

CAPÍTULO XXXVI

**A VERDADE COMO OBJETIVO
DO DEVIDO PROCESSO LEGAL¹**

*Soraya Gasparetto Lunardi**
*Dimitri Dimoulis***

Sumário • 1. Introdução – 2. A certeza do julgador e sua irrelevância filosófica – 3. Teses (necessárias e controvertidas) sobre a formação do conhecimento – 4. Limitações do processo probatório e o problema filosófico da verdade – 5. A verdade como pressuposto da atividade probatória – 6. Regras de prova independentes da verdade – 7. Conclusão – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Processo significa progresso, transcurso, desenvolvimento, e, principalmente uma seqüência que obedece a regras preestabelecidas. Em perspectiva jurídica, o processo objetiva implementar as previsões das normas de sanção em caso de desrespeito aos imperativos das normas de conduta. Isso ocorre de maneira direta quando há violação ou ameaça de violação de regra estatal (ilícitos penais, administrativos, inconstitucionalidade etc.) ou indiretamente, em caso de descumprimento de obrigação contratual assumida de acordo com normas estatais.

O processo judicial constitui ordem ou seqüência de atos previstos em normas vigentes (principalmente nas leis e códigos processuais), no intuito de garantir racionalidade e previsibilidade e oferecendo garantias de participação dos envolvidos no processo.² Via de regra, o processo tem natureza dialética, sendo facultado a cada uma das partes demonstrar e fundamentar suas alegações e pretensões.

Pergunta-se se há possibilidade de estabelecer as finalidades gerais do processo judicial. De maneira quase tautológica podemos dizer que o processo objetiva indicar

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-doutora em “Direito e Economia” pela Universidade Politécnica de Atenas. Coordenadora do curso de Mestrado em Direito da Unimar (Marília, SP). Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Docente da Instituição Toledo de Ensino (Bauru, SP).

** Doutor e pós-doutor em direito pela Universidade do Sarre (Alemanha). Professor de Graduação e Mestrado da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito-GV). Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais (IBEC).

1. Esse artigo retoma e, em certos pontos amplia, reflexões publicadas em Lunardi/Dimoulis, 2007.
2. Sobre as possíveis definições de “processo” cf. Lunardi, 2007.

a forma de aplicação do direito que deve ser seguida em caso de controvérsias ou incertezas. A doutrina se refere a esse elemento quando estabelece como objetivo do processo a composição da lide pela sentença, pacificando os conflitos.³ O Estado preserva sua ordem mediante uma decisão impositiva que encerra juridicamente a controvérsia. Entretanto, grande parte da doutrina não se satisfaz com esse posicionamento.

Conforme opinião doutrinária predominante, o processo aspira encontrar a verdade e fazer justiça: oferecer a solução justa ao caso concreto (*Einzelfallgerechtigkeit*), mediante a adequada concretização de previsões abstratas e contribuindo ao estabelecimento de uma “ordem jurídica justa”.⁴ Se a justiça é o fim do processo,⁵ o estabelecimento da verdade acerca dos fatos é o pressuposto para atingir a solução justa (ao lado da interpretação correta e adequada das normas vigentes). Nessa ótica, a verdade constitui uma finalidade instrumental ou intermediária que permite alcançar a justiça como propósito “final” da atividade processual.⁶

Em nossa opinião, apresentar a justiça como finalidade do processo é indício de um peculiar atraso no pensamento processualista. Se atribuímos ao termo “justiça” um sentido intra-sistemático (é justo aquilo que estabelece o direito em vigor, logo será justa a decisão que seguir o direito que pode se encontrar na literalidade dos textos normativos ou em outros elementos, tais como os princípios implícitos ou os precedentes jurisprudenciais), temos uma afirmação circular. Se o direito proíbe levar em consideração um meio de prova e se o julgador efetivamente desconsiderar esse meio, sua decisão será justa porque está de acordo com o direito vigente que é sempre justo. Quem afirma isso simplesmente *duplica* o conceito de direito para legitimá-lo com o emprego do termo “justo”.

Se, ao contrário, atribuímos ao termo “justiça” um significado independente do direito positivo (justiça material; justiça procedimental; combinação de ambas conforme critérios que independem do conteúdo das normas válidas), esbarramos na notória e irredutível discordância das concepções sobre o justo. Séculos de reflexão sobre a desmistificação das ideologias jurídicas e sociais deixaram claro que a justiça, por mais que esteja presente nos debates especializados e nas representações populares como sentimento, sonho ou até mesmo reivindicação antropologicamente arraigada,⁷ não pode ser definida de maneira objetiva.⁸

3. Cintra et al., 2005, p. 25-27.

4. Taruffo, 2002, p. 288-290. Entre a recente doutrina nacional cf. Cintra et al., 2005, p. 35; Montero, 1997, p. 29; Barros, 2002, p. 21-22; Marinoni, 2006, p. 34, 38; Amaral, 2007, p. 138.

5. “Fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça*”; “o juiz deve pautar-se pelo critério de justiça”. Cintra et al., 2005, p. 27, 37. Os autores afirmam repetidamente a existência do imperativo de justiça, mas não definem seu conceito nem os critérios que permitem distinguir entre o justo e o injusto.

6. Segundo a doutrina a verdade seria um “elemento” ou uma “premissa” que permitiria tomar uma decisão justa (Barros, 2002, p. 22; Badaró, 2003, p. 25-26).

7. Derrida, 2007.

8. Kelsen, 2001.

Devemos, assim, abandonar a referência à justiça que constitui um complemento ideológico do funcionamento dos mecanismos estatais. Permanece como eventual finalidade geral dos processos judiciais a constatação da verdade sobre determinadas situações. Constatar o que realmente ocorreu é o pressuposto para construir a premissa maior do silogismo jurídico de maneira adequada. Sem a reconstrução fiel do efetivamente ocorrido não podemos decidir corretamente quais são as normas aplicáveis.

