta perspectiva, perde o sentido, mais uma vez, a distinção entre verdade processual e extraprocessual, isto porque, se são relativos os contextos, nenhuma das duas, nem mesmo a segunda, pode-se definir como absoluta⁷⁴⁶.

Pois bem, tendo em vista que as versões do mundo não se fabricam do nada, mas partindo de outras versões, pode-se dizer que é possível recuperar uma noção de verdade processual conexa às noções extraprocessuais de verdade, em função da analogia ou das parciais coincidências entre os respectivos conceitos. Neste contexto, há sentido formular o problema da verdade dos fatos segundo critérios, não necessariamente, vinculados ao vocabulário legal.

O processo tem um contexto específico individualizado pela presença de regras jurídicas, esta peculiaridade “relativiza” a verdade processual influenciando no acertamento dos fatos. Isto não exclui, todavia, que também no âmbito de um contexto particular, fortemente relativizado, possam-se conseguir verdades respeitáveis.

Resumindo então, pode-se dizer que a disciplina legal do processo e das provas não é de per si um obstáculo a que no processo se acerte a verdade dos fatos, posto que se trata inevitavelmente de uma verdade relativa e ligada ao contexto no qual vem estabelecida. O tipo de verdade que vem estabelecida no

⁷⁴⁵ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 53.

⁷⁴⁶ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 55.

processo, em que medida é acreditável, e quanto está próxima ou longe da verdade que pode ser estabelecida em outros contextos cognoscitivos, é um problema que pode ter soluções concretas e específicas, em função da natureza, da amplitude e da incidência dos limites que as normas de um particular ordenamento põem em busca de uma versão verdadeira dos fatos⁷⁴⁷.

2.3. Conclusões

Pois bem, podemos então aqui fazer um resumo dos argumentos acima expendidos. Das teorias que negam a possibilidade da verdade no processo temos, primeiramente, a que sustenta a impossibilidade teórica baseada em um ceticismo filosófico radical que exclui a cognoscibilidade da realidade (*perfeccionista desiludido*). Usam-se dados que mostram a falibilidade, a imprecisão, a complexidade e a variabilidade das atividades cognoscitivas, para justificar a impossibilidade da verdade no processo. Bem como que não existe nenhuma forma objetiva de conhecimento da realidade não se podendo, portanto, criar uma hipótese que um conhecimento deste gênero se verifique no processo.

A perspectiva ideológica de negação da verdade no processo diz respeito à função e aos escopos do processo civil. Segundo esta perspectiva, a verdade *não pode* ser conseguida porque *não deve* ser perseguida, isto porque, o processo é um instrumento para resolver conflitos (controvérsias jurídicas entre as partes). Esta orientação constitui um dos arquétipos fundamentais do processo civil.

São várias as impossibilidades práticas no conseguimento da verdade. São

⁷⁴⁷ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 58.

limitações subjetivas, p. ex., o juiz não dispõe dos instrumentos cognoscitivos, nem de tempo e liberdade de pesquisa; também limitações legais ao uso dos meios judiciais e procedimentos de conhecimento, etc... É a tese de que a verdade “é bela, mas não é possível”.

Há também aqueles que entendem ser irrelevante discutir se a verdade é possível ou impossível, oportuna ou inoportuna, ela não é um objeto relevante de atenção. A primeira variante é a orientação segundo a qual, o processo, não é senão um jogo retórico-persuasivo. O processo tende apenas ao convencimento do juiz, ganha quem tiver o melhor argumento independentemente da sua ligação com a veracidade dos fatos. O aspecto mais importante é a narração, e o processo viabiliza a arte da persuasão dos advogados. Este posicionamento é criticável por *TARUFFO*, pela sua “inequívoca e vertiginosa circularidade do conceito”, o qual se torna um jogo de tautologias intrincadas.

_____A segunda variante se dá na perspectiva semiótica-narrativista do processo onde só a dimensão lingüística e narrativa são relevantes, não guardando importância a relação entre a narração e a realidade empírica. Este posicionamento faz sobressair o mecanismo semiótico ilimitado, ou seja, o contínuo e infinito retorno a um dado lingüístico numa troca contínua de significados. Da qual *TARUFFO* pondera que o problema do juízo de fato, tem uma relevante e interessante dimensão semiótico-lingüística. Mas esta não é a única dimensão significativa do problema.

Porém, como é óbvio, autor italiano sustenta todas as razões para a possibilidade do conseguimento da verdade no processo.

A possibilidade teórica do conseguimento da verdade no processo está,

basicamente, na pressuposição da existência da realidade empírica e da capacidade do intelecto humano de ter conhecimento verdadeiro sobre esta realidade - *teoria da correspondência* - na qual se dá, por dedução, que o conhecimento *corresponde* à realidade, sendo, por esta razão, verdadeiro.

Ideologicamente, a verdade no processo está fundada numa noção segundo ele, muito óbvia e dificilmente contestável dos escopos do processo - que este deve tender a produzir decisões justas. Independentemente do critério jurídico que se empregue para definir e valorar a justiça da decisão, pode-se dizer que esta não será jamais justa se fundar-se em um acerto errôneo ou não acreditável dos fatos. Isto porque a veracidade e credibilidade do juízo sobre os fatos são condições necessárias para que se possa dizer que a decisão judicial é justa.

Por fim, as possibilidades práticas da verdade no processo que se configuram nos argumentos mais significativos do autor. O autor agrupa sob duas perspectivas a questão dos limites impostos pela disciplina jurídica do processo que impediriam o acerto da verdade dos fatos.

Os limites impostos pelas normas que regulam o processo levariam a crer que existe um contexto totalmente típico e autônomo, e que portanto a *verdade jurídica* não tem nada em comum com a verdade da qual se fala fora do processo. No entanto, há várias razões pelas quais este modo de pensar é, em larga medida, infundado.

As regras legais que disciplinam as provas e o acerto dos fatos no processo são, essencialmente *residuais*. São regras cuja importância tende a diminuir na medida que se afirmam princípios como da liberdade da prova e do

convencimento do juiz. Além do mais, o autor pondera que “*há, seguramente, uma diferença derivada da disciplina jurídica das provas, mas esta diferença não exclui a priori que também no processo se consiga estabelecer uma verdade controlável segundo critérios lógicos e epistemológicos*”⁷⁴⁸.

Por outro lado, pode-se dizer que a disciplina legal da prova pode ter efeitos muito diversos sobre o accertamento da verdade dos fatos. Se é fato que as normas de prova legal vinculam o juiz a uma *verdade legal*, existem normas porém, que tendem a favorecer a determinação da verdade histórica dos fatos. Daí deduz-se que as diferenças entre a verdade intra e a verdade extraprocessual são vistas como relativas e variáveis e não são aptas a fundar um conceito completamente autônomo de *verdade processual*⁷⁴⁹.

Numa segunda ordem de considerações podemos consignar a relação entre a disciplina jurídica do processo (e os limites que daí derivam no accertamento dos fatos) e o “tipo de verdade” que no processo se pode conseguir.

TARUFFO se mostra bastante seguro quanto ao tipo de verdade que se consegue no processo, consignando que no processo não se trata de estabelecer verdades absolutas e imutáveis, de modo que só há sentido em falar-se em verdades relativas, fato este que não a diferencia da verdade que se forma fora do processo que também é, inegavelmente, relativa⁷⁵⁰.

É *relativa* porque existem limites (tempo, capacidade humana e normas jurídicas) aos instrumentos cognoscitivos que se podem empregar para acertá-la,

⁷⁴⁸ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 51.

⁷⁴⁹ TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 52.

⁷⁵⁰ Dessa forma, verdade é neste sentido relativa e não existem fora do processo verdades absolutas em relação às quais a verdade processual seja, por definição, algo menor TARUFFO, Michele. *La Prova dei...* op. cit. p. 53.

e também é relativa em relação ao *contexto*, entendendo por contexto não só os meios cognoscitivos disponíveis, mas também o conjunto de regras, da linguagem, modelos processuais, enfim, da estrutura em função das quais constroem-se versões dos fatos.

Por fim, consigna o autor que o processo tem um contexto individualizado pela presença de regras jurídicas, o que “relativiza” a verdade processual influenciando no acerto dos fatos. Isto não exclui, todavia, que também no âmbito de um contexto particular, fortemente relativizado, possam-se conseguir verdades respeitáveis⁷⁵¹.

Deste resumo feito podemos então concluir que *TARUFFO* é um otimista e mais que isto, um defensor da verdade no processo, todavia, a verdade que ele busca segue os moldes mais conservadores face à doutrina processual.

Ele critica os vários posicionamentos que se mostram avessos ao conseguimento da verdade no processo e traz bons motivos refutar estas teorias. Por outro lado, afirma a necessidade da verdade no processo, disserta, constrói teorias, defende, chega a acenar quanto à possibilidade de uma verdade relativa, no entanto, acaba seu trabalho por regredir a uma noção que ele mesmo critica - a verossimilhança.

O pensamento do tratadista italiano conduz-se nestas linhas; devemos então veementemente buscar a verdade e não seus sucedâneos (verossimilhança e probabilidade), no entanto, a resume ele “o processo é um *‘empreendimento’*”

⁷⁵¹ O tipo de verdade que vem estabelecida no processo e sua relação com a verdade estabelecida em outros contextos cognoscitivos, é um problema que pode ter soluções concretas e específicas, em função da natureza, da amplitude e da incidência dos limites que as normas de um particular ordenamento põem em busca de uma versão verdadeira dos fatos. *TARUFFO, Michele. La Prova dei... op. cit. p. 58.*

científico ou filosófico que não tem necessidade de verdades absolutas, contentando-se com muito menos, com uma verdade relativa, qual seja, a 'verdade suficiente' a fornecer uma base racionalmente fundada à decisão" ⁷⁵².
(grifamos).

Estas ponderações demonstram seu forte engajamento com a noção quantitativa de verdade (verdade suficiente) de *FURNO* desenvolvida por *CALAMANDREI*. Portanto, ele trabalha com a mesma perspectiva que este último autor, a diferença é que este chama de verossimilhança e *TARUFFO* chama de verdade mesma. A tratativa da questão da noção ontológica da verdade em *TARUFFO* está descrita logo mais, após termos detalhado outras noções importantes para a conclusão das críticas quanto à sua obra ⁷⁵³.

Sabe-se então que é preciso ir mais além. A verdade é necessária e possível sim, mas sob que perspectivas? Onde está o fundamento da verdade? Para responder a estas indagações faz-se mister incursionar sobre outra área do saber científico - a filosofia.

3. Noções filosóficas da verdade

3.1. A importância da perspectiva filosófica da verdade

Quando se falava em verdade processual esta era tida em contraposição à

⁷⁵² TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. op. cit. p. 152.

⁷⁵³ v. tb. neste Capítulo, item 4.4 "A adoção da verdade como correspondência em TARUFFO".

verdade absoluta (filosófica) e baseada na noção grega de adequação, a qual era veementemente rechaçada pelos processualistas da modernidade. Havia então uma dicotomia profunda, uma verdadeira antítese entre a noção processual da verdade e sua noção filosófica que foi banida do campo de estudos da “ciência” processual. Neste âmbito a verdade ainda se subdividia em verdade material e formal sob duas perspectivas; qualitativa e quantitativa, tema este já anteriormente trabalhado⁷⁵⁴. Pensava-se que a verdade material (sob a perspectiva qualitativa) era a “verdade verdadeira”, o ideal de verdade a ser alcançado. Dessa forma, analisava-se a verdade material (engajada no processo e para o processo) que tinha uma pretensão de legitimar-se como sendo a “verdade ideal”, sob uma perspectiva contingente do processo mesmo.

No entanto, pode-se apontar dois erros quanto às ponderações dos processualistas. Em primeiro lugar, não era possível basear-se na verdade grega para criticar a verdade sob a perspectiva filosófica; este não pode ser considerado um julgamento válido sob o ponto de vista metológico, pois estvésse considerando e, ao mesmo tempo, criticando a legitimidade de uma visão paradigmaticamente já suplantada. Em segundo lugar, havia um erro de referencial na busca da verdade no processo. Jamais se poderia chegar a uma verdade ideal, como queriam os processualistas, com pretensões de universalidade analisando-a sob a perspectiva limitada e contingente do próprio processo. A solução deveria estar fora dele - na indesejada e repelida perspectiva filosófica da verdade.

⁷⁵⁴ Toda a tratativa da questão da antítese verdade filosófica e verdade processual, verdade formal e verdade material está amplamente trabalhada no Capítulo II, item 2.

Os processualistas contemporâneos, em especial, *MICHELE TARUFFO* já se conscientizaram da necessidade desta perspectiva para uma mais precisa determinação da verdade no âmbito processual. Isto porque, *TARUFFO* entende que, ideologicamente, a questão da verdade dos fatos está assentada, inegavelmente, como escopo institucional do processo para uma decisão que pretende ser justa. Dessa forma, não é de se investigar portanto, se o processo deve ou pode ser tendente ao acerto da verdade, mas sim, estabelecer que coisa se pode entender por verdade dos fatos no âmbito do processo, e quando, e a quais condições, e com quais meios, essa pode ser conseguida. Trata-se de um problema eminentemente, epistemológico, porque diz respeito às características e às modalidades do conhecimento de alguma coisa, seja no âmbito de um específico contexto de experiência caracterizado por regras e exigências institucionais particulares⁷⁵⁵.

Portanto, como bem descreveu *TARUFFO*, o conceito de verdade, ainda que seja para utilização no contexto processual, é um problema eminentemente epistemológico, e desta forma, não se pode apartar de sua perspectiva filosófica.

Este conceito, no nosso século, em especial nas décadas recentes, conheceu versões diversas e polêmicas, sobretudo no âmbito da metodologia das ciências. É o que trataremos, a partir de então, as noções de verdade elaboradas pelos filósofos antigos, modernos e contemporâneos, ainda que não tão profundamente como merecido, porém apenas no sentido de esclarecer que esta perspectiva (filosófica) é de fundamental importância para a determinação do tema em sede processual. E que nos desculpem os demais processualistas.

⁷⁵⁵ *TARUFFO, Michele. La Prova dei... op. cit. p. 144.*

3.2. Noções introdutórias

O problema da verdade segundo *CORBISIER* não se limita ao âmbito da gnosiologia, ou teoria do conhecimento, mas inclui pressupostos éticos e políticos. Gerada e produzida no tempo, a verdade, além de resultado ou essência, é projeto e processo. *“À luz da filosofia, o problema da verdade deve ser proposto e examinado do ponto de vista da totalidade, não só, portanto, em seu resultado, ou essência que não é o todo “efetivamente real”, nem somente em sua tendência que é apenas o impulso ainda privado da “realidade efetiva”, mas em sua atualização, ou na totalidade do processo em que consiste.”*⁷⁵⁶

Portanto, o que propõe *CORBISIER* é que o exame da verdade requer não só uma análise sob o ponto de vista de sua essência, ou seja, entendendo a verdade como uma substância, algo definitivo, mas como um processo temporal. Dessa forma, além da perspectiva gnosiológica da verdade faz-se mister a análise de seus pressupostos ou condições de possibilidade, quais sejam, pressupostos de natureza ética e política que se revelam inseparáveis da verdade, entendida como processo e totalidade.

Para tanto, vamos iniciar sua análise filosófica a partir da noção de paradigma de *THOMAS KUHN*, pois, partindo do pressuposto que os paradigmas são movimentos filosóficos, são direcionamentos de pensar semelhantes dos quais compartilham determinadas pessoas em uma determinada época, eles podem servir de guia para traçar a visão em cada momento histórico sobre a

⁷⁵⁶ *CORBISIER*, Roland. op.cit. p. 68.

verdade.

Para HABERMAS “os movimentos filosóficos não passam de fenômenos produzidos pela história”⁷⁵⁷. O autor quis então delinear que os movimentos filosóficos são datados, situados, incompletos, provisórios e precários, ou seja, têm sua historicidade. Entretanto, no interior de uma mesma época surgem movimentos com uma fisionomia própria, distintos uns dos outros porém, ainda que existam diversas correntes e sistemas filosóficos, numa mesma época, estes podem ser reunidos em uma única categoria. O que significa dizer que diferentes correntes produziram suas filosofias com fundamento e nos limites de uma mesma moldura - o paradigma. São três os grandes grupos paradigmáticos da história: *paradigma do ser, da consciência e do agir comunicativo*⁷⁵⁸.

HABERMAS, dividiu as épocas históricas a partir do conceito de *paradigma*, construído por THOMAS S. KUHN, o qual afirma então que um paradigma são as crenças, valores, técnicas que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma.⁷⁵⁹ KUHN utiliza este conceito para explicar que a transformação do conhecimento científico não cresce de modo cumulativo e contínuo.⁷⁶⁰ A ciência se desenvolve em duas fases: a fase da *ciência normal* e a fase da *ciência revolucionária*. KUHN chama de *ciência normal* a que se processa enquanto o paradigma é aceito pela comunidade científica, ou seja, não há críticas radicais às

⁷⁵⁷ HABERMAS, Jurgen. *Pensamento Pós-metafísico*. Ed. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1990, p. 12, apud LUDWIG, Celso Luiz. *A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação: Uma Leitura a partir de Enrique Dussel*. Dissertação apresentada à Universidade Federal do Paraná, UFPR, 1993.

⁷⁵⁸ LUDWIG, Celso. op.cit. p. 7.

⁷⁵⁹ KUHN, *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo : Editora Perspectiva, 1992, p. 219. apud LUDWIG, Celso. op.cit. p. 8.

bases epistêmicas, a resolução dos problemas se dá dentro dos limites estabelecidos paradigmaticamente. No entanto, com o tempo, vai havendo um acúmulo de situações sem respostas, que fazem com que a ciência normal entre em processo de crise, e então ocorre que ele chama de *ciência revolucionária*, aquela que se processa quando da mudança paradigmática, com base nos limites de um novo paradigma. Resumindo, pode-se dizer que a ciência não muda gradual e contínua, mas sim, paradigmaticamente. Há um novo objeto de investigação, a partir de novos princípios, o que implica na exigência de novas formulações teóricas, inclusive metodológicas⁷⁶¹.

Dessa forma, a importância deste conceito se dá na medida que existe profundo vínculo entre a atividade do cientista e os resultados da ciência com o paradigma. Este estabelece o limite da própria verdade científica e neste sentido, entendendo as mudanças paradigmáticas é inegável que será muito mais fácil de entender a verdade em suas diversas noções.

Pois bem, nesta perspectiva pode-se dizer que a dinâmica da produção filosófica desde a Grécia antiga até a atualidade se processou em diferentes paradigmas. A divisão sugerida por *HABERMAS* em *ser*, *consciência* e *linguagem* evidencia a utilização do conceito.

3.2.1: Paradigma do Ser

HABERMAS entende que apesar de "*todas as diferenças entre PLATÃO e*

⁷⁶⁰ KUHN, Thomas S.p.257, *apud* LUDWIG, Celso. op.cit. p. 7.

⁷⁶¹ LUDWIG, Celso. op.cit. p. 8.

ARISTÓTELES⁷⁶², a totalidade do pensamento metafísico obedece a Parmênides e toma como ponto de partida a questão do ser do ente - o que o torna ontológico."⁷⁶³ 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. Os sentidos do mundo (as coisas-sentido) são assumidos nos limites do ser. Todas as coisas do mundo são vistas porque *iluminados* pelo ser. Ser e mundo coincidem⁷⁶⁴.

É a fundamentação ontológica desenvolvida pela filosofia grega influenciando toda base da ciência.

3.2.2. Paradigma do Sujeito

A modernidade se funda e age a partir e nos parâmetros paradigmáticos do sujeito. Desde DESCARTES ao idealismo alemão a fundamentação do pensar é a *consciência*, o *sujeito*. Nos pensadores centrais do período (DESCARTES, KANT, FICHTE, SCHELLING e HEGEL) a direção do movimento é sempre a mesma: não mais em direção ao ser, mas em direção à *consciência*⁷⁶⁵.

DESCARTES é considerado o fundador da filosofia moderna. Sua afirmação *Cogito, ergo sum*, ainda é famosa, e sempre invocada como fórmula sintética e referencial da subjetividade moderna. O pensamento passa a ser dado

⁷⁶² Não se pretende com essa caracterização fazer crer que a Ontologia de PARMÊNIDES seja idêntica a de ARISTÓTELES, por exemplo. Há diferenças. Partilham, no entanto, do mesmo paradigma. A metafísica é basicamente filosofia do ser enquanto ser: é ontológica DUSSEL, Enrique D. *Filosofia da Libertação na América Latina*. São Paulo : Loyola, s.d. p. 12. *apud* LUDWIG, Celso. op.cit. p. 10.

⁷⁶³ HABERMAS, *Pensamento Pós-metafísico*, p. 22. *apud* LUDWIG, Celso. op.cit. p. 10.

⁷⁶⁴ LUDWIG, Celso. op.cit. p. 10.

fundamental. Metodicamente se dá um movimento que parte da faticidade e se dirige para o sujeito, não mais substância (ser), mas consciência: a subjetividade agora é fundante e fundamental⁷⁶⁶.

3.2.3. Paradigma do Agir Comunicativo

Preleciona HABERMAS; "*O paradigma da filosofia da consciência encontra-se esgotado. Sendo assim os sintomas de esgotamento devem dissolver-se na transição para o paradigma da compreensão.*"⁷⁶⁷ A mudança paradigmática da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, caracteriza uma ruptura com a tradição. Nota o autor alemão que "*As relações entre linguagem e mundo, entre proposições e estados de coisas, substituem as relações sujeito-objeto.*"⁷⁶⁸ O mundo deixa de ser uma atividade da subjetividade transcendental. Surgem os novos impulsos do filosofar (a filosofia analítica, a fenomenologia, o marxismo ocidental e o estruturalismo⁷⁶⁹), bem como novas limitações e desafios a serem enfrentados.

Ao elaborar seu quadro teórico, HABERMAS se vê diante de dois paradigmas: um que se esgota (do sujeito) e outro que se projeta (da comunicação). A caracterização de cada um dos paradigmas define-se na relação estabelecida com o sujeito cognoscente. Como visto, no paradigma da

⁷⁶⁵ LUDWIG, Celso. op.cit. p. 25.

⁷⁶⁶ DUSSEL, Enrique. *Método para uma Filosofia da Libertação*. Ed. Loyola. São Paulo, s.d. , p. 40 apud LUDWIG, Celso. op.cit. p. 27.

⁷⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa : Publicações Dom Quixote, 1990, p. 277. apud LUDWIG, Celso. op.cit. p. 52.

⁷⁶⁸ HABERMAS, *Pensamento pós-metafísico*, p. 15. apud LUDWIG, Celso. op.cit. p. 53.

consciência, o sujeito é capaz de conhecer os objetos, e a si mesmo, e de dominá-los. No paradigma da comunicação o sujeito, agora, é interpretado como aquele que se obriga historicamente a entender-se com outros *sujeitos*, entender-se sobre o que pode *significar* conhecer objetos e *dominar objetos*. O enfoque fundamental consiste não na autocompreensão do sujeito como *fundamento* ou *atividade*, mas na intersubjetividade constituída de sujeitos capazes de linguagem e ação⁷⁷⁰.

Em sua teoria, os sujeitos ao se comunicarem pela linguagem, apoiam-se necessariamente num *consenso que "serve de pano de fundo para sua ação comunicativa"*.⁷⁷¹ Parte-se de um *consenso antecipado* (através de pretensões de validade⁷⁷²), visando através da argumentação produzir o *verdadeiro consenso posterior*. Este consenso só pode ser obtido através da comunicação argumentativa. Para atingir o consenso racional, a situação de fala não é a real, porém *idealizada*⁷⁷³.

Portanto, expostas, em linhas gerais, as noções dos paradigmas no contexto filosófico, podemos agora traçar, também de forma genérica, a verdade que se relaciona com cada um destes modelos paradigmáticos.

⁷⁶⁹ LUDWIG, Celso. op.cit. pp. 52-54.

⁷⁷⁰ LUDWIG, Celso. op.cit. p. 55.

⁷⁷¹ LUDWIG, Celso. op.cit. p. 54, nota 86.

⁷⁷² São pretensões de validade: "*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*" apud LUDWIG, Celso. op.cit. pp. 56-57.

⁷⁷³ LUDWIG, Celso. op.cit. pp. 56-57.

3.3. A noção grega da verdade

A concepção grega da verdade é representada tanto por *PLATÃO* como por *ARISTÓTELES*, e confunde-se com sua concepção da filosofia tendo dominado todo o pensamento ocidental até o advento da filosofia moderna.

Para *PLATÃO* o ser é idéia. As idéias ou essências das coisas não estão nelas mesmas, mas fora delas, transcendentas às coisas (mundo metafísico). Dessa forma, a verdade consiste na contemplação das idéias eternas e universais que constituem o verdadeiro ser das coisas. É o descobrimento do “ser das coisas” tais como são realmente, na identidade com elas mesmas. A verdade considerada em si mesma, em sua essência, é o descobrimento, ou a revelação do ser. Esta concepção então, supõe a noção de verdade como *alétheia*, desvelamento que tem seus fundamentos na idéia do ser, que se pode descobrir, ou revelar, e a noção de logos, razão e palavra, instrumento de revelação e desvelamento do ser.

Já para *ARISTÓTELES*, o ser é a substância, o *quid* de uma coisa. Dessa forma, a realidade é radicalmente substância, enquanto a essência é um momento da substância. Nesta perspectiva, a verdade é entendida como adequação do intelecto e da realidade: *adequatio intellectus et rei* (expressão latina da escolástica medieval). A predicação verdadeira será aquela que predica no juízo o que está predicado na realidade. O juízo verdadeiro, ou a verdade do juízo consistirá, portanto, na sua conformidade ou adequação com a realidade a que se

refere. O juízo é, pois, a operação por meio da qual a inteligência desvela, descobre ou revela a realidade. Aqui também encontra-se a noção de verdade como *alétheia*, pois só se poderá saber que o juízo é adequado à realidade se for possível ter dessa realidade outro conhecimento além do que é proporcionado pelo juízo e com o qual se possa compará-lo⁷⁷⁴.

Embora estes filósofos partam de perspectivas diversas, *metafísica* (mundo das idéias) em *PLATÃO* e física (substância) em *ARISTÓTELES* pode-se dizer que ambos estão inseridos no Paradigma do Ser (o ser é o fundamento dos entes), e dessa forma, todas as noções daí advindas, (verdade, razão, conhecimento) vão estar sob esta perspectiva. Isto quer dizer que a verdade tanto em *PLATÃO* como *ARISTÓTELES*, é imutável e absoluta e nada tem a ver a com a História, mas com o ser máximo: a idéia naquele e a substância neste⁷⁷⁵.

A noção grega de verdade era a utilizada pelos processualistas modernos e até contemporâneos para definir uma verdade absoluta em contraposição à uma verdade processual que era contingente e histórica. A concepção mais utilizada da verdade grega era a de adequação (*adequatio intellectus et rei*) e não tanto a verdade como desvelamento (*alétheia*), o que levava então aos processualistas traduzirem a verdade filosófica como a conformidade da noção ideológica com a realidade. No entanto, esta noção não era trabalhada pelos doutrinadores porque eles a achavam inútil no âmbito do processo⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ CORBISIER, Roland. *Filosofia, Política e Liberdade*. Ed. Paz e Terra, 2a. Ed. 1978, Rio de Janeiro, 1978, pp.71-72.

⁷⁷⁵ LUDWIG, Celso. op.cit. pp. 24-25.

⁷⁷⁶ v. tb. capítulo II, "verdade", item 2.1.1.

3.4. A noção moderna da verdade

3.4.1. A verdade cartesiana

Como acima apontado *DESCARTES* é considerado o fundador da filosofia moderna e portanto, a noção moderna de verdade tem de iniciar em *DESCARTES*. a conhecida máxima "*Cogito, ergo sum*" (Traduzida como "penso, logo existo").

