



## O CPC de 2015 e o compromisso da prova com a verdade

*The 2015 Brazilian Civil Procedure Code and the commitment to truth*

Emmanuel Haddad\*

Daniel Marques de Camargo\*\*

Lírio Hoffmann Júnior\*\*\*

### REFERÊNCIA

HADDAD, Emmanuel; CAMARGO, Daniel Marques de; HOFFMANN JÚNIOR, Lírio. O CPC de 2015 e o compromisso da prova com a verdade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 52, p. 284-307, ago. 2023. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.124744>.

### RESUMO

Qual é o real propósito da verdade no contexto de um processo judicial? Com o animado intento de lançar luzes sobre esse controverso tema, que carrega consigo um elevadíssimo signo político-ideológico, traduzido em escolhas tomadas pelo legislador na positivação de regras relativas ao processo, procura-se com o trabalho determinar qual o compromisso do CPC de 2015 com a finalidade da prova judiciária. Em um primeiro momento são tecidas considerações sobre a inserção do estudo da prova na temática do devido processo legal, assim considerada como um direito fundamental da parte a colaborar para a construção do raciocínio decisório judicial. No segundo capítulo enfrenta-se a questão que vincula o estudo da prova judiciária ao estabelecimento da verdade dos fatos alegados em juízo. Finalmente, no terceiro capítulo, são feitas investigações a respeito do critério eleito pelo CPC de 2015 em relação à função da prova, e se o estabelecimento da verdade, tomado em seu aspecto objetivo, seria esse desígnio. Em conclusão, é estabelecida a premissa de que está correto o legislador de 2015 quando expressamente aduz que a função da prova é o estabelecimento da verdade, ainda que esse objetivo possa ser frustrado por obstáculos materiais e processuais.

### PALAVRAS-CHAVE

Devido processo legal. Prova. Verdade. Decisão sobre fato. Cognição judicial.

### ABSTRACT

*What is the real purpose of truth in the context of a court case? With the lively intention to shed light on this controversial topic, which carries with it a very high political-ideological sign, translated into choices made by the legislator in the positivization of rules relating to the process, we seek with the paper to determine here the commitment of the CPC of 2015 with the purpose of the judicial evidence. At first, considerations are made about the inclusion of the study of evidence in the theme of due legal process, thus considered as a fundamental right of the party in the intention to collaborate in the construction of the judicial decision-making reasoning. The second chapter addresses the issue that links the study of judicial evidence to the establishment of the truth of the facts alleged in court. Finally, in the third chapter, investigations are made regarding the criterion chosen by the CPC of 2015 in relation to the function of proof, and whether the establishment of the truth, taken in its objective aspect, would be that purpose. In conclusion, the premise is established that the 2015 legislator is correct when he expressly states that the function of evidence is to establish the truth, even though this objective may be frustrated by material and procedural obstacles.*

### KEYWORDS

*Due process of law. Evidence. Truth. Decision about fact. Judicial cognition.*

\* Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Mestre em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

\*\* Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

\*\*\* Doutorando na PUC-SP. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-RS.





## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O direito fundamental à prova como reflexo do devido processo legal. 3. A relação entre prova e verdade. 4. A função da prova no CPC de 2015. 5. Conclusões 6. Referências. Dados da publicação.

## 1 INTRODUÇÃO

Exaurido em termos dogmáticos o estudo das normas jurídicas, cresce em importância no atual contexto do direito processual civil brasileiro a investigação sobre os fatos e o raciocínio probatório que sobre eles se estabelece no contexto do processo.

Se a preocupação relativa à hermenêutica dos textos legais sempre despertou o interesse por parte do estudioso, ancorado na premissa hoje bem estabelecida de que *texto* e *norma* são realidades diversas<sup>1</sup>, é curioso perceber que o tema relacionado ao estudo dos fatos no processo só muito recentemente assumiu, em paragens nacionais, a preponderância que o tema há de merecer.<sup>2</sup> Algumas razões podem facilmente explicar esse fenômeno. Em primeiro lugar, a comunidade acadêmica finalmente compreendeu que, na conjuntura do processo, o aspecto empírico assume igual ou superior proeminência na tarefa assumida pelo Estado de elaborar a norma de decisão.<sup>3</sup> Singelamente, é possível se defender que a observância de um sistema de precedentes que se estabeleceu ainda anteriormente ao CPC de 2015, através do qual a conformação do Direito passou a observar critérios racionais, alterou o centro gravitacional do litígio para os aspectos de fato do caso analisado. Também pode ser creditado a esse incremento de atenção ao estudo dos fatos o crescente intercâmbio de ideias entre sistemas jurídicos que, outrora e por razões que aqui não cabem maior atenção, pareciam incomunicáveis.

Se de um lado a tradição normativista tem influenciado diretamente sistemas jurídicos com raízes voltadas ao modelo do *common law*, não é menos verdadeiro que aspectos relacionados a ele têm proporcionado, com não menos energia, uma remodelagem da matriz de *civil law*, a partir do que assume prestígio a possibilidade de resolução tópica do litígio, mediante a valorização de suas particularidades empíricas.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 7. No mesmo sentido, MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 15.

<sup>2</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 17. No mesmo sentido, PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 22, n.º 2, maio-agosto 2021, p. 587.

<sup>3</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 129.

<sup>4</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010; ABEL LLUCH, Xavier. *La valoración de la prueba en el proceso civil*. Madri: La Ley, 2014.





Finalmente, a elaboração de um novo diploma processual também fortaleceu a relevância do tema relacionado aos aspectos de fato, em particular pela arquitetura de um reformulado sistema de fundamentação das decisões judiciais, que agora procura estabelecer premissas bem definidas à justificação do raciocínio judicial, notadamente pelas balizas esculpidas no artigo 489, § 1º, do CPC de 2015.

Sem embargo de tudo isso, quanto ao tema relacionado à prova judiciária, e, mais precisamente, sobre os fins a que ela se conecta ao processo, o novo CPC fez por bem conservar o propósito anteriormente estabelecido – não sem pesada crítica, convém ressaltar – de vinculá-la ao estabelecimento da verdade dos fatos em que se fundam o pedido e a defesa. Objeções de índole cética questionam fortemente esse ideal probatório, senão pela negação da própria verdade enquanto realidade ontológica (tratar-se-ia de um conceito jusfilosófico), ao menos pelo recorrente argumento de que o ambiente judicial não proporcionaria condições suficientes a esse pretensioso propósito.

Serão essas, realmente, críticas justas ao CPC/2015? Em medida maior, convém ainda indagar: qual a finalidade da prova no processo? E finalmente: seria a pretensão de verdade um sonho eloquente do legislador ou uma fantasia consciente a respeito de um fim objetivamente inalcançável? Nos capítulos que se seguem serão abordadas considerações atinentes ao estudo da verdade sob o enfoque epistemológico, com ênfase na tentativa de responder de que modo o exercício da prova em juízo atende às premissas do devido processo legal, e se a busca pela verdade objetiva, além de racionalmente possível, constituiu-se em uma das finalidades primeiras do processo.