Nessa ótica, o processo judicial objetiva encontrar a verdade dos fatos (verificou-se certa conduta de um destinatário das normas?) como condição necessária para a aplicação correta do direito vigente. Essas afirmações sobre a finalidade do processo serão objeto de análise no presente estudo.

2. A CERTEZA DO JULGADOR E SUA IRRELEVÂNCIA FILOSÓFICA

A relação problemática entre a verdade e o resultado do processo se expressa em trabalhos de processualistas com a observação de que o processo (pelo menos algumas formas de processo) não busca a verdade, mas só oferece uma avaliação objetiva do material trazido a conhecimento do juiz pela iniciativa das partes. Tal como o título de campeão se atribui ao melhor entre os competidores não indagando se há pessoas com maior capacidade ou habilidade que não se apresentaram ao campeonato, o processo proclama a verdade com base nos elementos de informação apresentados pelos interessados sem se preocupar com a “verdadeira verdade”.⁹ Essa ficção leva o nome de verdade processual.

Tal abordagem não pode ser aceita, pois o julgador, mesmo no processo civil, deve determinar as provas necessárias à instrução do processo conforme o art. 130¹⁰ do CPC, não vigorando, em âmbito probatório, de maneira geral o princípio dispositivo.¹¹

Atualmente a doutrina considera que o processo deve buscar a verdade real (material, substancial), sendo problemáticos os casos nos quais se constata discrepância entre os acontecimentos reais e sua reconstrução no processo.¹² Acrescenta-se que a verdade real não deve ser buscada a todo custo e, notadamente, não justifica o emprego de meios de investigação (e prova) que contrariem imperativos legais. Temos aqui uma limitação que, na visão da doutrina, não invalida a afirmação inicial, segundo a qual o processo objetiva encontrar a verdade “una e indivisível”.¹³

9. Apresentação e crítica dessa abordagem em Gomes, 2007, p. 231-233.

10. Art. 130. “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

11. Sobre o significado desse princípio e sua incidência no processo, cf. Cintra et al., 2005, p. 65-68; Silva e Gomes, 2006, p. 47-49; Montero, 1997, p. 129-131; Badaró, 2003, p. 63-125.

12. Cf., por exemplo, Avolio, 2003, p. 38-39.

13. Barros, 2002, p. 18.

O processo busca a verdade real com os meios e as limitações juridicamente impostas. Esse resultado é denominado, por alguns, de “verdade processual” não para sustentar seu caráter artificial ou ficcional, mas para indicar as limitações estruturais-jurídicas impostas na busca da verdade, e deixar claro que o julgador baseia sua decisão nos elementos de prova que se encontram nos autos.¹⁴

Temos aqui uma teoria sobre a verdade processual que não abandona a pretensão de alcançar a verdade, mas reconhece as limitações legais e as imperfeições humanas que afetam o processo probatório. Isso se exprime com o emprego dos termos “verossimilhança”, “aparência de verdade”¹⁵ ou “verdade provável”.¹⁶

Pergunta-se, porém, quais são as formas que permitiriam ao julgador realizar essa busca da verdade (ou de sua aparência). A doutrina afirma que a avaliação dos elementos de prova recolhidos durante o processo permite ao “espírito” do julgador persuadir-se da verdade em relação à situação jurídica controvertida. O julgador recebe e analisa as provas produzidas, avalia a veracidade e o poder informativo de cada uma e, graças ao raciocínio, tem acesso à verdade sobre situações por ele desconhecidas. Isso ocorre quando ele pode concluir: “*Estou certo que ocorreu X*”.¹⁷ Essa última afirmação é equivalente à afirmação “*Está provado que ocorreu X*”.

3. TESES (NECESSÁRIAS E CONTROVERTIDAS) SOBRE A FORMAÇÃO DO CONHECIMENTO

Disso resulta que a prova depende da convicção do julgador sobre a verdade (ou inverdade) de determinadas alegações: “a certeza do juiz é a verdade do processo”.¹⁸ Ora, afirmar a possibilidade de formação de tal crença sobre a verdade no espírito do julgador impõe assumir uma série de teses sobre a formação do convencimento.¹⁹

- a) Há uma verdade objetiva que o julgador tenta conhecer (mesmo quando não consegue encontrá-la no caso concreto).²⁰
- b) O julgador pode conhecer essa verdade graças ao emprego de meios racionais, formando um convencimento ou juízo sobre a correspondência de uma alegação e da realidade objetiva (convencimento ou persuasão

14. Referências doutrinárias em Barros, 2002, p. 18-22; Gomes, 2007, p. 238-239. Outros autores rejeitam utilidade do conceito de verdade processual e sugerem que a dicotomia seja “sepultada” (Badaró, 2003, p. 36; referências bibliográficas em: Beltrán, 2002, p. 71-72).

15. Posicionamento aceito pela doutrina nacional com referência a Calamandrei e Taruffo: Silva e Gomes, 2006, p. 57; Wambier e Medina, 2003, p. 190-191; Leonardo, 2004, p. 24, 274-277; Zaneti Jr., 2004, p. 127.

16. Zaneti Jr., 2004, p. 132.

17. Santos, 1952, p. 326.

18. Badaró, 2003, p. 26.

19. Cf. a lista, parcialmente diferente, das teses da teoria racionalista sobre a prova em Twining, 1994, p. 73.

20. Referências bibliográficas em Badaró, 2003, p. 24-31.

racional) com base na teoria da verdade como correspondência entre fato e representação.²¹

- c) Critério para tanto é a afirmação do próprio julgador (“*eu* estou certo que ocorreu X”). Por essa razão, o subjetivismo é *constitutivo* do debate sobre a verdade no direito, com base na teoria da correspondência entre a realidade e o Eu (“espírito”) que afirma ter certeza.²²

Aqui surgem problemas de duas ordens.