O ponto nuclear de seu método é a dúvida. Entendeu que para examinar a verdade era necessário submeter à dúvida tudo o que fosse possível: as coisas sensíveis, os conhecimentos anteriores, bem como o próprio corpo. Por mais ampla que seja a esfera da dúvida, resta algo indubitável: a *própria dúvida*. Para duvidar de tudo não posso duvidar de que duvido. Este é o conhecido ponto de partida cartesiano. Com essa intuição, *DESCARTES*, inaugura a modernidade da reflexão filosófica. E, estando inserido no paradigma da consciência, o pensamento passa a ser o dado fundamental e não mais o ser⁷⁷⁷. O *cogito* é tudo, ponto de partida e de chegada.

Desta forma, a verdade em *DESCARTES* consiste em ter certeza. Porém ele desloca o fundamento da certeza (verdade) para o sujeito (paradigma da consciência) e não mais o objeto (paradigma do ser). No entanto, o deslocamento da verdade, ou da medida da verdade, do objeto para o sujeito-consciência, importa numa revolução quanto ao *fundamento*, mas, ao mesmo tempo conserva,

a característica da concepção tradicional da verdade: a objetividade, a presença do ser no campo da consciência. *DESCARTES*, confunde a verdade com a evidência, com a certeza do sujeito, com aquilo que parece verdadeiro ao sujeito que dessa verdade julga ter certeza. Ele permanece na perspectiva platônica, na medida em que, transfere para Deus a garantia real da veracidade das idéias claras e distintas. Deus é bom e justo e não poderia nos enganar fazendo com que tomássemos por verdadeiro o que nos apresenta confuso e obscuro. A verdade portanto, também é adequação das coisas criadas às suas idéias no intelecto divino, e a adequação do intelecto humano ao divino intelecto⁷⁷⁸.

Entretanto, é importante salientar em *DESCARTES* que o descobrimento da verdade depende de um livre arbítrio. A verdade não consiste na liberdade, mas é a liberdade que a torna possível, libertando-a ou revelando-a no juízo, na afirmação ou negação que dependem, não do entendimento, mas do livre arbítrio. Porque é livre, o homem é capaz de errar e de iludir-se, mas também de negar o erro e a ilusão, descobrindo e revelando a verdade⁷⁷⁹.

Todo este discurso pode ser vislumbrado no texto de *CARNELUTTI* "*Verdade, Dúvida, Certeza*" que foi tratado no segundo capítulo⁷⁸⁰. No autor italiano pode-se notar um engajamento, ainda que parcial⁷⁸¹, à noção cartesiana

⁷⁷⁷ LUDWIG, Celso. op.cit. pp. 25-26.

⁷⁷⁸ CORBISIER, Roland. op.cit. p. 73.

⁷⁷⁹ CORBISIER, Roland. op.cit. p. 74.

⁷⁸⁰ v. tb. capítulo II, "verdade", item 2.1.6. - "A verdade em CARNELUTTI"

⁷⁸¹ Diz-se que CARNELUTTI engaja-se "parcialmente" à noção cartesiana de verdade porque o posicionamento carneluttiano coincide com a postura de DESCARTES quanto ao *fundamento* da verdade, ao situá-la no sujeito. Difere, no entanto, da concepção cartesiana ao estender a dimensão do sujeito para além da "consciência pensante" que se deu em KANT, o qual também inserido no mesmo paradigma sujeito, passou a tratar a verdade como objeto construído.

de verdade, a substituição da verdade pela certeza que implica na *dúvida* que é a raiz do conceito de certeza. E também a escolha que significa o livre arbítrio "*Mesmo que o pensamento do juiz não consiga, a nenhum custo, eliminar esta incompatibilidade (dúvida), todavia ele deve escolher. Mas se o pensamento não é suficiente para eliminar cada dúvida e por isso, para consentir na escolha, como faz o juiz para escolher?*"⁷⁸² A solução está na fé (Deus). E CARNELUTTI, finaliza seu texto afirmando que - "*A certeza pertence ao campo da liberdade e esta não é outra coisa que a possibilidade de abrir-se a qualquer coisa que atrai o homem, ao fim de uma das duas estradas. Reaparece aqui à memória o antigo parentesco entre o juiz e o sacerdote*"⁷⁸³.

3.4.2 A verdade Kantiana

A preocupação de DESCARTES consistiu em chegar à verdade pela dúvida, estabelecendo a *subjetividade* como *fundamento*. A teoria do conhecimento de KANT revela sua posição idealista. Trata-se de um idealismo subjetivo ou "transcendental" que, pela "revolução copernicana" prioriza a autonomia do sujeito cognoscente. O objeto passa a submeter-se ao sujeito. "*A verdade das coisas é relativa ao sujeito que conhece, ou com outras palavras, as coisas só se tornam conhecidas na medida em que entram em relação com o sujeito e se amoldam às suas formas e categorias a priori.*"⁷⁸⁴

⁷⁸² CARNELUTTI, Francesco. *Verità, Dubbio, Certezza*. Rivista de Diritto Processuale, vol n0. XX (II série), Ed. CEDAM, Padova, 1965, p. 7.

⁷⁸³ CARNELUTTI, Francesco. op cit. p. 9

⁷⁸⁴ CORBISIER, Filosofia política, op. cit. p. 75.

Para *KANT* o conhecimento *a priori* (matéria proporcionada pela experiência sensível) é universal e necessário, e o *a posteriori* é particular e contingente. As formas *a priori* de sensibilidade - espaço e tempo - são os modos próprios pelos quais se conhece, e, as formas *a priori* do entendimento são os modos próprios de conceber as coisas, ambos formam o aparato instrumental cognitivo, que é *transcendental*⁷⁸⁵.

Com isso *KANT* substitui na esfera da teoria do conhecimento a tese realista pela idealista. Para o idealismo o sujeito intervém ativamente na elaboração do conhecimento. O real passa a ser resultado de uma *construção*. É exatamente neste ponto que se supera a compreensão da verdade como *adequatio intellectus et rei*. Portanto, *KANT*, além de deslocar a prevalência do objeto para o sujeito, (paradigma do Ser para Consciência) como em *DESCARTES*, vai além deste último onde não mais persiste a característica da *objetividade* da verdade, no que concerne à essência das coisas, já que esta essência é incognoscível.

Resumindo poderíamos dizer que *KANT* funda o conhecimento numa regra que reside no sujeito sendo que a revolução copernicana do conhecimento consiste em encontrar pela reflexão um *eu cognoscente* como uma estrutura de

⁷⁸⁵ Explica o próprio *KANT*, na *Crítica da Razão Pura*, "*Chamo transcendental a todo conhecimento que se ocupa, não propriamente com objetos, mas, em geral, com a nossa maneira de conhecer objetos, enquanto esta deve ser possível a priori.*" *PASCAL*, *O pensamento de Kant*, p. 43 *apud* *LUDWIG*, Celso. op.cit. p. 31.

condições de possibilidade do conhecimento⁷⁸⁶.

3.4.3. A verdade hegeliana

HEGEL, por estar também inserido no Paradigma da Consciência, continua fundado no sujeito-consciência e não no sujeito-objeto. Nesta perspectiva ele entende que o pensar (reflexão), considerado como atividade, em relação aos objetos, produz o geral, o universal, que contém o essencial, o verdadeiro. Dessa forma em *HEGEL*, o Absoluto se apresenta como ponto de partida e de chegada de toda a dialética⁷⁸⁷. O absoluto, nesta concepção seria todo o ser, e ao mesmo tempo, nada; "*O ser é tudo, mas nada em particular.*"⁷⁸⁸ Porém, esta reflexão revela a verdadeira natureza das coisas, logo a verdade também é um produto do nosso espírito enquanto sujeito pensante.⁷⁸⁹

A verdade para *HEGEL* no sentido mais elevado do termo, é Deus e, neste sentido, somente Deus é a verdade. E o que significa Deus? Deus é o Absoluto, isto é, o Incondicionado, ou mesmo a Totalidade. Portanto, em *HEGEL* a verdade é a totalidade, o absoluto. Mas a verdade é identificada não como substância, porém, como sujeito, isto é, como consciência ou espírito. Como observa *CORBISIER* "*A verdade não é mais, portanto, a adequação, ou conformidade, do entendimento e da coisa, concebidos como entidades separadas, que se encontram na operação do conhecimento, mas na explicitação,*

⁷⁸⁶ LUDWIG, Celso. op.cit. p. 32.

⁷⁸⁷ LUDWIG, Celso. op.cit. p. 39.

⁷⁸⁸ DUSSEL, Enrique. *Método para uma Filosofia da Libertação*, Ed. Loyola, São Paulo, 1976, p. 113 *apud* LUDWIG, Celso. op.cit. p. 39.

ao longo do tempo, do conteúdo do conceito que, no germen, se encontra na forma da idealidade, ou da possibilidade, e, no ser plenamente desenvolvido; na forma da realidade." ⁷⁹⁰

3.5. A noção consensual da verdade

A noção de verdade como consenso é desenvolvida por *HABERMAS* em seu pensamento filosófico. Como dito acima *HABERMAS* está inserido no que ele define como "paradigma da comunicação" (o sujeito é aquele que se obriga historicamente a *entender-se* com outros sujeitos sobre o que *pode* significar *conhecer* objetos e *dominar* objetos - há uma intersubjetividade constituída de sujeitos capazes de linguagem e ação). Para entender-se a verdade em *HABERMAS* devemos expor a sua Ação Comunicativa e sua Ética Discursiva.

No novo paradigma, temos uma razão centrada na comunicação, o tema central da filosofia é pensar a razão. Porém, não se trata mais de tematizar a razão através do conhecimento e da ação. A reflexão se dará através da linguagem. *HABERMAS*, recusa, entretanto, o conceito de razão pura. Formula um conceito de razão situada na história e sociedade. Com esta perspectiva de entendimento, a razão instaura-se através da linguagem, ou seja, na comunicação lingüística, objetivando o entendimento e o consenso. Eis a razão comunicativa ou

⁷⁸⁹ CORBISIER, Roland. op.cit. p. 77.

⁷⁹⁰ CORBISIER, Roland. op.cit. p. 78.

agir comunicativo⁷⁹¹.

A necessidade da mudança de paradigma para uma filosofia da linguagem resulta, em *HABERMAS*, na reflexão sobre as relações que se estabelecem entre os sujeitos, quando estes se utilizam da linguagem para referir-se ao mundo. Em sua teoria, os sujeitos ao se comunicarem pela linguagem, apoiam-se necessariamente num *consenso*, portanto, a linguagem é o único meio apto a produzir o consenso. A perspectiva da linguagem mais utilizada em *HABERMAS* é a pragmática⁷⁹².

Pois bem, através da linguagem que se desenvolve no campo da intersubjetividade busca-se o consenso entre os falantes e envolvem-se pretensões de validade. Na comunicação normal, as pretensões de validade se entrelaçam. São elas: *pretensões de veracidade, compreensibilidade e inteligibilidade* que são condições anteriores à própria comunicação, *pretensões de justiça* do conteúdo normativo, e *pretensões de verdade do conteúdo*⁷⁹³.

Com base nestas pretensões de validade, *HABERMAS* desenvolve sua teoria da argumentação. Parte-se de um *consenso antecipado* (pretensões de

⁷⁹¹ LUDWIG, Celso. op.cit. p. 56.

⁷⁹² Quando um falante emite uma proposição (que ele chama de "p") além de seu conteúdo proposicional há um conteúdo performativo ou pragmático. Isto porque a linguagem contém condições de aplicação extralingüística das sentenças que modulam a compreensão e de certo modo condicionam o comportamento dos atores, p. ex. "Feche a porta" esta sentença além de exprimir que a porta tem de ser fechada, contém mensagens subliminares como a relação de autoridade entre o falante e o receptor. Portanto, enquanto a lingüística limita-se a estudar a sentença, uma teoria pragmática da comunicação a estuda enquanto enunciado, isto é, em sua conexão com o contexto concreto em que ela é formulada. ROUANET, Paulo Sérgio. *Ética iluminista e ética discursiva. Jürgen Habermas: 60 anos*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989,

validade), onde estas pretensões são tidas por aceitas por todos os envolvidos, para atingir o *consenso racional ou posterior*. Para tanto, a situação de fala não é a real, porém *idealizada* para possibilitar chances iguais aos sujeitos nos atos de fala⁷⁹⁴. São atendidas as pretensões de validade e inicia-se o processo argumentativo que se dá num tipo de comunicação sui-generis - o ator abandona o mundo vivido, e penetra no discurso.⁷⁹⁵ Ocorre um distanciamento do mundo vivido (*Lebenswelt*), uma suspensão da crença na validade do que se afirmara antes até que se conclua, pelo consenso, o processo de discussão discursiva. Ao final, em virtude do consenso alcançado pode ou não haver a confirmação dos fatos apresentados como verdadeiros, e a justificação ou refutação das normas tidas como justas.⁷⁹⁶ Só aí produz-se o *verdadeiro consenso posterior* através de interesses universalizáveis.

Portanto, a verdade dos fatos e a retitude das normas são passíveis de serem estabelecidas com base em um consenso social. Decorre disto tudo o princípio básico da ética discursiva - o princípio da universalização (U) que são princípios mediadores, que *HABERMAS* chama de *Brückenprinzipien*, princípios-pontes, que permitem o trânsito do particular para o geral. No discurso teórico o princípio-ponte é a indução. No discurso prático, o princípio-ponte é a Universalização (U). Esta é a ação comunicativa em *HABERMAS* que será tratada

p. 215.

⁷⁹³ ROUANET, Paulo Sérgio. op.cit. p. 216.

⁷⁹⁴ "a situação de fala ideal não é um fenômeno empírico, mas uma suposição que fazemos inevitavelmente quando entramos em discursos." SIEBENEICHLER, Jürgen *Habermas: razão*, p. 104 apud LUDWIG, Celso. op.cit. p. 57.

⁷⁹⁵ ROUANET, Ética iluminista, op. cit. p. 26.

⁷⁹⁶ ROUANET, Ética iluminista, op.cit. p. 26.

novamente, mais adiante⁷⁹⁷, na sua aplicação ao processo.

4. A destruição do mito da verdade substancial

4.1 Análise histórico-crítica da verdade sob a perspectiva filosófica

É asserção recorrente ao longo deste trabalho que os processualistas modernos e contemporâneos fizeram um corte profundo entre a noção filosófica de verdade e sua noção processual, trabalhando ambos conceitos em antítese sob a perspectiva da dinâmica. A verdade filosófica ou verdade absoluta caracterizava-se numa verdade estática, engessada e principalmente inatingível pelas faculdades humanas. Por seu turno, a verdade processual, no pensar dos doutrinadores da época, devia ser uma verdade contingente e histórica com possibilidade de evoluir, movimentar-se, atendendo assim os anseios da prática processual.⁷⁹⁸

Mas qual era a noção de verdade filosófica a que os processualistas se referiam?

Dos processualistas analisados no período de meados do século XIX a meados do século XX (com exceção de *CARNELUTTI*⁷⁹⁹ que não entendia haver esta conotação dual de verdade, posto que ela é una), a noção de verdade por eles utilizada para significar a verdade filosófica ou absoluta era a noção grega de

⁷⁹⁷ v. tb. neste Capítulo, item 5 “A verdade processual aplicada à Teoria Geral do Processo”

⁷⁹⁸ v. tb. Capítulo II, item 2 “Verdade”.

⁷⁹⁹ v. tb. Capítulo II, item 2.1.6 “A verdade em *CARNELUTTI*”.

verdade como adequação (*adaequatio intellectus et rei*), sobre a qual, de antemão deve ficar aqui consignado, que foi suplantada nos lindes da filosofia⁸⁰⁰.

Estes estudiosos do processo rechaçavam a noção de verdade filosófica justamente porque ela era estática e inatingível e desejavam uma verdade contingente e instrumental ao processo. Daí então que fizeram a dicotomia e trabalharam a verdade processual apartado da noção filosófica.

A noção que “pressupunham” ser a filosófica da verdade era a superada noção grega de verdade. Portanto, pode-se dizer que os processualistas daquele período tomaram por base e criticaram uma noção já afastada de verdade e tentaram criar, sob outras bases epistemológicas, a verdade processual.

Este, a nosso ver, foi o equívoco realizado pelos processualistas modernos, abandonar a perspectiva filosófica como se uma nova teoria da verdade pudesse ser criada no âmbito do processo sem nenhum parâmetro, evidente, com as teorias filosóficas. Este rompimento nos custou e nos custa até hoje a subordinação a mitos inabaláveis do processo - em especial, o da verdade substancial.

A verdade processual que então surgiu tinha como pressuposto a historicidade, isto é, a verdade processual não poderia ser absoluta, estática mas sim contingente a certas circunstâncias a certos acontecimentos passados no tempo e no espaço e também ao sujeito que a analisava (juiz)⁸⁰¹.

Há elogios mas também críticas a se fazer quanto a esta tomada de posição.

⁸⁰⁰ v. tb. neste Capítulo item 3.3 “A noção grega da verdade”.

⁸⁰¹ MITTERMAIER, C.J.A. op. cit. p. 79.

Devemos então consignar que uma parte da doutrina parecia estar colocando a verdade em sede processual frente a uma concepção moderna de verdade isto é, a verdade não é mais absoluta e objetiva (a realidade é substância - Aristóteles), mas sim histórica e subjetiva, o que demonstra a influência da noção Kantiana (verdade é objeto construído pelo sujeito o qual intervém ativamente na elaboração do conhecimento). Partindo deste pressuposto (engajamento na noção Kantiana de verdade) estaria-se ensejando uma mudança paradigmática - de paradigma do Ser para paradigma da consciência⁸⁰².

Mas quando dizemos “uma parte” isto quer significar que somente em alguns doutrinadores conseguimos ver mais claramente esta possível adoção da noção Kantiana em especial os alemães, bem como *MITTERMAIER*, e também em *FURNO* tendo em vista que ele resgata o pensamento deste último autor. Por outro lado em *MALATESTA*⁸⁰³ há uma nítida assunção da verdade-adequação já superada, tanto que admite que a verdade e a certeza têm caráter objetivo⁸⁰⁴.

Portanto, como a histórica não se desenvolve linearmente podemos então observar as evoluções e involuções no pensamento dos processualistas deste período, o que veio trazer distorções quanto ao conceito da verdade no processo.

As críticas que podemos alinhar são quanto ao que se convencionou chamar de “verdade processual”. Que ela deveria ser histórica e subjetiva *quase* todos concordavam, no entanto a verdade processual passou a se subdividir em

⁸⁰² v. tb. neste Capítulo, item 3.2 e segs.

⁸⁰³ *MALATESTA*, não se define muito claramente quanto à categorização verdade formal e material e conseqüentemente verdade filosófica/processual, mas quando ele fala em verdade diz ele “a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade, por sua vez a certeza é a crença na percepção desta conformidade” v. tb. Capítulo II, item 2.1.2 a) “O posicionamento de *MALATESTA*”

⁸⁰⁴ v. tb. . Capítulo II, item 2.1.2

verdade formal e material e é aí que imaginamos ter iniciado toda a problemática atual do processo em relação à verdade.

Foram então elaboradas teoricamente, no âmbito do processo, a verdade material como sendo ideal mas inalcançável (ou quase sempre inalcançável) e a verdade formal identificada não como um ideal, mas tudo o que se poderia conseguir, ambas subordinadas e influenciadas ao sistema de valoração de prova adotado pelo ordenamento jurídico - prova legal ou prova livre⁸⁰⁵.

O processo civil, "mais conformado" com a verdade formal, a qual embora não fosse o ideal, era o suficiente para o juiz cível pudesse julgar tendo em vista na maioria das vezes estar na órbita dos direitos privados e portanto, disponíveis. O processo penal por seu turno, tendo geralmente como objeto direitos indisponíveis e de ordem pública, não poderia corroborar com o conseguimento apenas da verdade formal, portanto, com resquícios maiores do sistema inquisitório, demonstra seu inconformismo e cria mais mecanismos para a busca da verdade material. Aparentemente dá mais subsídios ao juiz para que ele, de ofício, reconstrua a tão idealizada e sonhada verdade substancial. No entanto, mesmo o processo penal, também não supera a barreira intransponível e acaba se rendendo ao mito vencido pela impossibilidade de alcançar a verdade substancial, o que se denota através da faculdade da absolvição por insuficiência de provas.

E porque tudo isso acontece? A resposta é: porque um dia criamos uma ficção de que a verdade no processo se divide em verdade material e verdade formal, sendo a primeira inatingível e a segunda a única possível.

A verdade processual, como já apontamos, era encarada sob duas perspectivas uma qualitativa (alemães)⁸⁰⁶ outra quantitativa (italianos)⁸⁰⁷. No entanto, sob ambas perspectivas estava (e ainda está) presente a dicotomia verdade material da verdade formal em sede processual.

Tanto a verdade material como formal em *FURNO* eram históricas (e portanto, eis aí o possível engajamento na noção moderna de verdade - Kantiana) mas estavam ambas subordinadas ao sistema de valoração da prova adotado. Se o juiz lançava mão de vários experimentos probatórios cujos resultados eram por ele apreciados com plena e absoluta liberdade de critério, a verdade era material. Por outro lado, se a valoração crítica do material instrutório não era liberamente exercitada, estava-se diante da verdade formal.

Porém, *CASTRO MENDES* compila uma conclusão a partir do panorama acima traçado através do seguinte silogismo:

a) Basta um limite mínimo à liberdade de investigação do juiz para que o processo de investigação da verdade se degenere num processo de fixação formal, i. é, num processo que obtém-se a verdade meramente formal;

⁸⁰⁵ v. tb. Capítulo III, item 11 "Sistemas de valoração da prova".

⁸⁰⁶ Para os tratadistas alemães (sob uma perspectiva qualitativa) a verdade material é o resultado desejado mas jamais garantido pela instrução civil, ou seja, é meta tendencial jamais alcançável. Já a verdade formal era tudo o que se tinha em mãos, tudo o que era possível. A visão qualitativa da verdade que ensejava a dicotomia verdade material/formal levava a um mero jogo de palavras, logomaquia, admitido mesmo por *SCHIMIDT* vivo defensor desta divisão, na medida que a verdade material não se legitima frente à verdade formal. Esta problemática não resolvida da impossibilidade de legitimação da verdade material está mais detalhadamente exposta no Capítulo II, item 2.1.1 b) "O posicionamento dos doutrinadores alemães."

⁸⁰⁶ v. tb. Capítulo II, item 2.1.2 a) "O posicionamento de *MALATESTA*".

⁸⁰⁷ Para os processualistas italianos iniciando-se com as categorizações apresentadas por *MALATESTA* e mais tarde elaboradas por *CARLO FURNO* chegou-se à concepção de verdade suficiente. Não se queria mais saber qual é a *melhor* verdade mas sim qual a *quantidade* de verdade necessária para o convencimento do juiz. Esta noção de verdade suficiente influenciou e influencia fortemente a elaboração teórica dos processualistas contemporâneos, dentre eles *CALAMANDREI*. (v. tb. Capítulo II, item 2.1.2 a) "O posicionamento de *MALATESTA*". e item item 2.1.3 "A verdade em *FURNO*".)

b) Tanto no processo civil como processo penal ou administrativo, há uma medida mais ou menos larga de normas que disciplinam a atividade probatória, limitando a liberdade do juiz;

c) Logo, o resultado de todo processo é uma verdade formal⁸⁰⁸

Esta era e é a grande preocupação dos processualistas desde a modernidade até os dias contemporâneos - todo processo se resolve em uma "verdade formal" tendo em vista que qualquer processo de investigação no âmbito processual tem limites. Os limites começam com a própria teoria geral da prova que especifica uma série de regramentos que impedem a livre investigação (o juiz não é um historiador)⁸⁰⁹ e vão até os próprios limites intrínsecos do ser humano que lhe impedem de conhecer a verdade. E, havendo limites para a investigação da verdade no processo a verdade será sempre formal e nunca material.

Os tratadistas alemães de há muito se debatiam com este questionamento quando *CARLO FURNO* aparentemente resolveu a questão asseverando que, dando uma conotação instrumental para a verdade no processo, ou seja, a verdade formal ou qualquer verdade que se obtenha a partir da instrução probatória do processo é a verdade suficiente para que o juiz julgue, desenvolvendo-se a partir daí, com *CALAMANDREI* a noção de verossimilhança tal como conhecemos hoje, passando-se também pela noção de probabilidade, ambas, tentativas de serem sucedâneos da verdade. Pois bem, mas isso não resolve a questão.

É preciso ir muito mais além. No próximo tópico vamos tentar então

⁸⁰⁸ CASTRO MENDES, João de. op. cit. p. 402.

⁸⁰⁹ a análise sobre o texto de *CALAMANDREI* ("o juiz e o historiador") é feita mais detidamente no

dissecar o mito do silogismo apresentado: "*todo processo se reduz a uma verdade formal*" fazendo uma série de indagações das quais deduziremos respostas, que ao longo do estudo, vão se apresentando surpreendentes.

4.2 A impossibilidade teórico-científica de sustentar a existência da verdade formal em contraposição à verdade substancial

Numa retrospectiva do que ficou acima assentado, quando se falava que a verdade processual deveria ser diferente da verdade filosófica era porque esta última tinha um caráter absoluto e objetivo (verdade grega) e aquela deveria ser histórica, relativa e subjetiva, quando pudemos sentir uma influência das idéias de *KANT* e sua teoria de verdade como objeto construído por um sujeito.

No entanto, a verdade processual ainda se desdobra em verdade material e formal. Vamos então tentar justificar a existência da verdade formal em contraposição à verdade material. Se é que esta contraposição tem justificativa.

O que é a verdade material em contraposição à verdade formal?

FURNO entende que a verdade material é uma certeza histórica adquirida com absoluta liberdade de critério. Por outro lado, a verdade formal que também é histórica, adviria de um sistema legal de acerto definitivo dos fatos. Portanto, o sistema de fixação dos fatos determinaria a verdade obtida no processo.

No entanto, nos perguntamos, *qual a diferença entre os dois sistemas prova legal e prova livre que pudesse vir a justificar o conseguimento de uma ou outra*

verdade?

Em ambos sistemas há investigação dos fatos, há provas, o que os diferencia é a valoração delas. A valoração das provas no sistema da prova legal é feita pelo legislador, que partindo de considerações da normalidade geral, fixa em abstrato o modo de coligir determinados elementos da decisão, subtraindo essa operação lógica às que o juiz livremente realiza para formar sua própria convicção, temos o chamado sistema da prova livre, ou livre convencimento (e não persuasão racional)⁸¹⁰. Pois bem, o elemento diferenciador entre ambas, não é a investigação mas sim, a valoração que no sistema da prova legal é absolutamente pré-determinada pelo legislador e no sistema do livre convencimento a valoração sofre algumas restrições de ordem lógica como coerência, racionalidade, bem como a necessidade de motivação do julgado. Portanto, ontologicamente, a diferença entre ambos sistemas é a forma de valoração e não a forma de investigação.

O nosso ordenamento adota o sistema do livre convencimento⁸¹¹ que oferece ao juiz uma valoração livre porém motivada e, a princípio, confere às partes uma livre disposição dos meios de prova. Estas condições levariam à verdade material?

A resposta continua sendo negativa, pois, segundo os processualistas estudados, ainda que se adote o sistema do livre convencimento, só obtemos a verdade formal (silogismo apontado por *CASTRO MENDES*). Isto porque, tem-se como pressuposto que *qualquer* limitação (em especial a teoria geral da prova)

⁸¹⁰ em nosso trabalho discorremos sobre as razões pelas quais não entendemos haver 3 sistemas de valoração da prova, mas apenas 2, o sistema da prova legal e do livre convencimento do juiz. (v. tb. Capítulo III, item 11, em especial item 11.4)

⁸¹¹ com alguns resquícios do sistema da prova legal como a confissão judicial, a regra da revelia, todas as regras quanto a suspeição e impedimentos para depor, etc... (v. tb. Capítulo III, item

que haja na investigação dos fatos de prova ou mesmo na sua valoração estaremos diante da verdade formal e não material.