## **2 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA COMO REFLEXO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

É pressuposta a compreensão de que a cláusula constitucional que assegura a todo litigante a garantia do devido processo legal não há de ser tomada em sentido restrito. Direito fundamental que é, convém que se compreendam os instrumentos que o texto constitucional predispõe como meios ao seu efetivo alcance, constituem-se em singelos exemplos que não devem excluir outros tantos mecanismos aptos ao alcance de um ideal estado de coisas. Nessa toada, não faz o menor sentido compreender, por exemplo, que o devido processo legal deva demandar para a sua concretização somente aquilo que, na explicitude do texto, haveria de ser observado pelo julgador para que se alcançasse a justiça da decisão. Embora o artigo 5º, inciso LV da Constituição da República, não faça referência ao manejo das provas, é evidente que esta





temática se insere no núcleo fundamental desta garantia, justamente porque se constitui em elemento não apenas do processo, mas do direito que se almeja satisfazer.<sup>5</sup>

Inspirado por um modelo cooperativo de processo, a disciplina da prova contemplada pelo CPC/2015 inaugura um polo metodológico diverso, dispondo-se já no artigo 369 que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais para provar a verdade dos fatos e influir eficazmente na convicção do juiz. Esse dispositivo tem o mérito de assentar duas premissas elementares nesta nova fase metodológica<sup>6</sup>, (i) a de que a prova é agora categoria processual que tem a parte também como destinatária direta, e que (ii) a sentença há de ser compreendida como um amálgama da atuação das partes em conjunto com o juiz<sup>7</sup>, em ambiente dialógico no qual deve imperar um contraditório efetivo.

Fica claro, a partir dessas considerações, que o caráter lógico da sentença, se não completamente abandonado, cede espaço agora a um componente argumentativo, mediante o qual a decisão passa a ser fruto de um debate real e direto entre os sujeitos do processo<sup>8</sup>, compelindo-se ao julgador o dever de se pronunciar a respeito de tudo aquilo que pode servir de apoio à decisão da causa.<sup>9</sup> Mais que isso, essa nova visão do processo segundo o viés cooperativo registra igualmente uma alteração do papel e da função da prova no processo, que se vincula diretamente às diversas concepções e aos objetivos que assumem em dimensão judicial, como bem pontua Mirjan Damaska.<sup>10</sup>

Não tem o processo, certamente, o propósito exclusivo de estabelecer a verdade sobre fatos, assertiva esta que, lida isoladamente, poderia causar algum espanto se se considerar que, em um Estado de Direito, uma boa solução só é obtida por uma decisão legítima, mediante procedimento na base do qual emerja o objetivo de obter-se a verdade.<sup>11</sup> O Código também não se satisfaz com um modelo de prova cuja função seja a mera administração da justiça. Segundo esse padrão hermenêutico, duramente criticado por Owen Fiss, por compreender que a missão

<sup>5</sup> “Las pruebas son así un instrumento elemental no tanto del proceso como del derecho, y no tanto del proceso de conocimiento como del proceso en general: Sin ellas, en el noventa y nueve por ciento de las veces, el derecho no podría alcanzar su finalidad.” ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Aguilar, 1981, p. 14.

<sup>6</sup> JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolhas e fases metodológicas do processo*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 139-182.

<sup>7</sup> Segundo lição clássica de Carnelutti, “es un hecho que las partes no son juzgadas si no ayudan a juzgar.” CARNELUTTI, Francisco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971, p. 104.

<sup>8</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 509.

<sup>9</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 145.

<sup>10</sup> DAMASKA, Mirjan. *Evidence law adrift*. New Haven/London: Yale University Press, 1997, p. 120.

<sup>11</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22.





da jurisdição é a concretização de valores materialmente constitucionais<sup>12</sup>, o objetivo do processo se reduziria a garantir a resolução do conflito, e embora a verdade dos fatos possa ser útil, ela não passaria de um subproduto ou efeito colateral que não constitui uma meta do processo.

A bem ver, como oportunamente registra Michele Taruffo, uma boa maneira de harmonizar essas perspectivas divergentes implica em reconhecer que, embora a verdade não se traduza em um objetivo final autossuficiente, tampouco há de ser vista como um efeito secundário do processo, mas antes uma condição necessária para uma decisão precisa, legítima e justa.<sup>13</sup> Embora não se negue, contrariamente ao que defende parcela significativa da doutrina, que a busca da verdade de uma proposição de fato em juízo constitua uma tarefa factível, é fato que, em nome de outros valores igualmente relevantes, limitações procedimentais e de outras naturezas podem justificar o seu abandono. Assim ressalta, com acerto, Jordi Ferrer Beltran:

Alguém que pretenda adotar uma noção geral de prova para explicar a noção de prova judicial [...] deverá, necessariamente, levar em conta as especificidades que o direito e o processo impõem à noção de prova, uma vez que esses configuram o marco em que ela se desenvolve. Em particular, pode-se considerar que essas especificidades provêm principalmente de três tipos de limitações que não existem em outros âmbitos da experiência, como as ciências. Tais limitações são, em primeiro lugar, as que o próprio processo judicial impõe como tal; em segundo lugar, aquelas impostas pelo instituto da coisa julgada e, por fim, as impostas pelas regras sobre prova. O primeiro tipo de limitação tem relação com o marco em que se desenvolve a atividade probatória, no qual o juiz ou tribunal, posteriormente, terá que decidir sobre os fatos provados. Esse marco, representado pelo processo judicial, impõe certos limites e peculiaridades à prova, independentemente das regras específicas que cada ordenamento estabelece sobre ela. Em particular, tem especial importância o fato de que a atividade probatória deve se circunscrever em um lapso temporal determinado e que, finalizada essa atividade probatória, o juiz tem que decidir sobre os fatos do caso, ao quais será aplicado o direito.<sup>14</sup>

Seja como for, é incontestável a compreensão de que, doravante, a temática da prova atribui às partes um autêntico ônus que vai além da singela ação de alegar e provar no processo. A prova, consoante a função que lhe atribui agora o CPC vigente, assume importância sob o ângulo extraprocessual como *ratio* persuasiva própria, sobretudo quando desvinculada de uma pretensão já judicializada. É disso que falam, precisamente, os incisos II e III, do artigo 381 do CPC, perceptíveis como instrumentos de auxílio à verificação de chances em uma futura e eventual demanda judicial. A presença de dispositivos desta natureza denuncia a simpatia do

<sup>12</sup> FISS, Owen. *The law as it could be*. New York/London: NYU Press, 2003, p. 24-55.

<sup>13</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 22.

<sup>14</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 60-61.





legislador agora, para além de um viés “correspondentista” que permanece firme, à figura da verdade enquanto “coerência”, algo que se situa muito mais no plano da epistemologia do que propriamente no da ontologia processual. É que não obstante os fatos possuam uma dimensão empírica<sup>15</sup>, é extremamente raro que um fato bruto, desvinculado de um algum predicado jurídico, assuma preponderância no processo. Assim, antes que propriamente fatos, o que carece de provas no processo são enunciados fáticos já incorporados e enriquecidos juridicamente, desvinculados, portanto, de uma natureza unicamente empírica.

#### Segundo Taruffo:

Uma importante observação merece ser feita aqui sobre os “fatos” e sobre a maneira como esses se determinam. Em verdade, os fatos não se incorporam nos procedimentos judiciais na sua realidade empírica ou material: em geral esses já ocorreram e, assim, pertencem ao passado. Em consequência, salvo alguns elementos de prova circunstancial, os fatos não podem ser percebidos pelo juiz: esses devem ser reconstituídos pelo julgador com base na prova disponível. Fatos, então, são tomados em consideração de uma forma muito peculiar, isto é, na forma de enunciados acerca do que ocorreu faticamente.<sup>16</sup>

A qualificação jurídica abstrata que se atribui a um determinado fato pelo direito tem servido de auxílio à constituição de teses equivocadas a respeito da função da atividade probatória no processo. E isso ocorre porque, quando se deduz uma alegação de fato no processo, essa atividade encontra-se preordenada, de ordinário, ao atingimento de uma determinada finalidade que o sistema jurídico compreende como apta a produzir determinado efeito jurídico. Para Jordi Ferrer Beltran, denomina-se essa acepção do fenômeno probatório de “força de um enunciado”, que diz respeito menos ao que se compreende quando se aduz provada uma determinada alegação, e mais às consequências que decorrem de tal proclamação.<sup>17</sup>

Teorias de feições constitutivas e normativistas, com singularidades próprias, é verdade, coincidiriam na circunstância de que as decisões que declaram provados fatos desempenhariam uma tarefa parecida àquela em que o juiz realiza quando não encontra no ordenamento jurídico uma norma que se encaixa com perfeição ao caso particular que lhe é colocado a julgamento. Impossibilitado de isentar-se do julgamento, caber-lhe-ia neste caso “produzir” a norma a partir de cláusulas alternativas que o próprio sistema, ciente de sua fragmentariedade, colocaria à sua disposição como um meio apto a propiciar a própria resolução da controvérsia. Também assim

<sup>15</sup> SEARLE, John. *Mind, language and society: philosophy in the real world*. New York: Basic Books, 1998, p. 5-12.