Em primeiro lugar, essas afirmações não são aceitas por todos. Há correntes de pensamento céticas que não acreditam na existência de uma verdade independente da decisão do observador e consideram que essa decisão não se determina pela “verdade”, mas exprime uma vontade relacionada a preferências pessoais e pressões oriundas do meio social.

Em segundo lugar, é possível rejeitar as afirmações acima expostas mesmo sem assumir um posicionamento cético sobre a verdade. Basta dizer que, em âmbito jurídico, a possível verdade sempre será enunciada pelo julgador conforme seu juízo, sendo impossível garantir que isso seja verdadeiro (ou predizer que seja falso). Dito de outra maneira, ainda que se considere existente e constatável a verdade objetiva (A “de verdade” quitou a sua dívida), o fato de o direito vigente confiar a decisão sobre a verdade a uma pessoa (ou um grupo de pessoas) sem conhecimento direto dos fatos, torna totalmente subjetiva a verdade jurídica. O pagamento só será levado em consideração se essa pessoa (ou grupo de pessoas) decidir dessa forma e vice-versa, sendo qual for a verdade “verdadeira”.

Essa postura é adotada pelos partidários do realismo jurídico que adotam o ceticismo sobre os fatos, mas também por pensadores que tacitamente se aproximam do realismo jurídico como Hans Kelsen.²³ A argumentação se baseia na diferenciação entre duas esferas: a dos fatos e a do processo. Ainda que na esfera dos fatos algo tenha acontecido “de verdade”, isso não influencia diretamente a reconstrução da realidade (construção da premissa menor do silogismo jurídico), já que na segunda esfera as pessoas investidas do respectivo poder legal decidirão o que ocorreu. Essa decisão sempre será verdadeira em âmbito legal, pois não pode ser legalmente contestada (a não ser no âmbito de uma ulterior reconstrução em instância superior, para a qual vale exatamente o mesmo voluntarismo-decisionismo da autoridade competente). Nessa perspectiva, a afirmação “está provado que ocorreu X” é sinônima da afirmação “o juiz decidiu que ocorreu X”.²⁴ Não interessa o que se diz mas *quem* diz.

21. Malatesta, 1960, p. 59.

22. Malatesta, 1960, p. 59.

23. Referências bibliográficas em Beltrán, 2001, p. 75-77, 83; cf. Dimoulis, 2006, p. 220-224, 234-238.

24. Cf. Beltrán, 2001, p. 83.

Temos aqui uma concepção “fictícia” ou “circular” da verdade no processo²⁵ que torna inúteis as referências à verdade: se tudo aquilo que o aplicador decidir será *per definitionem* verdade, não faz sentido indagar o que é verdade e como se constata! Veremos que essa abordagem é incompleta. Mas mesmo assim indica a impossibilidade teórica de vincular a produção da verdade a certezas (ou convicções) subjetivas do julgador.²⁶

4. LIMITAÇÕES DO PROCESSO PROBATÓRIO E O PROBLEMA FILOSÓFICO DA VERDADE

Existe uma verdade que possa valer de forma objetiva ou, pelo menos, intersubjetiva? Essa pergunta está no centro de infinitas controvérsias filosóficas.²⁷ No campo jurídico, o problema da verdade apresenta várias dimensões.²⁸ Aqui interessa a pergunta:

É possível qualificar como verdadeira uma alegação sobre fatos que são relevantes para a construção da premissa maior do silogismo. Podemos dizer: “(Não) É verdade que A teve a conduta X”?

A maioria dos processualistas observa que a busca da verdade muitas vezes permanece incompleta e a certeza sobre a obtenção da verdade nunca pode ser absoluta.²⁹ Em razão disso, há referências à “limitação epistêmica”³⁰ imposta na verdade judicial. Por um lado, há risco de erro na avaliação das provas; por outro lado, encontramos as limitações cognitivas do juiz que decide de acordo com o material probatório ao qual teve acesso.³¹ Em última instância a relatividade da verdade é reconduzida às limitações da própria “condição humana” que torna a verdade absoluta “inatingível”.³²

Em termos teóricos, esses autores sustentam que há uma relação *teleológica* entre prova e verdade: a verdade seria a finalidade da atividade probatória. Mas isso não exclui que seja considerado como provado, em determinado caso, aquilo que não é verdadeiro (ou, inversamente, que não seja considerado provado aquilo que é verdadeiro).³³

25. Taruffo, 1992, p. 48-49.

26. Cf. Beltrán, 2002, p. 72-77.

27. Para a problematização do conceito de verdade cf. Blackburn e Simmons (orgs.), 1999; Kirkham (org.), 2001; Schmitt (org.), 2004; Nancy, 1983, p. 89-112; Rorty, 2005, p. 3-109; Balibar, 1994; Davidson, 1984; Costa, 2002, p. 337-413.

28. Cf. Neumann, 2004, p. 8-9; Pintore, 1996, p. 1-4.

29. Abellán, 2001, p. 99-102; Barros, 2002, p. 36; Badaró, 2003, p. 30-36; Zaneti Jr., 2004, p. 127.

30. Moreso e Vilajosana, 2004, p. 180-183.

31. “Ideal seria que em todo processo aflorasse naturalmente a verdade plena dos fatos. Mas como isto é impossível de ser concretizado (...). O Estado-Juiz contenta-se com a verdade projetada pelas partes” (Barros, 2002, p. 31).

