

RENÊ CARVALHO PIMENTEL LIMA

A BUSCA DA 'VERDADE POSSÍVEL' DENTRO DA TEORIA DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

• 1 •



Criação Editora

A BUSCA DA 'VERDADE POSSÍVEL'
DENTRO DA TEORIA DA PROVA NO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

AUTOR

RENÊ CARVALHO PIMENTEL LIMA

Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes.
Pós-graduado em Direito Público pela Universidade
Tiradentes. Pós-graduado em Direito Constitucional pela
Universidade Anhangüerra-Uniderp. Advogado. Professor.
Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de
Sergipe. Assessor de Magistrado.

ISBN

978-85-8413-268-3

EDITORA CRIAÇÃO
CONSELHO EDITORIAL

Ana Maria de Menezes
Christina Bielinski Ramalho
Fábio Alves dos Santos
Jorge Carvalho do Nascimento
José Afonso do Nascimento
José Eduardo Franco
José Rodorval Ramalho
Justino Alves Lima
Luiz Eduardo Oliveira
Martin Hadsell do Nascimento
Rita de Cácia Santos Souza

RENÊ CARVALHO PIMENTEL LIMA

**A BUSCA DA ‘VERDADE POSSÍVEL’
DENTRO DA TEORIA DA PROVA NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO**



Criação Editora
Aracaju | 2022

Copyright 2022 by Renê Carvalho Pimentel Lima

Grafia atualizada segundo acordo ortográfico da
Língua Portuguesa, em vigor no Brasil desde 2009.

Projeto gráfico
Adilma Menezes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Tuxped Serviços Editoriais (São Paulo, SP)
Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes - CRB-8 8846

L732b	<p>Lima, Renê Carvalho Pimentel A busca da 'verdade possível' dentro da teoria da pr va no Direito Processual Civil Contemporâneo / Renê Car- valho Pimentel Lima. - 1. ed. - Aracaju, SE : Criação Edito- ra, 2022. 104 p. Inclui bibliografia. ISBN 978-85-8413-268-3</p> <p>1. Argumentação. 2. Filosofia. 3. Interpretação. 4. Prova. 5. Verdade. I. Título. II. Assunto. III. Autor</p> <p style="text-align: right;">CDD 341.46 CDU 347.9</p>
-------	---

ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Direito Processual Civil.
2. Direito Processual.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	7
2	O DESPERTAR DO SONO DE NEWTON: NECESSIDADE INERENTE À CIÊNCIA JURÍDICA	11
	2.1 A verdade: alvo inalcançável	14
	2.1.1 Breves discussões filosóficas acerca da verdade à luz da teoria do conhecimento	15
	2.1.2 Verdade se divorcia do conhecimento, do valor e do amor	20
	2.1.3 A aceitação da incerteza pelo Direito.....	22
3	A PROVA: UM IMPERATIVO DIANTE DA IMAGINAÇÃO, DA ILUSÃO E DAS PERGUNTAS HUMANAS E PROCESSUAIS	29
	3.1 A prova na perspectiva do princípio da verdade substancial	32
	3.2 Verdade substancial versus verdade formal: a vitória para a verdade possível no processo.....	35
	3.3 Verdade e verossimilhança: o que é declarado é fruto da interpretação	40
4	Regras para as provas à luz do Estado Democrático de Direito e da impossibilidade de relativismos extremos.....	49
	4.1 Conceito de prova	50
	4.2 Destinatário da prova	51
	4.3 Direito fundamental à prova	52
	4.4 Sistemas de apreciação da prova	54
	4.5 Poder instrutório do Juiz	58
	4.6 Objeto de prova	64
	4.7 Ônus da prova	65

4.8 Breve análise acerca das espécies de prova	66
4.8.1 Depoimento pessoal	66
4.8.2 Exibição de documento ou coisa	68
4.8.3 Prova documental	69
4.8.4 Prova testemunhal	71
4.8.5 Prova pericial	73
4.8.6 Inspeção judicial	74
4.9 Limites às provas: Rejeição às ilicitudes e proteção aos direitos fundamentais	75
4.10 A verdade se constrói pela argumentação e regras	81
 CONCLUSÃO	 96
 • 6 • REFERÊNCIAS	 99



INTRODUÇÃO

Como uma dança orquestrada por inúmeros instrumentos, o universo do direito se movimenta em busca do ritmo mais adequado ao enredo social, político e cultural apresentado pelo contexto decorrente do lugar e tempo vividos. Mas esse intento capaz de atualizar as decisões às músicas cantadas pelos homens do presente representa uma tarefa desafiante, que reclama o arejamento dos velhos temas e o ânimo ousado dos juristas, sensível aos multicoloridos reclamos sociais e a consciência de que não existe uma verdade exata, perene e irremediável.

• 7 •

O cenário que se descortina, a partir dessa perspectiva, demonstra que na teoria do conhecimento ecoam inúmeras vezes filosóficas que buscaram definir o caminho correto para atingir o conhecimento verdadeiro acerca do mundo, dos fatos e dos fenômenos naturais e sociais. Alguns pela razão, outros pela experiência.

O certo é que a verdade como absoluta, mecânica e exata, imaginada na metáfora do “sono de Newton” escapa às mãos humanas. E, com destaque, escapa às mãos jurídicas. Logo, a aceitação da incerteza também é tarefa do Direito.

Dessa forma, surge o questionamento: se não é possível reproduzir o passado ou mesmo atingir a verdade, como se pode formar uma decisão judicial justa e legítima, quando o conhecimento dos fatos que circundam a demanda é imprescindível para aplicar a norma?

Nesse panorama, desponta a prova como o instrumento apto a iluminar o julgador acerca dos fatos que importam ao caso analisa-

do. Assim, se de um lado, a prova surge como meio para a verdade processual; do outro, não se deve concluir que ela fala por si, porquanto a prova não consubstancia uma exata dimensão do contexto fático, mas sim representa uma luz para o julgador no tocante aos acontecimentos sobre os quais incidirão a norma.

Aqui, apresenta-se a marca fundamental do trabalho em epígrafe: demonstrar que na formação do Estado Democrático de Direito, consciente da necessária aplicação das normas para efetivar o acesso à justiça, é imperioso que as provas sejam produzidas com respeito às regras constitucionais e procedimentais e visem atingir a verdade processualmente possível através do diálogo entre os argumentos racionais e com base no conjunto probatório.

• 8 •

Pois bem. O julgador, cômico dessa proposta, lança por terra a antiga dicotomia entre a verdade formal e verdade real, a primeira por não ser suficiente e se contentar com menos do que o processo pode atingir e a segunda por se inalcançável, e com mente aberta e o coração receptivo para a leitura integral dos desejos e das limitações humanas, visa atingir a verdade processualmente possível dentro de uma duração razoável.

Porém, como é sabido e consabido, a ciência jurídica ganha vida e sobrevive por meio da linguagem, a qual visa traduzir as ideias e, por óbvio, sofre a influência da auto-referência, das circunstâncias e da subjetividade. Essa influência também atinge a análise das provas, na medida em que nenhuma prova fala sozinha, mas pende de interpretação.

Com o fulcro de viajar nesse conteúdo encantador que é a busca pela interpretação mais adequada à realidade plural, fincada, essencialmente, no que é razoável e racionalmente comprovado, o direito processual reconhece a multiplicidade de interpretações possíveis, haja vista que a produção interpretativa é oriunda do julgador, acompanhado de suas crenças, compreensões e história de mundo, e, por isso, estabelece regras processuais inescapáveis à decisão justa.

Não se deve pensar, entretanto, que existe uma abertura sem limites para as interpretações, viabilizando o *big bang* decisões jurídicas destoantes. Espera-se do julgador uma conexão racional entre os fundamentos expostos e as provas colhidas, pois não se admite uma ditadura do relativismo, que, quando extremo, se descola da realidade e mergulha em interpretações anacrônicas e perdidas.

No mais, para evitar que com o poder de julgar, galgado no livre convencimento motivado, com possibilidade de determinar a produção de provas de ofício, faça do juiz um ser superior, as regras processuais atinentes às provas são uma necessidade e consistem numa garantia às partes e à própria sociedade.

Nesse contexto, as regras processuais indicam os prazos, o momento para a produção de provas, as preclusões, o alcance do poder instrutório do juiz, as implicações do ônus da prova, bem como garante o contraditório para instigar a argumentação e auxiliar, dessa forma, o julgador na tomada da decisão.

Logo, o ato de decidir não é, nem deve ser, uma pretensão da descoberta da verdade absoluta (reducionista). Ao contrário, decidir demanda cautela do juízo decisório e interação com o contexto e com as provas que envolvem o julgado, pois a forma como os juízes decidem influencia diretamente na garantia ou não dos direitos assegurados na Carta Magna Federal.

O tema em palco de análise encontra-se em contato imediato com a sociedade civil, alvo das normas, e que, por isso, quando não convencida de uma decisão, reclama por novos horizontes interpretativos, até porque se os cidadãos dependessem das inovações legislativas, geralmente demoradas, os desejos dos jurisdicionados de hoje só poderiam ser usufruídos (se ainda compatíveis) pela sociedade do amanhã, nascendo, por este viés, envelhecidas.

Relevante ressaltar que este trabalho é um alerta para a sociedade, a qual deve se manter cônica que o judiciário não consiste num poder supremo e absoluto, ao contrário, sua pretensão origi-

nária, sob pena de estar morto, é fazer justiça, e para isso é mister que a análise de argumentos contrapostos seja sempre renovado, sob o baluarte, é claro, das provas e do racionalmente possível.

Fertilizado este pensamento, impõe-se a realização deste trabalho, que para ser desenvolvido valeu-se do método de abordagem dedutivo, segundo o qual, parte-se de premissas gerais para atingir conclusões particulares.

Ademais, o método de procedimento aqui desenvolvido foi, em regra, o comparativo, uma vez que para analisar a verdade e prova, foi realizada a comparação de inúmeras teorias filosóficas e jurídicas.

Para a elaboração dessa pesquisa, foi utilizada a pesquisa bibliográfica juntamente com as pesquisas realizadas em livros, periódicos, artigos, monografias e sítios da internet que serviram de embasamento substancial para toda a sua formação teórica e permitiram a construção de uma postura científica na sistematização do conhecimento, além de enfatizar a didática do aprender.

• 10 •

Oportuno, neste momento, citar que o método de abordagem final que restou empregado foi o qualitativo. Com a descrição e análise de teorias da filosofia e teoria geral da prova, de fatos e de pensamentos doutrinários em torno do tema em foco, buscou-se mostrar que a verdade para o direito processual civil não constitui um fim em si mesmo, mas um caminho para a verdade possível processualmente, que decorre da interpretação feita com base no pensamento racional.

É impraticável, portanto, pensar nas provas, sob a perspectiva do direito processual civil, sem um olhar especial para a interpretação, verdadeiro instrumento para os auríferos jurídicos na tomada de decisões conectadas com a sociedade, porquanto não é possível a adoção de julgamentos com íntegra independência e neutralidade dentro de um contexto social que não tem fim nem começo definidos, mas é uma constante caminhada marcada por passos de sombra e luz para o gênero humano.

O DESPERTAR DO SONO DE NEWTON: NECESSIDADE INERENTE À CIÊNCIA JURÍDICA

“Que Deus nos guarde de uma visão única e do sono de Newton”. Este trecho de um poema incluído numa carta enviada por William Blake, poeta, pintor e revolucionário, para Thomas Butts, revela a preocupação com a visão extremamente estreita e mecanicista oriunda dos conceitos de física desenvolvidos por Newton¹. Em verdade, é uma preocupação com ideias de visão única que permeiam a ciência, inclusive a ciência jurídica.

• 11 •

Ora, se é preciso ter em mente que não é possível, como pretende as ideias mecânicas de Newton, extrair a verdade absoluta acerca dos fenômenos naturais, é imprescindível que a discussão jurídica não pretenda encontrar, através das provas admitidas com o devido processo legal, a verdade dos fatos ocorridos e sobre os quais incidirão a norma, porquanto estaria vinculado a uma ilusória reprodução do passado, que jamais se concretizaria.

A ciência jurídica, então, desperta do sono de Newton e rejeita a pretensão de encontrar a verdade de fatos e a verdade de fenômenos morais. O que há são fatos interpretados e interpretações morais de fenômenos². Todos devem se prevenir, pois, da idéia de que o aprendido representa a verdade absoluta para considerar que o que existe são pretensões de verdades, impregnadas de interrogações e incertezas.

1 SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 263.

2 COELHO, Inocêncio Mártires. **O que é hermenêutica e como e quando ela se dá no pensamento humano**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=tFJIfXovxbU>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

Reflexões sobre as ciências humanas (História, Artes e Direito) e exatas³ (Física, por exemplo) permitem ao homem admitir esse pensamento. O que fica mais claro a partir da análise do movimento das ciências exemplificadas.

A Terra é plana, e todos os dias, o sol nasce, percorre o céu de ponta a ponta e se põe do lado oposto. Por muito tempo isto foi tido como uma obviedade, e toda a compreensão do mundo era tributária dessas premissas. Que, todavia, eram falsas⁴. A concepção geocêntrica de Ptolomeu e da Bíblia foi aceita por mais de mil anos até ser rompida por Nicolau Copérnico no século XVI⁵.

Esses exemplos de mudanças de paradigmas da Física, enquanto ciência exata (?), demonstram, com clareza, que a verdade nas ciências não é perene, mas sim, produto de uma interpretação que acopla a época, os fatos vivenciados, as circunstâncias e a imaginação do intérprete. Laurence Tribe *apud* Luis Roberto Barroso⁶, em interessante trabalho, dissertou sobre três grandes estágios da Física, como uma forma de demonstrar a volatilidade dos seus conceitos e interpretações:

[...] Newton trabalhou com a idéia de que os objetos eram isolados e interagem a distância e utilizou-se de conceitos metafísicos como espaço e tempo absolutos. A Física pós-newtoniana, marcada pela teoria da relatividade de Einstein, superou a fase do absoluto, divulgou a idéia de curvatura do espaço e de que todos os corpos interagem entre si. Por fim,

3 Essencialmente não há ciência exata, haja vista a mutabilidade das respostas aos problemas apresentados.

4 BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.1.

5 CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. 25 ed. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 50.

6 BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.

com a Física Quântica percebeu-se que a própria atividade de observação e investigação interfere com os fatos pesquisados. Vale dizer: nem mesmo a mera observação é neutra.⁷

É oportuno acrescentar que no imponderável mundo do muito pequeno⁸ (física quântica), “[...] a certeza é substituída pela incerteza, o determinismo pelas probabilidades, os processos contínuos, pelos saltos quânticos”⁹. Bem, por isso,

[...] Bohr elaborou a sua posição no princípio da complementaridade, que afirma que onda e partícula são duas versões igualmente possíveis e complementares, embora, mutuamente incompatíveis, de como objetos quânticos (como elétrons ou átomos) irão se revelar ao observador. Onda e partícula são duas formas complementares de existência que se manifestam apenas após o objeto quântico ter encontrado o observador. Antes desse contato, o objeto quântico não é onda nem partícula. [...] **Esses dois princípios, de incerteza e de complementaridade, formam a chamada ‘interpretação de Copenhague’ da mecânica -quântica, desenvolvida principalmente por Bohr.**¹⁰ (grifou-se)

• 13 •

A indeterminação que orbita a Física quântica também permeia a própria ciência jurídica. Nesse toar, toda visão do mundo é demarcada pelo conhecimento, aparentemente contraditório, mas, inevitavelmente, essencial para a compreensão de uma realidade mascarada por diálogos múltiplos e distintos. Convergente com esse pensamento assegura Goffredo Telles Júnior:

7 Idem. Ibidem, p. 1-2.

8 Expressão usada no sumário da obra: BETTO, Frei. **A obra do artista**. A visão holística do universo. São Paulo: Ática, 1995.

9 GLEISER, Marcelo. **A dança do universo**: dos mitos da criação ao big bang. São Paulo: Companhia das letras, 1997, p. 305-306.

10 Idem. Ibidem, p. 305-306.

[...] A Ciência do Direito não anunciará jamais que um homem, ou um determinado grupo de homens, procederá desta ou daquela maneira, como a Física não pode prever o percurso que um elétron ou grupo de elétrons irá fazer. A ciência do Direito dirá isto sim, que não cabe como o homem, ou determinado grupo de homens, ir proceder, mas que esse homem, ou grupo de homens, tem mais probabilidade de proceder de maneira X do que de maneira Y. A maneira X de proceder é a que mais é conforme ao sistema ético de referência, dentro do qual age esse homem ou grupo de homens. É a maneira de proceder que o direito objetivo deve preconizar. As leis humanas são, portanto, leis de probabilidade, como as demais leis da sociedade cósmica. A ordenação jurídica é a própria ordenação universal. É a ordenação universal do setor humano.¹¹

• 14 •

Assim, a pretensão de qualquer pesquisador, físico ou jurídico, em encontrar a verdade absoluta, eterna e mansa, cada dia fica mais difícil, porque elas simplesmente são inalcançáveis. O que se nota, é que o desenvolvimento de todas as ciências reside, justamente, no fato de as novidades emergentes serem capaz de reformular, mas não destruir, as noções pretéritas, bem como na aceitação de que os conceitos hodiernos não são eternos.

2.1 A verdade: alvo inalcançável

Entre as inúmeras questões fundamentais tratadas pela filosofia através dos tempos, as indagações da metafísica, vinculadas à natureza da própria existência do homem e as conseqüências da nossa condição de seres conscientes, como: do que é feito o universo? Qual a natureza do que quer que exista? Por que há algo ao invés

11 TELLES JÚNIOR, Godoffredo. **Ética**: do mundo das células ao mundo da cultura. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 258-256.

de nada? Serviram de inspiração para os primeiros filósofos gregos, há cerca de 2.500 anos atrás.

Após, inúmeros filósofos começaram a submeter o conhecimento recebido à investigação racional, baseada numa indagação nuclear: como podemos saber? Nessa perspectiva, baseada no estudo dos limites do conhecimento, ou seja, até onde se pode dar certeza acerca da veracidade das proposições científicas, é que emerge uma área importante da filosofia, a epistemologia ou teoria do conhecimento.¹²

Afinal,

[...] como chegamos a conhecer o que conhecemos - o conhecimento (ou parte dele) é inato ou aprendemos tudo a partir da experiência? Podemos conhecer algo exclusivamente a partir da razão? Essas questões são vitais para o pensamento filosófico, uma vez que precisamos ter confiança em nosso conhecimento a fim de raciocinar corretamente. Também temos de determinar o escopo e os limites de nosso conhecimento. Do contrário, jamais estaríamos seguros de que realmente sabemos o que pensamos que sabemos - e que não fomos de alguma forma "iludidos", pelos nossos sentidos, a acreditar nisso.¹³

• 15 •

2.1.1 Breves discussões filosóficas acerca da verdade à luz da teoria do conhecimento

Toda vez que um estudioso pretende apresentar seus conhecimentos é preciso que ele sempre tenha dentro de si um lembrete silencioso, mas persistente, de que nenhum conhecimento é completo¹⁴ e, portanto, o resultado dos seus estudos e pesquisas não

12 BUCKINGHAM, Will (Org). **O Livro da filosofia**. São Paulo: Globo, 2011, p. 13.

13 Idem. *Ibidem*.

14 SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 41.

forma o ponto de chegada definitiva sobre o tema analisado. O ponto de chegada de ontem é o ponto de partida futuro em busca de uma verdade que não se toca.

Mas então o que seria a verdade, esse ideal não alcançado e sempre almejado pelas inúmeras ciências, que instiga as interrogações e estimula a imaginação, o encantamento e o ceticismo?

A pergunta, como o tema sugere, não permite uma resposta única. A história do conhecimento apresenta alguns filósofos que buscaram trazer explicações acerca da verdade.

De início, interessante citar que a própria maneira de como se chega até as chamadas verdades universais, ou mesmo aos conhecimentos, questão nuclear da epistemologia, dividiu os filósofos em dois grandes grupos: os racionalistas, a exemplo de René Descartes, Immanuel Kant e Gottfried Leibniz, os quais acreditavam que o conhecimento era inato e adquirido pela razão; e os empiristas, como John Locke, George Berkeley e David Hume, que defendiam que o conhecimento decorre da experiência.¹⁵

Interesse pontuar nesse momento de discussão, algumas das principais ideias acerca da verdade que acompanham a história humana, marcada por passos de luz e sombra.