<sup>16</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19.

<sup>17</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 21-22.







agiria o juiz quando, frustrada a tentativa de obter-se a certeza quanto à ocorrência ou inoocorrência do fato, houvesse de socorrer-se de um componente criativo, certamente limitado, para tomar como certas ou incertas circunstâncias fáticas que apenas a ficção poderia apoiar.

Em termos explícitos, Alejandro Nieto assevera que:

o juiz deve decidir sempre; e, assim como se ele não encontra uma lei adequada ele mesmo a cria (sem esperar que o Parlamento o faça), se não consegue apurar com certeza os fatos, os inventa, já que é o único modo de chegar à decisão. Dito de outra forma, o ato de identificar os fatos não é, em sentido processual, algo declaratório, mas sim constitutivo, ou mais precisamente, uma ‘declaração constitutiva para efeitos processuais’.<sup>18</sup>

Sedutoras em um primeiro momento, teorias desta natureza padecem do erro elementar de considerar o raciocínio judicial, em sua integralidade, como uma atividade puramente normativa. A se tomar por pressuposta a ideia de que apenas a conclusão do raciocínio judicial é normativa, ou quando muito uma de suas premissas, não se antevê qualquer incongruência em indicar uma feição empírica aos elementos fáticos do processo, e ao mesmo tempo admitir que o juiz possa se equivocar quanto ao juízo daquilo que houvera estabelecido na decisão.<sup>19</sup>

Repita-se, uma vez mais, uma obviedade: nem todo fato que compõe uma alegação fática que aporta ao processo está necessariamente vinculado a um “conceito institucional.”<sup>20</sup> A morte, pretérita à condenação por homicídio, e o ingresso em um determinado imóvel anteriormente ao reconhecimento do esbulho possessório, por exemplo, não importam apenas porque assim qualificados juridicamente em uma dada decisão, mas pelo suporte empírico que podem determinar à adequada apreciação das alegações de fato a subsidiar uma decisão justa. Ver-se-á a seguir que esse modo de enxergar o fenômeno probatório, particularmente de sua variante empírica, pressupõe afirmar a ocorrência do fato em relação a uma realidade externa ao processo, e não, por exemplo, que o juiz o levou em consideração como uma premissa elementar para afirmar que um fato foi provado.

Se a função da atividade probatória desenvolvida pelo juízo não deve ser inspirada pelo ideal de obter-se a verdade, a questão relacionada ao controle do raciocínio judicial carece de sentido, na medida em que ninguém poderia afirmar ter o julgador se equivocado por ter adotado, dentre as várias opções possíveis e razoáveis, aquela que lhe parecera verossímil em relação aos fatos da causa. No cerne desse pensamento está imanente a compreensão de que a

<sup>18</sup> NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 248-249.

<sup>19</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 26.

<sup>20</sup> Ibid.





verdade empírica de um fato não é alcançável em âmbito jurídico, dentro do qual demonstrar a veracidade de uma alegação fática significa fixá-los formalmente mediante “procedimentos específicos.”<sup>21</sup> Quem atua no foro sabe perfeitamente que, não raras vezes, depara-se o juiz com duas ou até mais versões absolutamente satisfatórias em relação à atividade probatória que se desenvolveu no processo, mas isso não quer dizer que qualquer delas seja legítima a estear uma decisão materialmente justa.

Em suma até este ponto, é possível apontar algumas razões que explicam o fenômeno atual que prega este desinteresse pela verdade que a moderna processualista vem cultivando com grande eficiência: (i) a confusão que se costuma incorrer entre atividade probatória e resultado probatório, (ii) a ampliação indevida do próprio conceito de alegação fática a ser provada no contexto do processo, e (iii) a incorreta suposição de que regras jurídicas tornariam inviável a obtenção da verdade no âmbito jurídico.

### 3 A RELAÇÃO ENTRE PROVA E VERDADE

Afirmar que a prova assume uma dimensão fundamental no processo representa muito pouco se não se puder definir, com argumentos racionalmente verificáveis, que admitem em relação às alegações fáticas desenvolvidas pelas partes. Sob ângulo diverso, é possível vincular a resposta a tal questionamento aos próprios fins que o Estado consagra ao julgar os conflitos de interesses por intermédio do processo. Se se tem por pressuposta a compreensão de que o Estado deve apreciar com justiça e juridicidade os casos que lhe são colocados a exame, é evidente que uma valoração apropriada dos fatos não pode ser compreendida com um subproduto, algo que embora útil e até desejável, assuma importância meramente lateral.<sup>22</sup>

Mas a questão da justiça das decisões no contexto do processo assume caráter substancialmente relativo, conforme a ideologia subjacente a cada sistema. Não por acaso, na ideologia liberal clássica, o processo intenta-se como um meio de resolução de conflitos, através do qual hão de ser resguardados ideais propalados como superiores, como segurança jurídica e paz social.<sup>23</sup> Deste modo, se a questão da justiça das decisões não é, evidentemente, um atributo a ser relegado, por certo outros fins poderiam justificar certos “equivocos judiciários”, se ao

<sup>21</sup> CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. 2ª ed. Roma: Ateneo, 1947, p. 55.

<sup>22</sup> No sentido do texto, FISS, Owen. *The law as it could be*. New York/London: NYU Press, 2003, p. 30.

<sup>23</sup> DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven-London: Yale University Press, 1986, p. 104.







menos restassem preservados os pilares fundamentais da economia de mercado, como a previsibilidade das decisões e a celeridade quanto à resolução definitiva dos litígios.

O processo, nessa perspectiva, não passaria de uma disputa entre particulares, com vistas à eliminação do conflito, que em quase nada se distanciaria de qualquer outro método resolutivo, por mais heterodoxo que fosse, se acatada ao menos a reverência quanto à estrita observância do procedimento<sup>24</sup>, exatamente como narrado por François Rabelais no conto em que o juiz Bridoye procura justificar racionalmente a sorte dos dados que utilizava para julgar seus casos, tida por *muito boa, honesta, útil e necessária à solução dos processos e dissensões*.<sup>25</sup> Relegada a qualidade das decisões a segundo plano, e erigido o *fair procedure* como a pedra de toque de aceitabilidade social de uma decisão<sup>26</sup>, a função da prova, destinada a estabelecer a verdade dos fatos em juízo, perde sentido, passando a ser encarada (a função da prova) como um meio de que as partes dispõem para a defesa de seus próprios interesses.<sup>27</sup>

Uma perspectiva essencialmente litúrgica de processo não se interessa pela verdade dos fatos, sendo o caráter epistemológico das provas inserido em uma representação simbólica que reflete um caráter supostamente dialético da disputa das partes em contraditório.<sup>28</sup> Dentre vários argumentos que se levantam em favor desta ideia de processo e, particularmente, de prova dos fatos em juízo, sobleva o argumento de que a justiça material é uma realidade etérea, incapaz de ser determinada valorativamente. A aferição da legitimidade da decisão em função do respeito ao procedimento, ao contrário, constituiria um critério válido, justamente porque passível de estabelecer consensos em torno de premissas objetivamente aferíveis.