32. Amaral, 2007, p. 134.

33. Beltrán, 2002, p. 62, 77-82.

Em nossa opinião, o problema vai além de limitações, imperfeições, equívocos e problemas contextuais. Devemos perguntar se é possível definir, de maneira satisfatória, o que é a verdade. Essa indagação antecede o problema prático da capacidade e dos meios que possui cada julgador em sua busca da verdade.

Saber se A efetuou o pagamento pressupõe que alguém se pronuncie a respeito. Na qualidade de testemunha, B declara:

“(É verdade que) A pagou”.

Provavelmente, a testemunha C, indicada pela parte oposta, dirá:

“(É verdade que) A não pagou”.

A verdade como resultado do processo depende da decisão do julgador D:

“B diz a verdade quando afirma que (é verdade que) A pagou”.

Mas D pode também rejeitar a afirmação de B e admitir a de C, ou optar por uma combinação de ambas (ou por uma terceira). Mesmo se houver concordância entre todas as testemunhas e o julgador, nada impede que E, juiz de segundo grau, admita uma outra verdade, em uma contínua remissão a opiniões na qual a validade de uma afirmação depende da posterior.

No processo judicial, a discussão só termina com meios não dialógicos. Trata-se de decisões autoritárias, impostas graças ao poder de quem as adota e não em virtude de suas intrínsecas virtudes. Visto em perspectiva dinâmica, o sistema jurídico é composto de sucessivas decisões dos órgãos competentes. Certas ou equivocadas, essas decisões resolvem uma controvérsia ou dúvida de maneira impositiva.

Isso ocorre com as decisões judiciais dotadas de força de coisa julgada que, mediante um argumento de autoridade (poder), oferecem respostas definitivas. Os juristas indicam essa característica potencial das decisões judiciais com referência à verdade: *res iudicata pro veritate accipitur*.³⁴ Ora, considerar que uma decisão é verdadeira pela única razão de não ser mais passível de recurso, constitui uma ficção autoritária: tudo aquilo que os poderosos decidem, em particular aquilo que o mais poderoso (o julgador da última instância) decide, não é somente vinculante, mas também verdadeiro!

Do ponto de vista interno do processo, o julgador não busca a verdade, como alguém busca um objeto no escuro. Sua tarefa é resolver o conflito entre as várias narrações sobre a verdade, apresentadas pelos participantes do processo. Mesmo havendo concordância entre as partes, cabe ao julgador avaliar e aceitar ou não esse acordo. Nesse sentido, o julgador não deve descobrir algo. Sua tarefa consiste em

34. Ulpiano, Digesto, 1, 5, 25. Fonte: <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-01.htm>.

arbitrar qual é a narrativa (ou a combinação parcial de narrativas) que corresponde à verdade.³⁵

As afirmações das testemunhas B e C e dos julgadores D e E sobre a verdade possuem a mesma estrutura: “X é verdade”. O único privilégio da decisão de E é que, nesse exemplo, tem o poder da última palavra. Mas isso não o faz nem mais nem menos próximo à verdade, já que o privilégio de poder não aumenta a capacidade cognitiva. Para saber se A pagou dependemos das afirmações de B, C, D e E. Assim sendo, sempre será verdade aquilo que o orador do momento considerar como tal, aceitando um argumento de autoridade (“estou certo!”) que nenhuma teoria da verdade considera válido.

Para saber se é “realmente” verdade que A pagou, independentemente da afirmação de quem possui poder para tanto, deveríamos possuir um critério *não subjetivo* sobre a verdade. Em tal hipótese, o observador poderia afirmar: “é verdade que A pagou e isso vale independentemente da opinião de B, C, D, E, porque, aplicando o verdadeiro critério de verdade, comprovou-se que A pagou”.

Mas como saber se o nosso critério de verdade é verdadeiro? Para tanto, seria necessário pressupor um outro critério de verdade: “O critério de verdade n. 1 é verdadeiro porque satisfaz as exigências do critério de verdade n. 2, que, por sua vez, é verdadeiro porque satisfaz as exigências do critério de verdade n. 3...”.

A controvérsia sobre a existência ou não de critério de verdade só pode ser resolvida se for encontrado um critério (de verdade) indicando qual das duas posições é a verdadeira: “(não) é verdade que existe um critério de verdade”; “(não) faz sentido falar em verdade”. Mas para encontrar esse critério devemos ter resolvido a controvérsia que o critério pretende resolver. Estamos aqui diante da necessidade de pressupor o critério da verdade sem poder comprová-lo.³⁶ Essa é a objeção *cética* contra a existência de uma verdade independente das alegações de determinado sujeito.

5. A VERDADE COMO PRESSUPOSTO DA ATIVIDADE PROBATÓRIA

O ponto crucial e não suscetível de demonstração satisfatória é que a verdade *existe* como correspondência entre uma alegação e um acontecimento. Esse é o frágil pressuposto da atividade probatória. Aceitando esse pressuposto, podemos dizer que o juiz, como sujeito racional, avalia as provas para se convencer sobre a veracidade ou não de certa alegação. Os elementos da prova são apresentados como potências, como eventuais e *possíveis* vetores de uma verdade,³⁷ cabendo ao julgador avaliar seu potencial de indicar uma verdade que “existe”, conforme nossa não demonstrada e talvez indemonstrável suposição.

35. Taruffo, 2002, p. 287.

36. Nancy, 1983, p. 93-94.

37. Dinamarco, 2004, p. 101.

Dentro do modelo adotado, haveria tal garantia se o juiz pudesse *deduzir* com rigor lógico e de maneira irrefutável uma conclusão a partir de certas premissas. Mas no mundo jurídico os casos que permitem obter um convencimento de maneira dedutiva são excepcionais. O julgador está quase sempre diante de premissas que não permitem deduzir uma conclusão de maneira segura. Só possui indícios, mais ou menos fortes e aptos a estabelecer probabilidades que corroboram certas hipóteses de maneira *indutiva*.