Logo, como primeira conclusão temos que não é o sistema de fixação dos fatos no processo que interfere no conseguimento da verdade e portanto, qualquer limitação, e não especificamente o sistema de fixação, leva a uma verdade formal.

Vamos então inverter a situação. *Se tivéssemos, em condições ideais, com a possibilidade de total liberdade de investigação e valoração da prova conseguiríamos no processo a tão sonhada verdade material?*

Quando falamos em condições ideais de investigação e valoração da prova é porque estamos nos abstraindo dos lindes, das amarras processuais, já que aquela seria uma situação irreal no processo. Vamos supor, por exemplo, um historiador. Ele, a princípio, tem todos os meios possíveis e imagináveis para a obtenção da verdade. E então nos perguntamos. Por ter todos estes meios à sua disposição ele obtém invariavelmente a verdade⁸¹²? A observação nos leva a consignar que se os meios livres de investigação possibilitassem o integral conhecimento da verdade; todo historiador, pesquisador ou cientista a deteria. Portanto, a resposta é muito mais complexa e vai depender sob que perspectiva entendemos a verdade e não se temos todos os meios disponíveis para conseguí-la.

Dessa forma, chega-se a outra conclusão: *não é a liberdade de meios de investigação que proporciona o conseguimento da verdade. Logo, o primeiro corolário da verdade formal se desfaz. Não são os limites impostos à investigação*

11.2).

⁸¹² aqui sem categorizações - material ou formal porque não estamos no âmbito do processo.

e apreciação da prova que levam à verdade formal, estes limites não interferem no conseguimento da verdade e por conseguinte, num primeiro aspecto analisado, não levam à contraposição entre verdade formal e verdade material.

Pois bem, se ambos conceitos não se diferenciam pelo critério da forma de fixação dos fatos bem como pela forma de investigação e valoração das provas, então, *qual o critério que se justifica a diferença entre a verdade formal e material?*

Este é justamente o cerne das indagações deste tópico e portanto, é uma pergunta que a nós por ora, fica sem resposta, tendo em vista que precisamos de outros elementos para sua resolução que vai se dar ao longo deste estudo. Então, sigamos a diante refazendo a pergunta de outro modo.

Pois bem, se não são os limites quanto à investigação que diferenciam a verdade formal da verdade material devemos deste ponto à frente nos centrarmos em outra perspectiva, a perspectiva ontológica. *Qual a diferença ontológica entre verdade formal e material?*

Sabemos que *MITTERMAIER* e mesmo *FURNO* dizem que a verdade processual é uma verdade histórica, contingente, podendo-se até entrever uma influência da noção Kantiana de verdade (objeto construído). Se a verdade formal e material são desdobramentos de uma verdade que se chama processual, que é histórica e subjetiva, logo, a verdade formal e material só podem ter a mesma natureza.

Daí deduzimos mais uma conclusão; *a verdade formal e a verdade material são ontologicamente iguais, ambas são históricas, subjetivas e, portanto, relativas.*

Se elas são ontologicamente iguais, porquê elas se polarizaram? E mais ainda, se elas não têm justificativa nem mesmo para serem diferentes na sua

essência, *porquê criou-se o mito de que a verdade material/substancial é ideal enquanto que a verdade formal é a única possível?*

E aqui a retomamos então a perspectiva qualitativa, que era preocupação constante dos processualistas alemães e que naquela época ficou sem resposta.

Porque a verdade material é melhor que a verdade formal?

FURNO tangenciou o problema (verdade suficiente), mas não resolveu. Quando ele fala em verdade material e formal, admite, ainda que implicitamente que o problema existe (preocupação qualitativa) mas trabalha com outra perspectiva (quantitativa). Como esta pergunta ficou insolúvel, vamos tomá-la como pressuposto, tentando analisar sob a perspectiva do paradigma.

Se considerarmos que a verdade material é melhor, é o ideal, é porque ela é o parâmetro norteador, o paradigma a ser seguido.

Isto leva a outra conclusão; *quer dizer que só temos verdade formal porque temos uma verdade material e ambas guardam uma relação de dependência na qual a verdade material é o parâmetro.*

Se a verdade material é tão importante, logo, ela deve ser a primeira a ser decifrada para que então possamos entender o que vem a ser a verdade formal ou qual a diferença existente entre ambas.

O que é a verdade material para os processualistas?

Já sabemos que, a princípio, ela deve ser histórica e contingente. Consideremos então que a verdade para os estudiosos do processo esteja em *KANT* - verdade como objeto construído. O fundamento desta verdade é a consciência, a autonomia do sujeito cognoscente na qual o objeto passa a submeter-se ao sujeito, o real passa ser resultado de uma *construção*.

Se a verdade material é uma verdade Kantiana, relativizada por uma série de circunstâncias, tempo, espaço, sujeito que a conhece, teoria geral da prova então a verdade formal também é relativizada pelas mesmas circunstâncias (pois ambas têm a mesma natureza posto que são desdobramentos da verdade processual).

Daqui deduzimos outra conclusão; *teríamos então duas verdades relativas, uma verdade relativa material outra verdade relativa formal.*

Mas podem existir em KANT duas verdades que sejam relativas, ou seja, ele considera a possibilidade de existência de duas verdades?

Não, porque não há necessidade de existirem uma, duas ou três verdades, a verdade em *KANT* já é relativa por si só a todas as circunstâncias apresentadas. Como a verdade é subjetiva, o real é o objeto de uma construção do sujeito, não se fala em uma verdade, ou duas verdades porque ela não está no objeto, mas no sujeito que o conhece. As coisas só se tornam conhecidas na medida em que entram em relação com o sujeito e se amoldam às suas formas e categorias *a priori* (que é um conhecimento universal e necessário, independente das experiências sensíveis). Logo, existirão tantas verdades quantos sujeitos puderem conhecê-la, o que se deve saber é qual o *sistema de referência*⁸¹³ que está sendo utilizado por aquele sujeito para a obtenção da verdade. " *O conhecimento de uma realidade está sempre condicionado pelo sistema de referência do sujeito*

⁸¹³ "Cada ser humano possui seu próprio universo cognitivo, isto é, possui um conjunto ordenado de conhecimentos, uma estrutura cultural, que é seu próprio sistema de referência, em razão do qual atribui a sua significação às realidades do mundo". TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Direito Quântico*. Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 6a. Ed. Editora Max Limonad, São Paulo, 1985, p.284.

conhecedor⁸¹⁴

Portanto, deduzimos a primeira das demais conclusões; *sob a perspectiva da verdade Kantiana a contraposição verdade formal/material não tem como se justificar, porque não existem duas verdades relativas em KANT.*

4.3 Conclusões

Resumindo então podemos dizer que não há justificativa lógica ou científica para a existência de duas conotações de verdade no processo, isto porque; como vimos, nem os limites na obtenção e valoração da prova (argumento dos processualistas) justificam a existência da dicotomia verdade material/formal, nem outros argumentos se tornam válidos. Vejamos.

Se ontologicamente elas são iguais, já que ambas são históricas e subjetivas, não há como justificar a dicotomia sob este aspecto, pois, verificou-se que a verdade processual não pode pretender ser histórica, subjetiva e relativa e ainda assim desdobrar-se em uma verdade material e uma verdade formal.

Daqui deduzimos ainda que, sendo falsa a existência de duas verdades processuais baseadas na noção Kantiana de verdade, então uma das verdades processuais tem que possuir outro fundamento para poderem contraporem-se reciprocamente, (do contrário, considerando o mesmo fundamento ambas verdades não se justificam cientificamente, levando a crer que se elas não são duas, pode ser que só exista uma, ou que existam várias verdades, ou nenhuma).

Partindo do pressuposto que existe um outro fundamento para a verdade,

⁸¹⁴ TELLES JUNIOR, Goffredo. op. cit. p. 284.

isto é, que pelo menos uma delas não pode ser baseada na noção kantiana, diz-se com base nos próprios estudos dos processualistas que ainda se guarda uma relação da verdade material com a verdade absoluta proposta pelos filósofos gregos. Vale dizer, a velha e superada noção de verdade-adequação que supúnhamos termos nos livrado no âmbito do processo, que rechaçamos como objeto de estudo, mas da qual, de maneira geral, não nos apartamos.

Portanto, aparentemente houve uma evolução quando criou-se uma ficção de verdade processual (histórica) em duas vertentes, a material e a formal atreladas à adoção de sistemas de valoração da prova - prova legal e prova livre; verdade processual esta que seria diversa ontologicamente da verdade filosófica (que era entendida como adequação). Entretanto, ao fim de nossos estudos vimos que a dicotomia criada entre verdade formal e material era o reflexo da própria verdade filosófica rechaçada.

Os processualistas não se aperceberam que a verdade material criada no âmbito do processo também tinha como base os pressupostos da noção grega superada. A verdade ainda continuava tendo como parâmetro a verdade-adequação, absoluta, e este, era e ainda é, o ideal de verdade para o processo. Justamente por ser absoluta a “verdade paradigma” (verdade material) ela é inalcançável, por este motivo, a única coisa que se consegue conquistar é a verdade que se convencionou chamar formal. Esta pretenderia ser uma verdade histórica, contingente, subjetiva nos moldes Kantianos, mas que pela sua dependência intrínseca à verdade material (posto que ela é seu parâmetro), frustrou-se, pois que não é nem a verdade absoluta, nem mesmo a verdade Kantiana. Por conseguinte, a a verdade formal é considerada *relativa* sim, mas

enquanto *guarda uma relação* com a verdade absoluta⁸¹⁵.

Dessa forma, chega-se à conclusão que a perspectiva filosófica da verdade foi abandonada e rejeitada pela maioria dos processualistas como objeto de estudo e entendida como inadequada ao processo justamente por não ter sido por eles trabalhada. O desconhecimento ou o abandono levaram à sua negação.

4.4 A adoção da verdade como correspondência em TARUFFO

Dizer-se que ainda temos como paradigma a superada verdade-adequação, não se perfaz, necessariamente, numa novidade científica. Muitos autores contemporâneos em trabalhos recentes defendem com veemência esta posição.

Em sua importante obra⁸¹⁶ *MICHELE TARUFFO* faz uma apologia à verdade e o primeiro dos vários méritos do brilhante texto de *TARUFFO* é a retomada desta noção para o processo. Ele pretende que a questão da verdade não seja, simplesmente, negada *a priori* ou seja apenas tangenciada, tendo em vista um ceticismo científico sempre sujeito a críticas. Aponta então boas razões para adotar o que chama de um “otimismo racionalístico” sob o plano metodológico a fim de trabalhar com a noção de verdade como escopo institucional do processo⁸¹⁷.

Mas qual é a verdade que *TARUFFO* pretende trabalhar no processo?

No panorama das várias teorias apresentadas, este autor sublinha a seu

⁸¹⁵ v. tb. item 4.1.2 b) “A adoção da verdade como correspondência em TARUFFO”

⁸¹⁶ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. op. cit.

⁸¹⁷ v. tb. neste Capítulo, item 2 “Os apontamentos de MICHELE TARUFFO” em especial

ver, a importância que assume a definição da verdade como correspondência das asserções aos fatos do mundo empírico, teoria esta devida a *TARSKI*. Este último formalizou a teoria aristotélica da verdade, ou seja, cunhou uma teoria logicamente rigorosa da verdade como correspondência, via métodos semânticos, no sentido da lógica atual⁸¹⁸, vale dizer que ele faz uma releitura da noção grega de verdade através lógicas atuais.

TARUFFO aponta para algumas razões de ordem filosófica e epistemológica que, segundo ele, são de notável relevo para sustentar o acolhimento da idéia da verdade como correspondência. Uma destas razões deriva do pressuposto que seria, na sua visão, indiscutível que a administração da justiça tem uma relação com o mundo real e não com a imaginação, sonhos ou romances.⁸¹⁹ Esta exigência (relação da justiça/realidade) faz com que se hipotize no processo a possibilidade de uma correspondência entre o acerto judicial dos fatos e os eventos do mundo real sobre os quais a decisão se refere.

Passa então a fazer críticas quanto à visão semiótico-narrativista da verdade no processo, vale dizer, da verdade como coerência, segundo a qual a coerência de uma asserção em relação a um contexto narrativo poderia ser o único fundamento para um acerto judicial. Critica também a versão consensual de *HABERMAS*. Devemos aqui lembrar que estas críticas de *TARUFFO* serão retomadas, logo mais, portanto, neste momento nos limitamos a

⁸¹⁸ COSTA, Newton C.A. "Conjetura e quase-verdade" in *Direito Política Filosofia Poesia*, Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale no seu octogésimo aniversário, Editora Saraiva, São Paulo, 1992, p. 78.

⁸¹⁹ "Aduz *TARUFFO*, "a idéia que se deva vencer ou perder uma causa com base na demonstração da efetiva realidade dos fatos é um lugar comum, mas esta não é uma boa razão para tê-la como infundada." *TARUFFO*, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. op. cit. p. 146-147.

consignar que ele refuta ambas noções⁸²⁰.

Se TARUFFO entende que não existem razões de ordem epistemológica para excluírem a teoria da verdade como correspondência no âmbito do processo, ele, no entanto, admite que o problema de adequação desta teoria são os limites e os critérios com os quais se pode realizar no processo um conhecimento que corresponda à realidade empírica. Trata-se da questão de ser ou não, realizável o conhecimento da verdade absoluta dos fatos.

Neste momento são surpreendentes as ponderações do autor. Ele diz que o conhecimento da verdade absoluta interessa mais diretamente aos campos da lógica à ciência empírica, sendo portanto, *ocioso* este conceito para a ciência processual, não merecendo ser posta em relação ao acerto processual dos fatos. E mais, *“não sendo o processo um empreendimento científico ou filosófico não tem necessidade de verdades absolutas, contentando-se com muito menos, com uma verdade relativa, qual seja, a ‘verdade suficiente’ a fornecer uma base racionalmente fundada à decisão”* (grifamos). Em resumo consigna que; *“se a verdade absoluta fosse em abstrato possível, não seria necessária ao processo, e se fosse impossível isto não teria relevância perante aquilo que no processo é necessário acertar”*⁸²¹.

Ele, entretanto, faz algumas ponderações sobre a verdade absoluta antes de *“acantoná-la”*⁸²² definitivamente. Ele conclui, como o *perfeccionista desiludido*⁸²³ que a verdade absoluta é impossível, no entanto, diversamente

⁸²⁰ v. tb. neste Capítulo, item 5.5.2 “A crítica de TARUFFO”.

⁸²¹ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. op. cit. p. 152.

⁸²² TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. op. cit. p. 152.

⁸²³ esta teoria é tratada quando falamos da negação da verdade no processo civil, item 2.2.1a) “A impossibilidade teórica”.

daquele, que se conforma e rechaça teoricamente a possibilidade de um acerto da verdade dos fatos no processo, *TARUFFO* persiste e diz que a verdade absoluta é um valor-limite teórico da verdade. Exemplifica que, numa linha imaginária estaria num extremo o não conhecimento e no extremo oposto a verdade absoluta. Entre um extremo e outro existem graus ou medidas de conhecimento. Portanto, a verdade absoluta é um ponto de referência teórico, enquanto se coloca em qualquer ponto intermediário a verdade relativa, que seria então um conhecimento relativo à verdade absoluta.

Portanto, a assunção da verdade absoluta como correspondência total do acerto à realidade, introduz um valor teórico de referimento e consente que no âmbito do processo se fale de uma verdade relativa dos fatos como uma medida de aproximação da verdade absoluta⁸²⁴.

Posto isto, temos a concluir que *TARUFFO* só vem a confirmar nossa análise acima esposada.

Primeiramente, não podemos deixar de consignar, não sem uma certa decepção, que de início o autor faz uma apologia à verdade, demonstrando todos os argumentos teóricos, ideológicos e práticos legitimadores da mesma no processo. Entretanto, ao tratar de qual a verdade deve ser trabalhada nos lindes processuais ele assevera que esta indagação não importa à ciência processual, mas que apenas devemos contemplar uma *verdade suficiente* a fornecer uma base racionalmente fundada à decisão, falando também em graus de verdade. Estas assertivas nos levam a vislumbrar o seu forte comprometimento com a perspectiva quantitativa. Logo, ele também tangencia a problemática da verdade,

encontrando a solução na verdade suficiente. Ele só não chama esta verdade (suficiente) relativa de verossimilhança porque acha inadequado o termo⁸²⁵, mas também não soluciona a questão de fundo, porque não trabalha a perspectiva ontológica da verdade.

Por outro lado, antes de “acantonar” a verdade absoluta ele permite corroborarmos nossa análise feita outrora. Diz ele que a verdade absoluta é inalcançável (perfeccionista desiludido), mas que é o sistema de referência teórico a uma verdade que ele chama de *relativa*.

O sentido desta relatividade poderia até dar a entender que TARUFFO está se referindo à noção Kantiana quando em certo trecho anterior de seu texto ele prediz que “*parece óbvia a observação que no processo não se trata de estabelecer verdades absolutas e imutáveis, de modo que só há sentido em falar-se em verdades relativas. Dessa asserção não deriva, no entanto, alguma diferença de fundo entre a verdade que se forma no processo e aquela que se forma fora do processo, pela boa razão que também esta última é, irredutivelmente, relativa*⁸²⁶” e cita os limites para a relatividade; tempo, capacidade humana, normas jurídicas bem como o *contexto processual*.

No entanto, mais adiante fica clara sua posição quando trata de especificar em que sede considera a verdade relativa “*deve ficar claro, porém, que se trata de variações de graus sobre uma escala substancialmente homogênea (em função da maior ou menor disponibilidade dos meios de conhecimento) não de diferenças*

⁸²⁴ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. op. cit. p. 157.

⁸²⁵ v. tb. Capítulo 2, item 3.8 “Críticas de TARUFFO quanto à noção de verossimilhança”

⁸²⁶ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. op. cit. p. 53.

*qualitativas e absolutas*⁸²⁷. Logo, a verdade é *relativa* enquanto considerada em *relação à* verdade absoluta e não relativa nos moldes Kantianos, o que não prediz nenhuma mudança paradigmática no autor, ao contrário, apenas confirma sua visão conservadora.

Por outro lado, dentre os doutrinadores brasileiros temos aqueles que se filiam ao pensamento de *MALATESTA*, o qual declaradamente admite que entende ser a verdade a conformidade da noção ideológica com a realidade, são eles, *AMARAL SANTOS*, *NEVES E CASTRO*, *PESTANA DE AGUIAR* e outros, e os que dividem-se entre o entendimento de *MALATESTA* e *FURNO* (verdade suficiente), professor *EGAS MONIZ DE ARAGÃO*, *FREDERICO MARQUES*, *PONTES DE MIRANDA*, dentre tantos outros⁸²⁸.

4.5 Outras perspectivas filosóficas de verdade trazidas pelos processualistas

Pois bem, quando dizemos que a verdade almejada pelos processualistas ainda está baseada no paradigma superado da verdade como adequação, algumas ressalvas devem ser feitas sendo certo que, por uma questão de método e, principalmente, de rigor científico devemos relativizar esta assertiva.

4.5.1 O tangenciamento da questão da verdade

Primeiramente, há que se ponderar que os processualistas que seguiram a

⁸²⁷ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. op. cit. p. 54

⁸²⁸ v. tb. Capítulo 2, item 2.1.8 "A verdade tratada pelos doutrinadores brasileiros"

linha traçada por *CARLO FURNO* (verdade suficiente), brilhantemente desenvolvida por *CALAMANDREI* que culminou por resgatar da doutrina alemã o conceito de verossimilhança (ensaio “Verdade e Verossimilhança”⁸²⁹), conceito este que *TARUFFO* com muita propriedade refuta, tangenciaram, sob o aspecto ontológico, a verdade. Há também a corrente daqueles que preferiram trabalhar com a noção de probabilidade e suas lógicas atuais. Pode-se dizer, que estes doutrinadores não resolveram a questão, apenas desviaram o prisma. Da intrincada discussão sobre a verdade passou-se a falar em seus sucedâneos, verossimilhança e probabilidade. Devemos consignar que embora sejam ambas (em especial a verossimilhança no nosso sistema jurídico) *elaborações úteis* ao processo, não são a verdade, mais precisamente, a verdade dos filósofos, são apenas tentativas de sucedâneos seus.

Entretanto, de modo algum se pense que existe alguma pretensão de desnobrecimento quanto ao trabalho desenvolvido, muito ao revés, graças a esta elaboração doutrinária conseguimos sustentar a impossibilidade prática e filosófica de encontrar a verdade no processo. No entanto, não podemos deixar de apontar que todos os que se seguiram tratando da verossimilhança e probabilidade, tangenciaram mas não resolveram a questão da verdade para o processo. Como dito acima, é uma *elaboração útil*, mas não é a solução, pois a observação prática nos demonstra isto⁸³⁰.

Pois bem, devemos consignar que além dos doutrinadores que não trabalharam com a verdade mas sim com seus sucedâneos, também existiram

⁸²⁹ v.tb. Capítulo II, item 2.1.4 “A Verdade em CALAMANDREI”.

⁸³⁰ v. tb. neste Capítulo item 6 “Conclusões Finais”

alguns outros que desenvolveram o tema sob outras perspectivas que não a da verdade como adequação.

4.5.2 A visão moderna da Verdade em CARNELUTTI

Devemos, num primeiro momento, apontar o importante ensaio de FRANCESCO CARNELUTTI "Verdade, Dúvida e Certeza"⁸³¹ que pôs em xeque o posicionamento dos processualistas até então.

Em CARNELUTTI parece ter havido realmente a primeira grande tentativa de mudança paradigmática com referência ao enfrentamento da questão da verdade - a aceitação da noção una de verdade, não considerando a antítese proposta pelos demais entre - verdade filosófica (absoluta) e verdade processual (histórica) ou mesmo a contraposição verdade formal/material que ele entendeu não ter fundamento "*a verdade não é, e nem pode ser senão, uma só: aquela que eu, como os outros, chamávamos de verdade formal não é a verdade. Nem eu sabia então que coisa fosse e porque, sobretudo, nem com o processo, nem de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem*"⁸³².

A verdade para CARNELUTTI, inspirado em HEIDEGGER, passa a ser a "universalidade da coisa", e resolve-se na certeza, que implica em uma escolha donde emerge o valor da dúvida.

Pode-se identificar claramente o engajamento deste autor na noção moderna de verdade que vigorava nos tratados dos filósofos daquela época, em

⁸³¹ v.tb. Capítulo II, item 2.1.6 "A Verdade em CARNELUTTI".

⁸³² CARNELUTTI, Francesco. *Verità, Dubbio, Certeza*. Rivista de Diritto Processuale, vol n0. XX (II série), Ed. CEDAM, Padova, 1965, p. 4.

superação à noção grega de adequação⁸³³. Sua tentativa foi bem mais decidida que em *MITTERMAIER* e *FURNO* cuja análise nos levou a crer que apesar de propalarem uma verdade histórica ainda continuavam inseridos e tendo como sistema de referência a verdade-adequação.

Portanto, não podemos deixar de consignar, como já apontado anteriormente,⁸³⁴ que a noção de verdade em *CARNELUTTI* pode ser considerada uma grande evolução sob dois aspectos: a) Ele começa a desmitificar a visão dual da verdade, entendendo que a verdade é uma; b) A verdade única de *CARNELUTTI* não é mais baseada na adequação; mas sim na noção Kantiana de verdade, que reflete uma mudança paradigmática, e se consubstancia em uma concepção ampliada de sujeito.

4.5.3 A visão de Verdade baseada em KANT proposta por MIGUEL REALE e sua noção de conjectura

Devemos analisar também a obra do nosso brilhante jusfilósofo professor *MIGUEL REALE*⁸³⁵ que merece muito de nossa atenção. *REALE* parte do Direito e chega à Filosofia elaborando sua teoria do conhecimento que ele chamou de *ontognoseologia*, como proposta de superação das clássicas dicotomias Racionalismo-Empirismo, Idealismo-Realismo.

Pode-se dizer que o pensamento realeano tem como fundamento, num primeiro momento a atmosfera Kantiana, e em momentos sucessivos a vasta

⁸³³ Como acima apontado em nota anterior, a noção grega de verdade não se resumia apenas em "adequação", a verdade grega também pode ser identificada na concepção platônica de "desvelamento" (*alétheia*). Deve-se salientar que ao se identificar a concepção grega como adequação quer-se significar a noção hegemônica e não a única. V. tb. Capítulo IV, item 3.3.

⁸³⁴ v.tb. Capítulo II, item 2.1.6 "A Verdade em *CARNELUTTI*".

⁸³⁵ REALE, Miguel. *Verdade e Conjectura*. Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1983.

ambiência da atmosfera fenomenológica. Para compreender-se *REALE* é fundamental levar em conta a sua reação contra a cadeia de forças das categorias científico-naturais, na ânsia de reduzir toda a realidade à ordem da *explicação*.

REALE entende que não há solução *isolada* no plano da subjetividade, assim como o real não é instrumental à ordem normativa da subjetividade, isto é, dos conceitos *a priori*, e aí começa sua divergência em relação a *KANT*. Se em *KANT* o objeto será sempre o objeto para o *eu penso*, isto é, para o entendimento, fora de cuja atmosfera ele não existiria, em *REALE*, a existência do objeto se coloca como pressuposto do próprio ato de *experimental*.⁸³⁶ O criticismo *ontognoseológico* de *REALE* pretende *desconstruir* a razão Kantiana naquilo em que esta se mostrou insuficiente na fundação de uma teoria do conhecimento. No processo *ontognoseológico* "sujeito e objeto se co-implicam, um supondo o outro e cada um deles irreduzível ao outro, ambos tendo plenitude de sentido na unidade dialética em que concretamente se inserem"⁸³⁷

Para *REALE*, não existem verdades definitivas e muito menos, *A Verdade*. A verdade é algo que se condiciona ao processo da historicidade do homem, na articulação das possibilidades das sua próprias realizações. Ele também entende que a busca da verdade se inscreve no universo axiológico, isto é, a verdade está condicionada valorativamente⁸³⁸.

Desenvolve também o jusfilósofo, o que ele denomina "pensamento conjetural". Quer ele demonstrar que a conjetura possui validade em si tanto na

⁸³⁶ GUIMARÃES, Aquiles Cortes. "A idéia de verdade no pensamento de Miguel Reale". *Direito Política Filosofia Poesia*, Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale no seu octogésimo aniversário, Editora Saraiva, São Paulo, 1992, p. 102.

⁸³⁷ REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*, Ed. Grijalbo- EDUSP, 1977, São Paulo, p. 107, *apud* GUIMARÃES, Aquiles Cortes, *op.cit.* p. 103.

vida comum como no plano científico e também nos domínios da filosofia.

“Se a verdade, numa síntese talvez insuficiente, não é senão a expressão rigorosa do real, ou, por outras palavras, algo do logicamente redutível a uma correlação precisa entre ‘pensamento e realidade’, tomando este segundo termo em seu mais amplo significado, e não apenas como ‘realidade fatural’, forçoso é reconhecer que a adequação entre o mundo dos conceitos e o da realidade, mesmo nos domínios das ciências consideradas exatas deixa-nos claros ou vazios que o homem não pode deixar de pensar. No fundo é esta a distinção Kantiana essencial entre ‘conhecer segundo conceitos’ e ‘pensar segundo idéias’, isto é, acrescento eu com certa elasticidade, ‘pensar segundo conjeturas’. De mais a mais, discutem até hoje os filósofos e cientistas no que tange à definição de verdade e os conceitos que se digladiam não são mais do que conjeturas, o que demonstra que a conjetura habita no âmago da verdade, por mais que nossa vaidade de ‘homo sapiens’ pretenda sustentar o contrário”⁸³⁹.