Se essa intelecção não é totalmente falsa, por certo padece de um vício de origem. Como acentua Michele Taruffo, a conveniência em torno da eleição de uma “justiça procedimental” não elimina a possibilidade de elaboração de conceitos de justiça substancial amparados nas dimensões fáticas e jurídicas das controvérsias singulares.<sup>29</sup> A modificação do centro gravitacional do processo para a legitimação do procedimento contém uma premissa claramente equivocada: a de que não seria viável a conjugação entre procedimento legítimo e decisão

<sup>24</sup> É possível perceber que implícita a essa compreensão estão presentes as teorias que legitimam as decisões judiciais por aquilo que se nomina de *Procedural Justice*, contexto no qual a justiça é aferida não pelo seu aspecto material, mas pela obediência às regras do jogo. Esse modo de perscrutar a justiça da decisão é vista, por exemplo, em RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 85.

<sup>25</sup> RABELAIS, François. *Gargântua e Pantagruel*. São Paulo: Editora 34, 2020, p. 577.

<sup>26</sup> TYLER, Tom R.; LIND, E. Allan. Procedural justice. In: SANDERS, Joseph; HAMILTON, V. Lee (Ed.). *Handbook of justice research in law*. New York: Kluwer Academic, 2001.

<sup>27</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21.

<sup>28</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 127.

<sup>29</sup> Ibid., p. 130.





materialmente justa. Ninguém em sã consciência, é certo, poderia afirmar que uma decisão justa pudesse desprezar um procedimento dentro do qual fossem observadas “as regras do jogo.”

As dimensões desse ensaio não permitem que se estenda demasiadamente o tema, mas todas as linhas que já se escreveram nos últimos tempos sobre o direito das partes no processo, sobre as influências do direito material sobre o procedimento e sobre a eficiência da jurisdição assumida no Estado Constitucional são a prova viva da importância que a temática avocou no último quarto de século, pelo menos. Mas este não é, por óbvio, o único critério que se arroga como fator legitimador da jurisdição. Certamente, não é possível que se enxergue o processo como um puro negócio das partes, infenso a valores transcendentais que o Estado tem o dever de vigiar<sup>30</sup>, como a pretensão de verdade sobre aquilo que as partes alegam no processo. Fosse viável atribuir caracteres antropomórficos à epistemologia, não seria nenhum absurdo advogar a compreensão de que “a verdade tenha lado”, pois sendo uma realidade ontológica objetiva, careceria de sentido dizer que ela necessitaria de adeptos.<sup>31</sup> Além, portanto, de epistemologicamente inidônea, a compreensão em torno de uma “verdade negociada” não se afeiçoa aos propósitos do Estado Constitucional de Direito, cujas promessas atinam, naquilo que é pertinente à jurisdição, à entrega de resultados materialmente justos.<sup>32</sup>

Sendo de todo inapropriada a eleição de apenas um critério a qualificar como justa uma determinada decisão judicial, Michele Taruffo enfatiza que, ao lado de um procedimento válido, a justiça de uma decisão pressuporia ainda (i) adequada análise quanto à interpretação das regras jurídicas e, sobretudo, (ii) uma apuração pertinente sobre os fatos relevantes do caso concreto.<sup>33</sup> Evidentemente, essa problemática não chega ao processo em termos tão explícitos, a ponto de se reconhecer, com toda a franqueza, que há um completo desprezo pela investigação de como

<sup>30</sup> É por isso que compreendemos ser no mínimo perigosa a euforia que se criou em torno dos negócios jurídicos processuais, como se a convenção em torno de uma determinada alegação fática pudesse vincular o juiz a admitir falso algo que se sabe verdadeiro, ou verdadeiro aquilo de que tem ciência ser ilusório. Neste sentido, TARUFFO, Michele. Verità negoziata? Accordi di parte e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2008, v. 11, p. 69-98. Para nós, o centro da discussão envolvendo a ampla utilização dos negócios jurídicos envolvendo matéria probatória perpassa por debelar a indevida confusão que se costuma incorrer entre a ideia de prova enquanto realidade ontológica e a função que ela pode, contingencialmente, assumir no processo. Assim, afigura-se inócua a tentativa das partes, por exemplo, de limitar os poderes probatórios do juiz, na medida em que em relação a ele a natureza pública do processo. No sentido do texto, embora compreendendo que o objetivo do processo não seja a descoberta da verdade, BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 25).

<sup>31</sup> GOLDMAN, Alvim. *Knowledge in a social world*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 12.

<sup>32</sup> RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de uma interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fática. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William (Coord.). *Direito Probatório*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 45.

<sup>33</sup> TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In TARUFFO, Michelle (Ed.). *Sui confini – scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p.224.





os fatos objetivamente se passaram previamente ao processo. Mesmo para as teorias mais céticas, a impossibilidade de se alcançar a verdade em sua objetividade é vista a partir de ponto de chegada, e não de um plano a partir do qual devem ser colhidas e valoradas as provas. Mesmo para quem supõe ser a verdade um resultado inalcançável no processo, precisamente em função do contexto bastante peculiar no qual são colhidas e avaliadas as provas, certamente soaria incoerente admitir que a atividade investigativa existente dentro de uma disputa judicial visasse a perquirir uma artificialidade, algo completamente destoante daquilo que, no subconsciente coletivo, se exprime com toda energia.

Quem se apresenta a uma disputa judicial, imbuído que esteja ao menos de propósitos argumentativos em relação à prova, anima-se por ideais demonstrativos quanto ao menos para argumentar que suas versões assumem alguma relevância para o direito. E assim sucede, convém ressaltar, porque a ciência processual muito raramente se interessa pelos fatos em sua feição bruta, indeterminados e independentes de qualquer base normativa.<sup>34</sup> Deste modo, é próprio verificar que a incredulidade que se projeta em favor de teorias narrativistas não se estabelece propriamente sobre os fatos, mas sobre a juridicidade que a eles se liga e que se qualifica, igualmente, como elemento indispensável à construção da norma jurídica individual, muito comumente confundida como a própria questão de direito debatida.

Michele Taruffo observa, com muita propriedade, que a repulsa ao estabelecimento da verdade em juízo deriva, em grande medida, da indefinição a respeito do próprio conceito de fato, que no contexto de uma decisão judicial, não pode estar desvinculada da norma jurídica utilizada como critério para a decisão.<sup>35</sup> Fatos naturais como a morte, o nascimento e outros tantos também já previamente qualificados normativamente não podem ter sua existência ou inexistência questionadas ontologicamente, ainda que sobre o contrário haja se estabelecido um consenso pretensamente constitutivo<sup>36</sup>, pois a ele se oporia com toda força o componente axiológico do processo. Mas é preciso que se defina, a fim de se evitar confusões acerca do papel teleológico da prova, sobre que base deve se estabelecer a atividade probatória no processo, particularmente porque neste contexto carecem de alguma conformação cognitivista não apenas os fatos definidos descritivamente como também fatos definidos valorativamente.<sup>37</sup> Se quanto a ambos pode-se afirmar que os conceitos de veracidade e falsidade se estabelecem

<sup>34</sup> MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*. Boston/London/Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1986, p. 21.