Ainda no Século V A.C. Protágoras, professor sofista, sob o argumento de que a crença é subjetiva e relativa, defendeu que “homem é a medida de todas as coisas”, de forma que um argumento fraco, se bem defendido, pode se tornar o mais forte; o certo para um, pode ser errado para outro; bem como que é verdadeiro para um homem, pode ser falso para outro.¹⁶

Difamado pelos sofistas, e mesmo sem ter deixado nenhum registro escrito, Sócrates marca o início da filosofia ocidental e desenvolve o método dialético em busca do conhecimento, através do qual não

15 BUCKINGHAM, Will (Org). **O Livro da filosofia**. São Paulo: Globo, 2011, p. 60.

16 Idem. *Ibidem*, p. 42.

trazia as respostas para as inúmeras questões humanas, mas, por meio do debate, de questionamentos e da argumentação, buscava extrair as respostas com diálogos que estimulavam o “parto”¹⁷ das conclusões.

É pertinente sublinhar o legado intelectual daquele que registrou as principais lições socráticas, Platão. Com a conhecida “alegoria da caverna”¹⁸, Platão ilustrou a ideia de que o homem vive

17 O verbo parir é uma alusão à profissão da mãe de Sócrates, que era parteira.

18 O mito ou “Alegoria” da caverna é uma das passagens mais clássicas da história da Filosofia, sendo parte constituinte do livro VI de “A República” onde Platão discute sobre teoria do conhecimento, linguagem e educação na formação do Estado ideal. A narrativa expressa dramaticamente a imagem de prisioneiros que desde o nascimento são acorrentados no interior de uma caverna de modo que olhem somente para uma parede iluminada por uma fogueira. Essa, ilumina um palco onde estátuas dos seres como homem, planta, animais etc. são manipuladas, como que representando o cotidiano desses seres. No entanto, as sombras das estátuas são projetadas na parede, sendo a única imagem que aqueles prisioneiros conseguem enxergar. Com o correr do tempo, os homens dão nomes a essas sombras (tal como nós damos às coisas) e também à regularidade de aparições destas. Os prisioneiros fazem, inclusive, torneios para se gabarem, se vangloriarem a quem acertar as corretas denominações e regularidades.

Imaginemos agora que um destes prisioneiros é forçado a sair das amarras e vasculhar o interior da caverna. Ele veria que o que permitia a visão era a fogueira e que na verdade, os seres reais eram as estátuas e não as sombras. Perceberia que passou a vida inteira julgando apenas sombras e ilusões, desconhecendo a verdade, isto é, estando afastado da verdadeira realidade. Mas imaginemos ainda que esse mesmo prisioneiro fosse arrastado para fora da caverna. Ao sair, a luz do sol ofuscaria sua visão imediatamente e só depois de muito habituar-se com a nova realidade, poderia voltar a enxergar as maravilhas dos seres fora da caverna. Não demoraria a perceber que aqueles seres tinham mais qualidades do que as sombras e as estátuas, sendo, portanto, mais reais. Significa dizer que ele poderia contemplar a verdadeira realidade, os seres como são em si mesmos. Não teria dificuldades em perceber que o Sol é a fonte da luz que o faz ver o real, bem como é desta fonte que provém toda existência (os ciclos de nascimento, do tempo, o calor que aquece etc.).

Maravilhado com esse novo mundo e com o conhecimento que então passara a ter da realidade, esse ex-prisioneiro lembrar-se-ia de seus antigos amigos no interior da caverna e da vida que lá levavam. Imediatamente, sentiria pena deles, da escuridão em que estavam envolvidos e desceria à caverna para lhes contar o novo mundo que descobriu. No entanto, como os ainda prisioneiros não conseguem vislumbrar senão a realidade que presenciam, vão debochar do seu colega liberto, dizendo-lhe que está louco e que se não parasse com suas maluquices acabariam por matá-lo. CABRAL, João Francisco. **O mito da caverna de Platão**. Disponível em: < <http://www.brasilescola.com/filosofia/mito-caverna-platao.htm>>. Acesso em 12 de jan de 2014.

como prisioneiro numa caverna, a qual representa o mundo ao redor, marcado pelas tradições, hábitos e influência dos sentidos que simulam o que se entende como correto, quando representam “sombras” imperfeitas da realidade. Assim, para descobrir a verdade sobre o mundo é necessário “sair da caverna” e usar a racionalidade.

No mundo antigo, consagrou-se, ainda, a lição clássica de Aristóteles, segundo o qual “dizer aquilo que é, que é, e daquilo que não é, que não é, é verdadeiro; dizer daquilo que não é, que é, e daquilo que é, que não é, é falso”¹⁹. Para o discípulo de Platão, com o uso dos sentidos e da razão é possível encontrar a verdade a partir das evidências que gravitam sobre o homem.²⁰

Com o intuito de retirar o véu da realidade, os medievais místicos tolheram o conhecimento racional sobre o divino. “Deus estava afastado de nosso alcance, e compreendê-lo jamais configuraria uma ciência.”²¹

Já na Idade da Razão, inúmeros são os filósofos de destaque.

René Descartes, fascinado pela ideia de compreender o mundo, deflagrou o movimento racionalista, quando afirmava que todo conhecimento só pode ser oriundo pela reflexão racional. David Hume, como empirista, defendeu que as crenças não possuem fundamento racional, mas decorrem do hábito de observar aquele fenômeno.²²

Durante a Renascença, ainda, John Locke, empirista britânico, afirmou que tudo que o homem sabe é oriundo da sua experiência, de forma que não se pode acreditar em ideias inatas, haja vista que não há verdades encontradas em todos os homens no nascimento, nem há ideias universais que atravessem todos os tempos e culturas.²³

19 Apud ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: <https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL>. Acesso em 20 de dez de 2013.

20 BUCKINGHAM, Will (Org). **O Livro da filosofia**. São Paulo: Globo, 2011, p. 58.

21 AGUIAR Filho, José Arlindo. Considerações filosóficas sobre a prova. In: ADEOATO, João Maurício (org). **Revista da Faculdade de direito Maurício Nassau**. Recife: Faculdade de Nassau, a.3, n.3, 2008, p. 145.

22 BUCKINGHAM, Will (Org). **O Livro da filosofia**. São Paulo: Globo, 2011, p. 151.

23 Idem. *Ibidem*, p. 130/131.

Inspirado no tema verdade, Gottfried Leibniz, filósofo alemão racionalista, famoso por ter inventado o “cálculo infinitesimal”, apresenta dois tipos de verdade: a verdade de razão e a verdade de fato.

Como para ele cada noção contém em si tudo que é verdadeiro sobre si, incluindo suas conexões com as outras coisas, é possível analisar tais reflexões por meio do pensamento racional, de forma que quando a análise é finita encontra-se a verdade da razão; quando é infinita e a verdade não é encontrada pela razão, mas pela experiência, encontra-se a verdade de fato. E mais: a verdade da razão era necessária e impossível de ser desfeita, enquanto que a verdade de fato era contingente e passível, portanto, de contestação.²⁴

Pode-se citar aqui também o pensamento de Pascal, que advertia que a imaginação pode ser uma força tão poderosa que seja capaz, inclusive, de transformar falsidades em verdades, transformando a ideia da realidade.²⁵

Nesse percurso histórico, destaca-se Voltaire, filósofo francês, que afirmou que a dúvida, apesar de não ser uma condição agradável, é uma certeza absurda, seja porque todo fato ou teoria em algum momento é revisto; seja ainda porque não existem conceitos inatos ao ser humano. E apesar de ser confortável aceitar as “verdades” oferecidas, desafiá-las é vital.²⁶

Freud, por sua vez, buscou demonstrar que o que conhecemos é “uma ponta consciente num iceberg de inconsciente”.²⁷ Nem mesmo a mente humana, cuja proximidade é evidente, pode ser entendida pela razão científica.²⁸

24 BUCKINGHAM, Will (Org). **O Livro da filosofia**. São Paulo: Globo, 2011, p. 136/137.

25 Idem. Ibidem, p. 124.

26 Idem. Ibidem, p. 147.

27 AGUIAR Filho, José Arlindo. Considerações filosóficas sobre a prova. In: ADEOATO, João Maurício (org). **Revista da Faculdade de direito Maurício Nassau**. Recife: Faculdade de Nassau, a.3, n.3, 2008, p. 145.

28 Idem. Ibidem, p. 147.

Vale mencionar, nesse percurso, o entendimento de Karl Popper, que, negando a ideia de que uma teoria científica é boa quando pode ser ela provada como verdadeira, entendia que “uma teoria científica é aquela capaz de ser falsificada ou demonstrada como errônea pela experiência”.²⁹

O tema verdade, como se vê pelas breves delineações acima, sugere inúmeras visões, teorias, pesquisas e constitui inspiração recorrente para inúmeros debates, não havendo como apontar o caminho correto e definitivo para atingir a certeza sobre algo. Constitui, portanto, uma inspiração filosófica eterna.

2.1.2 Verdade se divorcia do conhecimento, do valor e do amor³⁰

• 20 •

A consciência da limitação acerca da precisa reprodução do que ocorreu, ou seja, da verdade, significa dizer que a verdade não existe? Que a objetividade deve ser exterminada? Não. A verdade existe. E a objetividade adquirida através do consenso e de regras são importantes para a formação do conhecimento. O que não se pretende é afirmar que algo pode ser dito com certeza e para todo tempo.

A resposta para o que é verdade dependerá do ser que é questionado. Mas isso não permite que a verdade seja confundida com o conhecimento, com o valor e com o amor, como já argumentou André Comte-Sponville na obra *Valor e Verdade: Estudos Cínicos*.

Para o autor, apesar de desde Hume e Kant, a palavra verdade ser aplicada como conhecimento, a lucidez da epistemologia os afastam. Ora, o objeto analisado não constitui o conhecimento em si mesmo, mas o objeto deste conhecimento, cuja verdade alcançada é sempre indireta.

29 BUCKINGHAM, Will (Org). *O Livro da filosofia*. São Paulo: Globo, 2011, p. 262.

30 Este tópico foi baseado em no capítulo A verdade e nós da obra: COMTE-SPONVILLE, André. *Valor e verdade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 355-374.

O que não quer dizer, persiste o autor, que nada é verdade. Afinal, é possível afirmar que algo é falso, não verdadeiro, ou até fruto da ilusão. E, por isso, também é simples a tarefa de divorciar opinião de conhecimento. Nessa perspectiva, através do postulado da razão teórica formam-se constatações, conhecimento, o qual constitui um olhar sobre a verdade e não a verdade em si, porquanto se pode até encontrar a verdade no conhecimento, o que não pode é torná-los iguais.

Valor e verdade também não constituem sinônimos. Comte-Sponville esclarece que durante cerca de dois mil anos prevaleceu a ideia de que “Tudo que é, é bom”, como afirmou Santo Agostinho. No entanto, com o desenvolvimento da ciência e o estudo cada vez mais aprofundado da história, o conhecer não pode ser sinônimo de julgar e vice-versa, de maneira que os valores não podem se fundir nos saberes.

• 21 •

Ora, persiste o autor, o verdadeiro não é o bem, nem o contrário. Pensar assim, afastaria a violência e a guerra de qualquer contexto de verdade, o que não ocorre. Vê-se que os valores, como a paz e a doçura, só valem para e pelos doces e pacíficos, e a verdade, para a tristeza dos corações fanáticos, não pode ser consubstanciada apenas para um grupo que cultue determinado valor.

E, finalmente, Comte-Sponville desassocia a verdade do amor. O que se conhece e o que se deseja não alcançam o mesmo objeto, se o fosse, não haveria verdades odiosas, nem verdades tristes, nem verdades sofridas. A verdade não constitui nossas esperanças e, por isso, não estão no compromisso de confirmá-las. Mas, apesar de diferentes, amor e conhecimento podem andar juntos, eis que o conhecimento do amor pode confortar o amor ao conhecimento, como falou Espinosa.

Em arremete, o autor conclui que o verdadeiro seria tudo que é dado ao conhecimento, mesmo que aproximativo. Estamos na verdade, seja ela conhecida ou obscura.

2.1.3 A aceitação da incerteza pelo Direito

Para formar um raciocínio é preciso estabelecer uma cadeia de pensamentos aptos a produzir um argumento racional a fim de assegurar que a ideia tenha validade, o que enseja no surgimento da lógica, como uma técnica filosófica, que diante da sua ligação estreita com a matemática, instigou que muitos pensadores, como Descartes e Pitágoras, buscassem em conceitos aritméticos as respostas para encontrar as chamadas “verdades indiscutíveis”.³¹

Nesse momento, encontra-se o ponto nodal da discussão que se inicia, qual seja, a lógica filosófica, diferente da matemática, não vem acompanhada de símbolos ou números, mas sim de palavras, de linguagem, e, portanto, distante da precisão acerca do que é dito, eis que o emissor e o receptor carregam em suas ideias contextos históricos e sociais diferentes, o que impossibilita a visão idêntica acerca do mesmo fato para todos.

As ideias transmitidas possuem uma cor, a qual não permanece ao ser exposta. O ponto de partida ganha (ou perde) a tonalidade e, conseqüentemente, o ponto de chegada não é igual para os observadores/intérpretes. As conclusões variam, às vezes, otimistas, outras, pessimistas; ora, claras e precisas; ora, poéticas e abstratas.

Por isso, as leituras acerca das provas trazidas num processo, as quais visam trazer a “verdade dos fatos” não serão lidas de mesma maneira por diferentes julgadores e muito menos pelas partes, que possuem interesse na prevalência de uma determinada interpretação. A verdade, por certo, é uma inspiração filosófica, mas não um fim do direito processual, uma vez que seria um objetivo de uma saga inalcançável.

Assim, quando é dito nos tribunais que a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for pergun-

31 BUCKINGHAM, Will (Org). **O Livro da filosofia**. São Paulo: Globo, 2011, p. 14.

tado (artigo 458 do Código de Processo civil), está implícita a solicitação de uma tarefa impossível. Uma tarefa que supera as capacidades humanas e impõe, sem sucesso, o afastamento entre aquilo que é declarado e o que realmente ocorre no universo fático.

A verdade pretendida variará conforme a cultura, as pessoas amadas, o ambiente vivido, as leituras feitas, as lembranças que não foram levadas pelo tempo e, mesmo assim, a concretização de um direito, inclusive os fundamentais, dependerá, muitas vezes, de um testemunho.

Seria mais correto ou humanamente esperado, “[...] jurar dizer a verdade dentro dos limites das nossas capacidades”³². De forma que, apesar do comprometimento em dizer a verdade, alguns fatos serão inevitavelmente negados e, conseqüentemente, responsabilidades veladas, acontecimentos descartados e a justiça recusada.

Nesse panorama, por exemplo,

[...] no processo de seleção do júri, o tribunal precisa se certificar de que o veredicto será baseado em evidências. Faz esforços heróicos para eliminar os vieses. Tem consciência da imperfeição humana. A jurada em potencial conhece o pessoalmente o promotor público, o advogado de acusação ou o advogado de defesa? E o juiz ou os outros jurados? Ela já formou uma opinião sobre o caso, não com base nos fatos apresentados no tribunal, mas em publicidade anterior ao julgamento? Atribuirá à evidência dos policiais um peso maior ou menor do que o dispensado à evidência das testemunhas da defesa? Tem preconceito contra o grupo étnico do réu? A jurada em potencial mora no bairro em que foram cometidos os crimes, e isso poderia influenciar o seu julgamento? Tem conhecimentos científicos sobre questões que serão objeto de testemunhos de peritos? (isso em geral conta um ponto

32 SAGAN. Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 287.

contra ela.) [...] algum parente seu ou amigo íntimo já foi preso por acusação semelhante? ³³

O que se nota, nesse limiar, é que definir uma realidade aprisiona conceitos e fatos, o que não é possível. Todas as ações cerebrais que compõem as ideias sofrem alterações ao serem articuladas e exteriorizadas através de símbolos, através da linguagem. São conceitos, juízos e argumentos que na passagem da ideia para o discurso sofrem influência entre a razão e a emoção.³⁴

Há uma dicotomia entre o *ser em si* e o *ser para nós*, para usar as expressões de Hartmann³⁵, posto que o mundo externo não é visto como um dado, mas como um construído baseado na auto-referência, nas circunstâncias e ao prazer da subjetividade³⁶, o que consagra a dúvida como uma ferramenta para a inteligência, como fez de maneira pioneira René Descartes.³⁷

A ementa a seguir demonstra a consciência dos julgadores de que não possível alcançar a verdade real:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARTA-CONVITE. MODALIDADE DE LICITAÇÃO INADEQUADA. LICITANTE VENCEDORA. QUADRO SOCIETÁRIO. FILHA DO PREFEITO. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. CARACTERIZAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE.

33 SAGAN. Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 287.

34 AGUIAR Filho, José Arlindo. Considerações filosóficas sobre a prova. In: ADEOATO, João Maurício (org). **Revista da Faculdade de direito Maurício Nassau**. Recife: Faculdade de Nassau, a.3, n.3, 2008, p. 194-195.

35 Idem. Ibidem, p. 197.

36 Idem. Ibidem, p. 197.

37 René Descartes afirmava a necessidade de usar as dúvidas, os questionamentos como forma de adquirir conhecimento: "Não imitei os céticos que duvidam apenas por duvidar, e fingem sempre estar indecisos; ao contrário, toda a minha intenção foi chegar a uma certeza, afastar os sedimentos e a areia para chegar à pedra ou ao barro que está embaixo". SAGAN. Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 290.

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada em face de ex-Prefeito e de sociedades empresárias (postos de gasolina) em razão da contratação alegadamente ilegal dos referidos postos pela Municipalidade. A ação é fundada no art. 11 da Lei n. 8.429/92. 2. Nas razões recursais, sustenta o Ministério Público estadual ter havido violação aos arts. 4º, 11 e 21 da Lei n. 8.429/92, uma vez que (i) fere a moralidade administrativa a contratação de empresa cujo quadro societário conta com filha e Prefeito e (ii) está caracterizada a má-fé na espécie, a teor do fracionamento indevido do objeto licitado e dos diversos favorecimentos pessoais ocorridos. 3. Resumidamente, foram os seguintes os argumentos da instância ordinária para afastar o pedido de condenação por improbidade administrativa formulado pelo recorrente com base no art. 11 da Lei n. 8.429/92: (a) realização de licitação prévia para a contratação; (b) inexistência de prejuízo ao erário; e (c) não-comprovação de dolo ou má-fé dos envolvidos. Trechos dos acórdãos recorridos. 4. Como se observa, os fatos estão bem delimitados pela origem no acórdão da apelação, que foi confirmado pelo acórdão dos embargos infringentes, o que está sujeita a exame nesta Corte Superior é a simples qualificação jurídica desse quadro fático-probatório, não sendo aplicável, pois, sua Súmula n. 7. 5. Em primeiro lugar, é de se afastar o argumento (b), retro, porque pacífico no Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual, para o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei n. 8.429/92, é despicienda a caracterização do dano ao erário e do enriquecimento ilícito. Confirmam-se os seguintes precedentes: REsp 1.119.657/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 30.9.2009, e REsp 799.094/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 16.9.2008. 6. Em segundo lugar, acredito que a análise do argumento (a) está essencialmente ligada ao enfrentamento do argumento (c). 7. Não há como afastar a conclusão da origem no sentido de que, isoladamente, o simples fato de a filha do Prefeito compor o quadro societário de uma das empresas vencedora da licitação não constitui ato de improbidade administrativa. 8.

Ocorre que, na hipótese dos autos, este não é um dado isolado. Ao contrário, a perícia - conforme consignado no próprio acórdão recorrido - deixou consignado que a modalidade de licitação escolhida (carta-convite) era inadequada para promover a contratação pretendida, em razão do valor do objeto licitado. 9. Daí porque o que se tem, no caso concreto, não é a formulação, pelo Parquet estadual, de uma proposta de condenação por improbidade administrativa com fundamento único e exclusivo na relação de parentesco entre o contratante e o quadro societário da empresa contratada. Documento: 1074158 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 03/08/2011 Página 1 de 11 Superior Tribunal de Justiça 10. No esforço de desenhar o elemento subjetivo da conduta, os aplicadores da Lei n. 8.429/92 podem e devem guardar atenção às circunstâncias objetivas do caso concreto, porque, sem qualquer sombra de dúvida, elas podem levar à caracterização do dolo, da má-fé. 11. Na verdade, na hipótese em exame - lembre-se: já se adotando a melhor versão dos fatos para os recorridos -, o que se observa são vários elementos que, soltos, de per se, não configurariam em tese improbidade administrativa, mas que, somados, foram um panorama configurador de desconsideração do princípio da legalidade e da moralidade administrativa, atraindo a incidência do art. 11 da Lei n. 8.429/92. 12. O fato de a filha do Prefeito compor uma sociedade contratada com base em licitação inadequada, por vícios na escolha de modalidade, são circunstâncias objetivas (declaradas no acórdão recorrido) que induzem à configuração do elemento subjetivo doloso, bastante para, junto com os outros elementos exigidos pelo art. 11 da LIA, atrair-lhe a incidência. 13. Pontue-se, antes de finalizar, que a prova do móvel do agente pode se tornar impossível se se impuser que o dolo seja demonstrado de forma inafastável, extreme de dúvidas. Pelas limitações de tempo e de procedimento mesmo, inerentes ao Direito Processual, não é factível exigir do Ministério Público e da Magistratura uma demonstração cabal, definitiva, mais-que-contundente de dolo, **porque isto seria impor ao Processo Civil algo que ele não pode**

alcançar: a verdade real. 14. Recurso especial provido. (Grifou-se). STJ - REsp: 1.245.765 - MG (2011/0040108-7), Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 28/06/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJE 03 de agosto de 2011. (Grifou-se).