O que REALE quer demonstrar com este conceito de conjetura é que há uma série de divergências entre filósofos e cientistas quanto à definição da verdade e entre uma concepção e outra existem “vazios” sobre os quais não se pode deixar de pensar, ou em sua linguagem, “conjetura”. *“Quem conjetura, quando a verdade não se lhe impõe precisamente ao espírito, quer lançar uma ponte sobre a dúvida que separa uma verdade da outra”⁸⁴⁰*. Esta atividade (“conjetura”) se desenvolve porque o pensamento, tanto quanto a natureza, tem horror ao vácuo, ao não-explicado. Portanto, resume o autor, *“a teoria da verdade reduzir-se-ia, desse modo, a uma teoria das ficções conscientes e úteis, em*

⁸³⁸ GUIMARÃES, Aquiles Cortes, op.cit. p. 104.

⁸³⁹ REALE, Miguel. *Verdade e Conjetura*. op.cit. pp. 17/18.

*função dos esquemas ideais com que o homem encapsula o real e o ordena segundo os seus próprios fins vitais, constituindo, ao mesmo tempo, uma lógica naturalista e operacional.*⁸⁴¹

A nós parece que conjeturar no sentido realeano não guarda uma relação intrínseca e ontológica com a verdade, ou seja, ela não “habita o âmago da verdade” como quer demonstrar o autor. Conjeturar, a princípio, pelas palavras do eminente jusfilósofo seria uma atividade voltada à preencher lacunas na construção de conceitos, seja o Ser, Deus, Universo. A verdade é apenas um dos conceitos sobre o qual conjeturamos. Sendo a “conjeturação” (como atividade de conjeturar) um processo de raciocínio voltado às teorias do conhecimento.

Entretanto, para o nosso estudo devemos apenas por em relevo que na verdade realeana pode-se sentir uma influência decisiva da idéias de *KANT* e, ainda que divirja dele sob alguns aspectos, vem a demonstrar uma outra corrente de pensamento que refuta a idéia de verdade como adequação.

4.5.4 A verdade e o poder em FOUCAULT

Nesta ótica de demonstrar que existem outras visões da noção de verdade para o processo, podemos também fazer uma análise, ainda que superficial, de *MICHEL FOUCAULT*. Em sua obra “*A Verdade e as Formas Jurídicas*”⁸⁴² pretende demonstrar como as práticas sociais engendram domínios do saber não somente fazendo aparecer novos objetos, novos conceitos e novas técnicas, mas

⁸⁴⁰ REALE, Miguel. *Verdade e Conjetura*. op.cit. p.18.

⁸⁴¹ REALE, Miguel. *Verdade e Conjetura*. op.cit. p.18.

⁸⁴² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Ed. Nau. Rio de Janeiro, 1996.

fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento. O sujeito de conhecimento tem uma história própria, mas também há a história da relação do sujeito com o objeto. A idéia é reelaborar a teoria do sujeito; de um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história. Sendo que, a partir destas duas perspectivas ele propõe as duas histórias da verdade. A primeira, é uma espécie de história interna da verdade, a história da verdade tal como se faz ou a partir da história das ciências. Por outro lado, ele entende parecer existir nas sociedades vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regras de jogo são definidas, donde nascem certas formas de subjetividade, certos domínios do objeto, certos tipos de saber, e por conseguinte, pretende ele, fazer a partir daí, fazer uma história externa, exterior da verdade. Mais especificamente, *FOUCAULT* tenta demonstrar como certas formas de verdade podem ser definidas a partir da prática penal. Pois como diz o autor "*o que chamamos de inquérito (...) é uma forma bem característica da verdade em nossas sociedades*"⁸⁴³.

Este autor desenvolve o pensamento de *NIETZSCHE* em que ele afirma que num determinado tempo, num determinado lugar do universo animais inteligentes inventaram o conhecimento, momento este que teria sido o de maior mentira e suprema arrogância da história universal. Se o conhecimento foi inventado, vale dizer que não tem origem. Isto quer significar que não está na natureza humana, é simplesmente resultado do jogo, do afrontamento, da luta e do compromisso entre os instintos. Não existe assim qualquer afinidade ou

⁸⁴³ FOUCAULT, Michel. op. cit. pp. 8-12.

conformidade, entre o conhecimento e seu objeto. Há dominação⁸⁴⁴. *FOUCAULT* acredita que com esta análise do pensamento de *NIETZSCHE* ter encontrado um modelo para a história externa da verdade⁸⁴⁵.

Nos parece que a idéia de *NIETZSCHE* reanalisada por *FOUCAULT* é a que dominou o paradigma da consciência desde *DESCARTES*, *KANT*, *FICHTE*, *HEGEL* e outros. A idéia de que o sujeito domina o objeto no processo do conhecimento. No entanto, *FOUCAULT* influenciado por aquele autor alemão entende que a verdade além de estar condicionada a uma série de fatores como, tempo, limites de cognição do próprio ser humano, contexto histórico, etc., ela é absolutamente influenciada pelo poder. “*A verdade está circularmente ligada a sistemas de poder, que a produzem e apoiam, e a efeitos de poder que ela induz e que a reproduzem, “Regime” da verdade.*”⁸⁴⁶

Este regime a que ele se refere não é simplesmente ideológico ou superestrutural (cada sociedade tem sua política geral de verdade, isto é, tipos de discursos que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros), foi uma condição de formação e desenvolvimento do capitalismo. Portanto, *FOUCAULT* enseja que o problema da verdade é político, na medida que não se pode desvincular a verdade do poder, isto é, “*Não se trata de libertar a verdade de todo sistema de poder - o*

⁸⁴⁴ *NIETZSCHE* entende que temos uma natureza humana, um mundo, e algo entre os dois que se chama conhecimento, não havendo, entre eles nenhuma afinidade, vale dizer, o conhecimento não tem relações de afinidade com o mundo a conhecer. Não há no conhecimento uma relação de adequação, mas ao contrário, uma relação de distância e dominação. *FOUCAULT*, Michel. op. cit. pp. 18-22.

⁸⁴⁵ “*Embora FOUCAULT mesmo admita que essas idéias são contraditórias nos textos de NIETZSCHE, acentua que possibilitam o entendimento do conhecimento a partir de um duelo, ou de uma determinada relação estratégica do homem. E a partir da idéia de que há vários sujeitos de conhecimento, este vai depender de circunstâncias particulares que envolvam os sujeitos e as coisas a serem conhecidas*” COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Verdade Material e Processo Penal*. Revista dos Tribunais - 678, Abril/92., p. 286.

⁸⁴⁶ *FOUCAULT*, Michel. *Microfísica do Poder*. 13a. Ed. Graal, Rio de Janeiro, 1998, p. 14.

que seria quimérico na medida em que a própria verdade é poder - mas de desvincular o poder da verdade das formas de hegemonia (sociais econômicas, culturais) no inteiro das quais ela funciona no momento.⁸⁴⁷

4.6. Justificativas teóricas para a superação da verdade como adequação

Por várias vezes durante as páginas que precederam falamos que a “verdade como adequação está superada”. Entretanto deve ficar a pergunta na idéia do leitor, superada porquê? Quais as razões pelas quais ela não mais corresponde à concepção de verdade contemporânea? Apesar das respostas já terem sido apontadas, por uma questão de método, vamos elencar os motivos desta superação de modo mais sistemático, em um só tópico.

4.6.1 Perspectiva filosófica

Dissemos acima que a noção grega de verdade está inserida no paradigma do Ser⁸⁴⁸. Neste paradigma o ser é o fundamento do mundo⁸⁴⁹. Podemos apontar tanto *ARISTÓTELES* como *PLATÃO* como inseridos neste paradigma, posto que em ambos o ser é o fundamento, sendo que há diferenças que têm de ser guardadas entre ambos.⁸⁵⁰ O fato é que a idéia de verdade-adequação remonta a teoria de *ARISTÓTELES* que sustenta que as essências não são transcendentais

⁸⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. op.cit. p. 14.

⁸⁴⁸ v. tb. neste Capítulo, item 3.3 “A noção grega de verdade”

⁸⁴⁹ O ser é, o não-ser não é. Todas as coisas do mundo são vistas porque iluminadas pelo Ser.

⁸⁵⁰ Em *ARISTÓTELES* o Ser é a substância, o “quid” de uma coisa, em *PLATÃO* o ser é a idéia, está no mundo metafísico, portanto, conhecer é lembrar-se, reconhecer, porque as idéias, ou essência das coisas não estão nas próprias coisas, mas fora delas, no topos uranos, ou mundo platônico. A verdade então consiste na contemplação das idéias eternas e universais (verdadeiro ser). A verdade é portanto, o descobrimento do “ser das coisas” tais como são realmente, na

e sim, imanentes às coisas⁸⁵¹. Conhecer será portanto, *abstrair, ou retirar pela inteligência o conteúdo inteligível, incluso na realidade física sensível*⁸⁵².

Sob este prisma, do que significa conhecer, a verdade é então a adequação do intelecto e da realidade. Daí seu caráter de objetividade pois o fundamento é o próprio objeto⁸⁵³.

Por outro lado, *DESCARTES* que é considerado o fundador da filosofia moderna, instaura a modernidade como consciência. Portanto, o fundamento desloca-se do Ser para a consciência⁸⁵⁴. O pensamento passa a ser o dado fundamental "*Cogito, ergo sum*". Toda filosofia moderna desde *DESCARTES*, em sua fundamentação é idealista. No entanto a idéia de verdade ainda é adequação, agora não mais do intelecto à coisa, mas da coisa ao intelecto fundada na teologia cristã⁸⁵⁵. Dessa forma, *DESCARTES* significa uma mudança paradigmática pois o fundamento passa do Ser à consciência, mas continua preso à concepção tradicional de verdade baseada em adequação.

Em *KANT* encontramos a superação da verdade-adequação. "A teoria do conhecimento em *KANT* revela sua posição idealista. "*Trata-se de um idealismo subjetivo ou "transcendental" que, pela "revolução copernicana" prioriza a*

identidade com elas mesmas. É portanto a idéia de *alétheia*, desvelamento, revelação.

⁸⁵¹ O ser está no mundo físico tal como o conhecemos por meio dos nossos sentidos.

⁸⁵² CORBISIER, Roland. op. cit. p. 72.

⁸⁵³ A interpretação se processa por uma *operação cognitiva que produz uma relação de identidade (ou semelhança) entre os elementos do conhecimento e os elementos do objeto* LUDWIG, Celso. op.cit p. 14.

⁸⁵⁴ *ARISTÓTELES* parte da compreensão da faticidade enquanto que *DESCARTES* repele a faticidade como ponto de partida que passa a ser o pensamento. "*O caminho empreendido já não irá para o ser que se im-põe, mas para a consciência que põe o ser. A subjetividade é fundante e fundamental*". DUSSEL, Enrique D. *Método para uma filosofia da libertação*. São Paulo, Ed. Loyola, 1976 pp. 38-39 *apud* LUDWIG, Celso. op.cit p. 27.

⁸⁵⁵ A verdade é portanto, a adequação das coisas criadas às suas idéias no intelecto divino

*autonomia do sujeito cognoscente. O objeto passa a submeter-se ao sujeito”*⁸⁵⁶

A verdade das coisas é relativa ao sujeito que a conhece, isto quer dizer que as coisas só se tornam conhecidas quando entram em relação com o sujeito e se amoldam às suas formas e categorias *a priori*⁸⁵⁷.

Para o idealismo o sujeito intervém ativamente na elaboração do conhecimento. O real passa a ser resultado de uma *construção*. Como o fundamento não está mais no objeto e sim no sujeito, não persiste mais a característica da *objetividade* da verdade, e a essência das coisas passa a ser incognoscível, porque ela não existe, o que existe é o sujeito que conhece as coisas de acordo com suas possibilidades, através das formas *a priori* e *a posteriori*.

Pois bem, a verdade deixa de ser absoluta e objetiva, e passa a ser relativa e subjetiva. A concepção da verdade como histórica é fato inconteste na filosofia, e em outras ciências, pois não se pode conceber uma verdade categorizada como absoluta na qual o sujeito a “retire” da essência dos objetos. Os objetos do conhecimento estão a nossa disposição somente dentro do conhecer. Só se pode julgar a fidelidade de seu reflexo por meio do conhecimento dentro dos processos cognitivos.

É resultado de observação prática que homens com diferentes histórias de vida, diferentes profissões e diferentes interesses percebam as coisas de maneira diferente, considerem correta e incorretas qualidades e características

⁸⁵⁶ LUDWIG, Celso. op.cit p. 30.

⁸⁵⁷ CORBISIER, Roland. op. cit. p. 75.

diferentes⁸⁵⁸, tudo depende de seu sistema de referência. “A idéia de sistema de referência toma posição dominadora de todo o conhecimento humano. Sem sistema de referência, o conhecimento é desconhecimento”.⁸⁵⁹

Para demonstrar sua tese (sistema de referência) *GOFFREDO TELLES JUNIOR* serve-se do exemplo de *EINSTEIN* que imaginando um trem muito comprido (5.400.000 Km), a caminhar em velocidade constante e movimento retilíneo uniforme (240.000 Km/s), que tivesse uma lâmpada no centro e duas portas, uma dianteira e outra traseira, que se abriam automaticamente, assim que, os raios de luz emitidos pela lâmpada as atingissem. *EINSTEIN* demonstrou com operações aritméticas bem simples, que um viajante desse trem, vendo acender-se a lâmpada, veria também nove segundos depois, as duas portas se abrirem, *simultaneamente*.

Para um lavrador que estivesse no campo, a certa distância do trem, ainda que percebesse o acendimento da lâmpada no mesmo instante em que o viajante, cinco segundos após veria a porta traseira abrir-se e somente quarenta e cinco segundos depois teria visto a abertura da porta dianteira. *EINSTEIN* observou que os fatos foram rigorosamente os mesmos, mas entre o lavrador e o viajante a diferença entre ambos era seu sistema de referência⁸⁶⁰.

Fica então demonstrado cientificamente que a verdade não pode ser absoluta, mas sim relativa, não só ao tempo, como aponta *EINSTEIN*, mas

⁸⁵⁸ HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Universidad Externado de Colombia, 1998.

⁸⁵⁹ TELLES JUNIOR, Goffredo. op. cit p. 288.

⁸⁶⁰ “A isso se reduz, portanto, simultaneidade e o sucedido! O que é simultâneo é sucessivo, e o que é sucessivo é simultâneo. E o tempo entre fatos sucessivos não é um tempo certo, determinado, fixo. Uma hora de tempo é ‘qualquer’ tempo, tudo depende do sistema de referência com que a hora de tempo se relaciona”. TELLES JUNIOR, Goffredo. op. cit p. 288.

também a tantas outras circunstâncias históricas as quais o sujeito está submetido. Diz CORBISIER *“A verdade, revelando-se na história, não é uma idéia platônica, uma essência eterna e intemporal que, por acidente se inscreve na existência, mas o fruto ou o resultado de um processo que não é apenas trabalho porque também é luta, ao longo do qual se define, o sentido da história”*⁸⁶¹

HABERMAS, por seu turno, está inserido em um outro paradigma, o que ele chamou de paradigma do agir comunicativo⁸⁶², e tem uma concepção diversa de verdade; a razão é centrada na comunicação sendo que a reflexão se dá através da linguagem. Voltaremos a falar sobre esta noção de verdade em tópico específico, no entanto, o que importa agora consignar é que, tanto no paradigma da consciência (verdade Kantiana), como no paradigma do agir comunicativo (verdade consensual Habermasiana) a verdade depende do sujeito. No primeiro, o sujeito impondo-se na relação de conhecimento do objeto e no segundo, os sujeitos se inter-relacionando sobre o que seria o objeto, mas a perspectiva é sempre subjetiva. O que denota que a conotação objetiva da verdade está, inegavelmente, superada desde a modernidade.

5. Verdade consensual aplicada à Teoria Geral do Processo

5.1 Noções introdutórias

Ficou então consignado acima que a verdade como adequação apesar de suplantada pelas teorias filosóficas da modernidade ainda continua povoando a cabeça dos processualistas contemporâneos. Por outro lado, outras perspectivas

⁸⁶¹ CORBISIER, Roland. op. cit. p. 68.

foram também trabalhadas no âmbito processual. Vimos que a teoria Kantiana teve e tem sua parcela de influência sobre o processo, na medida que enseja a necessidade de uma verdade relativa/subjetiva em detrimento de uma verdade absoluta/objetiva, Vimos também alguns desdobramentos desta noção mas sempre estando inseridos no mesmo paradigma - da Consciência.

Pois bem, neste momento queremos continuar trabalhando a verdade, porém sob outro prisma - do paradigma do Agir Comunicativo devido a *HABERMAS*. Como já anteriormente mencionado⁸⁶³, autor alemão afirma que surgem novos impulsos do filosofar baseados na intersubjetividade. As relações entre linguagem e mundo, entre proposições e estados de coisas, substituem as relações sujeito-objeto. No paradigma da consciência o *sujeito é capaz de conhecer objetos* e a si mesmo, e de dominá-los. No paradigma da comunicação o sujeito é agora, interpretado como aquele que se obriga historicamente a *entender-se com outros sujeitos*, entender-se sobre o que pode significar conhecer objetos e dominar objetos.

Se o sujeito não mais relaciona-se com o objeto, mas sim com outros sujeitos e entender-se com eles sobre o que é conhecer, a palavra de ordem neste paradigma passa a ser a *linguagem*. É através deste instrumento que possibilita a comunicação argumentativa, que se chega ao consenso, o qual serve de pano de fundo para a ação comunicativa em *HABERMAS*.

De outro modo, é importante salientar que o estudo da linguagem relaciona-se com o desenvolvimento do conhecimento científico na atualidade. Isto pode ser

⁸⁶² v. tb. neste Capítulo, item 3.2.3. "Paradigma do Agir Comunicativo".

⁸⁶³ v. tb. neste Capítulo, item 3.2.3. "Paradigma do Agir Comunicativo".

percebido pela conotação dada pelos seguintes autores: *L. WITTGENSTEIN* em sua obra "*Tractatus Logico Philosophicus*" aduz que: "Os limites da minha linguagem, significam o limite do meu mundo" Ou ainda *TÉRCIO SAMPAIO FERAZ JR.* que afirma categoricamente: "a realidade, o mundo real, não é um dado, mas a articulação lingüística mais ou menos uniforme num contexto social"⁸⁶⁴. E complementa mais adiante, "fato não é pois algo concreto, sensível, mas um elemento lingüístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade"⁸⁶⁵

Dessa forma, como a linguagem tem sido compreendida como a base do conhecimento científico hodiernamente, bem como de toda teoria de *HABERMAS*, faz-se mister entendê-la, mais detalhadamente, na sua implicação com o nosso mundo contemporâneo. Para tanto, devemos estudar os fundamentos de uma ciência desenvolvida ainda neste século (XX) - a semiótica.

5.2 As bases da Semiótica

5.2.1 Antecedentes

A semiótica desenvolveu-se a partir de um movimento havido em Viena (o chamado "Círculo de Viena"), no início deste século (1907), e que se denominou Neopositivismo lógico, ou simplesmente Positivismo lógico.

Um grupo heterogêneo formado por filósofos, físicos, sociólogos,

⁸⁶⁴ Introdução ao Estudo do Direito, Ed. Atlas. São Paulo, p. 245 *apud* CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Lógica Jurídica*. p. 16.

matemáticos, psicólogos, juristas (*KELSEN* esteve presente em alguns encontros) reunia-se, sistematicamente, para discutir problemas relativos à natureza do conhecimento científico. Havia uma forte preocupação com a Epistemologia Geral, isto é, era uma teoria crítica voltada para o estudo e a análise dos conceitos básicos, dos princípios e dos objetivos dos conhecimentos científicos em geral. Daí que os Neopositivistas Lógicos reduziram a Filosofia à Epistemologia e esta a uma teoria compreendida como teoria geral dos signos - a Semiótica (a qual guarda alguma diferença com o termo Semiologia⁸⁶⁶), "*que abrange todo e qualquer sistema de comunicação, desde os mais singelos e primitivos até os sistemas lingüísticos dos idiomas naturais e as linguagens formalizadas*"⁸⁶⁷.

Ocorreu que estes pensadores (neopositivistas lógicos) perceberam que a linguagem natural, com os defeitos que lhe são iminentes (p. ex. a ambigüidade) jamais traduziria os anseios cognoscitivos do ser humano, daí a necessidade de elaboração de linguagens artificiais com vocábulos precisos que se submetem a um "processo de elucidação"⁸⁶⁸. Ele chegaram então a proposições afirmativas como esta: "*Compor um discurso científico é verter em linguagem rigorosa os dados do mundo, de tal sorte que ali onde não houver precisão lingüística não*

⁸⁶⁵ Idem p. 253.

⁸⁶⁶ Vale a pena aqui consignar que a Semiologia, a qual é entendida como ciência que estuda a vida dos signos no seio da sociedade, foi apresentada por FERDINAND DE SAUSSURE e voltou-se mais para a linguagem verbal. Tendo sido um projeto concebido para a pesquisa de todo e qualquer sistema signico. Quase que simultaneamente CHARLES SANDERS PEIRCE, filósofo americano, fundava a Semiótica como disciplina independente, tendo por objeto, também, os signos dos mais variados sistemas. De caráter mais acentuadamente filosófica, a teoria de PEIRCE teve, desde o início, o mesmo campo objetual que a Semiologia de SAUSSURE, razão porque a maioria dos autores empregam os dois nomes como sinônimos para designar a teoria dos signos. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Lógica Jurídica*. op. cit. pp. 19-20.

⁸⁶⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Lógica Jurídica*. Apostila distribuída para os cursos de pós-graduação da PUC/SP na disciplina do autor - Direito Tributário. sem publicação, pp. 1-2.

⁸⁶⁸ termo utilizado por RUDOLF CARNAP (CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit. p. 3).

poderá haver ciência"⁸⁶⁹.

A linguagem passa então a ser o instrumento por excelência do saber científico, sendo ao mesmo tempo modelo de controle dos conhecimentos por ela produzidos.

Como marco histórico foi organizado um manifesto pelos participantes do movimento em homenagem àquele que foi considerado o "pai" do cenáculo de Vienense, *MORITZ SCHLICK*, que se intitulava "O ponto de vista científico do Círculo de Viena"⁸⁷⁰. A divulgação deste trabalho, no Congresso Internacional de Praga, deu larga e pública difusão do movimento.

5.2.2 Propostas e objetivos do movimento Neopositivista Lógico

Fica claro então que este movimento do qual vimos tratando enobrece a linguagem como instrumento do saber científico e também como meio de controle daqueles mesmos conhecimentos. Para tanto, percebeu-se a necessidade da construção de modelos artificiais para comunicação científica. O discurso científico, deste modo aperfeiçoado, estaria apto a proporcionar uma visão rigorosa e sistemática do mundo.

Os recursos semióticos permitiram a análise de três dimensões da linguagem: a) *sintática*; em que os signos lingüísticos são examinados nas suas

⁸⁶⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit. p. 3.

⁸⁷⁰ "Este manifesto apresentava uma concepção científica do mundo como algo a ser conquistado mediante uma série de medidas, entre elas: a) colocar a linguagem do saber contemporâneo sob rigorosas bases intersubjetivas; b) assumir uma orientação absolutamente humanista, reafirmando o velho princípio dos sofistas: "o homem é a medida de todas as coisas"; e c) deixar assentado que tanto a Teologia, quanto a Filosofia, não poderiam ostentar foros de genuína validade cognoscitiva, formando, no fundo, um aglomerado de pseudoproblemas. De tal concepção emergem dois atributos essenciais: 1o. - todo conhecimento fica circunscrito ao domínio do conhecimento empírico; e 2o. a reivindicação do método da análise lógica da linguagem, como instrumento sistemático da reflexão filosófica. Este último aspecto dá originalidade ao movimento, em contraste com a tradição psicologizante da própria gnosiologia empírico-positivista". CARVALHO, Paulo de

relações mútuas, ou seja, signos com signos; b) *semântica*; que se ocupa da relação do signo com o objeto que ele representa; e c) *pragmática*, onde os signos são vistos na relação que mantém com os usuários da linguagem.

Pode-se dizer que uma frase está adequadamente composta, sob a perspectiva da sintaxe, mas ainda que permita o sentido, não chega a garantir o conteúdo de verdade do enunciado. E aqui se fala em semântica, isto é, no domínio da relação das palavras e expressões com as realidades interiores ou exteriores que elas denotam. Havendo a ponte entre o suporte material dos signos e os objetos significados, surge o valor de verdade, como atributo do enunciado. Portanto, a frase. "Ficou constatado que morreu o rapaz por causa da pneumonia", tem sentido, posto que bem formada sintaticamente, podendo ser verdadeira ou falsa, dependendo da cuidadosa verificação que seja feita. Dessa forma, um enunciado terá sentido semântico se puder ser empiricamente verificável. Este é um importante traço da concepção neopositivista, que não só exige uma boa formação sintática da frase, como também declara que os enunciados inverificáveis não poderão integrar o discurso científico⁸⁷¹.

Entretanto, os Neopositivistas Lógicos, na procura de depuração discursiva, construíram um paradigma lingüístico rigorosíssimo nos planos sintático e semântico, outorgando-lhes uma importância muito grande, em detrimento do ângulo pragmático.⁸⁷² Esta perspectiva compele o intérprete a sair da significação

Barros. op. cit. p. 5.

⁸⁷¹ Eles admitem também que "*existem enunciados não verificados empiricamente, mas que têm sentido e são verdadeiros ou falsos consoante os próprios termos que os compõem. São as tautologias, que nada afirmam a respeito da realidade. A Lógica e a Matemática estudam essa figura, podendo dizer-se que ambas estruturam-se como verdadeiros conjuntos de tautologias*".

CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit. p. 11.

⁸⁷² CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit. p. 9.

de base em busca da amplitude do discurso, a significação contextual, determinada por uma série de fatores, dentre eles e principalmente pelos propósitos do emissor da mensagem. Daí porque da importância da pragmática, pois fica patente que os objetivos daquele que expede a mensagem são extremamente importantes para a significação desta. Pode-se dizer também que *HABERMAS* procura trabalhar, mais preponderantemente, sob esta perspectiva.

5.2.3 Função, forma e tipos de linguagem

Trarêmos alguns conceitos fundamentais na Semiótica para que possamos trabalhá-los, pragmaticamente, mais adiante.

Língua; tomemos este vocábulo, semanticamente, com um sistema de signos em vigor numa determinada comunidade social, cumprindo o papel de instrumento de comunicação entre seus membros. Língua aqui tem o sentido de idioma, sendo então um dos sistemas sógnicos (outros signos são o vestuário, culinária, música, arquitetura, etc.) que se prestam a fins comunicacionais.

Fala; É ato individual de seleção e de atualização, em face da língua que é instituição e sistema. Areladas num processo dialético, língua e fala podem também serem substituídas pelos vocábulos código/mensagem, sendo que não pode haver língua sem fala e a recíproca é verdadeira. Logo, podemos aceitar a proposição afirmativa segundo a qual a língua é, praticamente a linguagem menos a fala.

Linguagem; por seu turno é uma autêntica instituição social. É uma palavra mais abrangente significando a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos cujo conjunto sistematizado é a língua (idioma). Entretanto,

as noções de linguagem, língua e fala são indissociáveis, devendo ser estudadas num esquema dialético. De qualquer forma, nos centraremos neste estudo, na estrutura da língua no contexto comunicacional. Interessando-nos como objeto de estudo, as maneiras de emprego dos códigos idiomáticos, circunstância que determina o aparecimento de muitas linguagens, em derredor de uma só língua.