<sup>35</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16.

<sup>36</sup> RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 27-28.

<sup>37</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Meaning and truth in judicial decision*. Helsinki: A-Tieto Ou, 1983, p. 108.





com uma base empírica por um canal relacional de matiz linguística<sup>38</sup>, é certo que o papel que ela desempenha em relação a cada espécie de fato é diverso. Ver-se-á no capítulo seguinte que as críticas que se projetam sobre relação existente entre prova e verdade – e mais propriamente sobre a teleologia da prova – decorre em boa medida de uma deficiente compreensão sobre a natureza do suporte fático que garante a demanda judicial.

#### 4 A FUNÇÃO DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Seguindo uma tradição consagrada em nosso sistema codificado, o CPC/2015 confessa em seu artigo 369 que a função da prova guarda relação com a veracidade dos fatos alegados pelas partes para municiar o pedido e a defesa. Neste particular, não se constata diferenças de maior vulto em relação ao diploma de 1973, cujo artigo 332 continha redação bastante semelhante, embora silenciase quanto ao propósito persuasivo que agora ganha contornos expressos. Com estrutura diversa, o CPC de 1939, por seu turno, não continha regra de formato semelhante, conquanto se pudesse intuir que o propósito do legislador, ao mencionar o termo “verídico” para a hipótese de admissão por não impugnação específica dos fatos alegados por uma das partes, fosse precisamente o mesmo.

Vale a pena que se chame a atenção, antes de qualquer coisa, para o fato de o CPC/2015 insistir na fórmula, já de longa data superada, de que o objeto da atividade probatória desempenhada no processo há de recair sobre fatos. Essa é uma inconsistência verdadeiramente comum e recorrente, e embora não assuma a importância capital que alguma parcela da doutrina proclame<sup>39</sup>, convém que se deixe o caminho aberto para a adoção de termos conceitualmente idôneos. Uma vez que, no plano ontológico, os fatos assumem um componente temporal pretérito, seria impossível transportá-los ao processo a fim de que o juiz, por suas percepções sensoriais, pudesse apreendê-los. O que aporta aos autos do processo, e nessa medida assume importância capital, são proposições fáticas havidas por verdadeiras ou falsas segundo correspondência àquilo que ocorre na realidade.

Como pondera Michele Taruffo:

Quando se fala da verdade de um fato, na realidade fala-se da verdade de um enunciado acerca desse fato. Por conseguinte, o que se prova ou se demonstra no

<sup>38</sup>Segundo a teoria semântica cunhada por Tarski, a verdade é definida em termos da relação semântica de satisfação, uma relação entre sentenças abertas e objetos não-lingüísticos. HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p. 143.

<sup>39</sup>Como, por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 117-118.





processo judicial é a veracidade ou falsidade dos enunciados acerca dos fatos em litúgio.<sup>40</sup>

Em outros termos, o que importa ao juiz é verificar se a narrativa judicial assumida pelos litigantes equivale aos fatos em sua concepção empírica. Em absoluto, não se pretende com essa definição parcial sobre o objeto da prova afirmar que o seu destinatário seja exclusivamente o juiz, mas é preciso esclarecer que, na contingência do processo, os objetivos dos sujeitos parciais tangenciam muitas vezes sentidos diferentes que nem sempre atinam com o ideal de verdade. Dentre os vários limites processuais que se levantam a justificar uma suposta impossibilidade de se descobrir a verdade no processo está sempre em evidência a contingente circunstância de as partes pretenderem realizar a reconstrução judicial dos fatos segundo seus particulares interesses, algo que sobrevive, ainda que potencialmente, aos mais enérgicos sistemas inquisitoriais.<sup>41</sup>

Estabelecido esse primeiro acordo quando ao objeto da prova, é relevante pontuar também que a redação do artigo 369 do CPC/2015 parece indicar uma contraposição de sentidos. Em síntese, para quem pensa dessa maneira, incorreu em dubiedade o legislador ao indicar ora a verdade, ora a formação da convicção do juiz como função essencial aos meios de provas, sobretudo porque tais funções, por trilharem premissas filosóficas próprias, não se revelariam compatíveis. Desse modo, ou a prova judiciária se preordenaria à busca da verdade em sua matriz empírica, ou se admitiria que, em bases realistas, a prova serve em verdade para a formação da convicção do juiz. Na Europa, há algum tempo, tem prevalecido com relativa tranquilidade essa segunda vertente, cujos adeptos mais entusiasmados chegam, inclusive, a propagar a necessidade de renúncia à busca da verdade.<sup>42</sup> No Brasil há uma tendência

<sup>40</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 19. Em sentido similar, também Marina Gascón Abellán adverte “*que los enunciados sean ‘fácticos’ significa que son una descripción de los hechos acaecidos; es decir, que el juicio de hecho tiene naturaleza descriptiva.*” ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 52.

<sup>41</sup> CHIARLONI, Sergio. *Processo civile e verità. Questione giustizia*, n.º 3, 1987, p. 510.

<sup>42</sup> Assim pensa, por exemplo, Juan Monero Aroca: “*La necesidad de renunciar a la búsqueda de la verdad se descubre simplemente teniendo en cuenta algo que es consustancial con el proceso civil: a) Los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen para el juez, que no puede salir a la búsqueda de los mismos. b) Los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia. c) Respecto de los hechos controvertidos debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora [...].*” AROCA, Juan Monero. *Nociones generales sobre la prueba (entre el mil y la realidad). Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 7 – La Prueba, 2000, p. 24. Essa concepção da função da prova judicial reflete fidedignamente algo que na filosofia moderna tem sido chamado de “desconstrutivismo niilista”, que tem em Richard Rorty um de seus mais destacados expoentes. Segundo esse filósofo, independentemente do contexto que se analise, falar em verdade é algo absolutamente sem sentido. RORTY, Richard. *Truth and progress*. Philosophical papers. v. 3. Cambridge/Massachusetts: Cambridge University Press, 1998.







claramente crescente em favor dessa orientação<sup>43</sup>, ainda que em termos legislativos se possa enxergar, paradoxalmente, uma tentativa de limitar o que se convencionou chamar de “livre convencimento judicial.”<sup>44</sup>

Chega a ser curioso perceber, a partir desta tentativa de tomada de posição, que quem defende uma função de prova vocacio[[nada à formação da convicção do juiz, parte do pressuposto exatamente igual àquele defendido pela corrente que erige a verdade como a meta da prova em juízo: evitar que a valoração judicial da prova se degenere em um ato de puro arbítrio, impossível, por conseguinte, de ser controlado racionalmente.<sup>45</sup> Ora, se duas correntes visam ao mesmo fim por caminhos exatamente opostos – e se ambas propõem um exclusivismo quanto ao enfrentamento deste problema –, convém que se dedique alguma atenção à tentativa de demonstrar em que ponto do pensamento de cada uma delas reside algum equívoco.

Para nós está absolutamente claro que ambos os propósitos, verdade e convencimento, não apresentam qualquer ponto de colisão, justamente porque visam a atender propósitos diversos dentro da atividade probatória que se desenvolve no processo. Chega a ser um truísmo reconhecer que, no exercício do raciocínio a respeito da comprovação de um enunciado probatório, pode o juiz, por exemplo, se equivocar ao ter por provada uma consideração fática quando, empiricamente, o fato correspondente não ocorreu. Também o oposto é verdadeiro, além, evidentemente, da consideração, de todo controlável, de que o magistrado pode

<sup>43</sup> Assim, por exemplo, Cássio Scarpinella Bueno: “‘Prova’ é palavra que deve ser compreendida para os fins que aqui interessam como tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir acerca da existência, a extensão e as consequências dos fatos que lhe são narrados desde a petição inicial e que dão substrato à incidência de normas jurídicas.” BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2. v. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Versão on-line.