Surge então o dilema: se não é possível encontrar a verdade como fazer incidir uma norma em determinados fatos, quando tais fatos não atingem o patamar da verdade? É possível uma decisão justa? E nas palavras do desafio kelseniano: há uma verdade resultante das interpretações?

Em cortejo triunfal, aparece a prova como tema nuclear para definir a verdade possível no processo, inclusive no processo civil. Afinal, é intuitivo a ideia de que a função da prova é trazer a verdade dos fatos ocorridos no mundo fático e sobre os quais a norma incidirá³⁸, sem a pretensão é, claro, de através das provas atingir a verdade em si, como bem registrou o Professor Cristiano Chaves:

• 27 •

A pretensiosa ideia de se descortinar a verdade por meio da prova não passa de utopia, em face da intangibilidade do seu conceito. Seria ingênuo - se não fosse absolutamente audácia - imaginar que o direito probatório seria capaz de determinar a verdade absoluta de fatos pretéritos, reconstruídos através de testemunhos, documentos, perícias...

É que se pode olvidar que a pretensão dos fatos ocorridos - e demonstrados juridicamente através da prova - sofrerá, seguramente, a influência das pessoas que o representam (a testemunha, o perito, etc.) ou daqueles que o elaboraram (no caso dos documentos), bem assim como se submete a uma confluência de fatores subjetivos no espírito do juiz, para quem se dirige, podendo o resultado do julgamento não cor-

38 ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: < https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL >. Acesso em 20 de dez de 2013.

responder à exata forma como se passaram os acontecimentos. Logo, são incontroversas interferências de ordem cultural, psicológica, social, religiosa, sexual, na demonstração de fatos ocorridos e, via de consequência, impossível afirmar a verdadeira dimensão dos fatos pretéritos.³⁹

39 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 10ª ed. Salvador: Juspodium, 2012, p.773.

A PROVA: UM IMPERATIVO DIANTE DA IMAGINAÇÃO, DA ILUSÃO E DAS PERGUNTAS HUMANAS E PROCESSUAIS

“Um dragão que cospe fogo pelas ventas vive na minha garagem”. Com essa afirmação, inspirado pelo psicólogo Richard Franklin, o professor Carl Sagan, na obra *O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*¹, inicia sua argumentação.

Ora, é claro que diante dessa afirmação, qualquer um vai querer verificar. Seria a oportunidade de testemunhar o que durante séculos os livros de ficção narram. E logo, surgiria o desafio: Mostre o dragão, ou melhor: Prove que o dragão existe.

Porém, continua o autor, ao olhar a garagem, só se vê tintas, uma escada e um triciclo. Mas não há um dragão. O problema é que o dragão é invisível.

Em seguida a ideia de espalhar farinha no chão para ver as pegadas do dragão surge, o problema é que ele flutua no ar. Surge outra ideia: usar um sensor infravermelho para detectar o fogo invisível, mas o fogo é desprovido de calor.

E se borrifar tinta no dragão invisível? É a ideia que segue. O problema é que o dragão é incorpóreo e a tinta não fixaria. E assim segue a história.

Finalmente questiona o autor: “qual a diferença entre um dragão invisível, incorpóreo, flutuante, que cospe fogo atômico, e um dragão inexistente? Se não há como refutar a minha informação [...]”

1 SAGAN. Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 171.

o que significa dizer que o meu dragão existe?"² A incapacidade de validar uma hipótese gera a impossibilidade de confirmar ou validar uma informação. Conclui-se, então, que a prova é necessária para validar e legitimar os argumentos e a veracidade das afirmações.

Nesse percurso, questiona-se se é coerente enxergar como verdade algumas crenças, tais quais, a existência de um continente chamado Atlântida, o poder dos cristais, a exatidão dos horóscopos, a existência das sereias e o poder do seu canto, o encontro de pessoas com duendes, as visitas de extraterrestres em discos voadores, os relatos de bruxarias, a ideia de que dinossauros conviverem com humanos e que desapareceram porque não cabiam na Arca de Noé, as narrativas de estátuas lacrimejantes de santos, a história do Abominável homem das neves³, sem provas, sem evidência real que as confirmem?

• 30 •

E com o direito não é diferente: é preciso que se prove a verdade das afirmações. A verdade pretendida pelo direito, que não se confunde com a verdade universal, eterna, invencível e inalcançável. A verdade possível num devido processo legal que respeite as regras constitucionais do contraditório e da duração razoável do processo.

No processo civil, quando se desenvolve o processo de conhecimento, no qual se parte dos fatos para definir o direito que incidirá ou não no caso concreto, fica evidente que investigar os fatos se torna uma questão relevante. Ocorre que os fatos são evidenciados por meio das provas.

A prova é, segunda leciona o professor Cristiano Chaves,

[...] originada da expressão latina *probo, probatio, probus*, querendo significar bom, reto, honrado, a prova tende a significar

2 Idem. *Ibidem*, p. 171-172.

3 SAGAN. Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 40.

aquilo que é autêntico. Em sentido comum, por isso, liga-se à demonstração da veracidade de uma proposição. Juridicamente, o vocábulo prova é plurívoco, não unívoco. São hospedados diferentes sentidos, referindo-se tanto ao fato representado, quanto à atividade probatória, como também ao meio ou fonte de prova e ao convencimento gerado.⁴

Dessa forma, arremata o citado autor: "(...) somente se faz mister falar em prova quando se afirma algo, cuja exatidão se tem de demonstrar. É a demonstração ou descoberta de uma situação afirmada".⁵

Nesse percurso, embora a filosofia do ser, consagrada por Aristóteles, tenha sido superada pela física moderna, é certo que alguns estudos dos processualistas modernos continuam guiadas por ela e tendem a reconstruir (sem sucesso) o fato como ocorreu no passado.⁶

De fato, é imprescindível para resolver as questões postas em análise jurídica a reprodução dos fatos para efetivar a subsunção e a atividade jurisdicional. "Como dizem Taruffo e Micheli, no processo a verdade não constitui um fim em si mesma, contudo insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado".⁷

Porém, adverte o professor Cristiano Chaves,

4 FARIAS, Cristiano Chaves de. **A prova ilícita no processo civil famílias**. Disponível em: < http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/27-Cristiano_Chaves_-_A_prova_il%C3%ADcita_no_Processo_Civil_das_Fam%C3%AADias_a_partir_do_garantismo_constitucional.pdf?1373304985>. Acesso em: 12 de jan de 2014.

5 Idem. *Ibidem*.

6 ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: <https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL>. Acesso em 20 de dez de 2013.

7 ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: <https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL>. Acesso em 20 de dez de 2013.

É imperioso perceber a impossibilidade absoluta da reelaboração perfeita dos fatos pretéritos, uma vez que logicamente impossível extirpar todas as dúvidas e incertezas acerca da existência efetiva de uma determinada situação que já aconteceu. É válido lembrar que quem lida com a prova não são os historiadores, razão pela qual se autoriza inferir que o sujeito que maneja não tem, evidentemente, o preparo para uma intrincada pesquisa sobre tempos passados. Ou seja, a verdade, admitida como essência de um fato passado, nunca será alcançada, em razão da impossibilidade de se recuperar o que já passou, como percebem os modernos filósofos do direito.⁸

• 32 •
Por isso, a atividade probatória do juiz durante o procedimento, devidamente previstos com atos determinados pela lei e protegidos pelo princípio do contraditório, servem tanto para por um limite em busca da verdade possível dentro de um processo, bem como legitima a investigação judicial.

3.1 A prova na perspectiva do princípio da verdade substancial

A ideia mecânica de que a atuação do juiz se resumia a reconstruir os fatos rigorosamente como se deram no mundo real e sobre eles aplicar a norma equivalente apegava-se a contexto limitado de verdade substancial e o julgador representava uma máquina que encaixava o evento analisado no direito existente.

Nesse sentido,

(...) a descoberta da verdade substancial sobre o direito processual (o que se evidencia, ainda com maior força, no direi-

8 FARIAS, Cristiano Chaves de. **A prova ilícita no processo civil famílias**. Disponível em: < http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/27-Cristiano_Chaves_-_A_prova_il%C3%ADcita_no_Processo_Civil_das_Fam%C3%AAdias_a_partir_do_garantismo_constitucional.pdf?1373304985>. Acesso em: 12 de jan de 2014.

to processual penal,) já se nota nas primeiras manifestações deste ramo do direito.

Em Roma, como é notório, o *iudex* poderia abster-se de decidir a questão que lhe era posta bastando declarar, sob juramento, *sibi non liquere*. Isto demonstra, claramente, o culto a verdade, a ponto de se negar a prestação jurisdicional, sob o argumento de que o juiz não lograria atingi-la no processo, ou, em outras palavras, os fatos não estavam suficientemente aclarados.⁹

Essa ideia permeia ainda quando o tema é a inversão do ônus da prova, eis que sob o argumento de que aquele a quem cabia provar não o fez, o julgador pode não julgar o mérito da causa.¹⁰

E não só. A ideia do instituto da “coisa julgada *secundum eventum probationis*” também aplica a cláusula romana do *non liquet*, no momento em que permite, por opção político-legislativa, que uma sentença de mérito não faça coisa julgada material, a depender do resultado que a sentença transitada em julgado possua. Esse fenômeno jurídico pode ser visto quando uma sentença que verse sobre direitos difusos e coletivos e que se fundamente na ausência ou insuficiência de provas, não seja considerada imutável ou indiscutível, porquanto é possível a propositura de um novo processo com os mesmos elementos.¹¹

A verdade substancial também pode ser vista como inspiração, mas não como pretensão a qualquer custo, do alargamento do poder instrutório do juiz. Podendo, inclusive, determinar a produção de provas de ofício.¹²

9 ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL. Acesso em 20 de dez de 2013.

10 Idem. *Ibidem*.

11 NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São PAULO: Método, 2013, p. 555.

12 ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL. Acesso em 20 de dez de 2013.

A vinculação do julgador com a verdade substancial, apesar de alguns resquícios, não prepondera, eis que se encontra conectada com a figura de um julgador distante, gélido e apático com as suas memórias e com o seu mundo, tarefa que marcou a hermenêutica clássica.

Na origem da hermenêutica clássica os argumentos doutrinários mais fortes foram emitidos por Schleiermacher e por Wilhelm Dilthey, como se depreende do trecho abaixo transcrito:

[...] A primeira preocupação com a hermenêutica se deu por um filósofo e teólogo alemão chamado Friedrich Ernest Daniel Schleiermacher que buscou, fundamentalmente, libertar a hermenêutica da ligação com a leitura bíblica [...] Outro expoente da hermenêutica clássica foi Wilhelm Dilthey, alemão protestante, que trabalhou sobre as teses de Schleiermacher, direcionando-as para as ciências do espírito, buscando a construção de uma teoria objetivamente comprovável, de uma episteme. **Percebe-se que as preocupações de Dilthey, assim como as de Schleiermacher, eram nitidamente objetivistas**, pois para compreender, mesmo considerando a perspectiva histórica, era preciso descobrir um verdadeiro sentido do texto, de forma a evitar um mal-entendido¹³. (grifou-se).

Percebe-se, pelo exposto, que a hermenêutica clássica era escrava do paradigma da verdade perene e trabalhava o conteúdo normativo com foco objetivista. Essa ideia era base também do pensamento de Savigny, numa fase anterior a 1814, que considerava que “[...] interpretar era mostrar aquilo que a lei diz¹⁴. A questão

13 RODRIGUES, Vicente Oberto. Hermenêutica filosófica como condição de possibilidade para o acontecimento (Ereignen) constitucional . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1923, 6 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11802>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

14 *Apud* STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 231.

era meramente técnica, era como determinar o sentido expresso da norma” e, claro, depois inseri-la no mundo fático desvendado, através, principalmente, dos métodos de interpretação gramatical¹⁵ e histórica¹⁶.

3.2 Verdade substancial versus verdade formal: a vitória para a verdade possível no processo

Côncio acerca da limitação de encontrar a verdade, a doutrina tradicional começou a apresentar duas verdades: a verdade formal, própria do processo civil; e a verdade substancial, buscada no processo penal.

Nesse contexto, explica o mestre Arruda Alvim¹⁷, que a verdade formal, ao contrário da substancial, é aquela refletida no processo, e juridicamente apta a sustentar uma decisão judicial.

Ora,

(...) diversamente da noção de verdade substancial, aqui não há aquela necessidade de identificação absoluta do conceito extraído com a essência do objeto. O conceito de verdade

• 35 •

15 “[...] A interpretação gramatical funda-se nos conceitos contidos na norma e nas possibilidades semânticas das palavras que integram o seu relato.” Essas palavras difundidas por Barroso anunciam a interpretação gramatical como um método, basicamente, investigador de palavras preocupado com o que a lei diz ou quer, o qual pode, através da paixão pela literalidade do conteúdo robustecido, podar o intérprete na sua interação necessária com a realidade vivida. BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 292.

16 A interpretação histórica busca, ao analisar a norma, atingir a intenção e o contexto do legislador, bem como todos os relatórios e debates em plenário que envolveram a promulgação de determinada norma. É, pelo visto, uma interpretação, que tal qual uma máquina do tempo, viaja em momentos pretéritos para invocar o espírito animador quando da elaboração de uma norma ainda em voga.

17 Apud ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: <https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL>. Acesso em 20 de dez de 2013.

formal identifica-se muito mais com uma “ficção” da verdade. Obedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como completa, considerando o resultado obtido como verdade.¹⁸

A verdade formal, por este prisma, seria o produto oriundo da colheita de provas, com a obediência das regras processualistas que versam sobre o ônus da prova, a fase instrutória, a ordem e o tempo para a colheita dos elementos probatórios, formando um quadro fático tido como verdadeiro menos exigente que a verdade substancial.

• 36 • É comum colocar a verdade substancial como alvo do processo penal, enquanto a verdade formal seria pretendida pelo processo civil, sob a ideia, diga-se, ultrapassada, que os valores e direitos protegidos na esfera penal seriam mais importantes ou valiosos do que aqueles tutelados na esfera cível. Um equívoco, como explica o professor Daniel Assumpção¹⁹:

Para tanto, basta imaginar que nem sempre os valores tutelados no processo penal serão mais valiosos ou nobres do que aqueles tutelados no processo civil. Muitas vezes a pena suportada pelo réu em um processo penal tem cunho meramente patrimonial, como ocorre, por exemplo, no pagamento de uma multa ou mesmo de cestas básicas. Outras vezes, alguma espécie de restrição como, por exemplo, ser proibido de acompanhar os jogos de seu time, ou ainda a prestação de serviços comunitários. Registra-se, ainda, que essas circunstâncias devem crescer em sua intensidade em virtude do sentido moderno a que rumo o direito penal (*despenalização de condutas*).

18 Idem. *Ibidem*.

19 NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São PAULO: Método, 2013, p. 555.

Já no processo civil é possível se ter uma demanda que tenha como objeto um direito indisponível como, por exemplo, aquela que resulta na perda de pátrio poder, ou ainda que altera a guarda de um menor que estaria sofrendo abusos físicos pelo cônjuge que anteriormente detinha a guarda. Nesses casos, evidencia-se que os valores tutelados - e também as conseqüências geradas pelo processo civil - são muito mais relevantes e significativos do que aqueles tratados em diversos processos penais, nos quais o resultado é meramente patrimonial.²⁰

A conclusão, diante da não prevalência entre os interesses buscados nos processos cíveis ou penais, é que o escopo maior de qualquer processo é a prestação jurisdicional baseada na verdade alcançável, decorrente da ampla instrução probatória, com respeito às normas fundamentais e processuais e por meio do debate intenso entre as provas colocadas e os argumentos expostos ao longo de toda a marcha processual, consagrando o falecimento da verdade formal como suficiente para proferir uma decisão.

• 37 •

Nesse limiar, pertinentes os seguintes ensinamentos jurisprudenciais:

DIREITO CIVIL. AÇÃO NEGATORIA DE PATERNIDADE. PRESUNÇÃO LEGAL (CC, ART. 240). PROVA. POSSIBILIDADE. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. HERMENEUTICA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - NA FASE ATUAL DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA, **E INJUSTIFICAVEL O FETICHISMO DE NORMAS ULTRAPASSADAS EM DETRIMENTO DA VERDADE REAL, SOBRETUDO QUANDO EM PREJUIZO DE LEGÍTIMOS INTERESSES DE MENOR.** II - DEVE-SE ENSEJAR A PRODUÇÃO DE PROVAS SEMPRE QUE ELA SE APRESENTAR IMPRESCINDIVEL A BOA REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA.

20 NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São PAULO: Método, 2013, p. 555.

III - O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PELA RELEVANCIA DA SUA MISSÃO CONSTITUCIONAL, NÃO PODE DETER-SE EM SUTILEZAS DE ORDEM FORMAL QUE IMPEÇAM A APRECIÇÃO DAS GRANDES TESES JURIDICAS QUE ESTÃO A RECLAMAR PRONUNCIAMENTO E ORIENTAÇÃO PRETORIANA. (STJ - REsp: 4987 RJ 1990/0008966-2, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 04/06/1991, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 28.10.1991 p. 15259 JBCC vol. 185 p. 293 JBCC vol. 165 p. 293 LEXSTJ vol. 32 p. 159 REVJMG vol. 117 p. 302 REVJUR vol. 169 p. 45 REVPRO vol. 62 p. 336 RJM vol. 102 p. 61 RSTJ vol. 26 p. 378 DJ 28.10.1991 p. 15259 JBCC vol. 185 p. 293 JBCC vol. 165 p. 293 LEXSTJ vol. 32 p. 159 REVJMG vol. 117 p. 302 REVJUR vol. 169 p. 45 REVPRO vol. 62 p. 336 RJM vol. 102 p. 61 RSTJ vol. 26 p. 378) (Grifou-se).

• 38 •

REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL REGULAR - PROCURAÇÃO EM CÓPIA AUTENTICADA PELO PRÓPRIO INSS - JUIZ PARTICIPATIVO E BUSCA DA VERDADE REAL NO PROCESSO CIVIL - CORREÇÃO DOS VINTE E QUATRO SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO ANTERIORES AOS DOZE ÚLTIMOS MESES - MOMENTO DE INCIDÊNCIA - SALÁRIO MÍNIMO E MANUTENÇÃO DO VALOR REAL DO BENEFÍCIO 1 - Inexistente irregularidade na representação processual, já que admissível a juntada da procuração em cópia, autenticada pelo próprio órgão, salvo a existência de argüição de sua falsidade 2 - Na moderna processualista, se exige, cada vez mais, a atuação participativa do magistrado, especialmente em matéria probatória. Verificada a necessidade da prova pericial, houve por bem o Juiz realizá-la, em busca, **ainda que no processo civil, da verdade real - que torna este segmento da ciência processual mais próximo da concretização da justiça material.** 3 - A correção monetária dos vinte e quatro salários-de-contribuição, anteriores aos doze últimos meses, pela OTN/ORTN/BTN somente se aplica aos benefícios anteriores ao advento da Constituição Federal de 1988, o que se deu no caso dos autos. 4 - Não há como se perpetuar a utilização do salário-

-mínimo para fins de manutenção do valor real de benefício, já que o art. 58 ADCT teve duração delimitada no tempo. Com o fim de sua vigência, devem ser observados, para tal finalidade, os índices previstos em lei, como determina a própria Constituição Federal de 1988. 5 - Utilização , nos cálculos adotados pela sentença recorrida, do coeficiente adequado. 6 - Agravo retido e apelações improvidos. (TRF-3 - AC: 100855 SP 95.03.100855-7, Relator: JUIZ MARCUS ORIONE, Data de Julgamento: 28/08/2001, Data de Publicação: DJU DATA:09/04/2002 PÁGINA: 1081) (Grifou-se)

Agravo de instrumento - Ação ordinária de preceito cominatório - Decisão que encerrou a instrução processual - O agravante pretende a expedição de ofício à Prefeitura para vistoria sobre a regularidade da obra realizada na unidade condominial da ré - **Há uma tendência pela busca da verdade real no processo civil - Aplicação do princípio do devido processo legal e do direito à prova** - Agravo provido para deferir a expedição, do ofício (Voto 18723). (TJ-SP - AI: 990101273187 SP , Relator: Ribeiro da Silva, Data de Julgamento: 28/07/2010, Oitava Turma Cível, Data de Publicação: 02/08/2010) (Grifou-se)

• 39 •

Agravo de instrumento - Ação de indenização - Indeferimento de perícia por médico neurologista - Pedido de indenização em razão de seqüela causada pela meningite, tendo em vista que houve demora no diagnóstico da doença e indicação de medicação errada - A perícia a ser realizada pelo neurologista é de extrema importância - **Há uma tendência pela busca da verdade real no processo civil - É necessário garantir às partes o devido processo legal, com os princípios daí decorrentes, como o direito ao contraditório e à ampla defesa** - A instrução processual é um direito da parte - Agravo provido (Voto 17597). (TJ-SP - AI: 994093454081 SP , Relator: Ribeiro da Silva, Data de Julgamento: 27/01/2010, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/02/2010) (Grifou-se)

3.3 Verdade e verossimilhança: o que é declarado é fruto da interpretação

Seria demasia ingênua crer na possibilidade humana em transcrever com a linguagem, com palavras, o contexto fático vivido. É que, adverte o professor Cristiano Chaves,

(...) não se pode olvidar que a reconstrução dos fatos ocorridos - e demonstrados juridicamente através da prova - sofrerá, seguramente, a influência das pessoas que o apresentam (a testemunha, o perito, etc) ou daqueles que o elaboram (no caso dos documentos), bem assim como se submete a uma confluência de fatores subjetivos no espírito do juiz, para quem ela fundamentalmente se dirige, podendo o resultado do julgamento não corresponder à exata forma como se passaram os acontecimentos. Logo, são incontroversas as interferências de ordem cultural, psicológica, social, religiosa, sexual... na demonstração de fatos ocorridos, o que torna, via de consequência, impossível afirmar a verdadeira dimensão dos fatos pretéritos.²¹

• 40 •

Ora, se um dia

[...] Nietzsche lançou o gérmen do ceticismo total. Freud derubou o mito da atuação humana sempre consciente. Marx denunciou as verdadeiras intenções capitalistas. Foucault escancarou o verdadeiro poder até então praticado: o controle do homem sobre o próprio homem. Einstein balançou as aspirações modernas de certeza e centralidade com sua notável teoria da relatividade²²,

21 FARIAS, Cristiano Chaves de. **A prova ilícita no processo civil famílias**. Disponível em: < http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/27-Cristiano_Chaves_-_A_prova_il%C3%ADcita_no_Processo_Civil_das_Fam%C3%A4dias_a_partir_do_garantismo_constitucional.pdf?137304985>. Acesso em: 12 de jan de 2014.