Signo; pode ser considerado como uma unidade de um sistema que permite a comunicação inter-humana, signo é ente que tem *status* lógico de relação. Nele um suporte físico se associa a um significado e a uma significação

Suporte físico, na linguagem idiomática, é a palavra falada (ondas sonoras, que são matéria), ou palavra escrita (depósito de tinta no papel ou giz na lousa). Refere-se a algo do mundo exterior ou interior de existência concreta ou imaginária, atual ou passada, que é o seu *significado*, que suscita em nossa mente uma noção, idéia ou conceito, que chamamos de *significação*. Um exemplo pode tornar mais clara a noção de signo sob a perspectiva triádica. A palavra mamão é o *suporte físico* (porção de tinta gravada no papel) refere-se a uma realidade do mundo exterior que todos conhecemos; uma espécie de fruta, que é seu *significado*. Fazendo surgir na mente de cada um o conceito de mamão, variável de acordo com fatores psíquicos ligados à experiência de vida de cada qual. Àqueles que forem apreciadores da fruta, a imagem será de algo bom, apetitoso. Os que não a apreciarem a idéia será desfavorável. Esta é a *significação*.⁸⁷³

Por fim, distinguem-se também três planos na investigação dos sistemas sígnicos; o sintático, o semântico e o pragmático, que já foram, no tópico acima,

conceituados.

Postos os conceitos vamos centralizar nossas atenções nos sistemas idiomáticos, deixando de lado os demais códigos, por expressivos ou sugestivos que possam parecer. Pois bem, vamos tratar agora das *funções da linguagem*.

Toda e qualquer manifestação lingüística, desde a mais simples às mais complicadas, raramente encerram uma única função. Ainda que haja uma função dominante outras a ela se agregam no enredo comunicacional, tornando difícil a tarefa de classificá-las. Entretanto, tomemos o "efeito imediato" como critério classificatório, ou seja, adotando o *animus* que move o emissor da mensagem como critério pragmático de classificação. Sob esta ótica, podemos identificar então dez diferentes *funções da linguagem*.

a) Linguagem descritiva⁸⁷⁴; b) Linguagem expressiva de situações subjetivas⁸⁷⁵; c) Linguagem prescritiva de condutas⁸⁷⁶; d) Linguagem interrogativa⁸⁷⁷; e) Linguagem performativa⁸⁷⁸; f) Linguagem fáctica⁸⁷⁹; g)

⁸⁷³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Lógica Jurídica*. p. 18

⁸⁷⁴ Indicativa ou declarativa, é o veículo para transmissão de notícias, informando o receptor acerca de situações objetivas ou subjetivas que ocorrem no mundo existencial guardando com ele uma relação de verificabilidade, (quem descreve, o faz de algo falso ou verdadeiro, de acordo com a verificação com o que foi descrito).

⁸⁷⁵ É aquela na qual o emissor exprime seus sentimentos pelo uso de palavras ou expressões interjeicionais (ai!, oba!, viva!, fora!, quem dera! etc.) Verifica-se a presença de emoções manifestadas pelo remetente da mensagem. Não se subordina aos critérios de verdade e falsidade inerente à lógica do discurso descritivo. A licença poética afasta de cogitação qualquer tentativa no sentido de vincular suas elaborações aos critérios da Lógica Clássica - daí dizer-se que a linguagem poética não tem lógica.

⁸⁷⁶ Presta-se a expedição de ordens, de comandos dirigidos ao comportamento das pessoas. Abrange condutas inter e intrasubjetivas. É a linguagem das normas de Direito. As ordens não são verdadeiras ou falsas, mas sim válidas ou não válidas. Estes são os valores lógicos da linguagem prescritiva e sua sintaxe é estudada pela chamada Lógica Deontica, de que faz parte a Lógica Deontica Jurídica, cujo objeto é a organização da linguagem do direito positivo.

⁸⁷⁷ É a utilizada pelo ser humano quando diante de objetos ou situações que desconhece, ou ainda quando pretende alguma ação do semelhante. Diante da pergunta há duas possibilidades, mas nunca a indiferença; ou não responde, ignorando-a, ou responde, satisfatoriamente ou não. Também não está sujeita aos valores da Lógica Clássica: verdadeiro e falso. Seus critérios são outros. Uma pergunta é pertinente ou impertinente, adequada ou inadequada, própria ou imprópria.

Linguagem propriamente persuasiva⁸⁸⁰; h) Linguagem afásica⁸⁸¹; i) Linguagem fabuladora⁸⁸²; j) Linguagem que opera na função metalingüística⁸⁸³.

Há múltiplas possibilidades de utilização das palavras, assim como são numerosos os usos das construções frásicas que a gramática de cada língua permite. A correspondência, no entanto, entre a forma e a função não acontece como relação necessária de tal sorte que as estruturas gramaticais oferecem apenas precários indícios a respeito da função.

Como *formas de linguagem* temos as frases divididas em seis classes de

⁸⁷⁸ Os modos de significar são usados para concretizar alguma ação. Sua função é operativa (instrumental), apenas dá concretude factual que certos eventos exigem para sua efetiva realização. P. ex. o padre, no encerramento da cerimônia de casamento, proclama: "Eu vos declaro marido e mulher".

⁸⁷⁹ é considerada a linguagem introdutória da comunicação e que utiliza todos os recursos lingüísticos empregados para manter o contato comunicacional, ou seja, exerce papel introdutório (Como vai?), mantenedor (Vou indo e você, tudo bem?) ou terminativo (Até breve!) da comunicação. Ela também é freqüente em documentos oficiais, solenidades e ritos verbais.

⁸⁸⁰ É animada pelo intento imediato de convencer, persuadir, instigar. Apresenta-se nela um *animus* persuasivo, que pode-se dizer presente em todas as funções que a linguagem desempenha, em diferentes níveis de intensidade, no entanto, nesta modalidade ela tem papel dominante, daí porque dizer-se que é "propriamente persuasiva". Ela se dá onde há interesses conflitivos ou quando alguém postula algo. Assume extraordinária importância e enorme freqüência nos lindes do Direito. É o chamado discurso judicial cujo objetivo não é decidir senão convencer, sendo a Retórica Jurídica o esquema metódico de que se serve. Sua lógica é a da retórica que se ocupa da argumentação como um tipo específico de raciocínio.

⁸⁸¹ Conjunto de enunciados que alguém dirige contra a mensagem de outrem, visando obscurecê-la, confundí-la perante o desenvolvimento de terceiros ou a dificultar sua aceitação. Na amplitude da discussão judicial, bem o sabemos, é comum que os representantes das partes litigantes utilizem esse tipo de linguagem para tumultuar o andamento regular do feito. Mas este não é seu único fim, pode também encobrir o vazio de significação de certas mensagens, neste caso cumprindo uma função axiologicamente positiva. Em alguns momentos é o meio de escapar dos domínios estritos da literalidade da lei, fazendo prevalecer uma solução valorativa da equidade.

⁸⁸² Esta linguagem cobre vasto segmento no quadro geral da comunicação humana integrando os textos considerados fantasiosos ou fictícios, como as fábulas, os contos infantis, as novelas, os filmes, os mitos, as anedotas, e especialmente no nosso campo, as ficções jurídicas, bem como as hipóteses com que trabalham os cientistas. Deve ficar claro que os enunciados da linguagem fabuladora são suscetíveis de apreciação segundo os critérios de verdade/falsidade, entretanto, a verificação não importa para os fins da mensagem. Sempre que o legislador das normas gerais e abstratas estiver premido a esquematizar fatos e qualificar objetos, em desacordo com a índole em que normalmente são tomados, emprega o recurso fabulador.

⁸⁸³ Ela focaliza o código ou seja, o próprio discurso em que se situa. Nela antecipa-se o emissor às interrogações do destinatário, explicitando fragmentos do discurso que lhe pareceriam desconhecidos ou obscuros ao interlocutor. Denunciam a função metalingüística frases introduzidas por expressões, como, isto é, ou seja, ou melhor, por outro modo, em outros termos, etc.

formas: a) declarativas; b) interrogativas; c) exclamativas; d) imperativas, e) optativas; f) imprecativas. Que como dito, nem sempre coincidem forma e função, como por exemplo nas frases a seguir: "Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil" (forma declarativa e função prescritiva); "Que sede!" (forma exclamativa e função interrogativa, imaginando-se um meio de pedir água); "Os senhores, no lugar deste rapaz, também não teriam feito o mesmo?" (forma interrogativa e função persuasiva), etc.

Devemos consignar também que o Neopositivismo Lógico alude a três *tipos de linguagem*: a) natural ou ordinária⁸⁸⁴; b) técnica⁸⁸⁵ e c) formalizada⁸⁸⁶. No entanto, *PAULO DE BARROS CARVALHO* em sua obra, admite outros desdobramentos e assim acrescenta mais três tipos, a saber: d) linguagem científica⁸⁸⁷; e) filosófica⁸⁸⁸; f) artística⁸⁸⁹.

⁸⁸⁴ É a linguagem por excelência da comunicação entre as pessoas. Espontaneamente desenvolvida não se prende a esquemas rígidos de formação sintática de enunciados, bem como vem acompanhada também de outros sistemas de significação coadjuvantes, dentre os quais, quando falada, a mímica. Nela percebem-se com clareza pautas valorativas e inclinações ideológicas dos interlocutores.

⁸⁸⁵ É toda aquela linguagem que se assenta no discurso natural, mas aproveita quantidade considerável de palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas. Busca transmitir informações imediatas acerca da funcionalidade do objeto, utilizando, para tanto, número maior ou menor de termos científicos. O Direito positivo (*latu sensu*) se enquadra neste tipo de linguagem.

⁸⁸⁶ Advém da necessidade de abandonarmos os conteúdos de significação das linguagens idiomáticas, com o objetivo de surpreender as relações entre classes de indivíduos ou de elementos. A formalização da linguagem aparece como instrumento eficaz para exibirmos relações; sejam elas matemáticas, físicas, econômicas, sociológicas, psicológicas ou jurídicas. Quando a Geometria, utilizando fórmulas matemáticas, enuncia que $(h^2 = a^2 + b^2)$ está exprimindo em linguagem formalizada uma relação constante para todo triângulo retângulo. Estamos então diante de uma estrutura sintática rígida e bem organizada, com plano semântico em que seus termos encontram uma, e somente uma significação e com dimensão pragmática, pobre, mas existente. Mas deve-se alertar que ao despojar o discurso de suas roupagens idiomáticas, há de remanescer um resíduo formal dotado de alguma significação sob pena de transformar-se o conjunto em mero cálculo, sinais que nada dizem.

⁸⁸⁷ É um discurso que se pode dizer artificial, porquanto tem origem na linguagem comum, passando por um processo de depuração, em que se substituem as locuções carregadas de imprecisão significativa por termos na medida do possível unívocos e suficientemente aptos para indicar, com exatidão os fenômenos descritos. É bem esquematizada sintaticamente, com seu plano semântico cuidadosamente elaborado, mas enfraquecida na dimensão pragmática, tendo em

Importa reconhecer também que há níveis de linguagem, de tal modo que aquela em que se fala é chamada de *linguagem-objeto*, ao passo que a empregada para falar da linguagem-objeto denomina-se *metalinguagem*. Ser metalinguagem é então uma posição relativa: a linguagem L1, utilizada para analisar a linguagem Lo, surge aqui como metalinguagem, mas pode constituir-se linguagem objeto de outra (L2) que dela se ocupe. A hierarquia vai ao infinito porque jamais ocorrerá uma última linguagem insuscetível de transformar-se em linguagem objeto. P. ex. no discurso científico, o cientista só pode falar de sua linguagem, a não ser que, numa função metalingüística, utilize linguagem de sobrenível. Então se tomarmos como referencial a linguagem do Direito teremos: tomando o corpo do Direito positivo, como linguagem-objeto (Lo); a Ciência do Direito (sentido estrito), que o descreve, será L1; a Filosofia do Direito será L2;

vista o esforço de estruturação sintática e o empenho no sentido de evitar as confusões significativas.

Há dois enfoques científicos que podem ser enfatizados; o chamado *zetético* onde os problemas suscitados pelo ser humano que abre o espírito para o questionamento de conceitos fundamentais, podendo estar as premissas submetidas à discussão, em contraposição ao procedimento *dogmático* em que se firmam premissas de modo intangível, absoluto. Uma teoria é um sistema de proposições orientado para um fenômeno com fins cognoscitivos que se compõe de investigação tanto de caráter zetético como dogmático. Esta teoria será ciência se, e somente se, além de formar enunciados sobre determinados objetos, tiver pretensão de finalidade veritativa. Sendo assim, as ciências são teorias animadas pelo objetivo de apresentar conclusões que se confirmem como verdadeiras.

⁸⁸⁸ A linguagem filosófica assume foros que a distinguem como discurso peculiar. Com efeito, reflexões sobre a vida humana, natureza, Deus, pensamento, requerem uma linguagem de tipo especial, saturada de valores com terminologia própria. Trata-se de uma linguagem que incide em todas as regiões ônticas, natural ou física, metafísica, ideal e cultural, de tal modo que seu objeto poderá ser tanto lingüístico como extralingüístico. Tanto o saber comum, como o científico, marcam o ponto de partida da investigação filosófica, que retribui às contribuições particulares, esclarecendo-lhes as causas e assentando-lhes os fundamentos. É nesse ponto que há relação entre o pensar filosófico e o pensar científico. No entanto, em nenhum plano de indagação o enfoque zetético está tão presente quanto no das especulações da Filosofia.

⁸⁸⁹ Por fim, por linguagem artística entendemos aqueles modos de significar, de funções variadas, reveladoras de valor estético que é algo que provoca nossa sensibilidade, orientando-a em direção ao belo e produzindo aquela satisfação cuja índole subjetiva e seu caráter intuitivo impedem seja isolado e definido com explicitude. O subjetivismo que preside a utilização desse valor de referência dá margem a intensos desacordos de opinião. É portanto a linguagem que traz à frente um apelo à sensibilidade estética.

uma obra crítica sobre a Filosofia do Direito será linguagem nível L3, e assim por diante.

Aqui faremos uma breve incursão na ciência jurídica para situarmos nosso campo de estudos. O Direito positivo e a Ciência do Direito são dois discursos lingüísticos diversos, cada qual portador de um tipo de organização lógica e de funções semânticas e pragmáticas diversas.

O primeiro, enquanto complexo de normas jurídicas válidas num dado país está vertido numa linguagem que se volta para a disciplina das relações intersubjetivas do comportamento humano e portanto, tem um cunho, eminentemente, prescritivo. Por seu turno, à Ciência do Direito cabe descrever este enredo normativo, ordenando-o e apresenta seu discurso em forma descritiva. E por descrever o Direito positivo, é uma sobrelinguagem ou linguagem de sobrenível (metalinguagem).em relação àquele, que é linguagem-objeto.

Vale salientar também que ao Direito positivo corresponde a Lógica deôntica (lógica do dever-ser, lógica das normas) por isso seus enunciados são considerados válidos ou não válidos. Enquanto que à Ciência do Direito corresponde a Lógica apofântica (lógica das ciências ou lógica clássica) cujos enunciados podem ser verdadeiros ou falsos. Por fim, no campo semântico e pragmático, pode-se dizer que as proposições normativas dirigem-se à região material da conduta enquanto que as proposições científicas simplesmente descrevem seu objeto, sem nele interferir.

5.2.4 O fato sob a perspectiva da Semiótica

Em linhas gerais determinadas as bases da semiótica vamos agora estudar

o fato sob aquela perspectiva, com vistas a fundamentar nosso ponto de vista - a teoria de *HABERMAS* aplicada ao processo e, mais especificamente à prova.

PAULO DE BARROS CARVALHO em sua obra, "Direito Tributário"⁸⁹⁰, faz uma preleção sobre a importância da semiótica no saber científico e trabalha com vários de seus fundamentos atendendo sempre à circunstância de que o direito apresenta-se, invariavelmente, como fenômeno de linguagem. Disseca também alguns dos elementos que compõem a linguagem jurídica sempre orientado pela perspectiva semiótica. Sob este ângulo, ele apresenta a categoria dos *atos* e cita *HABERMAS*, o qual trabalha com a distinção entre *atos* e *objetos da experiência*.

Para o autor alemão os fatos seriam os enunciados lingüísticos sobre as coisas e os acontecimentos, sobre as pessoas e suas manifestações. Os objetos da experiência são aquilo acerca do que fazemos afirmações, aquilo sobre que emitimos enunciados⁸⁹¹. Destas ponderações pode-se observar que há uma diferença de *status* entre os fatos e os objetos aos quais os fatos referem-se. Com os objetos faz-se experiências, os fatos, afirma-se, pois não se pode experimentar fatos, nem afirmar objetos.

É preciso também que se distingam aqui duas outras categorias, *fato* e *evento* através do seguinte exemplo; A travessia do Rubicão por Cesar é um *evento*. Mas "Cesar atravessou o Rubicão" é um *fato*. Quando utilizamos da linguagem descritiva para dizer então que "É um fato que Cesar atravessou o Rubicão" conferimos *realidade ao evento*. No dizer de *TÉRCIO SAMPAIO*

⁸⁹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário - Fundamentos Jurídicos da Incidência*, Editora Saraiva, São Paulo, 1998.

⁸⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, complementos y estudios previos*, p. 117. *apud* CARVALHO, Paulo de Barros. *op cit.* p. 85.

FERRAZ JR. "fato não é pois algo concreto, sensível, mas um elemento lingüístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade"⁸⁹².

Quando aquele autor diz que "conferimos realidade ao evento" é porque empregamos a locução "é um fato que", que faz a frase toda assumir as proporções de um enunciado verdadeiro. Mas quando identificamos que é verdadeiro? ROBERT ALEXY⁸⁹³, expondo a crítica de HABERMAS à teoria da verdade como correspondência para firmar a adoção da verdade consensual esclarece que a condição para a verdade das proposições é o *acordo potencial de todos os demais*, querendo significar que alguém poderá atribuir um predicado a um objeto se qualquer outro, com quem esse alguém estabeleça diálogo, vier a atribuir o mesmo predicado ao mesmo objeto.

Retomando a pergunta feita acima, sob a perspectiva da semiótica e com base na verdade consensual de HABERMAS, identificamos que um enunciado é verdadeiro quando o discurso de quem expede a oração manifesta-se de tal modo que alguém que também domine o idioma também o faça. Daí conclui-se que a realidade constituída por um enunciado é função da verdade ou do uso competente do idioma - partindo-se da premissa que a realidade, o mundo real, não é um dado, mas uma articulação lingüística mais ou menos uniforme num contexto existencial⁸⁹⁴

Resumindo, podemos dizer que fatos são *entidades lingüísticas com*

⁸⁹² FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, Ed. Atlas. São Paulo, p. 253 *apud* CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit. p. 86.

⁸⁹³ ALEXY, Robert. *Teoría da la argumentación jurídica*, p. 111 *apud* CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit. p. 86.

⁸⁹⁴ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. op. cit. p. 245 *apud* CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit. p. 86.

*pretensão veritativa*⁸⁹⁵. Pretensões veritativas, no entanto, mantêm-se apenas no plano da linguagem, na medida que dizem respeito à possibilidade de consenso, isto é, enunciado verdadeiro é aquele que tende a ser aceito como tal pela comunidade do discurso.

Os *atos jurídicos*, por seu turno, são também linguagem, porém não uma linguagem que nominamos de social, a qual constitui a realidade que nos cerca, mas sim a linguagem do direito positivo (como discurso prescritivo de condutas) que verte-se sobre a primeira, suscitando o que chamamos de “facticidade jurídica”⁸⁹⁶. Do ponto de vista do direito os fatos da chamada realidade social, serão simples eventos enquanto não forem constituídos em linguagem jurídica própria. São, portanto, os fatos jurídicos enunciados proferidos na linguagem competente do direito positivo, articulados em consonância com a teoria das provas, ou ainda, enunciados que puderem sustentar-se em face das provas em direito admitidas. As provas, por conseguinte, no entender de *PAULO CARVALHO* são o mecanismo fundamental para reconhecimento dos fatos da vida social juridicizados pelo direito, bem como um dado imprescindível ao funcionamento do sistema de normas.⁸⁹⁷

Ocorre o *erro de fato*, no entanto, quando há utilização inadequada das técnicas de lingüísticas de certificação dos eventos, isto é, dos modos cabíveis de relatar-se juridicamente um acontecimento do mundo real⁸⁹⁸.

⁸⁹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit. p. 97.

⁸⁹⁶ Eis o esquema: *Linguagem do direito positivo* (Ldp) incidindo sobre a *linguagem da realidade social* (Lrs) para produzir uma unidade na *linguagem da facticidade jurídica* (Lfj). CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit. p. 90.

⁸⁹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit. p. 99.

⁸⁹⁸ “Não se trata aqui de ingressarmos na ontologia dos “objetos da experiência”, na intimidade dos eventos do mundo real, para corrigirmos enunciados que a eles se referem. Tal concepção

Eis, portanto, de modo muito sucinto, os conceitos de semiótica necessários para o desenvolvimento da teorização que se segue. Porém, para finalizar o tópico devemos consignar que divergimos um pouco do entendimento do ilustre professor *PAULO DE CARVALHO*, no tocante à definição das provas.

A nosso sentir se considerarmos, com o eminente professor, que fatos são entidades lingüísticas com *pretensão veritativa* a qual diz respeito à possibilidade de consenso (perspectiva habermasiana) e ainda nesta ótica, considerarmos que para obtenção do consenso sobre a verdade é necessário um processo argumentativo, as provas teriam função enquanto auxiliassem no processo argumentativo mesmo e não enquanto “reconhecimento dos fatos da vida social juridicizados pelo direito”. Prova, a nosso ver, sob o prisma da ação comunicativa, não é mais “reconhecimento” e sim “argumento lingüístico” para formação de consenso. Este tema será mais amplamente descrito logo mais quando trataremos da adequação ao processo da ação comunicativa com base nos ensinamentos de *HABERMAS*⁸⁹⁹.

5.3 Idéias fundamentadoras da nossa teorização

Professor *OVÍDIO BAPTISTA*, em seus seminários, com muita sabedoria e propriedade sentencia que “*um processo judicial com duração de mais de dez*

revelaria exagerado apego à surrada “verdade por correspondência”, pressupondo a possibilidade do acesso cognoscitivo à esfera das essências, dos nomenos. Não. Mantendo coerência com os postulados aceitos até este ponto se os fatos são, efetivamente, articulações de linguagem, “erros de fato” haverão de ser erros atinentes à manipulação dos arranjos lingüísticos empregados na composição dos enunciados”. CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit. p. 96.

⁸⁹⁹ v. tb. neste Capítulo item 5.4 “A adequação da verdade consensual ao processo com base na teoria de *HABERMAS*”

anos tem todas as sentenças possíveis”, em outras palavras, uma lide vertida em processo judicial pode ter todos os seus fatos distorcidos por argumentação retórica de ambos os litigantes ao longo do tempo do processo. Esta é uma realidade, um fato que não podemos deixar de analisar e sobre o qual é dever fazermos algumas ponderações.

Foi partindo deste fato que iniciamos uma pesquisa aprofundada da verdade no processo. Quando dizemos que “um processo longo pode ter todas as sentenças” é porque estamos admitindo que a decisão independe dos fatos que são apurados, e portanto, verdade para o processo tem uma outra conotação e que, de uma certa forma, está afastada do mundo empírico. Isto porque, os fatos, ao longo do processo judicial vão se subsumindo em meros enunciados sobre os quais se realiza um processo argumentativo e chega-se a uma sentença que é um consenso sobre o que vem a ser a verdade, especificamente, naquele processo. Consenso este que é válido entre as partes litigantes, ou seja, entre as partes que participaram do processo argumentativo.

Ora, ao fazermos estas considerações e chegarmos a estas conclusões vemos uma semelhança inarredável com a teoria habermasiana da verdade. Esta verdade que se apresenta no processo é uma verdade advinda de um consenso que, necessariamente, não guarda relação direta com os fatos apresentados inicialmente nos autos. Foi então que a observação prática levou-nos à teorização.

Por outro lado, pudemos presenciar a falência de algumas instituições postas para o processo. Por exemplo a noção dicotômica da verdade (verdade processual/filosófica e formal/material), aliada à insuficiência da utilização das

noções paralelas à verdade (verossimilhança e probabilidade).

Vimos também a importância da perspectiva filosófica da verdade (grega, cartesiana, consensual), e pudemos notar o incremento que ela oferece à teoria geral da prova, na medida que explica ontologicamente os problemas afeitos à verdade.

Por fim, ao termos uma noção, ainda que superficial, da semiótica parece haver subsídios suficientes para algumas ponderações.

5.4 A adequação da verdade consensual ao processo com base na Teoria de HABERMAS

5.4.1 A ação comunicativa

Pois bem, *HABERMAS* criou toda uma teoria que parece adequar-se ao mundo contemporâneo, mas como ele mesmo diz, ele não tem pretensão de solucionar todos os seus problemas.

Em sua teoria, os sujeitos se comunicam pela linguagem e apoiam-se num consenso que serve de pano de fundo para sua ação comunicativa. Porém, para alcançar o consenso faz-se mister, recíproca e previamente, atender alguns pressupostos, que ele chama de *pretensões de validade*, as quais servem de base para o discurso argumentativo, que leva ao consenso. Se o consenso depende de uma argumentação, a qual está intrinsecamente ligada à linguagem, é por isso então que se diz que a linguagem é o início de tudo. A linguagem é o ponto de

partida; da linguagem verte-se o mundo e todas as coisas em *HABERMAS*.

No entanto, ele considera fundamental que para a possibilidade de linguagem, (que não se configura em um idioma específico - português, alemão, inglês - mas sim na capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos), são necessários pressupostos universalizáveis, que ele abstraiu a partir de uma suposta "condição ideal de fala". Portanto, ele supôs uma condição ideal de fala entre os seres humanos que seria imprescindível à comunicação - daí então chegou às três pretensões, que entrelaçadas, possibilitam a linguagem e a comunicação. Considerou ele que o processo comunicativo se vincula sempre a três mundos - o *mundo subjetivo das vivências e sentimentos* com relação ao qual se alegam pretensões de veracidade, sinceridade e inteligibilidade (referem-se a algo no mundo subjetivo próprio), ou seja, devemos supor que haja o mínimo de compreensão (de linguagem) entre os interlocutores que supõe-se também estejam dizendo a verdade e esta verificação se dá entre as falas e o comportamento do falante. O *mundo objetivo das coisas*, com relação ao qual cabem pretensões de verdade do conteúdo das afirmações. E por fim, *HABERMAS* aponta o *mundo social das normas e instituições*, com relação ao qual são invocadas pretensões de justiça, são pretensões que referem-se a algo no mundo social comum. A respeito destes dois últimos observa *ROUANET* que "*sua problematização requer o abandono do contexto interativo espontâneo e o ingresso num tipo de comunicação sui-generis, o argumentativo. O ator abandona o mundo vivido e penetra no discurso*"⁹⁰⁰.

Portanto, a ação comunicativa ocorre da seguinte forma. Primeiramente,

pressupõe-se que os interlocutores compreendam-se mutuamente e que estejam falando a verdade, isto é atendem-se todas as pretensões de validade⁹⁰¹, e este é o mínimo para que se inicie uma comunicação e um processo argumentativo. Posto isso, enunciados vão ser pronunciados e aqui nos socorremos da semiótica⁹⁰². Dissemos então que fatos são enunciados ou afirmações sobre coisas, acontecimentos e objetos da experiência. Portanto, pressupondo que os interlocutores falam a verdade eles “pronunciarão fatos”, ou seja, enunciados serão proferidos tanto sobre a justiça das normas como sobre a verdade das proposições que se fazem acerca dos objetos da experiência (aquilo acerca do que fazemos afirmações).

A partir daqui, ocorre um distanciamento do mundo vivido, uma *epoche*, um corte, a suspensão da crença na validade do que se afirmara antes. É neste momento que se dará a ação argumentativa e que se discutirá sobre os fatos (enunciados) proferidos inicialmente como pressupostos, porém sem vinculação ao mundo empírico, ao mundo vivido. É como se houvesse uma abstração onde tudo é possível, tudo é permitido, apenas o raciocínio lógico, a argumentação adequada sob a perspectiva da semântica, sintaxe e pragmática é que contam para a formação do convencimento do outro. A partir daí surge então o consenso (que *HABERMAS* chama de “coerção do melhor argumento”) que retorna aos

⁹⁰⁰ ROUANET, Ética Iluminista, op. cit. p. 26.