<sup>44</sup> Lênio Luiz Streck, quiçá um dos mais entusiasmados neste sentido, chegou a pronunciar ao referir-se ao novel artigo 371: “[o] Juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente dos sujeitos que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. Uma olhada atenta nos dirá que o dispositivo é praticamente igual ao art. 131 do CPC derogado, com um sutil diferença. O art. 131 dizia que o ‘juiz apreciará livremente a prova’. Foi expungida a expressão ‘livremente’, colocando uma pá de cal sobre o assim denominado ‘princípio do livre convencimento’, que, na realidade, jamais foi um princípio.” STRECK, Lênio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William (Coord.). *Direito Probatório*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 116.

<sup>45</sup> Uma crítica ao chamado modelo subjetivo, justamente por ausência de elementos de controle de racionalidade do raciocínio judicial, pode ser lida em RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de uma interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fática. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William (Coord.). *Direito Probatório*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 122-125). De outro lado, pela mesma razão acima, uma crítica ao modelo objetivo pode ser vista em SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e fundamentação das decisões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 250, dez. 2015.







considerar não haver elementos probatórios suficientes para considerar provada ou não provada uma determinada alegação quando, de fato, há elementos para infirmar essa declaração.<sup>46</sup>

Admitir a possibilidade de falha pelo juiz no exercício da atividade probatória não implica afirmar que no contexto do processo seja objetivamente impossível obter-se a verdade (em concepção correspondentista) de uma proposição fática, tampouco que isso seja suficiente a admitir que o juiz não tenha a liberdade de formar seu convencimento, particularmente a partir daquele material probatório que resulta de um efetivo contraditório.

Começemos por este último ponto, justamente porque os desacordos quanto às suas premissas básicas parecem decorrer, em boa medida, de desavenças linguísticas.

Em primeiro lugar, de fato, há boas razões para se admitir como válidos os ideais que propugnam por um maior rigor no trabalho judicial de valoração da “*quaestio facti*.” Se não há razões para questionar-lhe o ponto de vista, tem razão Perfecto Andrés Ibáñez quando aduz que “*é na reconstrução ou elaboração dos fatos onde o juiz é mais soberano; mais dificilmente controlável, e onde, portanto, pode ser – como foi e em não poucas ocasiões segue sendo – mais arbitrário.*”<sup>47</sup>

Como se tem no trabalho defendido, não há como se garantir a justiça de uma decisão quando aquilo que se alega a respeito do suporte fático da causa sabe-se de antemão tratar-se de uma ficção jurídica. Se essa é uma contingência do processo de matriz constitucional, e se por outro lado não de ser previstos mecanismos de controle do raciocínio judicial sobre alegações fáticas, como conciliar esses valores?

É preciso que se diga, primeiramente, que os sistemas de livre valoração da prova pelo juiz sempre estiveram em contraposição àqueles em que viceja um grande número de regras

<sup>46</sup> Admitir a verdade de uma proposição sob o prisma empírico significa aceitar a existência e a eficiência dos mecanismos epistemológicos atualmente existentes no momento de um julgamento a seu respeito. Do contrário, a depender de instrumentos futuros que viessem a justificar sempre com maior precisão o estabelecimento da verdade, como que numa dialética infinita, restaria inviável a reunião de condições necessárias à tomada de qualquer decisão, por mais elementar que fosse. Assentir com a existência de algo pressupõe a superação da ideia de que deva existir sempre um mecanismo epistemológico idôneo de sua identificação. Em síntese, um ser pode ter existência própria, independentemente das condições necessárias à sua cognição. Neste sentido, pondera Michele Taruffo: “*Aceito aqui uma tese ontologicamente muito faticosa, mais dificilmente evitável, segundo a qual é a realidade de que se fala que faz verdadeiro ou falso aquilo que se diz desta; isto vale ainda nas hipóteses em que não seja possível verificar aqui e agora, se aquilo que se diz de um evento real seja verdadeiro ou falso. Essencialmente, um enunciado é verdadeiro ainda se a sua veracidade não é por hora aceitável, ou é falso mesmo se sua falsidade ainda não foi demonstrada. Existem, portanto, verdades que vão além do conhecimento existente, em um certo momento e em um certo lugar, na mente de um sujeito determinado. Em outros termos, a veracidade de um enunciado não depende do fato de que aqui e agora esta possa ser demonstrada.*” TARUFFO, Michele. Verdade negociada? In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Vol XIII, n.º 13, 2014, p. 635-636).

<sup>47</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Sobre a motivação dos fatos na sentença penal*. Valoração da prova e sentença penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 67.





que preordenam o valor e a suficiência de determinado meio de prova.<sup>48</sup> Se esse é o sentido que se indica suficiente a combater o arbítrio judicial quanto ao aspecto fático da causa, definitivamente não há razão alguma para se concluir tenha havido a supressão da liberdade do juiz, particularmente porque esse tipo de restrição, com justiça, está em franca decadência.

Sem embargo, se o intuito da supressão do advérbio “livremente” que havia no Código revogado foi de algum modo determinar algum critério racional de justificação quanto aos elementos de fato pelo juiz, os bons propósitos logram atingir outro propósito que não a inauguração de um novo sistema de prova legal.<sup>49</sup> Como bem acentua Gustavo Badaró

se os juízes têm feito um mau uso do seu “livre convencimento”, o remédio não será eliminar esse princípio de valoração livre, mas estabelecer e aplicar mecanismos racionais e procedimentais que possam assegurar um bom uso da discricionariedade [...].<sup>50</sup>

Demais disso, mesmo em um sistema processual infenso à tarifação legal, não se pode admitir que o juiz não esteja vinculado a limitações impostas por regras gerais de racionalidade e de lógica que permitem averiguar, com segurança, a veracidade de enunciados probatórios fáticos.<sup>51</sup>

Se há boas razões para se crer que o sistema do livre convencimento continua de pé, não há motivos para admitir, por óbvio, que apenas o convencimento do juiz importa, e que esse seja o mote exclusivo da prova. Fosse isso verdadeiro, por certo, maiores formas de controle da atividade judicial afiguram-se-iam não apenas inócuas, como impertinentes, na medida em que importaria efetivamente a constituição de um estado mental por parte do juiz.

Imaginar a prova no contexto do processo não se traduz em um fenômeno estático, e constitui um erro grave supor que a função da prova deva estar ligada tão somente ao momento de sua valoração pelo juiz, onde aí sim o componente cognitivo assume maior relevância. É preciso que se reafirme com ênfase que essa temática assume importância capital.

<sup>48</sup> Neste sentido, SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Buenos Aires: EJE, 1979, p. 23. No Brasil, convém citar ainda GAJARDONI, Fernando. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William (Coords.). *Direito Probatório*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 232.

<sup>49</sup> Com razão, neste aspecto, Fernando da Fonseca Gajardoni: “[a] boa previsão legal de standards mínimos de motivação no CPC/2015 (art. 489, §1º) não afeta a liberdade que o juiz tem para valorar a prova. Autonomia na valoração da prova e necessidade de adequada motivação são elementos distintos e presentes tanto no CPC/1973 quanto no CPC/2015. A regra do art. 489, § 1º, CPC/2015, trata do 2º elemento (motivação), e não do 1º (liberdade na valoração da prova).” GAJARDONI, Fernando. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William (Coords.). *Direito Probatório*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 232).

<sup>50</sup> BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book, RB-2.1.

<sup>51</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 47.