22 MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Pós-modernidade versus neoconstitucionalismo. Um debate contemporâneo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2759, 20 jan. 2011. Disponível em:< <http://jus.com.br/revista/texto/18307>>. Acesso em: 8 jan de 2014.

Não é possível esperar uma visão única da realidade e é, por isso, que ao abrir a janela do mundo jurídico pós-moderno, o horizonte vislumbrado é fascinante, pois estimula a liberdade ao invés da obediência, o progresso ao invés da estagnação e, principalmente, enxerga a pluralidade de visões com respeito e tolerância numa sociedade cada vez mais complexa.

Enfim, se a Bíblia Sagrada, há séculos requer que *“não vos conformeis com este mundo, mas transformai-vos pela renovação do entendimento, para que experimenteis qual seja a boa, agradável e perfeita vontade de Deus”*²³, vê-se que a interpretação dos dados, da realidade, dos fatos, das provas colocados é cogente.

Nessa órbita, questiona-se: qual o caminho o melhor caminho a seguir? Não é uma pergunta de resposta específica. Ao contrário, a definição desse novo caminho depende da reflexão sobre o contexto vivido e dos valores culturais enraizados.

É, nesse ponto, que surge a hermenêutica como o instrumento aclarador de intenções, capaz de transformar as rachaduras de um terreno árido num oásis de satisfação, porquanto o julgador fica consciente de que não reproduzirá exatamente o passado fático pelas provas trazidas, eis que tais provas foram construídas com subjetividade, desde o testemunho, os documentos e perícias até a leitura dessas provas pelo julgador.

Dessa forma, a necessidade de interpretar não consiste num imperativo episódico do homem. Ao contrário, condena-se a todo instante a fazer leituras, seja de fatos, textos, pinturas, olhares, pois basta olhar para o lado (e não para si mesmos) que se percebe

[...] o astrônomo lendo um mapa de estrelas que não existem mais; o arquiteto japonês lendo a terra sobre a qual será erigida uma casa; (...); o organista lendo várias linhas musicais

23 Idem. Ibidem.

simultâneas orquestradas na página; os pais lendo no rosto de um bebê sinais de alegria, medo, admiração; o amante lendo cegamente o corpo amado à noite; o psiquiatra ajudando os pacientes a ler seus sonhos perturbadores; o pescador havaiano lendo as correntes do oceano ao mergulhar a mão na água; o agricultor lendo o tempo no céu²⁴.

Cada um deles, o astrônomo, o arquiteto japonês, o psiquiatra, o amante, enfim, cada intérprete faz sua leitura individual, como seres particulares que são, do objeto em análise. Cada um, ainda, escolhe o ângulo, dentre vários ângulos no horizonte de possibilidades, que direcionará seu olhar, sem quaisquer expectativas de compatibilidades interpretativas absolutas. Esse estado inerente do homem como ser interpretativo e a metamorfose das interpretações restou poetizado por Carlos Drummond: “[...] cada instante é diferente/ e cada homem é diferente e somos todos iguais”²⁵.

• 42 •

Com a atenção volvida para a necessidade de interpretar do homem, e, especificadamente, sobre a urgência em amparar os juízes (*sentido lato*) nas suas prolações, nasce a hermenêutica, uma verdadeira arte de interpretar ou de, pelo menos, superar mal-entendidos.

De início, cabe falar que sempre que a comunicação direta tornar-se insuficiente, será mister o uso da hermenêutica. Por esse espeque,

[...] é interpretar ou interpretar – ‘o resto é silêncio’. Na medida em que ‘tudo o que [...] nós podemos compreender e representar depende de interpretação’, todos, aonde quer que forem, de onde quer que venham, estão, desde sempre e para

24 MANGUEL, Alberto. **Uma história da leitura**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 19.

25 TERRA, Ernani. **Práticas de linguagem: Leitura e produção de texto**. 2 ed. São Paulo: Scipione, 2001, p. 439.

sempre, condenados a interpretar. Não faz sentido dizer: eis ali o mundo e eis acolá os homens e a hermenêutica, antes eles estão sempre juntos [...] a hermenêutica tornou-se tão inseparável da vida quanto 'a dança do dançarino'.²⁶

A hermenêutica surge, dessa maneira, da natural atividade do homem de interpretar, entender os fatos ao seu redor, ou mesmo da utilização das suas polaridades cerebrais, que, de um lado, racionaliza as informações externas na busca do conhecimento e, do outro, se sensibiliza e permite que a intuição vasculhe a alma dos textos e das provas em geral na busca do melhor traço para aquele tempo.

Também, nesse contexto, se se pensa que “As portas do céu e do inferno são adjacentes e idênticas”, frase de Nikos Kazantzakis, na obra “A última tentação de Cristo”²⁷, ficará claro que o mesmo objeto pode divulgar significados diversos a depender do observador. Ora, cada intérprete tem seu contexto individual que lhe torna singular e viabiliza leituras próprias dos fenômenos circundantes. É uma questão intrigante, pois reconhece a necessidade de interpretar os objetos, textos ao nosso redor, mas, ao mesmo tempo, diz que o objeto não fala sozinho, ou seja, o intérprete tem voz condicionante nas conclusões.

Toda compreensão do mundo, das pessoas e das coisas resulta de uma pré-compreensão do intérprete, pois como advoga Inocêncio Coelho:

[...] Há que se considerar que nenhuma interpretação acontece no vazio. Ao contrário, trata-se de uma atividade

26 PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível*. In: BOULCAUT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.). **Hermenêutica plural**. Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 161.

27 *Apud* SARGAN, Carl. **Cosmos**. 7 ed. São Paulo: Grádiva, 2009, p. 32.

contextualizada, que se leva a cabo em condições sociais e históricas determinadas, produtoras de usos lingüísticos dos quais deve partir qualquer atribuição de significado, em todos os domínios da hermenêutica jurídica. E isso, como já acentuado sem falar nos condicionantes socioculturais, nos preconceitos ou na ideologia dos intérpretes e aplicadores do Direito, cujos efeitos são reputados perversos no âmbito da Sociologia do Conhecimento, mas valorizados, positivamente, nos domínios da Hermenêutica Filosófica, como elementos da pré-compreensão.²⁸

• 44 •
Acrescenta, nesse sentido, Lênio Streck²⁹ que “[...] quem compreende não tem uma mente em branco, e sim já tem, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo; já tem (sempre) uma pré-compreensão, algo prévio que vem com o ente, como curador/vigilante do ser”.

Não poderia ser diferente, uma vez que existe acompanhando todo ser interpretativo, um horizonte de fatores que nos diferencia dos demais, afinal, ninguém possuiu a mesma infância, nem possuiu a mesma cultura, os mesmos sonhos e angústias. Aliás, até mesmo esse horizonte individual encontra-se em constante ir-e-vir.

Desse modo, no âmbito de toda interpretação “[...] integram-se dois horizontes significativos, o horizonte do texto e o horizonte do seu aplicador, que, ao interpretar para poder aplicar, não abandona seu próprio mundo, antes amplia para fundi-lo com o mundo do texto”.³⁰

Por isso, completa Gadamer que “[...] a redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada como a redução dos acontecimentos históricos à intenção do que neles atuam. [...] Compreen-

28 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131.

29 STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 212.

30 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 124.

der é sempre uma fusão dos horizontes do intérprete com o colocado no texto”³¹

Além disso, conclui Gadamer³² com clareza: “[...] toda compreensão se dá num momento, àquilo que se chama de situação hermenêutica”. Isso aplicado à atividade jurídica matura a ideia de que tudo que os doutrinadores, legisladores e julgadores expressam depende de coordenadas, pois o horizonte de compreensão de qualquer um desses, por mais dilatado que se apresente, é sempre um horizonte, e como tal, é sempre restrito.³³

Logo, quando o intérprete escolhe uma faceta como interpretação, as demais facetas que estão obscurecidas para um intérprete, pode estar absolutamente iluminado para outro, por isso não podemos pretender navegar pela vida com uma mochila de verdades e plenas sob o risco de não se chegar a lugar nenhum.³⁴

Todavia, num processo de adequação à realidade plural e mutável da sociedade, o rompimento do paradigma clássico, newtoniano foi inevitável. Consagram o novo pensamento hermenêutico Martin Heidegger³⁵ e Hans-Georg Gadamer³⁶.

• 45 •

31 Apud STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 213.

32 Apud COELHO. Inocência Mártires. **O que é hermenêutica e como e quando ela se dá no pensamento humano**. Disponível em: < <http://www.youtube.com/watch?v=tFJIfXovxbU> >. Acesso em: 05 set. 2013.

33 Nesse sentido já afirmou o filósofo vienense Ludwig Wittgenstein que “os limites da minha linguagem significam os limites do mundo”, conforme: BUCKINGHAM, Will (Org). **O Livro da filosofia**. São Paulo: Globo, 2011, p. 13.

34 Apud COELHO. Inocência Mártires. **O que é hermenêutica e como e quando ela se dá no pensamento humano**. Disponível em: < <http://www.youtube.com/watch?v=tFJIfXovxbU> >. Acesso em: 05 set. 2013.

35 Martin Heidegger, filósofo alemão, edita sua obra *Ser e Tempo* (1927), inaugurando uma nova forma de ver a hermenêutica, a partir da faticidade. Ou seja, para ele é preciso verificar, antes de interpretar, a própria condição de ser-no-mundo. Heidegger, nesse aspecto, passa a focar o ser enquanto ser e não mais os fundamentos epistemológicos das ciências humanas até então tratados, além disso, orienta seus estudos a partir da ontologia e não mais pela epistemologia, inserindo a filosofia no universo hermenêutico.

36 Hans-Georg Gadamer, discípulo de Heidegger, para complementar aduziu que: [...]

Com efeito, Heidegger, e depois Gadamer, originaram a edificação da hermenêutica filosófica e promovem uma revolução batizada de virada Hermenêutica, a qual propõe a participação produtiva do intérprete no movimento da compreensão, a ascensão da linguagem para o interior da ação interpretativa, bem como confere sentido ontológico ao conhecimento da verdade, em oposição ao apego à objetividade, próprio da hermenêutica clássica.³⁷

É nessa linha que, para Gadamer, a compreensão representa um círculo hermenêutico, em que se vinculam os *pré-conceitos*, decorrentes da experiência do intérprete, a *história-do-mundo* e a maneira de *con-viver* do leitor com as linguagens trazidas para seu horizonte de análise. E essa nova visão de mundo é determinante para a aplicação do direito.³⁸

• 46 •

Ora, como o foco de discussão aqui são as provas, conclui-se, pelo exposto, que nenhuma prova é produzida com distância do seu arquiteto, num grau de imparcialidade pura. Afinal, a prova em si resulta da vivência desse arquiteto.³⁹

Conclusão: as provas apresentadas num processo permitem apenas a produção de uma realidade aproximada, ou melhor, de uma verossimilhança. Resume, assim, Cristiano Chaves:

o ser não pode ser compreendido em sua totalidade, não havendo pretensão de uma totalidade de interpretação. O filósofo produziu realmente uma virada hermenêutica do texto para a auto-compreensão do intérprete que como tal autocompreensão somente se forma na interpretação, não sendo, portanto, possível descrever o interpretar como produção de um sujeito soberano. *Apud* STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. 8(oitava) ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 229.

37 *Apud* STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. 8(oitava) ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 229.

38 *Idem*. *Ibidem*.

39 Por este olhar, pertinente a observação de Thomas Henry Huxley ao afirmar que: Só confie numa testemunha quando ela fala de questões em que não se acham envolvidas nem o seu interesse próprio, nem as suas paixões, nem os seus preconceitos, nem o amor pelo maravilhoso. No caso de haver esse envolvimento, requeira evidência corroborativa em proporção exata à violação da probabilidade provocada pelo seu testemunho. SAGAN. Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 89.

Em síntese, dada a impossibilidade de atingir a verdade, o que se pretende através dos meios probatórios é formar no magistrado um juízo de verossimilhança, que pode ser visto - embora em conceito imperfeito tecnicamente, mas útil para a compreensão da matéria - como uma espécie de verdade possível, provável, aproximada, a partir do que foi demonstrado .

Bem por isso, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart observam ser fatal para o juiz, por mais atento que seja, reconhecer a relatividade dos fatos, circunstância imposta pela própria natureza humana: “aquilo que se vê é apenas é apenas aquilo que parece ser visto. Não é verdade, mas verossimilhança, isto é, aparência (que pode ser ilusão) de verdade.”⁴⁰

Justamente por não reconhecer a possibilidade de atingir a verdade num processo, o professor Miguel Reale criou a expressão de quase verdade. Nem as partes, que estão com um objetivo definido; nem os terceiros (peritos, testemunhas), por não terem a exatidão e a imparcialidade mecânica; nem o julgador, que interpretará os fatos reproduzidos com a influência dos seus conceitos subjetivos, conseguiram atingir os fatos como ocorreram. Daí ser inevitável o conceito de verossimilhança.⁴¹

Parte da doutrina, inclusive, se contenta com a verossimilhança. Porém, há uma observação importante: enquanto a verossimilhança parte de uma avaliação genérica e abstrata, a verdade obtida pelo processo diz respeito ao caso particular, e é esta verdade possível concretamente no processo que deve ser vislumbrado⁴².

40 FARIAS, Cristiano Chaves de. **A prova ilícita no processo civil famílias**. Disponível em: < http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/27-Cristiano_Chaves_-_A_prova_il%C3%ADcita_no_Processo_Civil_das_Fam%C3%AAdias_a_partir_do_garantismo_constitucional.pdf?1373304985>. Acesso em: 12 de jan de 2014.

41 NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São PAULO: Método, 2013, p. 411.

42 Idem. Ibidem, p. 412.

Assim, se nas palavras de Kepler “[...] o grande livro do mundo está aberto”⁴³, devem os julgadores ler o desafio de encontrar a verdade, não pela matemática, como poderia sugerir Galileu, nem pela razão pura, como diria Descartes⁴⁴. Mas como, então, se daria esta leitura?

Bem, para a dor dos corações dogmáticos, o quadro ainda é turvo, pois a pintura do pós-modernismo, que desbota os padrões e “proíbe proibir”, como diria Caetano, não apresenta uma solução específica para determinar o caminho a ser trilhado, porém, o correto é o que se deve perquirir é a melhor verdade possível dentro do processo.

Uma verdade possível. Uma verdade que tem consciência que o objetivo fulcral do processo não é a verdade em si, mas um instrumento para efetivar a jurisdição. Uma verdade que respeita o contraditório, os prazos, o tempo e a ordem das provas trazidas na legislação.

Enfim, por verdade possível, aduz Daniel Assumpção, “[...] entende-se a verdade alcançável no processo, que coloque o juiz o mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, o que se dará pela ampla produção de provas, com respeito às limitações legais”⁴⁵.

43 MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Pós-modernidade versus neoconstitucionalismo. Um debate contemporâneo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2759, 20 jan. 2011. Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/18307>>. Acesso em: 8 de mai 2011.

44 Idem. Ibidem.

45 NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São PAULO: Método, 2013, p. 412.



REGRAS PARA AS PROVAS À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA IMPOSSIBILIDADE DE RELATIVISMOS EXTREMOS

Imbuído na discussão acerca da verdade processualmente possível, pertinente a frase de Montesquieu, em sua famosa obra, *O Espírito das Leis*, ao afirmar que “[...] é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a dele abusar: ele o faz até que encontre limites [...]”¹.

Esta afirmação demonstra que o poder não detém auto-limitação, porquanto impede de movimentos aptos a delimitar a fronteira, a legitimação e o exercício de tal poder sob o risco da proliferação da arbitrariedade e sucumbência dos direitos conquistados, o que justifica, por exemplo, a criação de regras para melhor guiar o julgador no tocante ao procedimento em busca da verdade processual.

Regras. Apesar de o olhar sobre elas não ser absoluto, como pretendia no sono de Newton, o processo serve-se delas (e não se escraviza) para a mais ampla e justa instrução probatória, apresentando restrições, preclusões, presunções e meios de prova com o intuito de produzir um suporte fático capaz de resolver a pretensão posta em análise judicial.

1 MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônicio Martins Rodrigues. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 78.

4.1 Conceito de prova

A prova é uma palavra que não possui significado único, por isso, o seu conceito não fica restrito a apenas uma direção. Isso fica claro ao observar os conceitos atinentes à prova dados pelos doutrinadores.

Ora, para Scarpinella Bueno,

A prova seria “tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor”. Já para Marinoni e Mitidiero, poderíamos definir a prova como “meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo, dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais.²

• 50 •

Nesse ângulo, há doutrinadores que conceituam a prova como fonte, ou seja, como tudo aquilo, sejam coisas, pessoas ou fenômenos, de onde se pode extrair uma prova; como meio, constituindo a prova o modo pelo qual se extrai a prova de uma determinada fonte e a coloca no processo; ou ainda, a prova é vista como o próprio o resultado da convicção judicial no caso.

Sobre o tema, sintetiza o professor Daniel Assumpção:

[...] no campo processual o termo é empregado em diferentes acepções, fator complicador de sua exata conceituação:

a) pode significar a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, confundindo-se, nesse caso, com o próprio procedimento probatório (por exemplo, o autor tem o ônus de prova, ou seja, de praticar os atos atinentes à formação do convencimento do juiz);

2 Apud RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova. Do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3479, 9 jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23414>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

- b) pode significar o próprio meio pelo qual a prova será produzida (prova documental, prova testemunhal etc.);
- c) pode significar a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação, ou seja, a fonte de prova (documentos, testemunha);
- d) pode significar o resultado de convencimento do juiz (por exemplo, “esse fato está devidamente provado nos autos”)³.

4.2 Destinatário da prova

É tradicional o entendimento de que seria o juiz o destinatário da prova. Esse entendimento, apesar de correto, precisa de expansão, eis que as provas são produzidas num processo também para legitimar a decisão e convencer as partes, tanto é assim que o as partes podem pautar seu comportamento de acordo com as provas existentes.

Nessa linha de intelecção, pondera José Roberto dos Santos Bedaque que a prova pertence a todos os que participam da relação processual:

[...] às partes, porque procuram demonstrar os fatos favoráveis, a seus interesses. Ao juiz, pois através da prova se alcança o escopo do processo... Assim sendo, a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução de causa é uma das manifestações da ‘*postura instrumentalista* que envolve a ciência processual[...]’⁴.

3 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São PAULO: Método, 2013, p. 410.