⁹⁰¹ Porém, em algum momento uma destas pretensões pode ser contestada (porque um envolvido, pode entender que o falante está mentindo, ou não se faz entender, etc...). Temos então a interrupção do consenso de fundo ou antecipado. Esta interrupção implica na paralisação da própria dinâmica social. Para solucionar o impasse, estrategicamente, através do discurso, recorre-se à argumentação onde se explicará os argumentos teóricos e se justificará os práticos. GALUPPO, Marcelo Campos. *Direito e Moral na Filosofia de Habermas*. Anais do Encontro Nacional da OAB, set/94 realizado em Foz do Iguaçu, p. 26.

⁹⁰² v. tb. neste Capítulo, item 5.2.5

enunciados proferidos inicialmente. Este consenso pode ou não confirmar aqueles enunciados, levando à conclusão de que, os fatos são ou não verdadeiros e as normas são ou não válidas e justas. Para exemplificar, poderíamos citar um fato científico; *que a água é entendida cientificamente como H₂O*. É posto então este enunciado; são atendidas as pretensões de validade, inicia-se o processo argumentativo. Despreza-se o dado científico de que água corresponde a H₂O, abstrai-se aqui de elementos pré-julgados, e analisam-se várias circunstâncias, sob vários aspectos. Pode-se dizer, por exemplo que a água é um elemento que não existe mais na natureza posto que esta formulação se modificou, ou de que nunca se existirá uma nova formulação para a água posto que ela é imutável (enunciados retóricos sem ligação com o mundo vivido), pode-se utilizar de pesquisas científicas recentes prevendo a possibilidade de que uma única partícula de hidrogênio pode-se ligar a uma única partícula de oxigênio, tendo em vista condições outras de ambiência a que foram submetidas estas ligações (enunciados em forma de prova), e enfim chega-se à conclusão (consenso) de que em outras condições de ambiência é possível obter-se uma matéria que guarda todas as características físicas e químicas da água, mas que no entanto, não é simbolizada pela formulação H₂O e sim HO, o que leva a crer que água é tanto H₂O como HO dependendo das condições de ambiência a que está submetida. Portanto, chegaríamos a um novo consenso do que vem a ser água alterando então o postulado inicialmente pronunciado (Água = H₂O), a partir de uma abstração do mundo vivido, um processo argumentativo e um consenso posterior (Água = H₂O e HO). De outra forma, também poderia-se acatar um dos argumentos apresentados e chegar-se à conclusão de que nunca existirá uma

nova formulação para a água posto que ela é imutável e que, portanto, é verdadeiro que Água = H₂O e aí então, desprezar-se-ia a pesquisa recente (prova) de que em outras condições de ambiência é possível obter Água na formulação HO, já que foi mais convincente o argumento que sua formulação é imutável (coerção do melhor argumento). Esta é, em rápidas linhas, a argumentação discursiva de *HABERMAS*.

Como estamos falando de considerar como verdadeiros os fatos e validar normas sendo que ambos que vão servir de parâmetro de verdade e legitimidade para uma sociedade, logo, nos dois casos, impõem-se princípios mediadores, os princípios-ponte que permitem o trânsito do particular para o geral. O princípio mediador é a *indução*, no caso do discurso teórico, e a *universalização*, no caso discurso prático. E este é o fundamento de sua ética discursiva.

Como ele supõe que as normas (proposições prescritivas) são racionalmente validáveis sendo suscetíveis de serem falsas ou verdadeiras, tanto quanto as proposições descritivas (fatos), há necessidade de um princípio de validação de normas o que ele denomina princípio U que tem o seguinte enunciado: todas as normas válidas precisam atender à condição de que as conseqüências e efeitos colaterais que presumivelmente resultarão da observância geral dessas normas para a satisfação dos interesses de cada indivíduo possam ser aceitas não coercitivamente por todos os envolvidos. Este é um dos pontos mais conhecidos da teoria de *HABERMAS*, a possibilidade de validação das normas a partir de um consenso universalizável através das

condições ideais do chamado princípio U⁹⁰³.

5.4.2 A ação comunicativa e o processo

Neste momento, nos interessa voltar a trás um pouco, e retomar a argumentação discursiva e mais especificamente quando dissemos que vimos muita semelhança entre a teoria de habermasiana da verdade e a verdade obtida através do processo.

Consideremos então que a ação comunicativa está inserida no contexto do processo judicial, sendo pois, instrumental a este último. Vejamos.

Temos duas realidades a configurar, uma é a nossa conhecida realidade processual onde o escopo do processo é, primordialmente, a resolução dos conflitos de interesses, a pacificação social. No entanto, não basta a resolução, ela deve ser justa, e é sob este aspecto que axiomáticamente, nos ligamos à verdade. A verdade é um valor dentro do processo⁹⁰⁴. Portanto, sabemos que o processo tem, dentre outras finalidades, o conseguimento da verdade como pressuposto para legitimar a decisão de pacificação do conflito.

De outra parte, centremo-nos no processo argumentativo, ou ação comunicativa habermasiana em sua perspectiva que leva a um consenso do que

⁹⁰³ As condições expressas no princípio U são ideais, por raramente se atualizam em discursos concretos. Ao mesmo tempo, precisam ser pressupostas como reais, porque sem elas nenhum interessado participaria de uma argumentação moral. O princípio U não é pois contingente, mas necessário. Essa necessidade pode ser fundamentada. Ele deriva dos pressupostos pragmáticos de toda e qualquer argumentação discursiva.

Atingido o consenso sobre a validade da norma, dentro do discurso prático, conduzido segundo a regra de argumentação expressa em U, cessa a *epoche* discursiva e inicia-se o processo de aplicação da norma considerada válida. Validada a norma e iniciada a aplicação, restabelece-se o vínculo com o mundo vivido, rompido pelo discurso.

⁹⁰⁴ v. tb. Capítulo II, item 1.1 "Verdade e processo"

seja a *verdade*, sem considerar a perspectiva da ação comunicativa para a validação de normas.

Posto isso, teremos um processo judicial que leva à resolução justa de conflitos, baseado na verdade, que é alcançada através da ação comunicativa (processo argumentativo). A ação comunicativa, neste contexto, é instrumental à verdade e conseqüentemente, ao processo .

Dessa forma, considerando que o nosso universo é o processo e que nos utilizaremos da ação comunicativa para o conseguimento da verdade aplicaremos alguns postulados da argumentação discursiva de *HABERMAS*.

Iniciando a ação comunicativa aplicada ao processo teríamos que: fatos sociais e jurídicos⁹⁰⁵ são apresentados pelas partes litigantes juntamente com as normas⁹⁰⁶, os quais são manifestações discursivas⁹⁰⁷ que se entrelaçam no âmbito do processo. (Os fatos seriam então “estórias” proferidas pelas partes, enquanto não legitimadas pelo consenso a serem “histórias” categorizadas como verdadeiras).

Devem estar também atendidas as pretensões de validade, ou seja, pretensão de sinceridade e compreensibilidade da comunicação, pretensão de justiça do conteúdo normativo e pretensão de verdade do conteúdo dos enunciados descritivos (fatos sociais e jurídicos). Isto tudo é pressuposto como se estivéssemos em uma “situação ideal de fala”, que pode, no universo do processo

⁹⁰⁵ retomam-se as noções trazidas pela perspectiva semiótica de fatos sociais que são proferidos em linguagem natural e descritiva enquanto que os fatos jurídicos são proferidos em linguagem competente (jurídica -técnica)

⁹⁰⁶ estas, por seu turno, são enunciados proferidos em linguagem prescritiva, pois prescrevem condutas.

⁹⁰⁷ São manifestações discursivas, isto porque tanto os fatos como as normas são “enunciados” com pretensões veritativas, ou seja, são enunciados que podem tornar-se verdadeiros ou falsos,

ser entendida como a paridade de armas de ambos interlocutores. Ou seja, é óbvio que existem as discrepâncias sócio-econômicas entre os litigantes e seus procuradores, porém, partimos de pressupostos (em potencial) mínimos. A) que ambas *partes* podem litigar, posto que *potencialmente*, têm o direito de ação assegurado constitucionalmente, e mesmo sem condições financeiras para tal podem valer-se da Justiça Gratuita. B) por outro lado, os advogados têm os mesmos recursos discursivos disponíveis, pois, ainda que haja diferenças de formação acadêmica, social e econômica, entretanto, o diploma os elevaria, ainda que *potencialmente*, ao mesmo nível argumentativo.

Portanto, para a consecução da ação comunicativa no processo devemos partir destes pressupostos, em especial, a "*paridade de armas com relação à linguagem*" (e que se saliente aqui a referência à linguagem), podemos então iniciar a argumentação discursiva.

Esta argumentação, como visto em *HABERMAS*, significa uma ruptura com o mundo vivido, vai se argumentar, debruçar-se sobre os enunciados proferidos, porém sob um ponto de vista isento, sem "pré-conceitos" ou "pré-julgamentos" quanto ao conteúdo do enunciado proferido.

Neste momento as provas podem ser um valoroso aliado, aliado na argumentação, vale dizer, elas passam a ter uma função retórico-persuasiva. Elas não servem de adequação dos enunciados (fatos) à realidade empírica, mas são valorosas enquanto influenciadoras na escolha da "estória" apresentada pelos advogados. Ou seja, não têm uma função cognoscitiva, pois elas não se destinam a fazer conhecer a verdade dos fatos, porque a verdade mudou de paradigma, a

válidos ou inválidos a partir de um consenso.

verdade não é mais uma fotografia do mundo empírico, ela não mais se abstrai dos objetos, mas advém a partir do consenso que formamos em torno daquilo que vem a ser o objeto ou o fato.

Nesta perspectiva, as provas teriam então uma função retórico-persuasiva na medida que serviriam de apoio argumentativo na formação do consenso. Neste sentido, não poderíamos conceituar mais prova como *resultado*, isto é, como convencimento que se adquire a respeito de determinado fato, porque ela seria imediatamente instrumental à argumentação e mediamente à decisão (consenso): Poderíamos apenas conceituar prova como uma *atividade* desenvolvida por cada uma das partes destinada à formação do processo argumentativo. Portanto, prova seria *atividade* e também *meio* na medida que estamos nos referindo às provas em espécie (testemunhal, pericial, etc.), como já apontado outrora, mas não *resultado*.⁹⁰⁸ Aqui cabe concluir também que o objeto da prova seriam os fatos, porém os fatos na concepção semiótica e habermasiana, ou seja afirmações sobre coisas, acontecimentos e objetos da experiência.

O que se deve ter em mente é que a convicção do juiz pode ou não ser conforme às provas produzidas, ele não teria um vínculo imediato com os enunciados apresentados pelas provas. Sim, porque as provas, também seriam enunciados, provas também seriam linguagem, linguagem persuasiva, ou seja, animadas pelo intento imediato de convencer, persuadir, instigar quando há interesses conflitivos ou quando alguém postula algo e cuja lógica é a da retórica que se ocupa da argumentação como um tipo específico de raciocínio.

Provas são, portanto, enunciados em linguagem persuasiva, estão, da mesma forma que os fatos (enunciados em linguagem descritiva), sujeitas ao processo argumentativo e portanto, a um consenso diverso do que elas (provas), como enunciados, pronunciaram como verdadeiro ou falso.

Desse modo, deveríamos então mudar sua forma de valoração. No nosso sistema atual as provas têm um valor em si mesmas enquanto elementos que traduzem a verdade no processo. Portanto, o que estiver demonstrado e reconstituído através das provas é a verdade que tem de ser acatada pelas partes e pelo juiz. Ficamos ansiosos aguardando o resultado de laudos de peritos ou mesmo para juntar documentos imprescindíveis à comprovação da tese que pregamos. Isto tudo porque tem-se a firme crença que com base nas provas *reconstitue-se* a verdade para o processo.

Sob a perspectiva da ação comunicativa as provas passam a ser instrumentais ao processo argumentativo e neste aspecto, seu valor final em relação à sentença diminui sobremaneira. Elas serão enunciados tanto quanto os argumentos trazidos por ambas as partes e sujeitas ao debate, à argumentação discursiva. Portanto, é imperioso perceber que há uma significativa perda de sua força enquanto decisivas para a escolha definitiva da sentença. O valor maior passa a ser o da argumentação - a "coerção do melhor argumento".

O que não significa, por outro lado, que por darmos ênfase maior à retórica, estamos alijando o mundo empírico. O mundo empírico está expresso, em linguagem, através dos enunciados (fatos) que apresentamos para argumentação. O mundo vivido está presente quando apresentamos os enunciados (provas), que

⁹⁰⁸ v. tb. Capítulo III, item 1.3.2 e item 1.4 "A prova como atividade, meio e resultado".

servem de base para o processo argumentativo. Desse modo, não se pode dizer que haja uma valoração excessiva da retórica, pois a questão toda é que a verdade se deslocou, ela não significa mais adequação, mas sim argumentação tendente a um consenso.

Partindo das ilações deduzidas acima podemos também concluir que os sistemas de valoração da prova também perdem, consideravelmente, sua significação. Estes, tal como ora apresentados, têm a função de disciplinar a forma de conseguimento da verdade, na medida que estipulam os processos de fixação dos fatos. No sistema da *prova legal*, cuja fixação dos fatos é formal, as provas têm valores tarifados e portanto, o resultado é o conseguimento da verdade formal. No sistema da *prova livre* ou convencimento racional, há maior possibilidade de utilização de meios de prova sendo que quanto mais provas apresentadas, maior probabilidade de conseguimento da verdade (absoluta). Como as provas não têm mais função cognitiva, vale dizer, não são mais instrumentos ao conhecimento da verdade, logo, pode-se deduzir que os sistemas de valoração não mais disciplinam decisivamente a forma de conseguimento da verdade mesma, sendo tarefa agora de todos, numa intersubjetividade, a formação do consenso em torno da verdade.

Em *HABERMAS*, não há a figura do juiz, posto que o consenso advém do livre processo argumentativo das partes. A argumentação discursiva transposta para o processo, por seu turno, tem algumas peculiaridades. Como acima dito, a ação comunicativa é instrumental ao processo, na medida que proporciona o conseguimento da verdade que é também escopo processual. Nesta perspectiva, o juiz então desempenharia, dentre as suas várias funções; a que lhe é peculiar,

que lhe cabe enquanto dotado de poder jurisdicional - a resolução de conflitos. Mas desenvolve também, a que diz respeito à sua participação na ação comunicativa que leva ao consenso sobre a verdade. Vejamos.

O processo é um ente multifuncional tendente a cumprir *sua função sócio-político-jurídica*⁹⁰⁹. Tem como escopo metajurídico a pacificação social através da *justa* resolução de conflitos e tem como pressuposto axiológico a verdade. Portanto, o processo não se reduz em última análise somente à busca da verdade, ele é um instrumento dotado de outras tantas funções que devem ser cumpridas. Logo, a verdade é um dos muitos valores que devem ser respeitados e atendidos através do processo. Daí conclui-se que o valor verdade em relação ao processo deve ser posto em relevo mas não deve ser encarado de modo absoluto. Dessa forma, o juiz, além de atender as demais funções do processo, tem também de cumprir seu papel quanto à justa pacificação social e para tanto deve encontrar o melhor procedimento para a busca da verdade, procedimento este que estamos, neste momento, considerando ser a ação comunicativa habermasiana.

Sob esta ótica, o juiz pode ser considerado também um partícipe do processo argumentativo, porém com uma prerrogativa a mais que os demais participantes. Ele abre a discussão sobre os enunciados (fatos) pronunciados pelas partes, bem como sobre os demais enunciados vertidos em prova, podendo também solicitar a "produção" de outros enunciados (provas) a fim de formar sua convicção (*provas ex officio*). A diferença é que, na ação comunicativa em sede processual, enquanto os demais somente participam da argumentação

⁹⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Ed. Malheiros. 3a. Ed. 1993, p. 270.

pronunciando enunciados, ao juiz cabe, além de participar do processo argumentativo, deliberar sobre o melhor argumento.

Portanto, o consenso pregado por *HABERMAS* e adaptado ao processo, vai advir da participação e mediação que o juiz fizer frente aos argumentos expostos, sendo que a decisão final de escolha do melhor argumento é sua, podendo até contribuir com sua argumentação discursiva para o consenso final (parte dispositiva da sentença). É o juiz que, a partir da argumentação das partes, escolhe a melhor “estória” transformando-a em “história”.

Poderíamos, então neste ponto, ponderar criticamente dizendo que o juiz constrói a verdade do processo tendo, dessa forma, poderes absolutos nesta tarefa. Não. O procedimento para o conseguimento da verdade é inteiramente dialético, todos podem e devem argumentar, e além do mais é permeado pelas provas que auxiliam na escolha final do melhor argumento que se transformará em verdade. Portanto, o juiz continua adstrito a todas as regras quanto à sua convicção e muito mais especialmente agora, há imperatividade de fundamentação de sua decisão. Dessa forma, o juiz na ação comunicativa voltada ao conseguimento da verdade no processo, participa, media e também traz argumentos para a formação da verdade que será cristalizada na sentença.

Pois bem, a partir da argumentação chega-se ao consenso sobre a verdade que vai fundamentar a sentença. Este consenso, pode ou não confirmar os enunciados descritivos (fatos) afirmados pelas partes, e as provas (enunciados persuasivos) apresentadas. Este consenso será válido para todos os participantes do processo argumentativo (tal como a decisão jurisdicional, *inter partes*) enquanto o consenso mesmo se sustentar, pois pode-se formar um novo processo

argumentativo e um outro consenso sobre a verdade advir (o que explicaria todas as reformas das decisões, inclusive as ações rescisórias) sendo, a coisa julgada, o limite para a formação de um novo processo argumentativo. Porém, isto ocorre apenas no processo, por uma questão de política administrativa, pois em *HABERMAS*, a formação de novos consensos é ilimitada.

Ainda nesta perspectiva, devemos ressaltar que ao levarmos em conta as decisões liminares não podemos falar em verdade consensual, isto porque ela tem como pressuposto a argumentação, que não ocorre quando da prolação de um despacho liminar o qual se dá *inaudita altera pars*. Neste caso, e só nos casos de liminares, onde não se expõem os fatos ao contraditório e portanto, à ação comunicativa, a ênfase é total à retórica e à narração em conjunção com as provas (enunciados) apresentadas pela parte autora, que só futuramente, serão postas em discussão, com o decorrer do processo. Não se pode falar aí em verdade consensual, porque ela ainda não se formou, mas há necessidade de se consignar um conceito que exprima esta cognição sumária que se faz em relação aos enunciados descritivos (fatos) e enunciados persuasivos (provas) postos em questão. O termo verossimilhança talvez não seja o adequado por todas aquelas críticas apontadas por *TARUFFO* que demonstram sua confusão conceitual⁹¹⁰. Quem sabe pudéssemos dizer que quando o juiz concede uma liminar ele não o faz com base na verdade (consensual), mas sim com base em um grau inferior de verdade, que talvez devêssemos chamar de *indícios* de verdade. O fato é que em decisões *inaudita altera pars*, não se pode dizer que há verdade nos moldes habermasianos, pelo simples motivo de que não há argumentação tendente a

consenso.

Por fim, o que deve ficar assentado é que a mudança paradigmática que propomos não pretende desestruturar a Teoria Geral do Processo, ao contrário, a visão é pragmática, visamos uma melhor estruturação daquela teoria, através de algumas subversões no campo da Teoria Geral da Prova. Em sua grande maioria, as modificações que poderiam ser feitas para adequação da ação comunicativa ao processo, dizem respeito à disciplina da prova, sendo que as pilstras norteadoras do processo, num primeiro momento, não são abaladas. Ocorrem, logicamente, reflexos das mudanças, mas este reflexos acreditamos têm um caráter de contemporaneidade, e são necessários na medida que buscam uma maior flexibilização e agilidade do processo mesmo.

5.5 Críticas à teoria de HABERMAS

Por óbvio, como várias críticas surgem à teoria de *HABERMAS*, não poderia ser diferente, ao tentar-se aplicá-la ao processo. Iniciemos pelas críticas ao autor alemão.

5.5.1 A crítica de DUSSEL

A mais ferrenha, ou pelo menos a mais debatida crítica a *HABERMAS* diz respeito à sua pressuposição de uma comunidade de comunicação ideal. Isto porque *HABERMAS* pressupõe uma comunidade ideal, onde para realização da ação comunicativa, há potencialidade de argumentação de “todos” (totalidade)

⁹¹⁰ v. tb. Capítulo II, item 3.8 “Críticas de TARUFFO quanto à noção de verossimilhança”.

para a formação do consenso. Contudo, deve-se analisar o contexto em que o autor se insere que é o contexto eurocêntrico, cujas condições sócio-econômicas e culturais permitem que “todos” participem da ação comunicativa.

Entretanto, *DUSSEL*, que é um filósofo latino-americano, aponta que na comunidade de *comunicação ideal* o Outro é sempre pressuposto (o paradigma é o da comunicação intersubjetiva), mas na *comunicação real* é excluído (exterioridade) porque silenciado. “O Outro como exterioridade é o que está “fora” e não tem acesso à efetiva argumentação. É afetado, porém, não é participante. Este é o nível abstrato ou geral. Concretamente, o Terceiro Mundo é o silenciado na argumentação discursiva em relação ao Primeiro Mundo”⁹¹¹.

O “pobre”, como indivíduo, como marginal urbano, como etnias indígenas, como povo ou nações periféricas não tem lugar na comunidade de argumentação porque faticamente excluído e silenciado⁹¹². Em conseqüência, não busca acordo (consenso). Busca algo anterior: a condição de possibilidade de todo argumentar; o direito de ser pessoa para poder argumentar numa comunidade de comunicação histórica possível. Portanto, esta é a condição prévia: poder ser parte histórica e faticamente da comunidade⁹¹³.

Pois bem, esta é uma séria crítica que se faz à teoria de *HABERMAS* que não pode, de forma alguma, ser ignorada. É fato que fazemos parte de uma comunidade de exterioridade, de excluídos e que na sua ação comunicativa certamente seríamos silenciados. No entanto, devemos lembrar que o próprio

⁹¹¹ LUDWIG, Celso. op. cit. p. 112

⁹¹² DUSSEL, Enrique D, APEL, Karl -Otto e outros. *Fundamentación de la ética y filosofía de la liberación*. México: Siglo Veinteuno Editores, 1992, p. 96. *apud* LUDWIG, Celso. op. cit. p. 112

⁹¹³ LUDWIG, Celso. op. cit. p. 112

autor alemão admite certas inadequações à sua teoria e assevera que ela não é própria para aplicações concretas, pois ele não pretende resolver todos os problemas do mundo. Por outro lado, sabemos que tangenciar o problema significa apenas procrastiná-lo, transferindo o enfrentamento para outra ocasião. Contudo, a despeito das críticas feitas, é inegável, por todos os pensadores contemporâneos, a relevante importância e contribuição da teoria de *HABERMAS* para a atualidade.

Por outro lado, se formos colocar nossa teorização frente a estas críticas, devemos considerar que estamos trabalhando com um universo muito mais restrito e, de uma certa forma, pressupondo uma relativa paridade, o que facilita a aceitação e aplicação das idéias de *HABERMAS*. Sendo o nosso universo o processo temos alguns pressupostos que podem viabilizar a aplicação da teoria habermasiana.

Em um processo judicial observamos o atendimento ao primeiro postulado de *HABERMAS* que é uma comunidade ideal de comunicação, na medida que podemos considerar uma paridade lingüística entre as partes enquanto temos assegurado, constitucionalmente (art. 133 CF), o direito de representação através de um advogado, ainda que seja dativo.

Portanto, sob este aspecto, teríamos uma comunidade ideal de fala, composta por ambos litigantes, que mesmo não tendo recursos econômicos para assumirem um advogado particular, ou para arcar com os custos da lide, podem servir-se dos advogados patrocinados pelo Estado e das benesses da Justiça Gratuita. Por outro lado, sob a perspectiva dos procuradores mesmos, o diploma nivelaria a linguagem entre os partícipes, tendo em vista que ambos

representantes teriam, potencialmente, os mesmos recursos discursivos.

É lógico, que se formos falar em diferenças de formação acadêmica, sócio-econômica e cultural das partes e representantes, não chegaremos a um consenso. No entanto, mesmo em *HABERMAS* quando ele fala em comunidade ideal de fala, ainda que seja sob a perspectiva eurocêntrica, ele não está pressupondo que todos tenham estudado na Universidade de *Cambridge* para participar do discurso!

No nosso caso, o processo já é uma realidade que favorece nossa teorização, devemos portanto, nos abstrair um pouco das realidades concretas e tentar teorizar mais genericamente. Não estamos sendo ingênuos ao ponto de imaginar que não existem discrepâncias sócio-econômicas que influenciam no discurso, só estamos tentando favorecer uma teorização que potencialmente pode subverter a forma de ligação com o mundo empírico, e então, desmitificar ícones que prejudicam sobremaneira a realização de direitos como, por exemplo o da verdade substancial⁹¹⁴. Mais adiante voltaremos ao assunto. Por ora, que fique assentada, nos moldes apresentados, a potencialidade de uma comunicação ideal no processo, a despeito das críticas a *HABERMAS*.

De outro modo, também devemos consignar que a aplicação da teoria habermasiana ao processo não é nosso mérito, ao contrário, existem alguns doutrinadores que já cogitaram esta idéia, contudo, na sua grande maioria, refutaram-na tendo em vista a existência de dificuldades práticas.

⁹¹⁴ v. tb. neste Capítulo item 4 "A destruição do mito da verdade substancial".

5.5.2 A crítica de TARUFFO

TARUFFO, por sua vez, também aponta para HABERMAS de modo crítico. Proclama o autor, em rápidas linhas, que o consenso a que HABERMAS se refere diz respeito a critérios racionais que se tornam determinantes para a individuação de um conceito apropriado de verdade. Porém, assevera o autor italiano que HABERMAS não individua analiticamente estes critérios racionais e resta aberta a possibilidade que estes critérios venham definidos com base na *contextualidade*⁹¹⁵. Quando utiliza este termo (contextualidade) TARUFFO quer se referir às críticas que anteriormente tinha tecido sobre a verdade como coerência a qual vem embasada na idéia fundamental da *contextualidade da verdade*. Aquela concepção tende a configurar a verdade como coerência de uma asserção dentro de um contexto narrativo. Diz então o tratadista italiano: “A coerência da reconstrução dos fatos pode ter relevância não ignorável para a decisão, mas isso não significa que se deva acolher a redução integral da verdade dos fatos à coerência narrativa da sua descrição”. Vale como exemplo uma objeção segundo ele, verdadeiramente destrutiva, pela qual “*narrações coerentes podem ser falsas ou não terem nenhuma pretensão de verdade (como acontece com os romances), sequer não parece que a coerência da narração determine a veracidade. (...) Portanto, seria então difícil aceitar no contexto do processo a equação coerência = verdade*”⁹¹⁶.

Volta-se, então o autor italiano à noção de verdade como coerência que serve de pano de fundo para uma visão que se costumou chamar de semiótico-

⁹¹⁵ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. op.cit. p. 151.

⁹¹⁶ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. op.cit. pp. 149-150.

narrativista. Nesta concepção não há um compromisso com a verdade (nos moldes gregos - adequação do intelecto à coisa), mas sim com a linguagem apresentada entre os partícipes do processo argumentativo. Neste ponto, devemos primeiramente lembrar o engajamento de *TARUFFO* na noção de verdade como correspondência (releitura, pelas lógicas atuais, da verdade grega)⁹¹⁷. Portanto, partindo do pressuposto que ele está absolutamente influenciado por aquele paradigma, fica difícil imaginar uma crítica bem focada à *HABERMAS*.