As afirmações concordantes de dez testemunhas oculares oferecem ao julgador uma base decisória bem mais sólida do que o testemunho de uma única pessoa. Mas, mesmo se houvesse milhares de testemunhas concordantes, isso não ofereceria ao julgador uma certeza dedutiva; só aumentaria as probabilidades de verdade.³⁸

Isso impõe recorrer a suposições:

“Se for verdade que A não pagou, então A está em mora”.

“As provas reunidas levam a crer que A não pagou; *supondo* que essas provas correspondam à verdade, então A está em mora”.

Nunca o aplicador poderá saber com certeza dedutiva se A efetuou o pagamento. Ainda que sobre certos fatos haja possibilidade de dedução (exemplo: é impossível que A tenha percorrido de automóvel uma distância de 100 km em 10 minutos), seu valor probatório se relativiza no âmbito do processo. Essa certeza dedutiva só será relevante se A efetivamente se encontrava em determinado lugar em determinado momento, algo que só se constata indutivamente mediante indícios extraídos de testemunhos, documentos e outros meios de prova.

O mesmo vale para as provas ditas científicas e reverenciadas por parte da doutrina a ponto de servirem como argumento para relativizar a coisa julgada fora das hipóteses legalmente previstas. A certeza que decorre de um exame de DNA se aproxima a 100%, mas não autoriza uma dedução sobre a filiação. Só será processualmente relevante se o julgador admitir (melhor dizendo: supor), que o exame foi corretamente realizado e que o material genético examinado pertencia efetivamente à pessoa interessada e não foi trocado, de maneira acidental ou intencional. As duas fundamentais são:

- a. “Se o exame foi corretamente realizado, então a pessoa que forneceu o material genético examinado é o pai”.
- b. “Se o material genético pertence ao réu A, então A é o pai”.

É o julgador que admitirá ou não essas suposições com uma reflexão que não apresenta o menor traço de automatismo e de certeza científica sobre a paternidade.

38. Sobre a diferença entre prova indutiva e dedutiva cf. Moreso e Vilajosana, 2004, p. 181.

Com efeito, admitir que o exame de DNA por si só é suficiente para a comprovação da filiação significa que seria dispensável o processo judicial. Ou seja, seria suficiente a realização do exame para modificar a filiação nos documentos de identidade daquele que a pretende e comprove. Mas isso não é admitido por nenhum ordenamento jurídico, mostrando, justamente, a insuficiência das denominadas provas “científicas”. Podemos, assim, concluir, que o convencimento judicial sobre esses pontos se baseia em indícios e suposições e não em certezas dedutivas, apesar da cientificidade de determinado meio de prova.³⁹

Essas observações indicam que a abordagem dos autores céticos, partidários da concepção circular sobre a verdade não deve ser plenamente aceita. O ceticismo pode ser correto como constatação (pessimista) daquilo que efetivamente ocorre. E seguramente se baseia em reflexões teóricas sobre a impossibilidade de oferecer respostas à pergunta sobre a feição da verdade. Mas isso não justifica a (in)decisão do aplicador.

Quando o julgador examina se A realizou o pagamento, avaliando os testemunhos de B e C, deve *necessariamente* considerar que a verdade existe e que ele possui critérios para constatá-la. Para tanto, deve aceitar as teses apresentadas no item 3 sobre a formação do conhecimento.

Se o julgador considerar que é impossível saber se A pagou, pois é impossível distinguir entre alegações verdadeiras e falsas, surge um dilema: deverá negar-se a decidir, cometendo denegação de justiça, ou deverá declarar que a decisão será tomada conforme preferências pessoais ou sociais. Em ambos os casos, temos o abandono de elementos estruturantes do ofício do julgador.

Por mais que a verdade seja uma ficção ou um engano ideológico, o aplicador *deve* acreditar no caráter verdadeiro daquilo que decide, adotando, para tanto, uma visão trivial sobre a verdade. Trata-se da visão que seguimos na vida cotidiana quando acreditamos nas palavras de alguém ou dizemos que essa pessoa mente. Essa é a teoria da correspondência entre o fato e a sua representação que se caracteriza por uma “ingenuidade consciente”.⁴⁰

O julgador pode também recorrer a teorias mais complexas sobre a verdade, como as probabilísticas ou as intersubjetivas. Mas sempre deverá possuir uma *teoria sobre a verdade*. A busca do verdadeiro mediante aplicação de critérios que permitem atribuir esse predicado funciona como “necessária idéia reguladora” do exercício da jurisdição,⁴¹ sob pena de o julgador estar impossibilitado de exercer sua

39. Cf. Wambier e Medina, 2003, p. 188-192, criticando a “suposta infalibilidade do exame de DNA” com indicação de decisões do STJ nesse sentido.

40. Neumann, 2004, p. 16.

41. Neumann, 2004, p. 39-63.

função. Somente nesse sentido, que é, ao mesmo tempo, fictício e real, procede a afirmação de que “não é possível abrir mão da busca da verdade”.⁴²

Explicando melhor. Não há dúvida de que é equivocada a visão de muitos processualistas de que o juiz simplesmente “descobre” fatos preexistentes e com base nesses constrói o silogismo.⁴³ O trabalho do julgador é sempre *construtivo*, isto é, criativo-constitutivo da “verdade” dos fatos assim como do sentido dos textos normativos. Mas o julgador não pode admitir isso, sob pena de confessar que a sua decisão é condicionada por preferências subjetivas.⁴⁴ Juridicamente, deve procurar a verdade preexistente com os métodos, condicionamentos e limitações impostas pelo direito probatório positivo. Podemos até lamentar essa espécie de “mentira vital” (*livsløgne*, segundo o termo de Ibsen) que estrutura o processo judicial. Mas não há como evitá-la.