A compreensão de que é a exclusiva convicção do juiz que dirige os fins da prova no processo implica em uma concepção autoritária, justamente porque isso poderia inverter a ordem do próprio raciocínio judicial. Se o juiz inadmite uma prova ou cessa com a sua produção porque isso não laboraria mais para a construção de sua convicção, corre-se o risco real de partir-se de pressuposições psicológicas equivocadas como ponto de partida da própria atividade probatória. Invertida a lógica do pensamento, não seriam os meios de prova os instrumentos epistemológicos a serviço do juiz, mas a sua crença pessoal, que assim condicionaria o que poderia ou não ser objetivo de prova.

Ressalvadas, evidentemente, questões de índole moral que conduzem a ilegalidades quanto aos meios de prova, bem como as contingências espaço-temporais próprias do processo, crenças judiciais não podem mitigar o princípio epistemológico da completude das informações. Em síntese, com as ressalvas acima mencionadas, no processo essa orientação encontra eco no princípio da relevância, a partir do que todas as provas úteis devem ser utilizadas para provar a verdade de uma alegação.

Consoante destaca Michele Taruffo:

um princípio epistêmico bastante óbvio aponta no sentido de que se se trata de apurar a verdade de um enunciado, deve-se poder utilizar de todas as informações úteis a esse escopo [...]. No contexto do processo as regras epistêmicas há pouco lembradas encontram um claro equivalente no *princípio da relevância*, segundo o qual todas as provas potencialmente úteis para a apuração da verdade dos fatos deveriam ser admitidas em juízo. A propósito, observe-se que a relevância de uma prova não é uma questão de grau: uma prova é relevante ou não o é.<sup>52</sup>

A partir disso, fica fácil perceber que o ponto de partida do juiz no processo não pode ser a sua convicção pessoal, que neste estágio embrionário, não vai além de uma crença, cuja formação não admite componentes decisórios.<sup>53</sup>

Insistimos em um ponto já bastante destacado: a busca pela descoberta da verdade é um fim essencial do processo e uma condição necessária (a finalidade de se buscar) para a justiça da decisão<sup>54</sup>, mas a existência de normas “contra epistemológicas”<sup>55</sup> e os diferentes fins

<sup>52</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 167.

<sup>53</sup> Daí a correta percepção de Jordi Beltran Ferrer: A argumentação de Williams sobre o tema [da não voluntariedade da crença] parece especialmente convincente: caso fosse possível decidir ter uma crença, seria possível, então, ter uma crença falsa. Entretanto, não se pode dizer que se possui uma crença falsa e, portanto, não se pode dizer que se possui uma crença”). BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 21-22.

<sup>54</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 160.

<sup>55</sup> Expressão essa que se credits a ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 125).





igualmente importantes que o processo pode perseguir podem representar – e quanto a isso seria um delírio negar – um obstáculo concreto ao seu efetivo alcance. Daí a falar-se, como pretendem os “*veriphobicos*”, que o processo não pode, *a priori*, orientar-se à busca da verdade vai uma distância enorme.<sup>56</sup> Essa última afirmação não pode conduzir a duas conclusões que, a princípio, poderiam parecer-lhe consequência direta e que não comportam maiores desdobramentos: (i) a de que seja impossível, mesmo diante de restrições legais, a descoberta da verdade no processo; (ii) e a de que uma decisão seja inválida ou ilegítima quando se descobre, posteriormente, que seu suporte fático não foi adequadamente avaliado pelo juiz.

Não é correto, por outro lado, afirmar que a convicção do juiz seja algo desprezível no processo.<sup>57</sup> Evidentemente, há uma nova necessidade de composição linguística a respeito do que a “convicção” se diferenciaria de outros estados psicológicos do juiz. De qualquer sorte, parece inquestionável admitir que uma concepção pura de recorte objetivo quanto à valoração da prova não pode ignorar um traço subjetivo, quanto ao menos, para determinar que haja ou não nos autos elementos objetivos que fazem supor correta uma alegação do tipo “está provado que *p*”. Se não se admite essa pressuposição, forçosamente teríamos que reconhecer que o julgamento a respeito da objetividade ou não da valoração da prova haveria de ser realizada por um sujeito ideal, pressuposto e diverso da figura do julgador.

Parece-nos prudente advertir que o receio difundido pelas correntes radicalmente objetivas, a partir disso, decorre muito mais do momento em que a convicção do juiz entra em atividade no processo do que propriamente de sua completa erradicação deste contexto.

Se o discrimine entre “convicção” e outros estados psicológicos se traduza na existência de elementos suficientes de prova no processo – o que para nós afigura-se um critério racional e, portanto, válido para o estabelecimento da verdade – não é necessário que o juiz esteja convencido particularmente de que o seu julgamento a respeito dos fatos seja equivalente ao aspecto empírico do fato enquanto correspondência com o “mundo real.”

Talvez um exemplo possa aclarar o que se pretende argumentar. A partir de um determinado “standard” de prova qualquer, sabe o juiz de um caso hipotético que o grau

<sup>56</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 222.

<sup>57</sup> Por essa razão dever ser vista com alguma reserva a alegação de Vitor de Paula Ramos de que “o convencimento, a crença pessoal do juiz a respeito dos fatos não só deixa de importar, como deve ser deixada de lado, verificando-se o que está realmente provado objetivamente. É necessário, assim, que existam ‘elementos de juízo suficientes a favor da hipótese.’” RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de uma interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fática. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William (Coord.). *Direito Probatório*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 125-126.





objetivo de convicção para o acolhimento do pedido do autor tenha que alcançar “x.” Mesmo acreditando intimamente, a partir dos elementos havidos nos autos, que os fatos ocorreram segundo a narrativa realizada pelo autor, reconhece o juiz que os elementos de prova no processo proporcionam um grau de convencimento apenas do tipo “x-1”, insuficiente, portanto, àquela consequência. Diante deste cenário “objetivo”, julga improcedente a demanda. Poder-se-ia dizer que o juiz, neste caso, julgou o caso desprezando totalmente a sua convicção/crença pessoal? Se a resposta a esta questão fizer alusão ao estado mental do juiz a respeito dos fatos, parece inegável reconhecer que a resposta seja positiva. Agora, se a convicção a que alude a teoria objetiva se vincula ao julgamento que o juiz faz da suficiência da prova para a aplicação da consequência jurídica postulada pelo autor – o que parece ser evidente – seria possível realmente afirmar ter ocorrido um julgamento puramente objetivo? Uma resposta negativa mais que se impõe.

De tudo o que se disse até o momento, pode-se chegar a uma primeira conclusão que parece irrefutável: até o momento em que há de se julgar, deve o juiz colocar-se em um permanente estado de dúvida objetiva<sup>58</sup>, impedindo que pré-compreensões embarquem o aporte de toda a prova relevante ao processo. Se o objetivo da prova é o estabelecimento da verdade das questões fáticas desenvolvidas no processo, a partir da existência de elementos que nele aportam, é possível e necessário ao juiz proceder a um desdobramento de sua convicção, vale dizer, uma que se pode afirmar irracional, assim compreendida porque não amparada – ou não amparada suficientemente – nos elementos constantes dos autos, e portanto imprestável ao julgamento da causa, e outra que, subjetiva quanto ao aspecto da avaliação deste conteúdo, procura extrair dados objetivos da realidade havida no contexto.