Quando ele diz, em poucas linhas, que a teoria habermasiana da verdade praticamente se reduz a uma coerência narrativa, sem dúvida poderíamos ponderar a brevidade e simplificação de sua análise, que aliadas a uma visão paradigmaticamente diversa, transformam suas críticas impertinentes ao contexto a que pretendem referir-se.

5.5.3 A crítica de HASSEMER

Podemos também apresentar aqui *WINFRIED HASSEMER*⁹¹⁸ que admite a impossibilidade científica e filosófica da verdade adequação⁹¹⁹. Ele inicia

⁹¹⁷ v. tb. neste Capítulo item 4.4 "A adoção da verdade como correspondência em *TARUFFO*".

⁹¹⁸ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A., pp. 165-167.

⁹¹⁹ "Como vimos os objetos não existem à margem do modo em que os percebemos e de nossas idéias sobre eles mesmos. Por isso, para constatar a verdade do conhecimento não pode bastar confrontar as afirmações com os objetos e como consequência, a teoria da correspondência se revela uma ingenuidade". HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. op. cit. p. 163-164.

"Não existe nenhum objeto que, em todo caso, não esteja constituído pelo conhecimento subjetivo. O fato de que o conceito de uma coisa coincida com esta coisa, não é resultado de um procedimento abstrato mensurável, senão um processo no qual sujeito e objeto encontram-se implicados reciprocamente. Já é resultado de nossa experiência diária que homens com uma diferente história de vida, diferente profissão e diferentes interesses, percebem as coisas de

acenando para uma uma análise com maior atenção à teoria consensual na busca de respostas sobre as questões do processo penal afeitas à comunicação e compreensão, mas finaliza também não vendo na verdade consensual a solução para o processo, em especial para o processo penal.

Recai este autor na mesma crítica apontada por *DUSSEL*, pergunta-se; quando e como surge um tal consenso, quando e como tem lugar o discurso livre de dominação? (referindo-se ao modelo de comunicação ideal onde todos os participantes são competentes para a comunicação, tendo oportunidade para criticar e faculdade para falar). Responde então *HASSEMER* que, nunca e em nenhuma parte tem lugar o discurso livre de dominação. Isto porque este discurso pressupõe uma sociedade realmente emancipada, mas que para isto ainda falta um longo caminho⁹²⁰.

Ele aponta que esta teoria (consensual) carece de uma dimensão que é constitutiva para o processo penal: a qualidade institucional da comunicação. Isto quer dizer que o processo penal, tem funções que têm de se efetivar a custa de elementos comunicativos, que se não forem realizadas pelo sistema social, corre-se o risco de que não sejam realizadas por ninguém. Ele enumera condições básicas que têm de ser respeitadas institucionalmente.

Fala basicamente dos direitos indisponíveis, universo sobre o qual o direito

maneira diferente, consideram corretas e incorretas qualidades e características diferentes, as integram em estruturas diferentes". Podemos claramente observar a influência da verdade sob a perspectiva Kantiana e não mais grega. *HASSEMER, Winfried. Crítica al Derecho Penal de Hoy. op. cit. pp. 78-79.*

⁹²⁰ *"Existem diferentes competências para a comunicação e razões poderosas para mentir e enganar no diálogo. Existe o poder e a dominação de alguns ante os que se frustram seus desejos e à crítica dos demais. A teoria do discurso livre de dominação tão pouco sustenta que tal discurso resulte produzível, pois o que faz é falar de uma "situação ideal para o diálogo", ou seja, de uma forma de comunicação que é projetada, presumida, o mesmo que a própria verdade, da qual não*

penal se debruça, e, em especial, do objeto do direito penal que é o delito, “os *participes não podem convencionar livres de dominação o objeto de seu discurso*”. Consigna também as regras impostas pela Teoria Geral do Processo, tais como as que limitam a dimensão temporal (prescrição, preclusão), regras quanto à aplicação e execução da pena; “os *participantes não podem dispor livremente acerca das conseqüências de sua participação no discurso*”, sendo que a coação e as sanções não podem converter-se em armas com cuja ajuda se submeta aos participantes do discurso, eles não se relacionam entre eles mesmos mas também com uma terceira instância que contém as regras de seu discurso e que não foi convencionada por eles (participantes)⁹²¹. Enseja, dessa forma que estas limitações influenciam na formação do processo argumentativo e, conseqüentemente, no consenso sobre a verdade.

Quanto à crítica de *HASSEMER* a respeito a impossibilidade de existência de uma comunidade ideal de fala, já trabalhamos esta colocação, logo acima. Traz ele, entretanto, outras ponderações também pertinentes, quanto à questão dos direitos indisponíveis e da Teoria Geral do Processo.

Devemos dizer que tanto os direitos indisponíveis, como todas as demais regras impostas pela Teoria Geral do Processo; prescrição, revelia, legítima defesa e tantas outras são elas reflexo da ingerência do poder Estatal.

Num paralelo, quando *HABERMAS* fala em comunicação ideal e discurso livre de dominação, seria subestimá-lo dizer que ele ignora a existência de forças hegemônicas que distorçam o discurso, até porque ele é ideologicamente

dispomos, mas a que, sem embargo, aspiramos denodadamente. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. op. cit. p. 165.

influenciado pelas idéias marxistas e neste sentido pressupõe a existência de um conflito de classes estruturalmente determinado pelo processo de desenvolvimento capitalista.

Do mesmo modo, porém num universo muito mais restrito, se dá a ingerência do Estado sobre o processo. Não se pode ignorar também que estas forças não influenciem no discurso, mas elas não se sobrepõem à teoria que tenta encontrar um caminho viável diante de tais adversidades. Falar, por exemplo que direitos indisponíveis podem ser negociados através de uma argumentação e um posterior consenso não é nenhuma heresia, nem para o processo civil, cujas flexibilizações são cada vez mais freqüentes, nem mesmo para o processo penal, pois basta ver a Lei dos Juizados Especiais Criminais que faz uma adaptação do instituto da *bargain* da Legislação norte-americana.

5.5.4. A crítica quanto à perspectiva Semiótico-narrativista

As críticas feitas a uma visão semiótico-narrativista⁹²² do processo não podem servir de parâmetro à teorização realizada neste trabalho. Isto porque a perspectiva ora analisada enseja um apego exacerbado à dimensão lingüística e narrativa do processo. A prova, sob esta ótica, tem também uma função retórico-persuasiva (assim como na teorização que pregamos) na medida que influencia na escolha da melhor “estória” apresentada pelos advogados que fundamentará a decisão, sendo considerado irrelevante o acerto *verdadeiro* dos fatos.

Contudo, sobre esta perspectiva tem-se que fazer duas ponderações.

⁹²¹ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. op. cit. p. 167-168.

Primeiramente, que nesta visão não há uma preocupação teleológica com a busca da verdade, a narração é o tema principal, o que vale é o melhor argumento, sem considerar se é verdadeiro ou não o fato sobre o qual se narra. Diferentemente, fica claro o nosso posicionamento em relação ao escopo fundamental do processo voltado à verdade, a narração e a argumentação são instrumentais à busca da verdade (consensual) do processo.

Mas a segunda ponderação tem o condão de definitivamente rechaçar qualquer semelhança com a teorização por nós apresentada. Quando se fala que sob a visão semiótico-narrativista é irrelevante qualquer acerto dos fatos em termos de *verdade* ou falsidade devemos consignar aqui sob qual perspectiva estamos tratando a *verdade*. Esta teoria está inegavelmente cunhada no paradigma superado (verdade como adequação) sendo que a verdade nela consignada não pode servir de referencial à teorização que propusemos.

Portanto, os argumentos críticos referentes à perspectiva semiótico-narrativista não podem ser utilizados quanto ao trabalho que desenvolvemos. Primeiro porque, de modo diverso daquela, há em nossa construção, a preocupação teleológica com verdade em relação ao processo, não há um alijamento do mundo dos fatos, como poderia parecer. A principal diferença, no entanto, é que a verdade para nós deslocou-se e está em outro paradigma. Buscamos a verdade, porém, através de um contexto argumentativo (o processo), sendo que o mundo empírico continua representado neste contexto através dos fatos e provas apresentados como enunciados.

⁹²² v. tb. Capítulo I, item 2.4.2 "A prova na perspectiva semiótico-narrativista"

6. Conclusões finais

Para concluirmos este trabalho faz-se necessário retomar algumas noções básicas do Processo Civil para que, a partir delas possamos fazer nossas ponderações finais.

No momento em que o Estado impede a auto tutela privada ele interpõe-se entre os sujeitos que estão em conflitos de interesses. No entanto, ao avocar o monopólio da justiça, dentre as demais funções jurisdicionais que ele tem o poder-dever de exercitar pode-se dizer que o Estado, sob uma perspectiva sociológica, passa a ser o (inter) mediador na resolução do conflito. Para intermediar um conflito do qual é alheio é necessário que *conheça* ambos lados do embate e é a partir desta necessidade que nasce o processo - na atividade de conhecer. Em muito sucintas e simplificadas linhas é dessa forma que nasce o processo, e em especial, o processo de *conhecimento*.

Em razão destas noções rudimentares, surge então a seguinte indagação: *Através do processo de conhecimento busca-se conhecer o quê?*

Por óbvio não será nas conclusões de uma monografia que chegaremos a respostas conclusivas. Mas, intuitivamente, sem muito apego científico, poderíamos sem medo dizer que busca-se conhecer no processo a *verdade dos fatos* para que a partir dela possa-se fazer um juízo acerca dos fatos mesmos a fim de que profira-se uma decisão que será cristalizada pelo poder jurisdicional.

Contudo, aqui cabe outra indagação: *Qual é o conhecimento que se produz no processo?*

Mais uma vez, nos deixando levar pela práxis e não pela ciência

poderíamos dizer que produz-se no processo um conhecimento absolutamente contingente ao processo mesmo, que inúmeras vezes não tem relação com os fatos ocorridos fora do ambiente processual.

Eis aqui a grande problemática do processo civil atual - a "desconformidade" entre o que *supostamente* ocorreu fora dos lindes do processo e o conhecimento produzido através do processo.

Vários processualistas proclamam a relevância superlativa do dado fático, asseverando que o profissional do direito não se deve envergonhar de lidar com os fatos, pois o direito nasce dos fatos. No entanto, desiludidos são forçados a dizer que no âmbito do processo, "a essência verdadeira do fato é inatingível", a "reconstrução precisa dos fatos é impossível". Diante destas assertivas devemos ficar resignados e contentarmo-nos em simplesmente repeti-las como se fossem uma realidade imutável pretendendo apenas tangenciar o problema? Devemos considerar que a verdade é inatingível sendo forçados a trabalhar a verossimilhança, ou a probabilidade?

Temos que, neste momento, parar de apenas reproduzir estas afirmações e indagar: Porquê a verdade é tida como impossível ou inalcançável? Se temos que o Estado é o intermediador para o conseguimento desta verdade que chega truncada ao final do processo é porque alguma falha de interpretação houve na metade do caminho. Talvez a falha esteja na própria Teoria Geral do Processo ou na forma como se busca a verdade no processo e aí estamos falando da Teoria Geral da Prova. Vejamos.

A verdade que interessa ao processo é a *verdade dos fatos*, para que a partir deles possa haver a subsunção das normas. Isto porque o processo dentre

tantas outras funções tem também um carácter cognoscitivo - de fatos.

Mas deveríamos também nos perguntar o que é conhecer e o que são fatos. Para responder tais indagações certamente mais uma monografia seria necessária, o que por ora deixa-se assentado é que tanto o conhecimento como os fatos não são conceitos absolutos que podem ser definidos em poucas linhas de modo a fechar qualquer questionamento. Ambos são conceitos relacionais, que estão ligados ao paradigma sob os quais os analisamos. Por exemplo, *conhecer* para *PLATÃO* é *lembrar-se*, *reconhecer* porque as idéias ou essência das coisas não estão nas próprias coisas, mas fora delas, no topos uranos, ou mundo platônico. No entanto, para *ARISTÓTELES*, como as idéias ou essências são imanentes às coisas, conhecer não é portanto, lembrar-se, mas *sim retirar pela inteligência o conteúdo inteligível incluso na realidade física ou sensível*. É de se salientar que ambos têm o mesmo sistema de referência (estão inseridos no mesmo paradigma filosófico - do Ser) mas como ficou claro, sua relação com o conhecimento é bastante diversa. Da mesma forma, esta mudança conceitual se denota quando dissemos que a verdade vem evoluindo, paradigmaticamente, e que portanto, se a enxergarmos sob a ótica do paradigma do Ser ela será adequação e se a enxergarmos sob a perspectiva do paradigma do Agir Comunicativo ela será consenso, e ainda assim não deixará de ser verdade. Estes exemplos vêm corroborar nossa tese que *conhecimento* e *fato* são conceitos preenchidos a partir da perspectiva em que os focamos.

Portanto, quando dizemos que *uma das funções do processo é o conhecimento da verdade dos fatos* esta assertiva é, absolutamente, relativa (sem que isto se torne um paradoxo!). Isto porque tanto *conhecimento*, como *verdade*,

como *fato* são definições relativizadas pelo prisma (paradigma) que são encarados.

O que estamos tentando fazer neste momento é manter a assertiva, porém mudar seu conteúdo e trabalhar estes conceitos a partir de uma visão mais contemporânea.

Em primeiro lugar, o que devemos deixar claro é que a visão da maioria dos processualistas quanto ao conhecimento e conseqüentemente quanto à verdade é uma noção superada filosoficamente desde a modernidade. De maneira geral a idéia dos doutrinadores do processo quanto a atividade de conhecer passa pela noção aristotélica acima apontada, onde conhecer é abstrair, retirar o conteúdo inteligível incluso na realidade sensível. Daí porque a verdade não poderia ser outra coisa que a adequação do intelecto à coisa, daí seu caráter de objetividade, pois o fundamento é o próprio objeto.

Todavia, *EINSTEIN* demonstrou matematicamente que o conhecimento sobre a verdade não é absoluto e objetivo, mas irrefutavelmente relativo a vários fatores, dentre eles o tempo, lugar, e principalmente ao sujeito que a conhece. A verdade, portanto, não é mais adequação do intelecto a coisa, também não é mais descobrimento (desvelamento) porque o objeto não existe como essência da qual o nosso intelecto abstrai. A verdade, no pensamento de *KANT*, é o resultado de uma construção, a perspectiva passa a ser subjetiva, é o sujeito que constrói o real, o sujeito domina o objeto e não mais é dominado por ele. Se a verdade é relativa a uma série de circunstâncias, em especial, ao sujeito que a conhece, logo a prova não pode jamais pretender plasmar a essência do fato ou do objeto, porque esta não mais existe o que existe é o sujeito que conhece o fato ou o

objeto, influenciado por fatores como tempo, lugar, espaço, etc.

E esta não é apenas uma afirmação científica. Cotidianamente presenciamos a realidade desta afirmação. A relatividade dos meios de prova é assunto preocupante e recorrente nas obras dos mais conceituados estudiosos do processo, posto que é problema da prática forense. Por exemplo, tomando a prova testemunhal - os próprios juristas práticos costumam denominá-la de “prostituta das provas”! Ainda que não consideremos os extremos, a existência de “testemunhas profissionais”, podemos facilmente detectar que qualquer falha de memória, as probabilidades de engano ou mesmo as distorções voluntárias, por motivo de coleguismo, simpatia, sentimento de classe, etc. distorcem as versões da verdade postas no processo. Devemos considerar também que mesmo que o caráter da testemunha seja ilibado e que o fato esteja precisamente relatado, outra pessoa, sob outro ângulo, enxergaria o mesmo fato de outra forma, e ambas não estariam mentindo. Também nas provas periciais, os peritos podem equivocar-se nas suas percepções ou serem movidos por sentimentos pessoais em relação às partes. Os exames laboratoriais também estão sujeitos a falhas, ou ainda que sejam precisos, podem ter sistemas de referência diversos, produzirem resultados diversos e ainda sim, todos eles podem ser tidos como verdadeiros, tudo é uma questão de ponto de vista, de referencial. Há ainda de se ponderar a facilidade de consequimento de documentos falsos, ou mesmo as provas tidas como ilícitas, enfim, as provas não podem nunca pretenderem ser espelhos da verdade dos fatos, elas não os refletem com precisão absoluta, porque os fatos mesmos não são absolutos!

As provas então não reconstroem fatos, muito menos espelham uma

realidade absoluta, pelo simples motivo que ela não existe. Este é o grande equívoco, querer-se através das provas plasmar uma verdade erroneamente categorizada como absoluta. Tanto as provas como a verdade são relativas e subjetivas. O paradigma onde o ser é o fundamento está superado irremediavelmente pelo paradigma da consciência onde o sujeito cognoscente é fundante e fundamental.

Portanto, quando se diz que o juiz tem de *desvendar* a essência do fato, *descobrir* a verdade, isto é realmente impossível, porque a verdade não se desvenda, *constrói-se*, verdade não é re-construção, é construção!

Pois bem, este é um dos objetivos do nosso trabalho, desmitificar a verdade substancial como uma verdade absoluta e inatingível, bem como a existência de categorização da verdade, ou seja, consignar que a contraposição de uma verdade formal em relação a uma verdade substancial não se sustenta cientificamente, como visto. A verdade não pode ser categorizada porque ela é uma só, não é formal ou material é apenas a "verdade" que desde a modernidade está fundada em uma concepção subjetiva.

Por outro lado, nossas proposições vão um pouco além. Como acima citamos⁹²³, tomando as precisas ponderações do mestre *OVÍDIO BAPTISTA*, um processo longo pode ter todas as sentenças possíveis e realmente não se pode discordar desta afirmação. E o que significa um processo longo? Em geral, trata-se de um processo de conhecimento, que tem uma longa instrução probatória, a qual acredita-se ser a base da segurança jurídica dos provimentos jurisdicionais.

O mito do processo de conhecimento vem embasado na segurança em

contraposição às tutelas de urgência que têm como fundamento a efetividade. Esta é a grande antinomia da contemporaneidade no processo. A efetividade é o cerne das questões processuais debatidas atualmente questão esta que inegavelmente passa pela rapidez dos provimentos. Mas porque os provimentos jurisdicionais ordinários não são rápidos? Dentre alguns problemas práticos operacionais, principalmente podemos dizer que a “justiça” ou o processo é moroso porque pretende ofertar um provimento jurisdicional seguro e justo, e aqui pode-se ler nas entrelinhas, um provimento jurisdicional que plasme a verdade dos fatos para legitimar a decisão.

Por óbvio, não se pode dizer que o conseguimento da verdade dos fatos é a única diferença entre o processo de conhecimento e o processo cautelar, mas é pertinente consignar que é a diferença ontológica entre eles. Portanto, se a verdade é a questão de fundo que diferencia um provimento seguro (mas nem sempre tão eficaz) de um provimento eficaz (mas nem sempre tão seguro), sendo esta a grande antinomia do processo na atualidade, logo parece ficar bastante clara sua relevância e mais que isto a absoluta necessidade de uma argumentação discursiva sobre o tema para uma tomada de posição.

Devemos ponderar porque acredita-se que um processo (conhecimento) baseado em cognição exauriente, ou seja, com uma longa instrução probatória leva a uma sentença mais justa ou mais segura que um processo baseado em cognição sumária.

A resposta seria, pelos meios de prova oferecidos ao juiz que lhe facultam uma re-construção mais exata (verdadeira) dos fatos, certo? Errado. Partimos de

⁹²³ v. tb. neste Capítulo, item 5.3 “Idéias fundamentadoras da nossa teorização”

premissas totalmente equivocadas. Primeiro, porque já vimos que não são os amplos meios de provas que facultam o conseguimento da verdade, isto porque, se tomássemos este pressuposto, os historiadores, cientistas, pesquisadores deteriam a verdade (já que potencialmente têm todos os meios de provas à disposição), no entanto, a verdade não significa maior ou menor liberdade de meios, está situada em outro paradigma. Segundo, porque as provas não facultam uma re-construção da verdade, ou seja, como já apontado, as provas não plasmam a verdade dos fatos e dos objetos, não é espelho deles, porque a essência das coisas não está à disposição do intelecto para então ser conhecida. É o sujeito que constrói as coisas e os fatos a partir da sua própria subjetividade. Portanto, não se re-constitui a verdade a partir dos meios de prova que o processo faculta, a verdade constrói-se a partir do sujeito que a conhece. E finalmente, ao consignar que a verdade constrói os *fatos*, devemos demonstrar o conteúdo deste conceito, isto é, se faz necessário precisar qual o significado pragmático do vocábulo *fato* e sob que perspectiva ele é encarado. É o que veremos adiante.

Quando dissemos, alguns tópicos atrás⁹²⁴, ao expor a adequação da teoria de *HABERMAS* ao processo e à teoria geral da prova que: “estamos tentando favorecer uma teorização que potencialmente pode subverter a forma de ligação com o mundo empírico” esta é uma assertiva pela qual vamos ensejar a nossa forma de relacionar o processo com o mundo dos fatos.

A observação prática levou-nos a consignar que a verdade que se forma no processo é uma verdade advinda da argumentação, tem um caráter dialético. Isto

⁹²⁴ v. tb. neste Capítulo, item 5.4 “A adequação da verdade consensual ao processo com base na Teoria de *HABERMAS*”.

porque cada uma das partes apresenta a sua versão da verdade e no final a verdade estabelecida em sentença (consenso) pode ser diversa de ambas versões apresentadas pelas partes.

Isto quer dizer que, obrigatoriamente, a verdade que se forma no processo não tem relação com o mundo empírico (fatos) porque ela não é mais adequação, não é absoluta. Ela é subjetiva, entretanto não depende apenas de um sujeito que conhece o objeto ou os fatos e leva-os ao processo. A verdade do processo é *intersubjetiva*, ou seja, advém da argumentação retórica que se forma entre as partes e o juiz, para que este, através do melhor argumento, chegue a um consenso definitivo (sentença).

O sujeito não mais se relaciona com o objeto (verdade Kantiana - paradigma da Consciência), mas sim com outros sujeitos, buscando entender-se com eles sobre o que pode significar conhecer fatos e dominar objetos. A palavra de ordem neste paradigma é a *linguagem*. É através deste instrumento que se possibilita a comunicação argumentativa, que se chega ao consenso, o qual serve de pano de fundo para a ação comunicativa em *HABERMAS*.

Se tudo é vertido em linguagem, os fatos, nesta perspectiva, assim como as provas, são enunciados sujeitos à argumentação discursiva dentro do processo e levarão ao consenso final, sentença.

Assentado que ficou que a verdade não pode estar embasada na adequação paradigma do Ser já superado filosoficamente, e que necessariamente ela é subjetiva, estamos portanto, propondo uma nova mudança paradigmática - a aplicação da teoria habermasiana da verdade desenvolvida e cunhada nos ares da contemporaneidade que tem como fundamento a linguagem.

Poderiam os mais pragmáticos ponderarem que é apenas uma questão afeita aos lindes doutrinários falar-se em verdade adequação (grega) ou verdade consensual (habermasiana), isto é, que estamos querendo apenas discutir “o sexo dos anjos”. Que me perdoem os advogados práticos, mas se todos pensassem desta forma o direito seria um ente engessado e predestinado à caducidade.

A questão tem um cunho absolutamente instrumental e pragmático, pois diz respeito diretamente à vida cotidiana dos operadores do direito. A prova, na sistemática atual, é o cerne do processo, pensamos ser desnecessário delinear aqui sua importância. Por outro lado, descrevemos acima os grandes entraves surgidos em matéria de prova por conta desta visão míope que insiste em povoar a cabeça dos processualistas e, por conseguinte, dos que do processo se utilizam.

Como já assentado, há uma necessidade premente de tomada de posição. Se encararmos de uma forma bastante realista que o processo não é um ente voltado a plasmar a verdade dos fatos, mas que ao contrário, a verdade que se forma no processo, no mais das vezes é contingente a ele mesmo, e advém de um consenso que se forma intraprocessualmente, sem necessariamente estar vinculada ao que chamamos de mundo empírico, isto quer dizer que é apenas uma questão de ratificar a prática, tornando ciência o que já ocorre cotidianamente - esta é a vantagem da aplicação da verdade habermasiana ao processo.

Eis então o segundo objetivo do nosso trabalho, a propositura de uma nova mudança paradigmática, nos moldes contemporâneos, que venha a subverter a forma de ligação do processo com o mundo empírico, a fim de imprimir-lhe mais agilidade no intuito de atender seu objetivo maior, qual seja, a efetividade.

Se a verdade for encarada nos moldes habermasianos, de⁹²⁵ verdade consensual, como delineado em tópico específico desta monografia, pode-se então assentar que a instrução probatória e conseqüentemente, a prova, perderá seu caráter cognoscitivo, tendo uma função retórico-persuasiva, diminuindo sobremaneira seu valor no que respeita a decisão final, à medida que prova passa a ser enunciado tanto quanto os fatos e portanto, sujeita à argumentação. Por conseguinte, a prova sendo deslocada e “desvalorizada” em relação ao provimento jurisdicional último (já que ela não é mais o fundamento principal da decisão), e considerando-se que a verdade passa a ser forjada dentro do processo mesmo, não precisaremos mais nos alongar em infundáveis instruções probatórias que levam à ilusão da segurança jurídica do provimento baseada na obtenção da verdade absoluta, que não só é uma utopia como também uma ignorância filosófica.

Poderia-se também ponderar que estamos dando ênfase absoluta à perspectiva narrativista do processo em detrimento da verdade dos fatos, e conseqüentemente, alijando o mundo empírico. Como já consignado, temos sim uma preocupação teleológica com a verdade mesma. Pretendemos a busca da verdade porém, através de um contexto argumentativo (o processo), sendo que o mundo empírico continua representado neste contexto através dos fatos e provas apresentados como enunciados. A diferença é que a verdade não é mais a fotografia dos fatos e objetos, ela deslocou-se e está baseada na argumentação e um posterior consenso.

⁹²⁵ v. tb. neste Capítulo, item 5.4 “A adequação da verdade consensual ao processo com base na Teoria de HABERMAS”.

De outro modo, deve-se consignar que o que foi posto no último capítulo não está em contradição com o restante do trabalho. Tudo o que foi exposto em relação à Teoria Geral da Prova é válido no paradigma em que foi analisado. No entanto, estas proposições feitas a final, estão sob a égide de um novo paradigma, do agir comunicativo, o que não invalida toda as ponderações anteriormente realizadas.

Por óbvio, dificuldades encontraremos para a aceitação e principalmente para a aplicação da teoria da verdade consensual ao processo. Isto porque é bem provável, que *HABERMAS*, ao concebê-la, pelo menos, a princípio, não estava pressupondo aplicações específicas, em especial, ao processo. Sua preocupação não era tão concreta e prática, mas sim universal. Cabe a nós realizarmos seus desdobramentos e conseqüências. Esta é a nossa proposta que pretende ser apenas uma semente, a qual esperamos render frutos.

Com felicidade sabemos também que há outras mentes trabalhando em prol deste objetivo. Podemos citar o precursor trabalho do jurista e colega *SÉRGIO CRUZ ARENHART* que em artigo publicado em data próxima já acenava para a aplicação da verdade habermasiana ao processo. Assevera ele sob uma perspectiva de vanguarda: "*O direito não pode viver de ilusões. A verdade substancial é um mito que já deveria, há muito, ter se extirpado da teoria jurídica. Todas as demais ciências já se aperceberam de que não há mais verdade inerente a um fato. A moderna filosofia, sob a batuta de JURGEN HABERMAS, compreende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético...*"⁹²⁶

⁹²⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial*. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil - ano 1, n0. 1, jan/abr. 1996, Ed. Gênesis. Curitiba, p. 690. Devemos aqui apenas consignar que

Portanto, se ficar assentado com a leitura desta monografia que, a par da moderna filosofia, que a verdade não é absoluta e que portanto, as provas não podem querer refletir a verdade dos fatos, sendo aquela relativa e subjetiva, já estaremos muito satisfeitos com a repercussão do nosso trabalho. No entanto, se pudermos abrir nossas mentes e realizar, sem preconceitos, que a verdade que se forma no processo é advinda de um consenso intraprocessual, servindo ao processo mesmo e entre as partes, o nosso trabalho estará completo.