Em paralelo, a verdade como finalidade da atuação processual verifica-se no discurso das partes. As controvérsias sobre as provas durante o processo e os eventuais recursos se baseiam em avaliações sobre o “conteúdo de verdade” (*Wahrheitsgehalt*) da decisão. Mesmo se o inconformismo for motivado pelo interesse pessoal da parte, isso será necessariamente “traduzido” em termos de verdade de certa premissa do silogismo jurídico.

Finalmente, as referências à verdade são constantes nos códigos processuais. No CPC encontramos 22 referências aos termos “verdade” e “verdadeiro” e, no CPP, os mesmos termos encontram-se citados 16 vezes. Independentemente do significado do termo em cada caso é evidente que o direito processual apresenta a verdade como finalidade central.

6. REGRAS DE PROVA INDEPENDENTES DA VERDADE

De acordo com o sistema de *convencimento racional à luz dos autos*, o julgador deve basear sua convicção nas provas produzidas, realizando ponderações sobre a qualidade e o valor probatório de cada uma. A convicção está na consciência do julgador e deve ser explicitada na fundamentação da sentença de acordo com regras de lógica e máximas de experiência.⁴⁵ É o sistema adotado no Brasil conforme determina a Constituição Federal em seu art. 93, inc. IX, assim como os artigos 131 e 458, II do CPC, 157 e 381, III do CPP, 832 *caput* da CLT.

Muitos doutrinadores apresentam esse sistema probatório como o mais adequado e equilibrado, porque evita tanto as ficções e imposições do sistema de provas

42. Badaró, 2003, p. 24.

43. Cf. a crítica de Zaneti Jr., 2004, p. 151-157 a essa visão tradicional simplista, expressa no Brasil, entre outros, por Dinamarco.

44. Cf. Amaral, 2007, p. 132.

45. Santos, 1952, p. 332-333; Silva e Gomes, 2006, p. 306.

legais como os riscos de arbitrariedade do sistema do livre convencimento. É, contudo, necessário entender o significado jurídico e o valor lógico do convencimento racional e motivado. Para tanto, devemos perguntar quais são os *limites* da liberdade do julgador, encontrando os seguintes elementos.

- a. O dever de motivação-justificação-fundamentação do convencimento não constitui peculiaridade de determinado sistema probatório. Decorre do dever geral dos julgadores de fundamentar suas decisões, em razão da submissão ao direito legislado. Independentemente do sistema probatório não são admitidas, em um Estado de Direito, decisões judiciais não motivadas.
- b. A liberdade do julgador torna desnecessária a referência às espécies ou meios de prova admitidos. A doutrina investe tempo e energia na classificação das provas de acordo com critérios tais como a forma, o objeto ou o sujeito.⁴⁶ Essas classificações carecem de interesse no âmbito de uma teoria sobre a formação do convencimento do julgador⁴⁷ a partir do momento em que esse último não somente avalia livremente as provas, mas pode também levar em consideração provas “atípicas” ou “inominadas”.⁴⁸

Os teóricos do espaço anglo-saxônico descrevem essa situação afirmando que existe uma (única) *regra de inclusão* (*principle of inclusion*) em âmbito probatório: “a prova é admissível e deve ser admitida se for suficientemente relevante para comprovar os fatos discutidos pelas partes e se pode ajudar um tribunal racional que decide sobre os fatos a tomar uma decisão”.⁴⁹ No direito brasileiro encontraremos formulações claras do princípio da inclusão nos artigos 332 do CPC e 155 do CPP.

Além das limitações decorrentes das regras de exclusão que comentaremos logo em seguida, a liberdade do julgador em admitir certos meios de prova encontra seu limite no dever de fundamentação racional. Mas, como dissemos, essa é uma obrigação genérica que não indica os meios e critérios utilizados para a tomada de decisão.

- c. Um componente crucial do sistema probatório é o controle da motivação apresentada pelo julgador. A motivação da sentença esclarece às partes os motivos da decisão e oferece elementos para fundamentar eventuais recursos.⁵⁰ Isso permite que um tribunal hierarquicamente superior examine a motivação da sentença, podendo modificar suas conseqüências jurídicas. Essa é a mais relevante *limitação institucional* da liberdade do julgador e

46. Uma reconstrução dessas classificações encontra-se em Taruffo, 1992, p. 425-441; cf. Montero, 1997, p. 173-237; Silva e Gomes, 2006, p. 296-298; Buchili, 2007.

47. Tais classificações são certamente úteis do ponto de vista da técnica processual, para estabelecer prazos e formas da produção de cada uma delas. Mas não ensinam nada sobre os limites probatórios.

48. Cf. por exemplo Buchili, 2007, p. 62-67.

49. McNamara, 1992, p. 293.

50. Santos, 1952, p. 372.

constitui um considerável meio de pressão para que a motivação seja condizente com padrões consolidados em certa cultura jurídica.