4 BEDAQUE, Jose Roberto DOS Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 160-161.

4.3 Direito fundamental à prova

Vale registrar que a Constituição Espanhola de 1978 foi a primeira carta política a prever, de maneira expressa, o direito à prova, o qual estava exibido como direito fundamental. Embora não esteja expresso na Constituição Federal brasileira, o direito à prova tem natureza constitucional, na medida em que é inerente ao devido processo legal, com foco no respeito ao contraditório⁵, eis que o “[...] é resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo [...]”, para usar as palavras de Marinoni⁶.

No mais, o direito à prova pode ser classificado como um direito constitucional implícito, mas externo à Constituição, uma vez que pode ser encontrado expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporado pelo Decreto n. 678/69, no seu art. 8º; e no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, incorporado pelo Decreto n. 592/92, no seu art. 14.1, alínea “e”⁷.

Nessa perspectiva, são quatro os olhares que podem incidir no direito à prova.

O primeiro aduz a possibilidade de produzir a prova, eis que o direito à produção de prova é espécie do gênero direito fundamental à prova. De forma que existe defesa, inclusive, da possibilidade propor uma ação com o escopo basilar de produzir determinada prova, numa ação probatória autônoma.

O segundo olhar se refere à participação da produção de prova, haja vista que é insuficiente ter acesso a prova produzida, sendo necessário que seja garantido às partes o direito de participar da

5 ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Editora do advogado, 2007, p. 36.

6 *Apud* DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Bahia: Juspodvim, 2008. p. 25. v.2.

7 *Idem*. *Ibidem*.

sua produção. Tal hipótese justifica, por exemplo, o artigo 474 do Código de Processo Civil, o qual determina, *in verbis*: “as partes terão ciência quanto ao dia e a hora designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova”.

Nesse ínterim, o terceiro olhar acerca do direito fundamental à prova é a possibilidade de a parte se manifestar sobre a prova que for produzida. E, por fim, o quarto olhar atine ao direito à valoração à prova, o qual não se confunde com o acolhimento da tese baseada naquela prova, mas determina que a prova seja observada, valorada pelo julgador, sob pena de desrespeito ao contraditório e, por conseguinte, ao devido processo legal.

Diante dessas delineações, esclarece Eduardo Cambi que “[...] a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam”.⁸

No entanto, o direito a produção de prova e todas as suas vertentes não devem escapar às regras processuais que impõem prazos e requerimentos temporários, sob pena de não poder produzir em momento posterior sem que se configure qualquer cerceamento às partes⁹, bem como não pode ser visto como absoluto, tendo em vista a necessária proteção a outros direitos constitucionalmente ga-

8 CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001, p. 166.

9 Nesse sentido, ensina a jurisprudência: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE DESCONTO DE TÍTULOS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, COM BASE NOS DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS. PLEITO DE ELABORAÇÃO DE PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL. PRODUÇÃO DE PROVA ORAL QUE SEQUER FOI REQUERIDA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO NO MOMENTO DO ANÚNCIO DO JULGAMENTO ANTECIPADO. PRECLUSÃO. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. (TJ-PR - AC: 6565602 PR 0656560-2, Relator: Vania Maria da S Kramer, Data de Julgamento: 08/06/2011, 13ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 660)

rantidos, o que justifica, para se valer do exemplo de Eduardo Cambi¹⁰, que um advogado ou médico, indicado para ser testemunha, sob a guarida da tutela constitucional do sigilo profissional deixe de colaborar com a administração da justiça.

4.4 Sistemas de apreciação da prova

Foram desenvolvidos três sistemas de apreciação de prova, a saber: a livre convicção, a prova legal ou prova tarifada e o sistema do livre convencimento motivado, também denominado de persuasão racional.

O sistema da livre convicção, mais antigo, permitia que o juiz avaliasse as provas de acordo com seu livre entendimento, convicção. No contexto hodierno, por não garantir as regras do Estado Democrático de Direito, o qual requer fundamento para a decisão do Poder Judicial, sobrevive em sociedades rudimentares e no procedimento do Tribunal do Júri.

Do outro lado, o sistema da prova legal, também conhecido como prova tarifada, o legislador “tarifa”, ou seja, define o valor que cada prova terá nos processos. Essa ideia ensejou, por exemplo, o brocardo que *testis unus, testis nullus* (uma testemunha é igual a nenhuma testemunha).

Sobre esse sistema, Ovídio Baptista da Silva esclarece que “[...] o valor da prova testemunhal era rigorosamente quantificado pela lei, que estabelecia regras legais quanto a credibilidade do depoimento, de modo que o juiz ficava adstrito a essa valoração objetiva da prova”.¹¹

10 Apud DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Bahia: Juspodvim, 2008. p. 26. v.2.

11 SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. 7. ed. rev e atual conforme o CC/02. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 330. v.1.

De forma derradeira, o sistema do livre convencimento motivado possibilita que o juiz avalie as provas de acordo com o seu convencimento, mas este deve ser motivado expressamente e não resultado de ideia íntimas que subjetivariam a decisão num patamar extremo, inviabilizando o contraditório.

É preciso ter em mente também que pelo sistema do livre convencimento motivado não basta uma fundamentação, como um conceito genérico. É preciso ir além com o intuito de garantir uma decisão conectada com a verdade possível no caso concreto, de maneira que “[...] o juiz não segue suas impressões pessoais, mas tira sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas, a convicção está na consciência formada pelas provas [...]”.¹²

Bem por isso, há outras exigências para o sistema em debate: a uma, o juiz só decide com base nas provas dos autos, objetivando vincular a decisão ao conteúdo fático que efetivamente ficou aclarado com as provas, com o intuito de evitar imaginação além ou aquém daquilo que se encontra no caderno processual. A duas, a fundamentação tem que ser racional. Ou seja, a fé, as crenças religiosas, os desejos íntimos não devem ser inspiração do julgador na tomada da decisão, porquanto os argumentos do conteúdo decisório devem ser passíveis combates racionais.

A três, não se pode esquecer que ainda existem resquícios, por opção político-legislativa, do sistema de prova legal no direito brasileiro, os quais limitam o livre convencimento do julgador e requerem provas específicas com o fito de legitimar com maior certeza determinado fato.

• 55 •

12 DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Bahia: Juspodvim, 2008. p. 42. v.2.

E a quatro, o juiz não pode valorar as provas baseado nas máximas da experiência¹³.

Dessa forma, é pertinente a conclusão de Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁴ (2008, p. 74, grifos dos autores) que:

O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 e 436; CPP, arts. 157 e 182).

Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser motivado ([...]), não podendo o juiz desprezar as regras legais por ventura existentes ([...]) e as *máximas de experiência* (CPP, art. 335).

• 56 •

Sobre o tema, a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - DESAPROPRIAÇÃO - VALOR DA INDENIZAÇÃO - ADOÇÃO DO LAUDO PERICIAL - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 1. O princípio da per-

13 Por regra da experiência se entende como a regra construída pelo homem a partir da observação daquilo que normalmente acontece no mundo fático e é percebido pela experiência humana. Essas regras podem ser universais ou locais, posto que definem um repertório cultural de um povo.

Nesse passo, as máximas da experiência, além de limitarem o livre convencimento, auxiliam o julgador na valoração da prova, na concretização de conceitos indeterminados, bem como auxilia o juiz na formação das presunções judiciais.

Exatamente por não ser possível o alcance acerca da realidade tal qual ocorreu, as chamadas presunções legais representam a conclusão de um raciocínio formado pelo juiz baseado nas máximas da experiência e nos indícios, ou seja, o julgador conclui que determinado fato ocorreu a partir de provas referentes a outros fatos. Presunção, portanto, não é meio de prova, mas o fruto de um raciocínio, diferente do indício que é um meio e objeto de prova.

14 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER. Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 74.

suasão racional ou da livre convicção motivada do juiz, positivado no art. 131 do Código de Processo Civil, possibilita ao magistrado apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos, desde que o faça de modo fundamentado. 2. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1270187 AM 2011/0125799-5, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 21/05/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2013)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. INDEFERIMENTO DA PROVA PERICIAL. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INVERSÃO DO JULGADO QUE, NO CASO, DEMANDARIA O REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. 1. Cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, conforme o princípio do livre convencimento motivado. Assim, não há violação ao arts. 130 e 131 do CPC quando o juiz, em decisão adequadamente fundamentada, defere ou indefere a produção de provas, seja ela testemunhal, pericial ou documental. 2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem a respeito do cerceamento de defesa, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, a teor do óbice previsto no enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no AREsp: 444634 SP 2013/0400212-9, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 10/12/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2014)

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRODUÇÃO DE PROVAS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REEXAME PROBATÓRIO. INVIABILI-

DADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A solução integral da controvérsia, suficientemente fundamentada, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Ao julgador é dado apreciar o pedido formulado com base em provas que entender suficientes para a formação de seu convencimento, não havendo, portanto, indícios de nulidade processual na espécie. 3. Segundo a jurisprudência do STJ, “cumprido ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, conforme o princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 131 do CPC. Assim, não há cerceamento de defesa quando, em decisão fundamentada, o juiz indefere produção de provas, seja ela testemunhal, pericial ou documental” (AgRg no AREsp 336.893/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 25/9/2013). 4. A avaliação quanto à necessidade e à suficiência ou não das provas e a fundamentação da decisão demandam, em regra, incursão no acervo fático-probatório dos autos e encontram óbice na Súmula 7/STJ. 5. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 414534 DF 2013/0350568-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/11/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/12/2013)

• 58 •

4.5 Poder instrutório do Juiz

De forma didática, Humberto Teodoro Jr.¹⁵ justifica a existência e a importância dos poderes instrutórios do Juiz:

Tendo a ordem constitucional contemporânea conferido a todos o pleno e irrestrito acesso à justiça, teve de instrumentalizar o processo com mecanismos que, efetivamente, pudessem assegurar, nos julgamentos judiciais, o efetivo “acesso à ordem

15 THEODORO, Humberto Jr. **O processo justo, o Juiz e seus poderes na busca da verdade real**. Disponível em: <<http://www.amlj.com.br/anexos/article/118/O%20processo%20justo%20o%20juiz%20e%20seus%20poderes%20instrut%C3%B3rios%20na%20busca%20da%20verdade%20real.doc>>. Acesso em 20 de jan 2014.

jurídica justa". Corolário dessa exaltação cívica da função jurisdicional foi o reforço da publicização do direito processual e dos poderes do juiz, cuja missão máxima se comprometeu com a efetiva implementação da tutela justa. A consecução da *justa pacificação* dos litígios assumiu, para o juiz, a natureza de um encargo fundamental e, por isso mesmo, de ordem pública.

Em outras palavras, assevera Barbosa Moreira que:

[...] a transição do liberalismo individualista para o Estado social de direito assinala-se por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Esse desenvolvimento, projetado no plano processual, traduz o fenômeno pela *intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes*¹⁶.

• 59 •

Assim, no direito processual civil brasileiro, o Juiz possui, conforme ensina o artigo 370 do Código de Processo Civil, poder instrutório e, por isso, tem a autoridade para determinar a produção das provas que entender pertinentes para a formação do seu convencimento, sem a necessidade de provocação das partes. Observa-se, desde já, que o Poder é instrutório e, portanto, posterior ao início da demanda, de forma que a inércia do julgador permanece incólume em respeito aos ditames do Estado Democrático de Direito.

Mesmo assim, a possibilidade de o juiz poder determinar a produção de provas gera problemas práticos: o julgador perderá a imparcialidade? Com a possibilidade de determinar a produção de provas, o juiz pode, de maneira independente, ficar buscando provas de maneira eterna?

16 Apud THEODORO, Humberto Jr. **O processo justo, o Juiz e seus poderes na busca da verdade real**. Disponível em: < <http://www.amlj.com.br/anexos/article/118/O%20processo%20justo%20o%20juiz%20e%20seus%20poderes%20instrut%C3%B3rios%20na%20busca%20da%20verdade%20real.doc>>. Acesso em 20 de jan 2014.

Bem, tais questões merecem ponderações.

Quanto ao comprometimento da imparcialidade do juiz com o poder instrutório não há muita discussão, de forma que se entende que ao determinar a produção de provas busca-se atingir o máximo da verdade processual e não confirmar uma tese pré-existente no íntimo do julgador, posto que o comprometimento é com a legitimidade da decisão através de exibição de argumentos convincentes para as partes e para a sociedade.

É claro que o Juiz não pode sair da sua zona de imparcialidade e iniciar um processo, por exemplo. Porém, em busca da verdade, pode determinar provas de ofício e até mesmo indeferir provas impertinentes que impedem o andamento regular do processo.

Até porque, argumenta Humberto Teodoro Jr.

[...] Quando se ordena a ouvida de certa testemunha, a requisição de algum documento público ou privado, a coleta de um depoimento pessoal, a vistoria ou inspeção de algum objeto, ou a perícia sobre um documento ou uma coisa, nada pode de antemão assegurar que o convencimento final sobre o quadro fático virá favorecer a esta ou àquela parte.¹⁷

Em verdade, quando o juiz determina a produção de uma prova visa julgar com conhecimento global acerca dos fatos, cuja norma irá incidir no momento de proferir a decisão.

Conforme refere João Batista Lopes, “[...] o fortalecimento dos poderes do juiz é tendência universal justificada pela necessidade de restabelecer o equilíbrio processual quebrado pela desigualdade econômica e pelo individualismo materialista”¹⁸.

17 THEODORO, Humberto Jr. **O processo justo, o Juiz e seus poderes na busca da verdade real**. Disponível em: <http://www.amlj.com.br/anexos/article/118/O%20processo%20justo%20o%20juiz%20e%20seus%20poderes%20instrut%C3%B3rios%20na%20busca%20da%20verdade%20real.doc>. Acesso em 20 de jan 2014.

18 LOPES, João Batista Lopes. **A prova no direito processual civil**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2007. P. 179.

Completa, necessariamente, sobre o poder instrutório do juiz o Professor Cristiano Chaves:

Exige-se, pois, do magistrado moderno uma postura participativa, integrado na relação processual e preocupado com a efetivação da norma jurídica de direito material. Não mais se tolera juiz-espectador da batalha, devendo valer-se de todas as possibilidades para assegurar o resultado útil da demanda. São reconhecidos amplos poderes instrutórios e decisórios ao magistrado limitados, obviamente, pelas garantias constitucionais de igualdade, contraditório e ampla defesa.¹⁹

Não é outro o entendimento da jurisprudência nacional:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. POSSIBILIDADE. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ. ART. 130, DO CPC. 1. Entendendo o magistrado serem necessárias novas provas, pode este requisitá-las de ofício, ou mesmo determinar que a parte autora as produza, porquanto assim determina o art. 130 do Código de Processo Civil. 2. “O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa. O problema não pode ser tratado apenas pelo ângulo do ônus (CPC, art. 333). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material a tutela jurisdicional.” (Bedaque, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 5. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, pp. 26-27). 3. A complementação do conjunto probatório, corolário do poder do juiz de averiguar os fatos, sobre o qual as partes não podem dispor, visa, por meio da busca pela verdade real, à formação de um juízo de livre

• 61 •

19 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 10ª ed. Salvador: Juspodium, 2012, p.790.

convicção motivado, atendendo, assim, ao interesse público de efetividade da Justiça, cujo escopo é o alcance da verdadeira paz social, que se eleva sobre os interesses individuais das partes. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça.

(TRF-4 - AC: 50004454820104047108 RS 5000445-48.2010.404.7108, Relator: CELSO KIPPER, Data de Julgamento: 06/11/2013, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 07/11/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C IMISSÃO NA POSSE. INVALIDAÇÃO FUNDAMENTADA NA AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE PARCELAS DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE PROVAS. DOCUMENTO ESSENCIAL PARA O DESLINDE DO FEITO. PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ. OBSERVÂNCIA DO TEMPO DE TRAMITAÇÃO DA DEMANDA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL. EXGESE DOS ARTIGOS 339 E 341, II, DO CPC. CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA PARA DETERMINAR A EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO PELO AGENTE FINANCEIRO. I - Fundamentando-se o pedido de rescisão contratual no descumprimento de cláusula que previa o pagamento, pelos réus, das parcelas do financiamento bancário; a prova da (in) adimplência das prestações se mostra essencial ao deslinde do feito. II - Sendo o conjunto probatório carreado aos autos insuficiente para a demonstração cabal acerca das alegações das partes, pode o juiz, com fulcro no art. 130 do Código de Processo Civil, determinar a produção de provas que entender cabíveis. III - Considerando o tempo de tramitação do feito, bem como a decretação em oportunidade diversa, de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pode o Magistrado, em homenagem ao princípio da celeridade processual e baseado nos artigos 339 e 341, II, do Código Instrumental, determinar, nesta Instância, o envio de ofício ao agente financeiro para que apresente documento capaz de esclarecer o enleio. (TJ-SC - AC: 321469 SC 2006.032146-9, Relator: Joel Figueira Júnior, Data de Julgamento: 22/09/2010, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de São José)

No que tange à possibilidade de um “processo sem fim”, no qual o juiz vive a buscar uma verdade inatingível, a ideia já desenvolvida linhas acima cai como uma luva, eis que o que deve buscar o julgador não é verdade abstrata e inatingível que orbita os autos, mas a verdade processualmente possível. Nem verdade formal. Nem verdade material. Mas verdade possível dentro de um tempo razoável.

O poder instrutório do julgador, pelo exposto, pode ser representado metaforicamente com cena do famoso filme O Mágico de Oz, no qual

O Espantalho, o Homem Lata e o Leão Covarde ficam intimidados - na verdade aterrorizados - pela enorme figura oracular do Grande Oz. Mas Totó, o cachorrinho de Dorothy, morde uma cortina dissimuladora e revela que o Grande Oz é na realidade uma máquina operada por um homenzinho assustado e atarracado, um desterrado naquele país estranho com eles.²⁰

• 63 •

A ideia de James Randi de puxar a cortina representa o que o julgador deve fazer num processo. Não deve se conformar com as ideias iniciais quando algo a mais, possivelmente e concretamente, pode ser revelado. A pretensão é dar poder ao juiz de, sem ceticismo, religiosidade ou imaginação, pesquisar, nos limites das possibilidades humanas e processuais, o contexto fático que circunda a demanda para resolvê-la com maior grau de justiça, submetendo as provas que chegarem aos autos por sua iniciativa à sua apreciação racional e ao contraditório.

20 SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 239.

4.6 Objeto de prova

Sherlock Holmes, em *A Scandal in Bohemia*, de Conan Doyle, afirma: “É um erro capital teorizar antes de ter dados. Insensivelmente, começa-se a distorcer os fatos para adaptá-los às teorias, em vez de fazer com que as teorias se adaptem aos fatos”.²¹

Pois bem. O juiz, metaforicamente, é o Sherlock Holmes do processo. Deve ele observar o objeto da prova com cautela, imparcialidade e sensatez. O objeto de prova, por esse ângulo, representa as alegações feitas pelas partes acerca dos fatos que ocorreram no caso colocado em palco de análise.

Para ser objeto de prova é necessária a observância de três atribuições: o fato deve ser controvertido, determinado no tempo e no espaço e relevante para a solução da demanda. A pesquisa judicial, pelo visto, vai em busca dos fatos que as partes convergem acerca de fatos importantes para resolver a pretensão, sob o risco de haver pesquisa infinita sobre dados que não importam ao caso.²²

Interessante pontuar, em linhas finais, os fatos que não são objeto de prova. Tratam-se dos fatos notórios; fatos incontroversos, ou seja, afirmados por uma parte e confessados por outra; fatos admitidos no processo como incontroversos²³; e de fato em cujo favor milita em presunção legal da existência ou da veracidade²⁴.

21 SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 154.

22 DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Bahia: Juspodvim, 2008. p. 45-46. v.2.

23 É preciso diferenciar os fatos confessados dos fatos admitidos. Enquanto os primeiros são ato jurídico em sentido estrito, previstos no inciso II do artigo 374 do Código de Processo Civil, decorrem de um comportamento expresso e dependem de poder especial, a admissão é prevista no inciso III do citado artigo, é tácito e não pende de poder especial.

24 Os fatos em cujo favor milita presunção legal da existência ou da veracidade, o conceito que vem a tona é o da presunção legal, regra imposta pelo legislador que determina que o julgador considere ocorrido determinado fato. Pode ser absoluta, quando não admite prova em contrário, ou relativa, quando tal prova é admitida.

4.7 Ônus da prova²⁵

As regras que versam sobre o ônus da prova devem ser compreendidas como uma maneira de determinar a parte que se prejudicará ou sofrerá as consequências diante da não produção de certa prova e não quem obrigatoriamente deve produzir aquela prova. Dessa forma, tais regras estabelecem a responsabilidade pela falta de prova.