Devemos, por fim, ter coragem para ousar fazer algumas assertivas. É fato que a temática da verdade não está desvinculada da questão do poder. Não se pode ignorar a ingerência estatal sobre a verdade e também sobre o processo. Cada sociedade tem, o que *FOUCAULT* chama de “regime” da verdade ou uma “política geral” de verdade, isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros. Portanto, pode-se dizer que a verdade está circularmente ligada aos sistemas de poder e não existe sem o poder ou fora dele. Com lucidez consigna o autor citado:

“O problema político essencial para o intelectual não é criticar os conteúdos ideológicos que estariam ligados à ciência ou fazer com que sua prática científica seja acompanhada por uma ideologia justa; mas saber se é possível constituir uma nova política da verdade. O problema não é mudar a consciência das pessoas, ou o que elas têm na cabeça, mas o regime político, econômico, institucional de produção da verdade.

Não se trata de libertar a verdade de todo sistema de poder - o que seria quimérico na medida em que a própria verdade é poder - mas de desvincular o poder da verdade das formas de hegemonia (sociais

dissentimos, em parte, do posicionamento do colega. Enquanto que ele entende ser a verdade um conceito em decadência e propõe a verossimilhança como seu sucedâneo, parece ter ficado claro ao longo desta monografia que acreditamos com veemência na verdade como escopo processual, a qual apenas mudou de paradigma.

econômicas, culturais) no inteiro das quais ela funciona no momento.

Em suma, a questão política não é o erro, a ilusão, a consciência alienada ou a ideologia; é a própria verdade”.⁹²⁷

Estamos dessa forma, tentando subverter o “regime” da verdade para o processo e propondo uma argumentação discursiva nos moldes habermasianos. O enunciado é: “*a verdade para o processo é consensual*”, os nossos argumentos foram postos, esperamos que o trabalho surta possibilidades de novos argumentos para que talvez, um dia, cheguemos a um consenso.

⁹²⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. op.cit. p. 14.

Bibliografia

- AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. Arts. 332-443. Ed. RT, 2a. Ed., São Paulo, 1977.
- AHRENDTS, Ney da Gama. *Comportamento processual da parte como prova*. *Ajuris* n0. 6, p. 74.
- ALCALÁ-ZAMORA. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Guillermo Kraft Ltda, Buenos Aires, 1945, Tomo III, pp. 41 e segs. *apud* SENTÍS MELENDO, Santiago, *El Proceso Civil. Estudio de la reforma procesal argentina*. Ed. Ejea. Buenos Aires, 1957, p. 257.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. p. 111 *apud* CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência*. - São Paulo. Ed. Saraiva, 1998, p. 86.
- ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ed. Compañía Argentina, 1941, Buenos Aires, p. 87 *apud* MEDEIROS, Flávio Meirelles. *Dificuldade de atuação dos limites jurídicos à livre apreciação da prova no chamado processo penal acusatório*. RT 710, v. 83, p. 245.
- ANDRIOLI, Virgilio. "*Prova in genere*", pp. 814-815, *apud* MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Edições Ática. Lisboa, 1961, p. 530.
- ARAGÃO, Egas Moniz.
Exegese do Código de Processo Civil. Vol. IV, Tomo I (Arts. 329 a 399). Ed. Aide - Rio de Janeiro, 1974.

Direito à Prova. Revista de Processo n0. 39. p. 104.
- ARAGONESES e ROCHA, *Técnica Procesal*, Ed. Aguilar, 1958, Madrid, p. 495 *apud* DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Ed. Fidenter. Víctor P. de Zavalía. 5a. Ed. Buenos Aires, 1981, p. 227.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial*. *Gênese: Revista de Direito Processual Civil* - ano 1, n0. 1, (jan/abr. 1996), Curitiba.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*. Dissertação de Mestrado da USP, São Paulo, 1994.
- BARANDIER, Marcio Gaspar. *A Prova Ilícita no Direito Penal - Breves comentários*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n0. 2, Abr/Jun 1993, Ed. RT. p. 73.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos.
O juiz e a prova. Revista de Processo. n0. 35, p. 178.

A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução. Revista de Processo nº 35, p. 237.

A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. Revista de Processo, nº 37, p. 146.

Alguns problemas atuais da prova civil. Revista de Processo, n0. 53, p. 122.

Restricciones a la prueba en la Constitución brasileña. Revista de Processo, nº 82, p. 152

A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. Ajuris n0. 68, p. 13.

- BARCELLONA, Mario. *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*. G. Giappichelli Editore - Torino, 1996.

- BARROSO, Luis Roberto. *Interceptação telefônica para fins penais - inadmissibilidade de prova ilícita - cabimento de mandado de segurança e não de habeas corpus - CF art. 5o. XII, LVI e LXIX*. Revista de Direito Administrativo, Renovar, FGV, n0. 200 abr/jun-95, p. 325.

- BASTOS, Celso. *As provas obtidas por meios ilícitos e a Constituição Federal*. Revista do Advogado. n0. 42, Abril/94, p. 45.

- BAYES, Thomas. *An Essay Towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances, Philosophical Trans. of the Royal Society, Londres, 1763 (nota 14) apud CATALANO, Elena Maria. Prova indiziária, probalistic evidence e modelli matematici di valutazione*. Rivista di Diritto Processuale, n0. 2, Abril-Junho 1992, CEDAM, p. 519.

- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. Ed. Revista dos Tribunais, 2a. Ed., São Paulo, 1994.

- BENTHAM, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Ed. EJEJA, Buenos Aires, 1959, tít. I, cap. XVII.

- BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e de Processo Penal*. Coimbra Editora, Coimbra, 1974.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. Ed. Malheiros, São Paulo, 1994.

- BONNIER, Edouard. *Tratado Teórico e Prático de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*. Tradução castellana de José Vicente y Caravantes. Editorial Réus, S.A. 5a. Ed. Madrid, 1928.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Prova - Limitações ao poder de indeferir-la*. Revista Forense, vol. 325, p. 134.
- BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal* - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- BURGOS, Alvaro A.; GÁLVEZ, Carlos e LÓPEZ, Rosibel, in *Cargas, fases y limites de la actividade probatória*, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, n0. 77.
- BUZAID, Alfredo. *Processo e Verdade no Direito Brasileiro*. Revista de Processo, n0. 47. Jul/Set 97.
- CALAMANDREI, Piero.
 "Estudios sobre el Proceso Civil" . Tradução de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945. Textos:
 a) *Lineas Fundamentales del Proceso Civil Inquisitorio*. pp. 227-228.
 b) *La génesis lógica de la sentencia civil"*. pp. 380-381.
 c) *La definición del hecho notorio*. p. 184.
- Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile*. in: Rivista di Diritto Processuale. Vol X - parte I, Padova, CEDAM, 1955.
- CÂMARA LEAL, Cód. de Proc. Civ. e Com. do Estado de São Paulo, II v. p. 139 *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. vol. I, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1952, pp. 84-85.
- CAMARGO ARANHA. op. cit. pp. 189-190 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. *Prova emprestada*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 1, n0. 4, out/dez de 1993, Editora RT, p. 66.
- CAPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*. Ed. Ejea. Buenos Aires, 1945.
- CARNAP, *Logical Foundations of Probability*, Chicago, 1950 (nota 9) *apud* MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*. Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile, ano XLV - n0. 4, dez 1991, p. 1122.
- CARNELLI, Lorenzo. *O Fato Notório*. pp. 59 e 267 *apud* AGUIAR, João Carlos Pestana. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. Arts. 332-443. Ed. RT, 2a. Ed., São Paulo, 1977 pp. 94 e 95.

- CARNELUTTI, Francesco.
La Prova Civile. Editora Dell'Ateneo - Roma, 2a. Edição, 1947.
- Verità, Dubbio, Certezza*. Rivista de Dirittto Processuale, vol n0. XX (II série), Ed. CEDAM, Padova, 1965.
- Lezioni de Diritto Processuale Civile*, vol II, p. 425-426
- Instituciones del Nuevo Proceso Civil*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1942
- Studi di Diritto Processuale*. Ed. Cedam, Padova, 1939.
- CARVALHO, Paulo de Barros.
Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência. - São Paulo. Ed. Saraiva, 1998.
- Curso de Lógica Jurídica*. Material apresentado aos alunos do Curso de Direito Tributário da PUC/SP, 1994.
- CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. *A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal - um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n0. 12, Ed. RT, p. 162.
- CATALANO, Elena Maria. *Prova indiziária, probalistic evidence e modelli matematici di valutazione*. Rivista di Diritto Processuale, n0. 2, Abril-Junho 1992, CEDAM.
- CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material (Teoria da Prova)*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe.
Instituições de Direito Processual Civil. Vol II e III. Saraiva, 2a. Edição, São Paulo, 1965.
- Principios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Reus, Madrid, 1925.
- COHEN, J. *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977 (nota 20) apud MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazioni sulla strututtura del giudizio di fatto*. Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile, ano XLV - n0. 4, dez 1991, p.1124.
- COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva. e SILVA, Maria Regina Caffaro. *Provas ilícitas no processo penal*. Revista de Informação Legislativa, n0. 97, jan/mar 1988, p. 237.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Prove e accertamento dei fatti nel nuovo CPP*. Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale. Fasc. 1 (jan/mar, 1990), Ed. Dott. A. Giuffrè,

Milão.

- CORBISIER, Roland. *Filosofia, Política e Liberdade*. Ed. Paz e Terra, 2a. Ed. Rio de Janeiro, 1978.

- COSTA, Newton. C.A. da. *Conjectura e quase-verdade. Direito Política e Filosofia*. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale no seu octogésimo aniversário/ Coordenadores Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Saraiva, 1992.

- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Verdade Material e Processo Penal*. Revista dos Tribunais - 678, Abril, 1992.

- COUTO E SILVA, Clóvis do. *Direito material e processual em tema de prova*. Revista Forense nº. 251, p. 32.

- COUTURE, Eduardo J.

Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1950.

Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Edições Depalma, Buenos Aires, 1993.

- DALLOZ, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*; v. Duel, n. 5, *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. vol. I, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1952, p. 34.

- DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1954, t. I.

- DELLEPIANE, *Nueva Teoría General de la Prueba*, Bogotá, Ed. Temis, 1961, p. 20 *apud* DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Ed. Fidenter. Víctor P. de Zavalía. 5a. Ed. Buenos Aires, 1981, p. 142.

- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Ed. Fidenter. Víctor P. de Zavalía. 5a. Ed. Buenos Aires, 1981.

- DINAMARCO, Cândido Rangel.

A instrumentalidade do processo. Ed. Malheiros, 3a. Ed., São Paulo, 1993.

Teoria Geral do Processo. Antônio Carlos de Araújo Cintra e Ada Pellegrini Grinover, Ed. Revista dos Tribunais, 6a. Ed., São Paulo, 1987.

- DUSSEL, Enrique D. *Filosofia da Libertação na América Latina*. São Paulo : Loyola, s.d. p. 12. *apud* LUDWIG, Celso Luiz. *A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: Uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel*. Dissertação apresentada em Curso de Pós-Graduação da UFPR. 1993, p. 10.

- FASSONE, Elvio. *Dalla "Certeza" all'ipotesi Preferibile" un Metodo per la Valutazione"*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Fasc. 4 Out/Dez 1995. Ed. Giuffrè Milão.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Ed. Atlas, São Paulo.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Vol. I. Coimbra Editora, Coimbra, 1974.
- FINETTI, *La teoria delle Probabilità*, Torino, 1970, I, p. 6 (nota 17) *apud* MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*. Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile, ano XLV - n0. 4, dez 1991, p. 1124.
- FINKELSTEIN e FAIRLEY, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, in Harvard Legal Review 1970, FAIRLEY, *Probalistic Analysis of Identification Evidence*, in J. Legal Studies, p. 493, *apud* MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*. Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile, ano XLV - n0. 4, dez 1991, p. 1150.
- FLORES LENZ, Luis Alberto Thompson.
 - A admissibilidade dos meios ilícitos e ilegítimos de prova em juízo*. Estudos Jurídicos. vol. 19, n0. 45, jan/abr 1986, p. 85.
 - Os meios moralmente legítimos de prova*. Revista dos Tribunais, n0. 621, p. 273.
- FLORIAN, *Delle Prove Penale*, Istituto Editoriale Cisalpino, 1961, *apud* DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Ed. Fidenter. Víctor P. de Zavalía. 5a. Ed. Buenos Aires, 1981, p. 147, 231.
- FOUCAULT, Michel.
 - Microfísica do poder*. organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
 - A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro, Ed. Nau. 1996.
- FRANK, *Courts in Trial. Myth and Reality in American Justice*. Princeton, 1950, p. 95 e ss. *apud* TARUFFO, Michele. *Note per una Riforma del Diritto delle Prove*. Rivista di Diritto Processuale, Abr/Set. 1986, Ed. CEDAM, Padova, p. 243.
- FURNO, Carlo. *Contributto alla Teoria della Prova Legale*. Ed. CEDAM, Casa Editrice Dott. Antônio Milani, Padova, 1940, XVIII.

- GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método*. Tradução Flávio Paulo Meurer - Petrópolis, Rio de Janeiro - Ed. Vozes, 1997.
 - GALUPPO, Marcelo Campos. *Direito e Moral na Filosofia de Habermas*. Anais do Encontro Nacional da OAB, set/94 realizado em Foz do Iguaçu, p. 26.
 - GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, 2a. Ed. Lisboa, 1995.
 - GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova. Contributto alla logica giuridica*. Ed. Dott. A. Giuffrè. Milão, 1971.
 - GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. Ed. RT. São Paulo, 1997.
 - GORPHE. *Las décisions de justice*. Ed. Recueil Sirey. Paris, 1952 *apud* SENTÍS MELENDO, Santiago, *La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Ed. Ejea. Buenos Aires. 1978, p. 294.
 - GRINOVER, Ada Pellegrini.
Prova emprestada. Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 1, nº. 4, out/dez de 1993, Editora RT, p. 60.
- As Provas Ilícitas na Constituição*. Livro de Estudos Jurídicos, nº. 3, p.24 Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.
- GUASP, Jaime. "*Derecho procesal civil*". 2a. Edição. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.
 - GUIMARÃES, Aquiles Cortes. *A idéia de verdade no pensamento de Miguel Reale. Direito Política e Filosofia*. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale no seu octogésimo aniversário/ Coordenadores Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Saraiva, 1992.
 - HABERMAS, Jurgen.
O conservadorismo e a crise capitalista. *Vozes do Século*. Entrevistas da New Left Review, 115, (mai/jun, 1979). Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1997.
- Pensamento Pós-metafísico*. Ed. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1990, p. 12, *apud* LUDWIG, Celso Luiz. *A Alternatividade Jurídica na Perspectiva da Libertação: Uma Leitura a partir de Enrique Dussel*. Dissertação apresentada à Universidade Federal do Paraná, UFPR, 1993.
- O discurso filosófico da modernidade*. Lisboa : Publicações Dom Quixote, 1990, p. 277. *apud* LUDWIG, Celso Luiz.op. cit. p. 52.

Consciência Moral e Agir Comunicativo. Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1989, p. 147 apud LUDWIG, Celso Luiz. op.cit. p. 61.

- HASSEMER, Winfried.

Crítica al derecho penal de hoy. Tradução de Patricia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

Fundamentos del Derecho Penal. Tradução Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Bosch Casa Editorial, Barcelona.

- HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. Armênio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra, 1967,

- HEUSLER, Andreas. *Die Grundlagen des Beweisrechtes - in Archiv für die Civilistische Praxis*, 1879, p. 209 e segs e tb. GOLDSCHIMDT, James. *Der Prozess als Rechtslage - Berlim*, 1925 apud MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Edições Ática. Lisboa, 1961, p. 83.

- KEYNES, A Treatise on Probability, 1921, New York, Ed. 1962, pp. 78 e segs (nota 3) da obra de MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*. Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile. Dezembro 1991, Ano XLV - n0. 4. Ed. Dott. A. Giuffrè - Milão, p. 1120.

- KNIJNIK, Danilo. A "doutrina dos frutos da árvore venenosa" e os discursos da Suprema Corte na decisão de 16/12/93. *Ajuris* n0. 66, p. 61.

- KUHN, *A estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo : Editora Perspectiva, 1992, p. 219. apud LUDWIG, Celso Luiz. *A alternatividade jurídica na perspectiva da liberação: Uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel*. Dissertação apresentada em Curso de Pós-Graduação da UFPR. 1993. p. 8.

- LA CHINA, Sergio. *L'esibizione delle prove nel processo civile*. Ed. Dott. A. Giuffrè, Milão, 1960.

- LANZA, Vincenzo. *Sistema de Diritto Processuale Penale Italiano*, vol. I, Roma, 1922, p. 378, apud MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Edições Ática. Lisboa, 1961, p. 57.

- LAPLACE, *Saggio sulle probabilità*, trad. it. BARI, 1951. *Sull'importanza dell'opera di Laplace*, Bologna, 1979, p. 261 e segs. (nota 5) apud MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*. Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile, ano XLV - n0. 4, dez 1991, p. 1121.

- LENT, *Zivilprozessrecht*, 138 *apud* MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Edições Ática. Lisboa, 1961, p. 57.
- LESSONA, Carlo. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Ed. Reus, S.A. Madrid, 1928.
- LIMA, Alcides Mendonça. *A eficácia do meio de prova ilícito no CPC Brasileiro*. Revista Forense, n0. 297, p. 9.
- LUCA, Giuseppe de. *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*. Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale. Fasc. 4 (out/dez, 1992), Ed. Dott. A. Giuffrè, Milão.
- LUDWIG, Celso Luiz. *A alternatividade jurídica na perspectiva da liberação: Uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel*. Dissertação apresentada em Curso de Pós-Graduação da UFPR. 1993.
- LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Società Editrice il Mulino, 1990.
- MACEDO, Ronaldo Porto. *Prova dos Atos Jurídicos*. Revista de Processo nº 16, p. 59.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Vol. I, Ed. Livraria Classica, A.M. Teixeira, Lisboa, 1911.
- MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*. Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile, ano XLV - n0. 4, dez 1991, p.1119.
- MARINONI, Luiz Guilherme.
Tutela Cautelar e Tutela antecipatória. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.
- Novas linhas do processo civil*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, III vol., Ed. 2a., Forense, Rio-São Paulo.
- MEDEIROS, Flávio Meirelles. *Dificuldade de atuação dos limites jurídicos à livre apreciação da prova no chamado processo penal acusatório*. Revista dos Tribunais n0. 710, v. 83.
- MELERO, Valentin Silva.
O Chamado Dever de Dizer a verdade no Processo Civil. Revista Forense - 439, Rio de Janeiro, 1940.

La prueba procesal. Tomo I. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

- MELO FREIRE, *Instituições Iuris Civilis Lusitani*, Liv, IV, Tít. XVI, # 1o. *apud* MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Edições Ática. Lisboa, 1961, p. 54.

- MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Edições Ática. Lisboa, 1961

- MICHELI; Gian Antonio.

La Carga de la Prueba, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1961.

Teoria Geral da Prova. Revista de Processo, nº. 3, p. 161.

- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV, Ed. Forense. Rio de Janeiro, 1974.

- MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Ed. Eduardo e Henrique Laemmert, Rio de Janeiro, 1879.

- MONTESANO, Luigi. *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Ano XXXII, Ed. Dott. A. Giuffrè, Milão, 1978.

- NAZARETH. *Elementos de Processo Civil*. vol I, # 397 - 2a. Ed. Coimbra, 1854, *apud* MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Edições Ática. Lisboa, 1961, p. 54.

- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor*. Ed. Saraiva. 26a. Ed. São Paulo. p. 303 nota art. 342, 1 b.

- NEVES e CASTRO, Francisco Augusto. *Theoria das Provas e sua aplicação aos actos civis*. Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 2a. Ed., 1917.

- NUVOLONE, Pietro. *Le Prove Vietate nel Processo Penal nei Paesi di Diritto Latino*, in Rivista Italiana di Diritto Processuali Penali, 1966 *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*. Dissertação de Mestrado da USP, São Paulo, 1994, p. 20.

- OLIVEIRA, Mozart Costa de. *O pensamento conjectural em Miguel Reale*. *Direito Política e Filosofia*. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale no seu octogésimo aniversário/ Coordenadores Celso Lafer e Tércio Sampaio Ferraz Jr. São Paulo: Saraiva, 1992.

- PATTI, Salvatore. *Prove. Disposizioni Generali*. Ed. Nicola Zanichelli - Bologna e Ed. Soc. Ed. del Foro Italiano - Roma, 1987.

- PEREIRA, Newton. *O juiz e a prova cível*. Revista da Associação dos Magistrados do Paraná. Ed. Juruá, p. 45, 1993.
- PERELMAN, *La Specificité de la Preuve Juridique*, in *La Preuve*. Rec. Soc. I, Bodin, XIX, Bruxelles, 1963, p. 5 e ss. *apud* TARUFFO, Michele. *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*. Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile, Ed. Dott. A. Giuffrè, 1997. p. 553.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da sentença*. Ed. Livraria do Advogado. 2a. Ed. Porto Alegre, 1994.
- PRATA, Edson. *Prova judicial via satélite*. Revista dos Tribunais n0. 649, nov/89, p. 12.
- REALE, Miguel. *Verdade e conjectura*. Ed. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1983.
- REDENTI, Enrico. "*Diritto Processuale Civile*". vol. II, 2a. Ed. Milão, 1953.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *A Instrumentalidade do Processo e o Princípio da Verossimilhança como Decorrência do "Due Process of Law"*. Revista de Processo n0. 75.
- RICCI, Francesco. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Tomo I, Ed. La España Moderna, Madrid, 1922.
- RIGHI, Ivan. *Eficácia probatória do comportamento das partes*. Revista Brasileira de Direito Processual n0. 35. p. 69
- ROCCO, Ugo. *Trattato di Diritto Processuale Civile*. Tomo II e III, Ed. Unione Tipografico. Editrice Torinese, UTET, Torino, 1957.
- ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. *Algumas Reflexões sobre a Verdade e a Certeza no Campo Probatório*. Ajuris n0. 68, nov. 1996
- ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1955, t. II, .
- ROUANET, Paulo Sérgio. *Ética iluminista e ética discursiva*. Jürgen Habermas: 60 anos. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1989.
- SANTIAGO, Assis. *Exigência e admissibilidade da prova no Processo Civil*. Revista Brasileira de Direito Processual, n0. 20, p. 31.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. vol. I, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1952.

- SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. Ed. CEDAM, Padova. 10a. Ed. 1987.
- SAUER. *Allgemeine Prosechtslehre*, p. 105, *apud* MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Edições Ática. Lisboa, 1961, p. 374.
- SCHMIDT, Lehrb., pp. 435 e segs. *apud* FURNO, Carlo. *Contributto alla Teoria della Prova Legale*. Ed. CEDAM, Casa Editrice Dott. Antônio Milani, Padova, 1940, XVIII.,p. 19.
- SEBBA, *Die riechterliche Uerberzeugung*, notas 74 e 9, *apud* MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em Processo Civil*. Edições Ática. Lisboa, 1961, p. 95.
- SENTÍS MELENDO, Santiago.
La Prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Ed. Ejea. Buenos Aires. 1978.

El Proceso Civil. Estudio de la reforma procesal argentina. Ed. Ejea. Buenos Aires, 1957.

Natureza da Prova. A prova é liberdade. Revista Forense n ° 246, p. 94.
- SIEBENEICHLER, *Jürgen Habermas: razão*, p. 104 *apud* LUDWIG, Celso Luiz. *A alternatividade jurídica na perspectiva da liberação: Uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dusel*. Dissertação apresentada em Curso de Pós-Graduação da UFPR. 1993, p. 57.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*, vol I e III, 2a. Edição, Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Princípios Constitucionais Brasileiros*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *A livre apreciação da prova em Processo Civil*. Scientia Iuridica, Tomo XXXIII, (Jan/Abr, 1984), Ed. Livraria Cruz e Cia Ltda. - Braga - Portugal, 1984.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Tradução Andrés de la Oliva Santos. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, Madrid, 1990.
- STRYK. *De notorio*. vol. XII, Disputatio IV, Florentiae, 1840, p. 109 e ss. *apud* LESSONA, Carlo. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Ed. Reus, S.A. Madrid, 1928, p. 211.

- SZNICK, Valdir. *Reflexões sobre a Prova e o Livre Convencimento do Juiz*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados (R.T.J.E), Ed. Livraria Jurid Vellenich Ltda, vol 19, abr. 1982, ano 6, p. 25.
- TARUFFO, Michele.
Note per una Riforma del Diritto delle Prove. Rivista di Diritto Processuale. Abr/Set. 1986, Ed. CEDAM, Padova.

La Prova dei Fatti Giuridici. Ed. Dott. A. Giuffrè. Milão, 1992.

Funzione della prova: la funzione dimostrativa. Rivista Trimestrale de Diritto Procedura Civile, Ed. Dott. A. Giuffrè, 1997.
- TELLES JR. Goffredo. *Direito Quântico. Ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. São Paulo. Ed. Max Limonad. 6a. Ed. 1985.
- THEODORO JR, Humberto.
Os poderes do juiz em face da prova. Revista Forense, nº 263, p. 39.

Aspectos Relevantes da Prova no Processo Civil. Revista Jurídica, nº 195, p.17, 1994.
- TOVO, Paulo Cláudio. *Limitações ao Princípio da Verdade Real no Processo Penal Pátrio*. Ajuris nº. 19. Julho, 1980.
- TRIBE, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, cit. p. 1329 e ss. e *Further Critique of Mathematical Proof*, in *Harvard Law Review*, 1971, vol. 84, p. 1181 e ss. (nota 90) *apud* MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*. Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile, ano XLV - nº. 4, dez 1991, p. 1152.
- TROCKER, Nicolo. *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, 1974, pp. 612-618 *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas*. Dissertação de Mestrado da USP, São Paulo, 1994, p. 28.
- VASSALLI, Giuliano. *La protezione della Sfera della personalità nell'era della tecnica, in studi in onore di Betti*, 1972, V, p. 717 *apud* AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas*. Dissertação de Mestrado da USP, São Paulo, 1994, Introdução.
- VISHINSKI, Andrei. *La teoria da prova no direito soviético*. Ed. Nuevo Derecho. Buenos Aires, 1951.
- VIVALDI, Julio E. Salas. *La apreciación de la prueba en conciencia y conforme a las reglas de la sana crítica. Una polemica revivida*. Revista de Derecho. Universidad de Concepción. Año LXI, Jan/Jun, 1993

- VON MISSES, *Probability Statistics and Truth*, New York, 1936; REICHENBACH, *The Theory of Probability*, Berkeley, 1949, Id. , *La nuova filosofia della scienza*, trad. it., Milano, 1968, em particular, pp. 108 e segs. (nota 6) *apud* MARCHEIS, Chiara Besso. *Probabilità e prova: considerazioni sulla strututtura del giudizio di fatto*. Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile, ano XLV - n0. 4, dez 1991, p. 1121.

- WACH, *Vorträge über die Reichs-Civil Processordnung*, Ed. 2a. (Bonn, 1896), p. 226, *apud* CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verossimiglianza nel Processo Civile*. in: Rivista di Diritto Processuale. Vol X - parte I, Padova, CEDAM, 1955, p. 165.

- WALTER, Gerhard. *Libre Apreciacion de la Prueba*. Editora Temis Liberia, Bogotá Colômbia, 1985.

- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1987.