- d. As características de cada sistema de avaliação de provas tornam-se claras mediante a análise dos *limites negativos* impostos por um ordenamento jurídico em relação às provas. Encontramos aqui o tema que a doutrina analisa como “limite normativo” ou “limitação processual” que se impõe à atividade de construção da premissa menor do silogismo jurídico.⁵¹

É fundamental saber que em algumas situações as questões de fato não podem ser apreciadas pelo juiz sem que tenha havido provocação do interessado por limitação legal (art. 128 e 460 do CPC); outras questões de fato se submetem à preclusão não podendo ser analisadas após a perda do momento processual oportuno (art. 300 e 517)⁵². Há também casos de vedação de certo tipo de prova (exclusão da prova testemunhal em contratos acima de certo valor - art. 401 CPC) ou de limitação de sua admissibilidade (proibição do testemunho de profissionais vinculados por dever de sigilo - art. 207 CPP).⁵³

Diante disso, afirmar, por exemplo, que o testemunho constitui um meio de prova permitido é desnecessário, pois isso decorre da regra de inclusão e vale para todos os possíveis meios de prova. Só interessa saber em quais casos o testemunho (ou qualquer outra espécie de prova) não se admite (por mais que seja verdadeiro e crucial). Para tanto, é necessário pesquisar e formular as *regras de exclusão* de certas provas (*rules of exclusion*)⁵⁴ que concretizam, ainda que negativamente, a regra de inclusão: “a prova é admissível pela corte a não ser que alguma regra exclua sua admissibilidade”.⁵⁵

No direito brasileiro, a mais genérica e relevante regra de exclusão se encontra na vedação constitucional de utilizar provas obtidas por meios ilícitos, conforme o art. 5º, LVI da CF: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Objetivo dessa norma é preservar os direitos fundamentais contra eventuais intervenções estatais que, no intuito de recolher provas relevantes, invadiriam a esfera de autodeterminação dos indivíduos.

51. Os termos são utilizados, respectivamente por Moreso e Vilajosana, 2004, p. 179-180 e Beltrán, 2002, p. 63-68; cf. as referências em Avolio, 2003, p. 40-41.

52. Hipóteses de limitação destacadas por Didier Jr., 2005, p. 62.

53. O art. 212 CC estabelece limitativamente os meios de prova do fato jurídico. Essa norma, apesar de mais recente e específica não derroga o art. 322 CPC, pois a derrogação de uma norma por outra, mais recente, deve ser explícita (art. 9º da Lei Complementar n. 95 de 1998). Apesar disso, o art. 212 CC prevalece em virtude do próprio 322 CPC que se refere a “provas legais”. As provas excluídas pelo art. 212 CC não podem ser consideradas “legais” (no sentido de lícitas). Assim sendo, e apesar de contrário entendimento da doutrina (Leonardo, 2004, p. 210; Venosa, 2007, p. 562), temos aqui a formulação de mais uma regra de exclusão.

54. McNamara, 1992, p. 293-314.

55. Loughlin e Gerlis, 2004, p. 474.

O termo “meios ilícitos” não indica somente os meios probatórios expressamente proibidos em lei, mas qualquer espécie de prova em desacordo com disposições vigentes. Em particular, é vedado utilizar como meio probatório um elemento de informação obtido de maneira que desrespeita normas constitucionais, por exemplo, uma confissão obtida mediante emprego ou ameaça de tortura (art. 5º, III e XLIII da CF).

Quando o aplicador do direito detém uma prova que considera verdadeira, mas não pode utilizá-la porque foi obtida de maneira que contraria previsões legais, o resultado do processo só será verdadeiro se o juiz infringir a vedação probatória. Caso contrário, teremos uma decisão que contraria a verdade.

Isso ocorre quando o resultado do processo depende de prova ilícita. Tal hipótese não é rara.⁵⁶ Basta pensar em gravações e filmagens clandestinas ou nos casos em que a verdadeira fonte do material probatório é a confissão de um suspeito que ofereceu elementos de prova irrefutáveis, mas “viciados” em sua origem. Ora, se o juiz deve absolver o réu que indicou o lugar em que tinha escondido as jóias furtadas se essa confissão foi obtida mediante tortura, é um contra-senso denominar de “verdade” o resultado do processo.

De maneira semelhante, a presunção *in dubio pro reo*,⁵⁷ a imposição de provas legais (art. 334 CPC), a (limitada) incidência do poder dispositivo das partes e as diferentes configurações do ônus da prova em cada sistema processual (processo civil, penal, constitucional, coletivo etc.)⁵⁸ indicam que *o processo judicial não busca sempre a verdade*. Pode perseguir, dependendo do momento processual e do tema em debate, variadas finalidades, tais como a segurança (pessoal e jurídica), a preservação da liberdade individual, o respeito à privacidade, a tutela dos direitos patrimoniais em seu aspecto negativo (princípio dispositivo) ou a celeridade processual.

Essa diversificação das finalidades encontra-se positivada mediante as referidas regras de exclusão probatória assim como de outras normas que impõem a distância entre o resultado do processo e a verdade, tendo como resultado “blindar” a esfera do sujeito ou do ‘objeto’ investigado”.⁵⁹

Nesta perspectiva, a verdade aparece como uma entre as possíveis e eventuais finalidades do processo. Encontra-se ao lado da segurança jurídica, da celeridade, da diminuição do custo do processo, do respeito à soberania de Estados estrangeiros, do respeito à intimidade à propriedade e muitos outros direitos fundamentais.

56. Ainda que essa hipótese fosse extremamente rara não deixaria de caracterizar estruturalmente o processo probatório vigente que não persegue sempre a verdade.

57. Badaró, 2003, p. 280-301.

58. Para uma comparação entre a concepção estática do ônus da prova no processo civil e a concepção dinâmica no processo coletivo, cf. Didier Jr. E Zaneti Jr., 2007, p. 301-305.

59. Amaral, 2007, p. 135.

A verdade só deve ser buscada no processo judicial nos casos e nas hipóteses que a legislação estabelecer. Insistir em apresentar a busca da verdade como finalidade central e quase universal do processo para, em seguida, afirmar que o resultado do processo é justo porque é verdadeiro, constitui uma tentativa ideológica de legitimar a atividade dos julgadores, absolutizando um objetivo parcial e limitado da atividade processual.