Mas não só. A aplicação das regras atinentes ao ônus da prova possui aplicação subsidiária, em simples palavras, somente serão aplicadas se não houver a prova e não houver mais como produzi-la. Ora, num sistema que fornece poder instrutório para o julgador, a qualidade de subsidiária é uma lógica do sistema.

Sobre o tema em foco, o Código de Processo Civil adotou o sistema de distribuição fixa ou estática, porquanto, segundo artigo 373, o ônus da prova é de quem alega o fato. Porém, o olhar estático criou alguns problemas: a prova diabólica, quando é impossível ou muito difícil a parte que alegou produzir certa prova; nos casos em que a prova contrária é mais fácil ser produzida pela outra parte.

Nessas hipóteses, em que a teoria estática do ônus da prova se mostrou injusta, porquanto dificultaria atingir a verdade processual fomentada para fundamentar uma decisão justa, a doutrina desenvolveu a teoria da distribuição dinâmica da prova, na qual a distribuição do ônus da prova é feita caso a caso, pelo julgador.

A teoria dinâmica das provas foi consagrada pela jurisprudência, com base nos direitos fundamentais, posto que o devido processo legal, previsto na Carta Magna, somente se realiza com igualdade e adequação.

25 Tópico baseado nas lições de DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Bahia: Juspodvim, 2008. p. 75-84. v.2.

Mas há requisitos para sua aplicação, pois além de identificar se se trata de prova diabólica ou prova que seria mais facilmente produzida pela parte contrária, é necessário que haja motivação; que seja feito em momento processual, no qual a parte pode se desincumbir desse ônus novo; e, finalmente, que não implique em prova diabólica reversa.

Por fim, registra-se que além da distribuição legal e judicial (dinâmica), há a distribuição convencional do ônus da prova, quando as partes fazem acordo para distribuir o ônus. Tal fato pode ocorrer quando não se trate de direito indisponível e não onere em demasia a outra parte.

4.8 Breve análise acerca das espécies de prova

• 66 •

Os meios legais de prova estão previstos nos artigos 384 a 484 do Código de Processo Civil. Vale dizer, desde logo, que o direito processual brasileiro não apresenta hierarquia entre as provas e permite outros meios de prova não especificados, mas, claro, moralmente admitidos.

A admissão de provas atípicas, ou seja, não prevista na geografia de nenhum corpo legal, trata-se de uma regra que permite que a busca pelos fatos observados na demanda não seja um fim em si mesmo, mas um instrumento em busca da verdade possível e da decisão justa. Caso contrário, a parte ficaria vinculada a provar suas alegações por meios específicos e que poderiam ser insuficientes para formar o convencimento do julgador.

Nesse passo, são as principais espécies de provas: o depoimento pessoal, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial.

4.8.1 Depoimento pessoal

O depoimento pessoal, cujas regras estão previstas nos artigos 385 a 388 do Código de Processo Civil, é um tipo de prova oral feito

por uma parte da demanda, um sujeito interessado no resultado do caso posto em análise, incluído autor, réu e intervenientes que façam pedidos, como o oponente, o nomeado à autoria, o denunciado à lide e o chamado ao processo.

Consiste, portanto, segundo Pontes de Miranda, num [...] conjunto de comunicações (julgamento de fato) da parte, autor ou réu, para dizer o que sabe a respeito do pedido, ou da defesa, ou das provas produzidas ou a serem produzidas de que se sirva o juiz para o seu convencimento”.²⁶

Classicamente o depoimento pessoal tem o interesse em de obter a confissão. Ocorre que o contato direto entre o julgador e o depoente permite que fatos, em benefício do próprio depoente, sejam aclarados ou mesmo fortalecidos. Sem a intermediação do advogado, é possível que o julgador, pelo olhar, postura e nervosismo, perceba fatos antes eclipsados. Nesse tom, explica o professor Daniel Assumpção:

• 67 •

Ocorre, entretanto, que o contato pessoal do juiz com as partes pode, em razão da aplicação do livre convencimento motivado do juiz, esclarecer alguns fatos que não tenham chegado ao seu conhecimento somente após o filtro do patrono que subscreve as peças processuais. Não seria absurdo, portanto, imaginar uma situação em que o depoimento pessoal favoreça a parte que o prestou, devendo o juiz, entretanto, sempre levar em consideração o interesse direto da parte em se sagrar vitoriosa na demanda.²⁷

Não se deve confundir, nessa linha de intelecção, o depoimento pessoal com o interrogatório. Enquanto o aquele pende de pe-

26 *Apud* DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Bahia: Juspodvim, 2008. p. 101. v.2.

27 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São PAULO: Método, 2013, p. 437.

dido da parte contrária para se realizar, objetiva a confissão e o esclarecimento dos fatos e ocorre uma única vez durante a audiência de instrução e julgamento; este (o interrogatório) decorre do poder instrutório do julgador, o qual para esclarecer os fatos da demanda, a qualquer momento, questiona as partes.

Vê-se, por isso, que o depoimento pessoal, como um meio de prova que visa atingir a verdade possível no processo, não permite que haja depoimentos por procuração²⁸. A pessoalidade e a indelegabilidade são princípios que marcam esse meio de prova. Ora, se a subjetividade e a falibilidade da memória humana já não permitem que os fatos sejam reconstruídos com global segurança pretérita, permitir que terceiros, por procuração, depusessem no lugar da parte, afastaria ainda mais a concretização da verdade possível.

• 68 •

4.8.2 Exibição de documento ou coisa

A exibição de coisa ou documento, disciplina nos artigos 396 a 404 do Código de Processo Civil, consiste num meio de prova usado

28 AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALTA DE INTIMAÇÃO PARA MANIFESTAÇÃO SOBRE CONTESTAÇÃO E RECONVENÇÃO. INOCORRÊNCIA. DESÍDIA DO AUTOR/AGRAVANTE. DEPOIMENTO PESSOAL. PROCURAÇÃO PÚBLICA PARA REPRESENTAÇÃO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA QUE DEVE SER APRECIADO PELO JUIZ DE ORIGEM. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Ação anulatória de multa condominial c/c indenização por danos morais. Nulidade decorrente da falta de intimação do autor/agravante para manifestação sobre contestação e resposta à reconvenção. Inocorrência. 2. Documentos apresentados que demonstram que o autor foi devidamente intimado acerca dos referidos atos processuais. Nome da patrona subscritora do recurso que, inclusive, constou da publicação no D.J.E. Desídia da parte verificada. 3. Existência de outras decisões contínuas no processo, com relação às quais também não se manifestou o ora recorrente, nem apresentou qualquer insurgência. 4. Procuração pública apresentada na audiência de instrução e julgamento para representação do autor pela sua esposa. Inadmissibilidade. Mandatária que não é parte no processo. Depoimento pessoal. Ato personalíssimo. Cópia do instrumento de mandato que sequer instrui o agravo. 5. Pedido de tutela antecipada que deve ser apreciado pelo MM. Juiz de origem, sob pena de supressão de instância. 6. Agravo de instrumento não provido. (TJ-SP - AI: 1289423620128260000 SP 0128942-36.2012.8.26.0000, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 18/10/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/10/2012)

quando a parte pretende produzir a prova através de documento ou coisa que não estão em seu poder e para isso requer em juízo a sua exibição.

Exibir, por esse ângulo, significa colocar a coisa ou documento em contato visual, de forma que flexibiliza o direito de propriedade do sujeito que possui a coisa ou documento com o fito que sejam exibidos em juízo. Não se confunde com a busca e apreensão, uma vez que quem detém a coisa ou documento o faz de maneira legítima. Porém, a sua exibição temporária será um caminho de atingir com maior firmeza a verdade possível.

Tanto é assim que a finalidade desse meio de prova, que, sublinha-se, deve ser identificada de maneira individualizada, serve tanto para analisar a pertinência do pedido quanto para presumir a veracidade dos fatos alegados pela não-exibição (artigo 400 do Código de Processo Civil), caso aquele que possua a coisa ou documento seja a parte contrária, que ao não exibir, “esconde” a possível verdade alegada.

Na mesma linha de raciocínio, não pode a parte contrária ser prejudicada se um terceiro não exhibe a coisa ou documento requeridos em ação incidental de exibição.

4.8.3 Prova documental

A prova documental, regulada nos artigos 405 a 438 do Código de Processo Civil, acopla o conceito amplo de documento, eis que, pelo direito pátrio, qualquer coisa que possa representar um fato é documento²⁹. Não precisa, sequer, ser algo escrito, pois fotografias e mapas, por exemplo, são documentos.

29 NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São PAULO: Método, 2013, p. 453.

Ocorre que não é porque existe um documento que fala acerca de determinado fato que este resta comprovado e indiscutível. Como já falado em linhas anteriores, a verdade é um ponto inatingível e inalcançável e reconhecendo que declarações constantes em documentos são produtos da ação do ser humano, sabidamente o legislador, não atribui a presunção absoluta acerca da verdade dos documentos públicos ou particulares.

Quanto aos documentos públicos, o artigo 405 do Código de Processo Civil ensina que “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença”. Assim,

[...] em razão da fé pública que reveste os atos estatais, sempre que o documento for produzido por funcionário público *latu sensu*, haverá uma presunção de veracidade quanto a sua formação e quanto aos fatos que tenham ocorrido na presença do oficial público. Essa presunção é relativa, podendo ser afastada por outros meios de provas.

• 70 •

Percebe-se que a presunção é relativa, justamente por reconhecer que a fé pública não garante a verdade, afinal o escrivão, o tabelião ou funcionário pode declarar que determinado fato ocorreu na sua presença, mas tal fato pode não ter ocorrido ou, pelo menos, não da maneira declarada.

Nesse caminho a jurisprudência pátria perfilha entendimento:

CERTIDÃO – FÉ PÚBLICA – INSUBSISTÊNCIA. A fé pública da certidão gera presunção de veracidade, sempre sujeita a condição resolutiva – a prova da erroia subjetiva ou objetiva – que, vindo à balha, a torna, sob o ângulo jurídico, insubsistente. (STF - RMS: 28056 RS , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 26/04/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-090 DIVULG 13-05-2011 PUBLIC 16-05-2011 EMENT VOL-02522-01 PP-00061).

Quando o documento é particular, a presunção absoluta também não vigora. Nesse prisma, o artigo 408 do Código de Processo Civil assevera que “As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário”. E mais. O parágrafo único deste artigo sublinha que a declaração no documento particular somente prova que a declaração foi feita, mas não confirma a veracidade do que é declarado.

Côncio da possibilidade de o documento, público ou particular, apontar fato que não corresponde ao mundo real, existe o instituto do incidente de falsidade documental, o qual pretende comprovar falsidade material de um documento.

4.8.4 Prova testemunhal

• 71 •

Disciplinada do 442 ao 463 do Código de Processo Civil, a prova testemunhal é um tipo de prova oral, assim como o depoimento pessoal, mas se traduz na oitiva de terceiros e não das partes do processo. Geralmente se refere às testemunhas que presenciaram o fato trazido à apreciação judicial.

Existem três tipos de testemunhas: a presencial, que assistiu ao fato; de referência, aquela que ouviu falar acerca dos fatos e não é usada como prova, mas como indício (prova indireta); e referida, testemunha que é mencionada por outra testemunha.

Ocorre que a prova testemunhal muitas vezes é desprestigiada seja pela falta de memória, seja pela dificuldade em reproduzir fatos pretéritos pelo ser humano, seja, ainda, pelas diferentes percepções que cada pessoa pode ter acerca dos mesmos fatos, tendo em vista que cada ser possui experiências de vida, medos, crenças e ideias próprias, podendo alterar o mundo real pelo que mais, subjetivamente, lhe interessa.

Nessa linha, já afirmou Francis Bacon que

A compreensão humana não é um exame desinteressado, mas recebe infusões da vontade e dos afetos, disso se originam ciências que podem ser chamadas “ciências conforme a nossa vontade”. Pois um homem acredita mais facilmente no que gostaria que fosse verdade. Assim, ele rejeita coisas difíceis pela impaciência de pesquisar; coisas sensatas porque diminuem a esperança; as coisas mais profundas da natureza, por superstição; a luz da experiência, por arrogância e orgulho; coisas que são comumente aceitas, por deferência à opinião do vulgo. Em suma, inúmeras são as maneiras, e às vezes imperceptíveis, pelas quais os afetos colorem e contaminam o entendimento.³⁰

• 72 • Por isso, importante assegurar que decisões podem ser justas baseadas em testemunhas, mas não quer dizer que a instrução atingiu grau de certeza absoluta (utopia) acerca do passado.

Diante da subjetividade que circunda as afirmações de uma testemunha há a acareação (artigo 461, inciso II do Código de Processo Civil), com o intuito de chegar a um consenso acerca do que realmente ocorreu diante de narrações conflitantes; e a contradita (artigo 447 do Código de Processo Civil³¹), através da qual busca-se

30 SAGAN. Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 200.

31 Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz reputar necessária ao julgamento do mérito;

que testemunhas suspeitas, impedidas ou incapazes não sejam ouvidas como testemunhas.

É que o legislador reconhece que quando existe estreita relação entre a parte e a testemunha, há uma tendência humanamente aceitável e esperada que o seu testemunho seja tendencioso e, por vezes, distante da realidade. Não por outro motivo, o artigo 448, no inciso I, do Código de Processo Civil assegura que “A testemunha não é obrigada a depor de fatos que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou na colateral, até terceiro grau”.

4.8.5 Prova pericial

A prova pericial consubstancia prova técnica que exige, por isso, conhecimento técnico específico. Por ser mais complexa, demorada e cara só é deferida quando necessária para esclarecimento da demanda e pode ser realizada através de exame, vistoria e avaliação.

• 73 •

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º São suspeitos:

I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;

II - o que tiver interesse no litígio.

§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:

I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Art. 449. Salvo disposição especial em contrário, as testemunhas devem ser ouvidas na sede do juízo.

Parágrafo único. Quando a parte ou a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la.

O perito, para evitar conclusões tendenciosas, deve ser pessoa de confiança do juízo, sendo a vontade das partes irrelevante.

Porém, não se espera, por ser o perito um *expert* nos conhecimentos acerca do objeto da prova, que seja ele um ser superior, isento de influências emocionais. Não é o perito o dono da verdade. Tanto que as partes precisam ser intimadas para indicar assistentes técnicos (artigo 465 do Código de Processo Civil), para ter ciência do dia e hora de realização da perícia (artigo 474 do Código de Processo Civil) e para impugnam, caso queiram, o laudo pericial.

No mais, o juiz não está vinculado às conclusões periciais (artigo 479 do Código de Processo Civil), podendo formar convencimento diverso baseado em outras provas constantes nos autos, mais um argumento que demonstra que não existe um caminho definido e preexistente para definir como se encontrará a verdade possível processualmente³².

• 74 •

4.8.6 Inspeção judicial

A inspeção judicial, regulada no Código de Processo Civil no artigo 481 ao 484, possui natureza subsidiária, uma vez que é realizada quando os outros meios de prova se esgotam e se dá quando o juiz diretamente faz análise sobre os bem imóvel, móvel, pessoas e lugar.

32 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONDUCTA CULPOSA NÃO COMPROVADA. REVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. LAUDO PERICIAL. NÃO VINCULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. É inviável a revisão do entendimento exarado pelo tribunal de origem acerca da comprovação da conduta culposa, pois demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de recurso especial, ante o óbice contido na Súmula nº 7/STJ. 2. O juiz não está vinculado ao laudo pericial, porque na aplicação da lei processual vigora o princípio da persuasão racional, por meio do qual o juiz aprecia livremente a prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, indicando os motivos que lhe formaram o convencimento. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no Ag: 1313964 SP 2010/0096626-8, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 23/10/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/10/2012)

Feita diretamente pelo julgador, o qual unirá suas impressões pessoais e sua maneira enxergar o mundo para ler a prova.

4.9 Limites às provas: Rejeição às ilicitudes e proteção aos direitos fundamentais

O direito de produção de prova, constitucionalmente garantido, não possui caráter absoluto e irrestrito.

Em síntese, é preciso, de maneira preliminar, advertir que existem restrições apresentadas no próprio Código de Processo Civil, impondo limites a meios lícitos de provas, mas que tutelam a segurança jurídica, a intimidade e o sigilo profissional.

O Estado Democrático de Direito não admite, pelo exposto, a busca da verdade a qualquer preço, a qualquer custo, de forma que o julgador também não admite provas ilícitas como meio de argumentação e convencimento.

É imperioso traçar o perfil jurídico de uma prova ilícita:

As provas ilícitas caracterizam-se por ofender a norma de direito material (Constituição Federal ou norma infraconstitucional de cunho substancial), não se confundindo com as provas ilegítimas, que são aquelas obtidas com desrespeito às normas de direito processual. Ambas, pertencem, portanto, a um gênero comum: as provas ilegais.³³

Prevalece o entendimento de que não são admitidas as provas ilícitas e as derivadas dela, por proibição constitucional expressa, embora já exista entendimento doutrinário marcante no sentido de que deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade, para avaliar os bens jurídicos envolvidos.

33 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 10ª ed. Salvador: Juspodium, 2012, p.794.

De forma sintática, pode-se afirmar que existem quatro principais correntes no que tange a (in)admissão das provas ilícitas:

1) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime cometido (Cordero, Tomaghi, Mendonça Lima); 2) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita •no âmbito processual (Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso, Pestana de Aguiar); é inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (Cappelletti, Vigoriti, Comoglio); 0) admite-se a produção de prova obtida em violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetivando-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel, Ilermano Duval, Camargo Aranha, Moniz Aragão).³⁴

• 76 •

Literalmente, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, assevera que não serão admitidas no processo as provas obtidas através de meios ilícitos, numa tentativa de evitar que, no afã de convencer o julgador, as partes se valham de meios que atentem direitos fundamentais, tais como intimidade e privacidade.

Sobre a norma constitucional proibitiva ensina Marinoni:

[...] o art. 5º, LVI, da CF não vedou a violação do direito material para a obtenção da prova – pois isso já está proibido por outras normas –, mas proibiu que tais provas tenham eficácia no processo. Por outro lado, não é correto imaginar que a proibição da prova ilícita surgiu da necessidade de se garantir a

34 FERNANDES, Antonio Scàrance. **Processo penal constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90.

descoberta da verdade no processo, pois não se pode ignorar que alguém pode se ver tentado a obter uma prova de forma ilícita justamente para demonstrar a verdade. Na realidade, se tais provas não implicassem na violação de direitos, a busca da verdade deveria impor a sua utilização no processo.³⁵

O STJ, sobre o tema, já apresentou jurisprudência na qual não admite prova ilícita para formar o convencimento do julgador, uma vez que prevaleceu a tutela ao direito à intimidade:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ESCUTA TELEFÔNICA. GRAVAÇÃO FEITA POR MARIDO TRAIIDO. DESENTRANHAMENTO DA PROVA REQUERIDO PELA ESPOSA: VIABILIDADE, UMA VEZ QUE SE TRATA DE PROVA ILEGALMENTE OBTIDA, COM VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE INDIVIDUAL. RECURSO ORDINARIO PROVIDO. I - A IMPETRANTE/RECORRENTE TINHA MARIDO, DUAS FILHAS MENORES E UM AMANTE MEDICO. QUANDO O ESPOSO VIAJAVA, PARA FACILITAR SEU RELACIONAMENTO ESPURIO, ELA MINISTRAVA "LEXOTAN" AS MENINAS. O MARIDO, JA SUSPEITOSO, GRAVOU A CONVERSA TELEFÔNICA ENTRE SUA MULHER E O AMANTE. A ESPOSA FOI PENALMENTE DENUNCIADA (TOXICO). AJUIZOU, ENTÃO, AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA, INSTANDO NO DESENTRANHAMENTO DA DECODIFICAÇÃO DA FITA MAGNETICA. II - EMBORA ESTA TURMA JA SE TENHA MANIFESTADO PELA RELATIVIDADE DO INCISO XII (ULTIMA PARTE) DO ART. 5. DA CF/1988 (HC 3.982/RJ, REL. MIN. ADHEMAR MACIEL, DJU DE 26/02/1996), NO CASO CONCRETO O MARIDO NÃO PODERIA TER GRAVADO A CONVERSA A ARREPIO DE SEU CONJUGE. AINDA QUE IMPULSIONADO POR MOTIVO RELEVANTE, ACABOU POR VIOLAR A INTIMIDADE INDIVIDUAL DE SUA ESPOSA, DIREITO GARANTIDO CONS-

• 77 •

35 MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 394. v.2.

TITUCIONALMENTE (ART. 5., X). ADEMAIS, O STF TEM CONSIDERADO ILEGAL A GRAVAÇÃO TELEFÔNICA, MESMO COM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (O QUE NÃO FOI O CASO), POR FALTA DE LEI ORDINARIA REGULAMENTADORA (RE 85.439/RJ, MIN. XAVIER DE ALBUQUERQUE E HC 69.912/RS, MIN. PERTENCE). III - RECURSO ORDINARIO PROVIDO. (STJ - RMS: 5352 GO 1995/0003246-5, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 27/05/1996, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.11.1996 p. 46227 LEXSTJ vol. 93 p. 314 RSTJ vol. 90 p. 359).