O fato de o juiz poder se equivocar quanto à análise desta realidade que se disse acima é mera contingência do fato de que a relação entre prova e verdade, necessária, reitere-se uma vez mais, à justiça da decisão, não assume feição conceitual, mas teleológica.<sup>59</sup> Se as coisas se passam deste modo, não há contradição alguma em afirmar-se que uma proposição possa ser considerada provada e, ao mesmo tempo, revelar-se falsa, desde a ânsia pela verdade acabe por se materializar em descrição fática convertida em premissas do raciocínio decisório.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Parece ser esse o sentido que Michele Taruffo impõe ao falar que “*durante o processo o juízo é suspenso.*” TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 223.

<sup>59</sup> CHIARLONI, Sergio. *Processo civile e verità. Questione giustizia*, n.º 3, 1987, p. 505-506.

<sup>60</sup> SUMMERS, Robert Summers. *Formal legal truth and substantive truth in judicial fact-finding*. In: SUMMER, Robert (Ed.). *Essays in legal theory*. Dordrecht/London/Boston: Kluwer Academic Publishers, 2000, p. 285.





Em função dessa construção que nos parece adequada, tem razão Jordi Ferrer Beltrán quando acentua que o termo “prova” não pode confundir-se como “atividade” e ao mesmo tempo como “resultado.”<sup>61</sup> Enquanto predisposta à primeira acepção, o termo “prova” se preordena teologicamente à busca da verdade, a fim, evidentemente, de que sejam aplicadas as respectivas consequências jurídicas, o que se dá em função dos meios que cada ordenamento, segundo suas respectivas particularidades, condiciona.

Admitida como “resultado”, a prova atina àquela realidade que o juiz há de investigar para avaliar se há condições de incidência das consequências jurídicas postuladas pelas partes. Se se supõem objetivos os “standards” probatórios, explícitos ou decorrentes da lógica, não o é o juízo que o magistrado faz de sua ocorrência. Dada as limitações que suportam pelas mais variadas razões, diz o processualista espanhol, com razão, que a presença do meio não garante a obtenção do fim.<sup>62</sup>

É exatamente neste sentido que deve ser interpretado o artigo 369 do CPC/2015. Ao contrário que do postulam os céticos, não é sem propósito a referência que o novo diploma faz ao ideal de verdade; e longe de constituir uma realidade etérea e de reduzido potencial prático, serve de guia mestre a justificar uma postura democrática do juiz na condução de toda a atividade probatória, certamente em referência a um procedimento em que se dê guarida aos direitos fundamentais processuais.

Quanto à convicção do juiz, para o desapontamento da doutrina objetiva, continua ela ainda mais viva, se não para a estipulação de “standards” probatórios, ao menos para a avaliação de sua suficiência no processo. Felizmente, a era das máquinas judiciárias (ainda) não chegou.

## 5 CONCLUSÃO

A relevância da questão fática no processo – e da prova, por consequência – vem se refletido de maneira proporcionalmente crescente ao interesse que a doutrina mais moderna tem revelado em relação a essa temática. Com algum atraso, pode-se perceber que o estudo dos fatos no processo vem se ombreando à dimensão hermenêutica – que sempre despertou enorme entusiasmo pela pesquisa das normas jurídicas – em boa medida pela afirmação de um sistema de precedentes também nos sistemas de *civil law*.

<sup>61</sup> BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 33-34.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 34.







Uma vez que o controle da atividade judicial quanto aos fatos não poderia mais se compreender nos estreitos limites de normas gerais sobre provas, a questão epistemológica relativa ao raciocínio probatório passou a vincular-se, com ainda mais força, à atividade probante desenvolvida pelas partes no processo, no desiderato de que esse direito fundamental pudesse representar um verdadeiro direito de influência.

No Brasil, sobretudo a partir do CPC/2015, esse propósito ganhou foro expresso, não só como norma exortativa, mas como reflexo direto do manejo pelas partes dos meios de prova admitidos e/ou não vedados pelo sistema inaugurado. O novo diploma adotou uma decisão corajosa; tomou posição explícita pelo ideal da verdade como função da prova, sem ignorar que a atividade judicante se ordena em função de elementos cognitivos a respeito dos elementos de juízo.

A prova enquanto atividade se predica em função da obtenção da verdade, elemento essencial a uma decisão justa, mas como resultado não pode superar, por vezes, as limitações que não apenas o processo, mas o próprio direito material, de modo inexorável singra àquele propósito. Longe, portanto, de reconhecer como um contexto infenso à verdade, o CPC/2015 é pragmático ao admitir o que ninguém pode realmente refutar: que o processo não apenas pode, mas deve em alguns casos favorecer outros valores em detrimento à verdade. Verdade e convencimento, deste modo, longe de configurarem uma colisão, traduzir-se-iam em um amálgama que constitui um ganho de coeficiente democrático. E é bom para o processo que seja assim.

## REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

ABEL LLUCH, Xavier. *La valoración de la prueba en el proceso civil*. Madri: La Ley, 2014.

ANDRÉS IBÁÑES, Perfecto. *Sobre a motivação dos fatos na sentença penal*. Valoração da prova e sentença penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

AROCA, Juan Monero. Nociones generales sobre la prueba (entre el mil y la realidad). *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 7 – La Prueba, 2000.

BADARÓ, Gustavo. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.





BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prova e verdade no direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2. v. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Versão on-line.

CARNELUTTI, Francisco. *Derecho y proceso*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. 2ª ed. Roma: Ateneo, 1947.

CHIARLONI, Sergio. Processo civile e verità. *Questione giustizia*, n.º 3, 1987.

DAMASKA, Mirjan. *Evidence law adrift*. New Haven/London: Yale University Press, 1997.

DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven-London: Yale University Press, 1986.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Aguilar, 1981.

FISS, Owen. *The law as it could be*. New York/London: NYU Press, 2003.

GAJARDONI, Fernando. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William (Coords.). *Direito Probatório*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GOLDMAN, Alvim. *Knowledge in a social world*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolhas e fases metodológicas do processo*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *An institutional theory of law: new approaches to legal positivism*. Boston/London/Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.





NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010.

PEIXOTO, Ravi. Os standards probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre os fatos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 22, n.º 2, maio-agosto 2021.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RABELAIS, François. *Gargântua e Pantagruel*. São Paulo: Editora 34, 2020.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de uma interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fática. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William (Coord.). *Direito Probatório*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

RORTY, Richard. *Truth and progress*. Philosophical papers. v. 3. Cambridge/Massachusetts: Cambridge University Press, 1998.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da "busca da verdade real" na instrução e fundamentação das decisões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 250, dez. 2015.

SEARLE, John. *Mind, language and society: philosophy in the real world*. New York: Basic Books, 1998.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Buenos Aires: EJE, 1979.

STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William (Coord.). *Direito Probatório*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SUMMERS, Robert Summers. Formal legal truth and substantive truth in judicial fact-finding. In: SUMMER, Robert (Ed.). *Essays in legal theory*. Dordrecht/London/Boston: Kluwer Academic Publishers, 2000.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In TARUFFO, Michelle (Ed.). *Sui confini – scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.





TARUFFO, Michele. Verdade negociada? In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Vol XIII, n.º 13, 2014.

TARUFFO, Michele. Verità negoziata? Accordi di parte e processo. *Rivista Trimetrale di Diritto e Procedura Civile*, 2008, v. 11.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paulo Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TYLER, Tom R.; LIND, E. Allan. Procedural justice. In: SANDERS, Joseph; HAMILTON, V. Lee (Ed.). *Handbook of justice research in law*. New York: Kluwer Academic, 2001.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Meaning and truth in judicial decision*. Helsinki: A-Tieto Ou, 1983.

### DADOS DA PUBLICAÇÃO

**Categoria:** artigo submetido ao *double-blind review*.

**Recebido em:** 25/05/2022.

**Aceito em:** 15/08/2023.