7. CONCLUSÃO

As precedentes análises permitem formular as seguintes conclusões.

Primeiro, a justiça e a verdade não são finalidades do processo judicial. Isso é devido à *impossibilidade* de fixar conteúdos e critérios da justiça de maneira minimamente consensual e de estabelecer critérios de verdade de maneira não circular.

Segundo, tanto a justiça como a verdade povoam os estudos do direito processual enquanto construções ideológicas que objetivam legitimar o sistema de justiça estatal.

Terceiro, quando a legislação vigente impõe ao julgador reunir e avaliar o material probatório em busca da verdade, a existência de critérios de verdade torna-se uma necessária ficção que o julgador deve admitir sob pena de estar impossibilitado de exercer sua função.

Quarto, o estudo do direito positivo indica que em muitos casos, a busca da verdade deixa de ser objetivo do processo, em vista da necessidade de preservar valores e direitos fundamentais que o legislador considera mais importantes.

Permanece, como dissemos no início desse trabalho, como finalidade geral (e bastante vaga) do processo a de pôr um fim às controvérsias e às dúvidas sobre a aplicação do direito, dando uma resposta definitiva (e imposta mediante a ameaça de exercício de força física) que possa pacificar a sociedade.⁶⁰

Podemos assim *desconstruir*⁶¹ o conceito tradicional de processo judicial, definido mediante suas finalidades ideológicas e qualificá-lo como instrumento de legitimação mediante procedimento, no sentido de série ordenada de atos conforme previsão legal. Sua finalidade seria a imposição de uma decisão apresentada como aplicação de normas vigentes no intuito de assegurar o poder social e permitir sua reprodução.⁶²

60. Cf. a apresentação em Taruffo, 1992, p. 8-35, seguida da crítica do autor (p. 36-66).

61. A desconstrução é o modo pelo qual trazemos à luz contradições ocultas em nossas crenças e conceitos comuns. Sobre a desconstrução no direito, cf. Andronico, 2002 com amplas referências à contribuição conceitual fundamental de Jacques Derrida.

62. Uma importante proposta de desconstrução das idéias tradicionais sobre as finalidades e as formas de funcionamento do processo judicial encontra-se em um dos primeiros estudos de Niklas Luhmann (1927-1988). Publicada em 1969, a obra *Legitimation durch Verfahren* (Legitimação pelo procedimento), crítica

BIBLIOGRAFIA

- ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la racionalidad de la prueba judicial. In TRIOLO, Lucia (org.). *Prassi giuridica e controllo di razionalità*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 97-114.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. Verdade, justiça e dignidade da legislação. In KNIJNIK, Danilo (org.). *Prova judiciária*. Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 129-152.
- ANDRONICO, Alberto. *La desconstruzione come método, Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*. Milano: Giuffrè, 2002.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torcuato. *Provas ilícitas*. São Paulo: RT, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.
- BALIBAR, Étienne. *Lieux et noms de la vérité*. Paris: L'Aube, 1994.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer i. “Está probado que p”. In TRIOLO, Lucia (org.). *Prassi giuridica e controllo di razionalità*. Torino: Giappichelli, 2001, p. 73-96.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer i. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Pons, 2002.
- BLACKBURN, Simon; SIMMONS, Keith. *Truth*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. Meios e fontes de prova no processo de conhecimento. In KNIJNIK, Danilo (org.). *Prova judiciária*. Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 51-68.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DAVIDSON, Donald. *Inquiries into truth and interpretation*. Oxford: Clarendon Press, 1984.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições de ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. V. 4. Salvador: Juspodvum, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, São Paulo: Malheiros, 2004.
- GOMES, Roberto de Almeida Borges. O princípio da verdade real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988. In SCHMITT, Ricardo Augusto (org.). *Princípios penais constitucionais*. Salvador: Juspodium, 2007, p. 229-250.

a tese segundo a qual a busca da verdade, da “verdadeira justiça” ou da aplicação correta do direito no caso concreto constituiriam finalidades do processo.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KIRKHAM, Richard L. *Theories of Truth. A Critical Introduction*. London: A Bradford Book, 2001.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure*. London: Cavendish Publishing, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora UnB, 1980.
- LUNARDI, Soraya Gasparetto. Processo. In DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 302-303.
- LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial? *Seqüência*, n. 55, 2007, p. 175-194.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1960.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.
- McNAMARA, Philip. The canons of evidence. Rules of exclusion or rules of use? In TWINING, William; STEIN, Alex (orgs.). *Evidence and Proof*. New York: New York University Press, 1992, p. 291-314.
- MONTERO, Regina Garcimartín. *El objeto de la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Cedecs, 1997.
- MORESO, José Juan; VILAJOSANA, Josep Maria. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Pons, 2004.
- NANCY, Jean-Luc. *L'impératif catégorique*. Paris: Flammarion, 1983.
- NEUMANN, Ulfrid. *Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform*. Baden-Baden: Nomos, 2004.
- PINTORE, Anna. *Il diritto senza verità*. Torino: Giappichelli, 1996.
- RORTY, Richard. *Verdade e Progresso*. Barueri: Manole, 2005.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova judiciária no cível e no comercial*, v. I. São Paulo: Limonad, 1952.
- SCHMITT, Frederick (org.). *Theories of Truth*. Oxford: 2004.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.
- TARUFFO, Michele. *Sui confini*. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.
- TWINING, William. *Rethinking evidence*. Exploratory Essays. Evaston: Northwestern University Press, 1994.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. V. 1. São Paulo: Atlas, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. Hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003.

ZANETI Jr., Hermes. O problema da verdade no processo civil. In MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI Jr. Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 115-164.