• 78 •
Porém, nenhuma norma constitucional pode ser vislumbrada em caráter absoluto, até porque num estado democrático não existem valores constitucionais absolutos, reinantes, tendo em vista que é preciso manter uma harmonização do sistema em busca do equilíbrio entre os diversos interesses que são tutelados constitucionalmente, inclusive o direito à prova.

Como resposta a necessidade de equilíbrio entre os diversos interesses fundamentais, inclusive os que se confrontam diante de uma prova ilícita apresentada no processo, o princípio da proporcionalidade aparece.

É certo que ao aplicar um princípio constitucional da proporcionalidade é preciso confrontar valores e bens que estão guerreando na seara jurídica, de forma que, no caso fático, seja definido qual valor jurídico irá prevalecer, com a preocupação, é claro, de evitar o sacrifício total de uns em benefício dos outros. Essa balança jurídica consubstancia a essência do princípio da proporcionalidade, do qual emanam diretamente “as idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excessos, direito justo e valores afins”³⁶.

36 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.181.

Nesse tom, pontua Robert Alexy:

[...] a composição (modulação) de princípios guia-se pela proporcionalidade, em que a norma mais fraca pode ser afastada apenas à medida que pareça necessário do ponto de vista lógico e sistemático; em todo, tem-se de respeitar seu conteúdo de valor fundamental concreto.³⁷

O princípio da proporcionalidade, por esse prisma, orienta o intérprete/concretizador diante do conflito de princípios, de direitos que possuem igual hierarquia normativa e se consagra como o “princípio dos princípios”, que, conectado com o princípio da dignidade da pessoa humana, tem o compromisso de orientar a concretização dos mandamentos jurídicos e agasalhar o Estado Democrático de Direito.

• 79 •

Denominado pela doutrina alemã de “mandamento da proibição dos excessos”³⁸, o princípio da proporcionalidade encontra-se numa categoria de princípios inseridos nas reflexões hodiernas em que os Direitos Fundamentais têm lugar exponencial, porque foram esses direitos que criaram o fio de ligação entre o Direito Constitucional e o princípio da proporcionalidade.

Por este espeque, guiado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio em destaque, vai à busca do faticamente possível, mesmo que este importe em desvantagens para interesses coletivos ou individuais, quando outras vantagens vislumbradas superem, no caso concreto, as desvantagens.

37 *Apud* ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Primeira tiragem, 1999. Segunda tiragem (com acréscimos), 2003, p.41.

38 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOULCAUT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.). **Hermenêutica plural**. Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 405.

Para falar sobre a magnitude do princípio, Barroso disserta que:

O princípio da razoabilidade- proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não estar expressa na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias do devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.³⁹

• 80 •
Do exposto até aqui, vê-se que o princípio da proporcionalidade implica no “sopesamento” tanto dos valores colocados em confronto e na escolha do que prevalece no caso analisado, vedando absurdos jurídicos ou injustiças injustificáveis.

De forma breve, resume Cistriano Chaves:

[...] é a ponderação de interesses no caso concreto que deverá nortear a decisão judicial, desbravando o caminho a ser percorrido (à luz dos princípios constitucionais, especialmente a dignidade humana, que serve de mola propulsora de todo o sistema), prestigiando o valor jurídico mais relevante. Assim, excepcionalmente, poderá a prova ilícita ser admitida em juízo cível, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, se o bem jurídico a ser protegido superar a privacidade, justificando o sacrifício desta.⁴⁰

39 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 305.

40 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 10ª ed. Salvador: Juspodium, 2012, p. 797.

4.10 A verdade se constrói pela argumentação e regras

Fernando Pessoa⁴¹ sabiamente já dizia:

[...] encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado. Cada um me contou a narrativa de por que se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era que um via uma coisa e outro outra, ou um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro. Mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade.

• 81 •

Nesse contexto, um resumo de ideias da Nova Era, tirado de Theodore Schick Júnior e Lewis Vaughn, assevera que:

Não há verdade objetiva. Nós criamos a nossa própria verdade. Não há realidade objetiva. Nós criamos a nossa própria realidade. Há formas de conhecimentos interiores, míticas ou espirituais que são superiores às nossas formas comuns de conhecimento. Se uma experiência parece real, ela é real. Se uma ideia nos parece correta, ela é correta. Somos incapazes de adquirir da verdadeira natureza da realidade. A própria ciência é irracional ou mística. É apenas outro credo, outro sistema de crença ou outro mito, e não tem mais justificação do que qualquer um dos outros. Não importam que as convicções são verdadeiras ou não, desde que elas sentido para você.⁴²

41 Apud LAMAS, Livia Paula de Almeida. Visões críticas sobre a prova e sua relação com a verdade no processo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11103&revista_caderno=21>. Acesso em mar 2014.

42 SAGAN. Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 244.

A verdade, pois, é alvo e inspiração de constantes debates na vida cotidiana e nos Tribunais pátrios. Ora, se a questão aflige filósofos desde a Antiguidade, o dilema é enfrentado julgadores a todo instante.

Assim, atingir a verdade, a natureza da realidade representa uma tarefa inacessível às pretensões humanas mais audaciosas, de forma que quando o Magistrado precisa sentenciar, é necessário que se convença acerca da “verdade” referente ao caso para, conseqüentemente, formar o seu convencimento e aplicar a norma que entender cabível para o caso. E o instrumento para alcançar a verdade processual são as provas.

• 82 •
Não que nas provas, diga-se, encontrem-se os fatos em reprise exata, mas com elas é possível que os juízes selecionem as informações relevantes para resolver a questão, consciente que o processo precisa de uma resposta em tempo razoável. Mas não só. A resposta jurisdicional prescinde de fundamentos, através de uma argumentação racional, baseados num conjunto probatório que respeite as regras processuais.

Recorda-se, inclusive, que tanto a fundamentação das decisões quanto a duração razoável do processo são protegidos constitucionalmente e, portanto, segundo Konrad Hesse, possuem força normativa⁴³.

Do contrário, em busca de uma utópica ideia de verdade, o julgador permaneceria num perene estado de busca, diante do turbilhão de possibilidades que o mundo fático e a imaginação permitem. Dessa maneira, sem ser cético demais, nem crédulo demais, o julgador precisa olhar o caso e as provas construídas para, com argumentos, decidir o caminho a seguir.

43 De acordo com a Teoria da Força Normativa da Constituição, a própria Constituição, sem deixar de lado os fatores históricos e sociais, tem uma vontade que deve orientar os pressupostos da *práxis* e da interpretação jurídica, posto que o Texto Magno não se reduz a um rol normativo de intenções, mas um verdadeiro dever ser, que prega pela força ativa do conteúdo constitucional.

Repita-se, não se vislumbra uma visão única da realidade, como Newton fez ao comparar o universo com um relógio, nos quais os movimentos orbitais dos planetas ao redor do sol seriam regulares, previsíveis e descritos com alta precisão⁴⁴, de maneira que as provas permitem que o julgador ofereça um ponto final(?), uma solução jurídica para aquele tempo e espaço vividos pelas partes.

Ora,

A função da prova no âmbito processual é de extrema relevância, pois se para o perfeito cumprimento dos escopos da jurisdição é necessária a correta incidência do direito aos fatos ocorridos e, se para aplicação do direito material é imperioso o conhecimento dos fatos, resta lógica a atenção que merece a análise da matéria fática no processo.⁴⁵

• 83 •

Nessa linha, a importância da prova para legitimar a decisão e atingir um contexto fático processualmente possível não se questiona. Mas, é crucial o julgador ter em mente que as provas não falam sozinhas, pendem de uma interpretação, que baseado em critérios racionais, sustenta os argumentos decisórios.

O julgador, nesse ângulo, não pode se identificar com uma solução dogmática apriorístico e fechar os olhos para as demais possibilidades, mas sim, dialogar com os argumentos para construir a verdade.

Sobre a argumentação na construção da verdade, destacam-se as ideias da filosofia moderna de Jürgen Habermas, o qual “[...] compreende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos

44 SAGAN. Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 267.

45 FIGUEIREDO. Simone Diogo Carvalho. **A busca pela verdade real no processo civil**. Disponível em: < <http://www.fatonotorio.com.br/artigos/ver/304/a-busca-pela-verdade-real-no-processo-civil>>. Acesso em: 20 dez. de 2013.

cognoscentes. A “verdade” não se descobre, mas se constrói através da argumentação”.⁴⁶

Segundo a teoria de Habermas, explica Sérgio Cruz Arenhart, que o ponto nuclear do posicionamento não é nem o sujeito nem o objeto, mas o discurso, produzido pelo homem através da linguagem, em busca de um consenso. O que permite afirmar que

A verdade e a legitimidade não são conceitos absolutos, de validade plena e eterna. Ao contrário, resultam do *consenso discursivo*. Há deslocamento da formação da verdade em relação às proposições fáticas e da legitimidade em relação às proposições normativas para a intersubjetividade. A verdade é algo necessariamente provisório, apenas prevalecendo enquanto se verificar o consenso.⁴⁷

• 84 •

Enxergar a argumentação como mecanismo para produção de decisão seria como enxergar que

Individualmente, esses modelos emergem numa espécie de diálogo do indivíduo consigo mesmo, debate, no qual - existencialmente condenado a decidir entre múltiplas alternativas, que a todo instante a vida coloca à sua frente - o homem, *animal hermeneuticum*, antes de lançar à frente, dá um passo para trás, articula sua experiência, interpreta o cenário e, afinal, escolhe a saída que, nas circunstâncias, parece-lhe mais adequada.⁴⁸

46 ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL. Acesso em 20 de dez de 2013.

47 ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL. Acesso em 20 de dez de 2013.

48 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 150.

No mundo jurídico, ao se exigir fundamentação para as decisões dá-se uma garantia ao jurisdicionado, uma vez que, mesmo sem comprometer o livre convencimento do julgador e a sua liberdade ao aplicar as normas, exige-se que a solução seja uma solução racional do ordenamento jurídico e não uma arbitrariedade, apta a comprometer o Estado Democrático de Direito, de forma que o juiz não é mero portador das leis, mas realiza o direito no caso concreto através do diálogo consigo mesmo e com as partes, expondo sua decisão com a lógica do convencimento.⁴⁹

É claro que a argumentação jurídica não está livre ao ponto de deixar de lado a dogmática que envolve o tema e é imprescindível para garantir um processo devido que alimenta o contraditório e não permite surpresas.

Logo, o respeito aos prazos para indicar as testemunhas, ao momento de produzir provas documentais, a possibilidade de condução coercitiva de testemunha intimada que não comparece ao chamamento judicial, a possibilidade de formular quesitos para o perito, de indicar assistente técnico, ou mesmo de arguir falsidade documental, são maneiras de produzir o diálogo processual em busca da formação do argumento, baseado nas provas, que gere convencimento e segurança.

Lembra-se, aqui, dos papéis de dois sujeitos processuais, o advogado e o juiz. Enquanto o advogado traduz as normas de maneira mais favorável ao seu cliente; o juiz resolverá o caso, com a autoridade oriunda de sua jurisdição, de acordo com a interpretação que, aos seus olhos, possuem os melhores argumentos.

Mas não raramente, a vida se diverte com as previsões legais. No plano dos fatos, há mais acontecimentos surpreendentes do que normas tranquilizadoras. A resposta judicial, neste caso, não é imediata, devendo o intérprete-aplicador dialogar consigo mesmo

49 Idem. *Ibidem*, p. 151.

(sua conceitos e ideias, frutos da pré-compreensão) e com os outro (precedentes, doutrina) para decidir fundamentadamente o caso estampado a partir da aplicação da norma geral no caso particular,

[...] uma tarefa de desocultamento ou de fixação de significados que, até certo ponto, permanecem escondidos, mas também como um esforço de mediação/superação desse abismo entre a generalidade da Lei e da situação jurídica emergente dos casos particulares, uma distância tão grande que Gadamer chega a considerá-la essencialmente insuperável.⁵⁰

• 86 •
Cabe falar que Kelsen já argumentou que quando um órgão se pronuncia sobre o conteúdo de uma norma, por exemplo, quando o juiz determina o sentido de uma lei no processo de aplicação, produz um enunciado normativo.⁵¹ Adverte-se que não se busca com tal afirmação transformar o intérprete em “senhor da verdade”, mas apenas acabar com a necessidade imediata de dar uma resposta aos conflitos sociais, afinal, o sistema precisa se fechar (necessidade lógica), e o estado de ansiedade daqueles que pleiteiam uma demanda judicial deve ser sempre minimizado (necessidade axiológica).

Não se deve, porém, ficar tenso com a ideia de que um novo direito seja criado a cada caso concreto, a cada interpretação, pois, assim, o juiz usurparia as funções do Poder Legislativo. Nesse particular,

[...] não somente no âmbito da jurisdição constitucional, mas também no âmbito da jurisdição ordinária, que se der ao trabalho de compulsar os repertórios da jurisprudência e comparar as decisões *divergentes* de um mesmo texto legal não terá dificuldade em chegara idêntica conclusão, o que nos

50 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

51 *Apud* FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 228.

leva a imaginar a existência de um *acordo tático*- alguns chegam a falar em cumplicidade-, entre legisladores e juizes, a que não falta o aval da doutrina, por força de cujas cláusulas, em obediência a natureza das coisas e ao princípio da separação dos poderes, o Parlamento continua com o monopólio da redação das leis, mas o Judiciário fica liberado para interpretá-las *criativamente*, de preferência se o fizer reafirmando que a sua *leitura* não ultrapassa o *sentido literal possível* [...].⁵²

Sem esse acordo é certo que o direito não se realizaria, uma vez que norma e enunciados não falam por si, não são *prêt-à-porter* e para usar as palavras de Gadamer “[...] nenhuma norma geral faz justiça a casos particulares.”⁵³

Sobre a importância do debate em torno das provas colhidas e dos argumentos colocadas dentro de uma discussão jurídica concreta, ensina Cristiano Chaves:

Trata-se, pois, de um elemento argumentativo e dialético, utilizado pelo interessado (em senso amplíssimo), para influir no estado de convencimento do magistrado. Serve a prova, assim, como fundamento, lastro necessário, para a demonstração de determinadas situações (existência ou não de um contrato, por exemplo) e deliberação sobre determinados acontecimentos (decisão judicial resolvendo um conflito de interesse).⁵⁴

Isso não justifica, porém, que ideias totalmente divergentes da cultura espaço-temporal sejam aceitas. Ora, o intérprete pode ser

52 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 114.

53 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação constitucional e seus aspectos da interpretação tradicional**. Disponível em: <<http://www.yidio.com/lus-roberto-barroso-fala-sobre-interpretacao-constitucional-na-aula-magna/id/1384189432>>. Acesso em: 03 ago.2013.

54 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 10ª ed. Salvador: Juspodium, 2012, p. 773.

original e decidir sem precedentes na doutrina e na jurisprudência, desde que, frisa-se, satisfaça legalmente e socialmente, pois uma sentença que não convence é morta.

A propósito, Mario Henrique Simas já afirmou: “[...] há um limite para de vôo do trapezista, leia-se, julgador, e ele sempre cai quando pensa que voa (a decisão judicial desfocada da comunidade é suicida). Conclui-se, assim, que o intérprete-aplicador nem deve (nem pode) ser submisso à jurisprudência, nem ser um vanguardista descolado do momento vivido e com as provas que foram produzidas nos autos”⁵⁵

Dessa maneira, se um dia Isaac Asimov, ao escrever o conto A última Pergunta, descreveu um mundo em que o homem já conhecia com certa intimidade outros planetas, a viagem interestelar era possível, e havia uma máquina capaz de responder perguntas instigantes, mas que quando perguntada acerca do que ocorreria quando a energia das estrelas acabasse, ou melhor, quando o caos fosse inevitável, respondia que não havia dados suficientes para uma resposta significativa. Com a resposta acerca da verdade ocorre o mesmo.

Ora, o homem não deve esperar que no seu estágio evolutivo máximo alcance a verdade perene sobre o mundo e os fatos, ideia criado durante o sono de Newton. Não deve esperar, assim, que com as provas, para usar a ideia do conto, os dados, sejam suficientes para revelar a verdade final acerca do que se discute nas lides. Do outro lado, como decidir é uma tarefa que não escapa ao julgador, devendo ele coletar, com procedimento pré-estabelecido e que respeito o contraditório, as provas relevantes para formar seu entendimento racional capaz de legitimar a decisão tanto para as partes quanto para a sociedade.

55 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação constitucional e seus aspectos da interpretação tradicional**. Disponível em: <<http://www.yidio.com/lus-roberto-barroso-fala-sobre-interpretao-constitucional-na-aula-magna/id/1384189432>>. Acesso em: 03 ago.2013

Dessa forma, pertinente é trazer à baila um exemplo jurisprudencial para “comprovar” que não há verdade perene. Pois bem.

O moveção terreno das decisões jurídicas, antes de ser uma revolução, trata-se de uma necessidade própria do movimento perene de construção e de reconstrução do oceano social e de um compromisso com a preservação da vida organizada. O intuito desse processo é nítido e revela que o conceito de certo, justo, legal e verdadeiro não são gélidos e glaciais perante a realidade motivante, cujas intrigas, histórias e discussões se renovam e a possibilidade de discutir e promover a dialética sobre os diversos temas abrem caminhos para novas verdades.

Para entender concretamente as mudanças de paradigmas na seara jurídica, será explanado nas linhas seguintes o itinerário de decisões do Supremo Tribunal Federal quanto à prisão civil do depositário infiel.

Brasil. Ano: 1974. Vigor (diga-se, já em crise) do Regime Militar oriundo do Golpe de 1964. Presidente da República Federativa do Brasil: o General Ernesto Geisel. Égide da Constituição de 1967 já com as mudanças oriundas da Emenda nº 01/69⁵⁶. Eficácia plena do Decreto 911/69⁵⁷ que permitia a conversão da ação de busca e apreensão em depósito no teor da antiga redação prevista no seu art. 4º⁵⁸, o que para, a Suprema Corte, justificava a legalidade de pri-

56 É sabido que muitos doutrinadores consideram que com a Emenda nº 01/69 surgiu uma nova Constituição devido à mudança substancial no texto anterior.

57 GOMES, Magno Federici. **Da inconstitucionalidade do decreto lei nº 911/69**. Disponível em http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:LyBjeB7bOkJ:www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/magno_federici_gomes2.pdf+Decreto+Lei+n.º+911/69,+antiga+reda%C3%A7%C3%A3o+perimitia+pris%C3%A3o+civil&hl=ptR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEShuhNUJt6OyMueb56IH3TqAK9MKYVJQb-jfhfDt9vXUpjKv3lL6LpUTzrYPYHcruXFHNCFoqDoWGeQDvOxVHqtODPjdlWON7bx-neNm5mR9A5qKoQMGPARYqkee5hw1y4&sig=AHIEtbR_FcdfdM0MVZPi8oXyraD. Acesso em: 02 set. 2013.

58 Art. 4º. Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I,

são para o depositário infiel⁵⁹. Presidente do STF: Eloy da Rocha⁶⁰. STF. Data: 12/03/1974. Pauta: Julgamento do HC 51969/SP - São Paulo. **Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator (a): Ministro Bilac Pinto. Publicação** DJ 07-06-1974. Interpretação dominante: Legalidade da prisão civil do depositário infiel:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE DEPÓSITO. PRISÃO CIVIL. **LEGITIMIDADE DA PRISÃO DO DEVEDOR FIDUCIANTE**, QUE É CONSTITUÍDO DEPOSITÁRIO PELA PRÓPRIA LEI. PRECEDENTES DO S.T.F. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. (grifou-se)

Brasil. Ano: 1984. Égide da Constituição de 1967. Surge o movimento das Diretas Já⁶¹. Presidente da República Federativa do Brasil: o Militar João Figueiredo. Eficácia da Súmula 619/84⁶² que, mesmo não sendo cogente serve de parâmetro para as decisões futuras e ratifica a interpretação, consolidada na jurisprudência da época, de ser legítima a prisão civil do depositário infiel. Presidente do STF: o Ministro Cordeiro Guerra. STF. Data: 04/12/1984. Pauta: Julgamento do RHC 62222/ SP - São Paulo. **Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator(a): Ministro Néri da Silveira. Publicação** DJ 15/12/1984:

do Livro IV, do Código de Processo Civil. (BRASIL. Decreto-Lei 911/1969. Dispõe sobre alienação fiduciária. Disponível em <<http://www.consumidorbrasil.com.br/consumidorbrasil/textos/legislacao/dc911.htm>>. Acesso em: 05 set. 2013).

59 O Decreto não normatizava a aplicação da prisão para o depositário infiel. Essa possibilidade era fruto de interpretação.

60 PRESIDENTES do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/listarPresidente.asp?periodo=stf>>. Acesso em: 02 set. 2013.

61 EVENTOS 1984. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/1984>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 619/84: A prisão civil do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo independentemente da propositura da ação de depósito (revogada). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?jurisprudenciaSumulapina=sumula_60_700>. Acesso em 04 set. 2013.

[...] HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL DE BENS PENHORADOS. PARA DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL, NÃO SE FAZ IMPRESCINDÍVEL INSTAURAÇÃO DE PREVIA AÇÃO DE DEPÓSITO, PODENDO DAR-SE NO PRÓPRIO PROCESSO EM QUE SE CONSTITUI O ENCARGO. SÚMULA 619. QUANDO DA DILIGÊNCIA PARA AVALIAÇÃO DOS BENS PENHORADOS ENTREGUES A SUA GUARDA, O PACIENTE E OS BENS NÃO SE LOCALIZARAM, NÃO OS APRESENTANDO, APÓS, O DEPOSITARIO, NEM O RESPECTIVO VALOR. **EM HABEAS CORPUS, NÃO HÁ, NESAS CIRCUNSTANCIAS, RECONHECER, ILEGALIDADE NA PRISÃO DECRETADA. PEDIDO DENEGADO. RECURSO DESPROVIDO.** (grifou-se).

Brasil. Ano: 1995. Égide da Constituição de 1988. O Brasil tornou-se signatário do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e do Pacto de São José da Costa Rica,⁶³ que impedem prisão para aqueles que não cumprem pactos contratuais, a exemplo do depositário infiel. Presidente da República Federativa do Brasil: o Sociólogo Fernando Henrique Cardoso. Presidente do STF: Ministro Sepúlveda Pertence. STF. Data: 23/11/1995. Pauta: Julgamento do HC 72131/ RJ – Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator (a): Ministro Moreira Alves. Publicação DJ 01/08/2003. Interpretação dominante: considera-se compatível com o ordenamento nacional a prisão civil do depositário judicial infiel, haja vista

• 91 •

63 “O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos – o qual integramos desde 6 de julho de 1992 – e o Pacto de São José da Costa Rica – 25 de Setembro de 1992 – asseveraram respectivamente o seguinte: Art. 11 - Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir uma obrigação contratual. E ainda: Art 7º, §7º: Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. (POMPEO, Wagner Augusto Hundertmarck; MACHADO, Elisandro. **Da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel**: Soberania dos Tratados Internacionais, eficácia das normas constitucionais e os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<http://docs.google.com/qlpocj:www.ufsm.br/revista-direito/eds/v3n2/a1.pdf+AaAtp7pgfw>>. Acesso em: 29 ago. 2013).

que continua sendo possível a equiparação da alienação fiduciária à ação de depósito; os tratados internacionais, mesmo aqueles que versam sobre direitos humanos, possuem *status* de leis ordinárias e o conflito entre o Pacto de São José e o Decreto-Lei nº 911/69 deve ser resolvido pelo critério da especialidade, em favor deste último⁶⁴.

[...] *Habeas corpus*. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - **Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. “Habeas corpus” indeferido**, cassada a liminar concedida. (grifou-se)

• 92 •

Brasil. Ano: 2004. Égide da Constituição de 1988. Promulgada a Emenda nº 45/04, introduziu a possibilidade de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, desde que aprovados por quórum qualificado, idêntico ao necessário para a aprovação de emendas constitucionais, tornarem-se normas constitucionais. Presidente da República Federativa do Brasil: Luís Inácio Lula da Silva. Presidente do STF: Ministro Nelson Jobim. STF. Data: 30/11/2004. Pauta: Julgamento do HC 84484/ SP – São Paulo. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator(a): Ministro Carlos Britto. Publicação DJ 07/10/2005. Interpretação dominante: O Pacto de São José da Costa Rica não fora aprovado pelo quórum qualificado não merecendo ser apontado, nesse prisma, como superador do entendimento

64 PINTO, Jose Guilherme Berman Correa. **(Ainda) a prisão civil do depositário infiel**. Disponível em: < <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:OTkqvVcRO-VUJ:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp%3Fid%3D10857+HC+90.759-MG+EMENTA&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

anterior quanto à prevalência da aplicação da Súmula 619/69 que serve de justificação para a prisão civil de depositário infiel:

[...] HABEAS CORPUS. DECRETAÇÃO DA PRISÃO DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL. MODALIDADE DE SEGREGAÇÃO DA LIBERDADE QUE NÃO DECORRE DE UMA RELAÇÃO CONTRATUAL, MAS, SIM, DO MUNUS PUBLICO ASSUMIDO PELO DEPOSITÁRIO. ALEGAÇÕES DE QUE PARTE DOS BENS PENHORADOS JÁ FOI DESENVOLVIDA E DE QUE O PACIENTE JÁ ESTAVA DESLIGADO DA PESSOA JURÍDICA EXECUTADA. AFIRMAÇÕES NÃO RESPALDADAS PELOS ELEMENTOS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DA MATÉRIA DE FATO. O depositário judicial assume o munus publico de órgão auxiliar da Justiça, pois a ele é confiada a guarda dos bens que garantirão a efetividade da decisão a ser proferida no processo judicial. É o vínculo funcional entre o Juízo e o depositário que permite, verificada a infidelidade, a decretação da prisão deste último. Não se trata, portanto, de hipótese de prisão contratual. É esta a natureza não-contratual do vínculo que faz com que a medida de constrição de liberdade individual se enquadre na ressalva constitucional do inciso LXVII do art. 5º da Constituição da República. As alegações de que parte dos bens já foi devolvida, bem assim de que o depositário judicial já se havia desligado de sua empresa, são contrariadas pelos documentos dos autos, sendo inviável o reexame aprofundado do acervo probatório em sede de habeas corpus. Ordem denegada. (grifou-se)

• 93 •

Brasil. Ano: 2008. Égide da Constituição de 1988. Quatro anos após a promulgação da Emenda nº 45/04. Presidente da República Federativa do Brasil: Luís Inácio Lula da Silva. Presidente do STF: Gilmar Mendes. STF. Data do julgamento: 03/12/2008 em que pese a demanda ter sido distribuída em 15/12/2005 Ressalva-se que esta demora reflete a importância do caso em epígrafe que se transformou num divisor de águas da jurisprudência do STF que, a partir

desta decisão considerou ilícita a prisão civil do depositário infiel. Julgamento do RE 466343/ SP – São Paulo. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator (a): Ministro Cezar Peluzo. Interpretação dominante: considera-se inconstitucional a prisão do depositário infiel “por equiparação” e os Pactos internacionais que versam sobre direitos humanos que não foram aprovados com o quórum qualificado possuem natureza supralegal, ou seja, acima das leis ordinárias.

[...] PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. **Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).** Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (grifou-se)

• 94 •

Nesse ínterim, as novas ondas jurídicas que banhavam a sociedade não permitiam mais a aplicação da Súmula 619/69 (perceba que o que antes era pensamento dominante, agora, deve ser expurgado do ordenamento). Por isso, em dezembro de 2008, no julgamento do HC 87585-TO – Tocantins, em Tribunal Pleno, cujo relator era o Ministro Marco Aurélio, a Súmula retro mencionada restou revogada expressamente.⁶⁵

[...] DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação ali-

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 466343. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 15/12/2008. DJ 20/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=87585&pagina=2&base=baseAcordaos>> Acesso em 20 ago. 2013.

mentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. (grifou-se)

Mas não só. O roteiro de interpretações acerca da (im)possibilidade de prisão civil para o depositário infiel deságua na aprovação de mais uma súmula. Explica-se: A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou no dia 05/03/2010, por unanimidade, a Súmula 419, resultado do projeto do Ministro Félix Fischer, com o intuito de orientar as novas decisões judiciais, *in verbis*: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.⁶⁶

Por fim (?), na consagração desse novo roteiro foi editada a Súmula Vinculante nº 31 do STF com o seguinte teor: “**É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito**”⁶⁷. A pretensão é tornar irrefutável a (nova) interpretação dominante. Mas não se deve esquecer que o caráter vinculante não obriga eternamente a aplicação da súmula, que quando deixar de ser compatível com a sociedade cairá por terra inevitavelmente.

Reconhece o Direito, dessa forma, que suas afirmações não são verdades intocáveis no futuro, mas frutos dos argumentos e provas que trazidos no momento em que o julgador terá que, inevitavelmente, decidir.

• 95 •

66 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 14. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96188>. Acesso em: 05 set. 2013.

67 VIEIRA, Luiz Carlos Furquim. **Súmula vinculante sobre a prisão do depositário infiel.** Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/43210>>. Acesso em: 02 ago. 2013.

CONCLUSÃO

• 96 •

Em linhas conclusivas (?), a concretização do ideário jurídico, baseado no “sono de Newton”, em edificar uma sociedade debruçada em decisões que estabelecem a verdade fixa e exata dos fatos analisados representa uma ilusão. O olhar do processo civil hodierno reconhece a impossibilidade de alcançar a verdade perene, e se desafia a resolver as pretensões resistidas com base naquilo que é possível comprovar processualmente.

Com a garantia de um debate democrático dos argumentos e sob o manto do princípio constitucional do contraditório, o julgador promove a conversa dialética entre provas, argumentos e interpretação com o intuito de alcançar a decisão justa e legítima, com a racionalidade como viga mestra.

A tendência geral, neste prisma, é o fracasso do mundo rotulado, baseado na visão unilateral, e o auge da consciência que mesmo sem tocar na verdade perfeita, a decisão judicial se impõe para os inúmeros conflitos. Dessa forma, caberá buscar a verdade processualmente possível, com a possibilidade de as partes apresentarem provas típicas e atípicas, desde que moralmente admitidas, bem como permitindo ao julgador determinar a produção de provas de ofício.

O objetivo é claro: mesmo que não se reproduza o passado de forma perfeita, é crucial que a decisão não constitua uma mera vontade do julgador, a ditadura de uma opinião ou a ideia ceticista ou religiosa. Ao contrário, é imprescindível que haja provas que embasem o pensamento decisório.



Mas isso não é tudo. A prova em si não tem voz para comprovar esse ou aquele fato, de forma que é crucial promover, por meio da interpretação, a simbiose entre fatos, provas e argumentos.

Das ilusões poéticas ao mundo do possível, a interpretação transforma a prova num fundamento a ser aceito ou descartado no caso concreto, além de indicar **o ponto de partida e ponto de chegada de cada prova do processo.**

Ledo engano, pois, crer que o direito é um exercício manso e pacífico. Na verdade, a ciência jurídica resulta da esperança de superar o perfil meramente retórico das normas e o universo do “reino dos fins” para atingir a concretização dos direitos fundamentais através da interpretação, que como um fio de luz entre a linguagem e o homem, liberta o espírito de intérprete das amarras do passado, num espetáculo imperdível em busca do amanhã.

• 97 •

Interpretar, dessa forma, surge como uma arte da atualização que se inspira na constelação de normas e se convence do melhor caminho através do conjunto probatório, destronando o monstro do positivismo exacerbado, que de forma delirante e perturbadora, esconde o comportamento humano atual atrás das suas cortinas.

A ideia da verdade possível processualmente possui um perfil, evidentemente, vanguardista e dinâmico, reconhece a importância do diálogo entre a prova e argumentação racional, pois ao mesmo tempo em que valoriza a testemunha, por exemplo, reconhece que esta pode ter interesses subjetivos na demanda e sua versão dos fatos ser extremamente tendenciosa;

E não só. Apesar de a perícia ser elaborada por *expert* na área, não quer dizer que reproduziu a verdade, tanto que o juiz não se encontra vinculado às conclusões periciais; bem como, em que pese alguma parte apresente documento que declare a existência de uma determinada situação fática, é possível que outras provas comprovem justamente o contrário.

Logo, a leitura da prova não é exata. O contexto da sua produção, a falibilidade da memória humana e as limitações do conhecimento não permitem que o julgador encontre a verdade processual na prova em si. Interpretar é um imperativo, uma sombra que acompanha o julgador ao analisar cada prova.

Nesse limiar, o julgamento legítimo encontra o seu DNA na humildade de reconhecer que a verdade concreta do passado é inacessível, mas que para resolver os conflitos humanos postos à apreciação judicial a prova será o caminho.

Sensível a esse pensamento, não se pode olvidar que o olhar interpretativo sobre a prova, inevitavelmente terá influência do contexto vivido pelo julgador, seus medos, angustias, ilusões, mas isso não permite a falta de fundamentação, muito menos que esta seja embasa na fé ou em preceitos íntimos.

O Poder Judiciário, por esta razão, deve estar centrado na pluralidade e na abertura procedimental das suas decisões, marcados pelos atos de ouvir, falar e sentir: ouvir a sociedade civil e sua gama de conhecimentos aptos a auxiliar a formação de um julgamento justo; falar, em caráter oficial, em nome das vozes distintas e, enfim, sentir, que ao interpretar e aplicar uma norma constitucional, mais vale proteger o homem do que mumificar um vetor hermenêutico ultrapassado, que não pode mais ser colocado como verdade no contexto vivido, uma vez que a verdade é conceito que depende da dialética dos argumentos e de atualização constante.

É crucial, por esse prisma, a racionalidade dos argumentos para possibilitar inclusive o seu enfrentamento judicial ou mesmo para trazer legitimidade ao conteúdo decisório, no momento em que convence as partes e o oceano social.



REFERÊNCIAS

AGUIAR Filho, José Arlindo. Considerações filosóficas sobre a prova. In: ADEOATO, João Maurício (org). **Revista da Faculdade de direito Maurício Nassau**. Recife: Faculdade de Nassau, a.3, n.3, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: <https://www.academia.edu/214442/A_VERDADE_E_A_PROVA_NO_PROCESSO_CIVIL>. Acesso em 20 de dez de 2013.

BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Interpretação constitucional e seus aspectos da interpretação tradicional**. Disponível em: <<http://www.yidio.com/lus-roberto-barroso-fala-sobre-interpretacao-constitucional-na-aula-magna/id/1384189432>>. Acesso em: 03 ago.2013

BEDAQUE, Jose Roberto DOS Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001.

BETTO, Frei. **A obra do artista**. A visão holística do universo. São Paulo: Ática, 1995.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010..

BRASIL. Decreto-Lei 911/1969. Dispõe sobre alienação fiduciária. Disponível em <<http://www.consumidorbrasil.com.br/consumidorbrasil/textos/legislacao/dc911.htm>>. Acesso em: 05 set. 2013).

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 14. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96188>. Acesso em: 05 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 466343. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 15/12/2008. DJ 20/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=87585&pagina=2&base=baseAcordaos> > Acesso em 20 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 619/84: A prisão civil do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo independentemente da propositura da ação de depósito (revogada). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?codigo=jurisprudenciaSumulapina=sumula_60_700>. Acesso em 04 set. 2013.

BUCKINGHAM, Will (Org). **O Livro da filosofia**. São Paulo: Globo, 2011.

CABRAL, João Francisco. **O mito da caverna de Platão**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/filosofia/mito-caverna-platao.htm>>. Acesso em 12 de jan de 2014.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. 25 ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER. Ada Pelegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

COELHO. Inocência Mártires. **O que é hermenêutica e como e quando ela se dá no pensamento humano**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=tFJIfXovxbU>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

COMTE-SPONVILLE, André. **Valor e verdade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Bahia: Juspodvim, 2008.

EVENTOS 1984. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/1984>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A prova ilícita no processo civil famílias**. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/27-Cristiano_Chaves_-_A_prova_il%C3%ADcita_no_Processo_Civil_das_Fam%C3%ADlias_a_partir_do_garantismo_constitucional.pdf?1373304985>. Acesso em: 12 de jan de 2014.

_____. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 10ª ed. Salvador: Juspodium, 2012.

FERNANDES, Antonio Scàrance. **Processo penal constitucional**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. **A busca pela verdade real no processo civil**. Disponível em: < <http://www.fatonotorio.com.br/artigos/ver/304/a-busca-pela-verdade-real-no-processo-civil>>. Acesso em: 20 dez. de 2013.

GLEISER, Marcelo. **A dança do universo: dos mitos da criação ao big bang**. São Paulo: Companhia das letras, 1997.

GOMES, Magno Federici. **Da inconstitucionalidade do decreto lei nº 911/69**. Disponível em http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:LyBjeB7bOkJ:www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/magno_federici_gomes2.pdf+Decreto+Lei+n.+911/69,+antiga+reda%-C3%A7%C3%A3o+perimitia+pris%C3%A3o+civil&hl=ptR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEShuhNUJt6OyMueb56IH3TqAK9MKYVJQbjfhfDt9vXU-pjKv3IL6LpUTzrYPYHcruxFHNCFoqDoWGeQDvOxVHqtODPjdlWON7bx-neNm5mR9A5qKoQMGPARYQkee5hw11y4&sig=AHIEtBR_FcdfdM0MVZ-Pi8oXyraD. Acesso em: 02 set. 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. In: BOULCAUT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.). **Hermenêutica plural**. Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LAMAS, Lívia Paula de Almeida. Visões críticas sobre a prova e sua relação com a verdade no processo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11103&revista_caderno=21>. Acesso em mar 2014.

LOPES, João Batista Lopes. **A prova no direito processual civil**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2007.

MANGUEL, Alberto. **Uma história da leitura**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Pós-modernidade versus neoconstitucionalismo. Um debate contemporâneo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2759, 20 jan. 2011. Disponível em:< <http://jus.com.br/revista/texto/18307>>. Acesso em: 8 jan de 2014.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São PAULO: Método, 2013.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. In: BOULCAUT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coord.). **Hermenêutica plural**. Possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PINTO, Jose Guilherme Berman Correa. **(Ainda) a prisão civil do depositário infiel**. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:OTkqvVcROVUJ:jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp%3Fid%3D10857+HC+90.759=-MG+EMENTA&cd2=&hl=pt-BR&ct=clnk&gl-br>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

POMPEO, Wagner Augusto Hundertmarck; MACHADO, Elisandro. **Da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel**: Soberania dos Tratados Internacionais, eficácia das normas constitucionais e os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<http://docs.google.com/ qLpocJ:www.ufsm.br/revistadireito/eds/v3n2/al.pdf+AAtp7pgfw>>. Acesso em: 29 ago. 2013).

• 102 •

PRESIDENTES do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/listarPresidente.asp?periodo=stf>>. Acesso em: 02 set. 2013.

RODRIGUES, Vicente Oberto. Hermenêutica filosófica como condição de possibilidade para o acontecimento (Ereignen) constitucional . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1923, 6 out. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11802>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

ROSITO, Francisco. **Direito Probatório**: as máximas de experiência em juízo. Porto Alegre: Editora do advogado, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Primeira tiragem, 1999. Segunda tiragem (com acréscimos), 2003..

RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova. Do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3479, 9 jan. 2013 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23414>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

_____. **Provas atípicas**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2694, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17838>>. Acesso em: 18 jan. 2014.

SAGAN. Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. **Cosmos**. 7 ed. São Paulo: Gradiva, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 7. ed. rev e atual conforme o CC/02. Rio de Janeiro: Forense, 2005..

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.


TELLES JÚNIOR, Godoffredo. **Ética: do mundo das células ao mundo da cultura**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

TERRA, Ernani. **Práticas de linguagem: Leitura e produção de texto**. 2 ed. São Paulo: Scipione, 2001.

THEODORO, Humberto Jr. **O processo justo, o Juiz e seus poderes na busca da verdade real**. Disponível em: < <http://www.amlj.com.br/anexos/article/118/O%20processo%20justo%20o%20juiz%20e%20seus%20poderes%20instrut%C3%B3rios%20na%20busca%20da%20verdade%20real.doc>>. Acesso em 20 de jan 2014.

VIEIRA, Luiz Carlos Furquim. **Súmula vinculante sobre a prisão do depositário infiel**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/43210>>. Acesso em: 02 ago. 2013.





A consciência do gênero humano sobre as limitações do encontro do homem com a verdade, como um ideal perene, irrefutável, eterno, apesar de inspirador para inúmeras teorias filosóficas ao longo da história, não pode obstacularizar a resolução dos conflitos que são colocados sob apreciação judicial, posto que através das provas, o julgador terá a luz acerca dos fatos que orbitam a demanda e, por meio da interpretação e da argumentação racional, aplicará a norma que entender pertinente ao caso concreto. A pedra de toque, pois, é observar que na inescapável missão de decidir, o julgador não deve ficar à mercê de uma verdade exata e mecânica, mas deve julgar por meio da harmonização entre os fatos alegados, as provas colhidas e os argumentos racionais-interpretativos, através do respeito as regras constitucionais e processuais, em busca de uma decisão legítima, baseada na verdade processualmente possível.