

O PÊNULO DA VERDADE NO DIREITO PROBATÓRIO¹

The pendulum of truth in evidential law

Cássio Benvenutti de Castro^{2,3}

RESUMO

A verdade como correspondência é uma virtude estrutural do processo justo. O ponto de partida da análise consiste na contraposição dos entendimentos sobre o modelo de prova e de procedimento probatório, considerando a relação teleológica e a relação conceitual que a verdade e a prova assumiram, respectivamente, na tradição da experiência medieval e da época moderna. Com o aprimoramento dos estudos sobre a epistemologia, verifica-se uma inicial polaridade assimétrica entre essas linhas de pensamento, que, atualmente, não chegam a ser excludentes, pois não existe um sistema ortodoxo ou puro. O processo constitucional colaborativo condensa um modelo subjetivo de prova (baseado no convencimento do juiz) e um modelo objetivo de prova (baseado na corroboração das hipóteses provadas em direção à verdade) para resultar na consagração do funcionamento do direito probatório baseado na probabilidade e na possibilidade de evitação do erro judiciário na tomada de decisão sobre os fatos no processo.

Palavras-chave: cultura, processo, verdade, prova.

ABSTRACT

Truth as correspondence is a structural value of due process. The starting point of the analysis consists in contrasting the understandings about the model of proof and procedure, considering the teleological relationship and the conceptual relationship that truth and proof assumed, respectively, in the tradition of medieval experience and modern times. With the improvement of studies on epistemology, there is an initial asymmetrical term between these lines of thought, which are currently not mutually exclusive, as there is no orthodox or pure system. The collaborative constitutional process gathers a subjective proof model (based on the judge's conviction) and an objective proof model (based on the corroboration of proven hypotheses towards the truth) to result in the enshrining of the functioning of evidentiary law based on probability and possibility to avoid judicial error in decision-making.

Keywords: culture; process; truth; evidence.

Sumário: 1 Introdução. 2 A verdade como correspondência. Por que falar em pêndulo? 3 O problema da verdade no processo civil (modelo subjetivo de funcionamento da prova) 4 O conteúdo e o alcance da verdade no processo civil (modelo objetivo de funcionamento da prova) 5 O pêndulo da verdade no processo civil – da polaridade assimétrica à funcionalidade epistêmica. 6 Conclusão. Referências.

Summary: 1 Introduction 2 Truth as correspondence. Why does it talk about pendulum? 3 The problem of truth in civil proceedings (subjective model of how evidence works) 4 The content and scope of truth in civil proceedings

1 Palestra apresentada no II Congresso de Direito Probatório, em 05/12/2022, na PUCRS.

2 Bacharel em Direito pela UFRGS, Especialista em Ciências Criminais pela UNIPAR, Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor pela UFRGS, Pós-graduando em Coletivização, Precedentes, Coerência e Integridade do Direito pela ENFAM. Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. ORCID ID: 0000-0001-6387-845X. Para falar com o autor: @cassioebenvenuti

3 Todo o amor que existe nessa vida para Maria Ivone Benvenutti Castro.

(*objective model of how evidence works*) 5 *The pendulum of truth in civil procedure – from the asymmetrical terms to epistemic functionality*. 6. *Conclusion. References.*

1 INTRODUÇÃO

“Contra fatos não existem argumentos” é um ditado popular enganoso no lugar processual. O processo é um método de trabalho para resolver um litígio entre sujeitos geralmente contrapostos. As partes fazem suas narrativas conforme o interesse que possuem no objeto da causa e o juiz aparece como figura estranha e equidistante em relação ao contencioso, para adjudicar ou compor a disputa civil. Logo, os fatos são objeto de conjeturas, contestações, predições e valorações que escapam de um apontamento categórico ou unitário.

“Contra os fatos ocorrem inúmeros argumentos” – o ditado deve ser atualizado para abarcar o equilíbrio dinâmico entre convencimento do juiz (ou possibilidade de apanhar os fatos pela compreensão) e o realismo de que os fenômenos existem ou não existem.

O formalismo processual é conformado por diversos valores que convivem em profusão: a segurança jurídica, a efetividade, a pacificação social, a garantia de participação na formação da decisão e a justiça, que são axiologicamente destacados para conferir sustentabilidade ao processo. Essas máximas não se reportam diretamente aos “fatos” da demanda, que são os fenômenos que realmente fazem eclodir um litígio. Isso não quer dizer que o direito coloque os “fatos” em um segundo plano de análise. O problema é que a teoria do processo, seus institutos fundamentais e a normas basilares, por vezes são refratárias à dinâmica de reconstrução dos fatos no lugar processual, privilegiando o que “está na cabeça do juiz”, ao invés de priorizar “a corroboração das hipóteses calcadas em provas”.

A importância do ensaio é sobre o *elemento nuclear da tomada de decisão sobre as provas do processo*: as provas servem para “convencer” o juiz ou elas servem para corroborar a hipótese afirmada e resultar em uma probabilidade que aponta para a “verdade”? Em outras palavras: convencimento X verdade.

A primeira modalidade tem o convencimento do juiz como elemento persuasivo imperante para a reconstrução dos fatos da causa. O segundo modelo ultrapassa “além da crença” do juiz, elegendo a “verdade” como um valor processual e que pode ser atingido não apenas no processo, mas em qualquer ciência com um método consagrado (sujeitos a testes e repetível para a confirmação).

Em terminologia contemporânea, a linha de visada aparentemente polariza um modelo subjetivo de prova e um modelo objetivo de prova, o que denota a existência de um autêntico pêndulo sobre o pareamento da verdade com as provas do processo. Importante

notar que os modelos de funcionamento da prova não são estanques ou unívocos a um formalismo que é produto da cultura, porém, entre eles existe uma imbricação para tratar o procedimento e o resultado da prova, sendo que a verdade não pode ser dispensada no atual quadrante constitucional, “apesar” da inexorável presença do “convencimento”⁴ em todas as atividades eminentemente culturais.

2 A VERDADE COMO CORRESPONDÊNCIA. POR QUE FALAR EM PÊNULO?

O direito é produto da cultura em todas as suas vertentes. Existem povos e tradições que ainda na atualidade resolvem suas disputas por intermédio de métodos a exemplo do combate ou de ordálias, valendo-se de crenças que causam um certo espanto com a racionalidade festejada no mundo ocidental. Isso não desprestigia a verdade, tampouco o modelo de justiça desses lugares pode ser apequenado, apenas assinala que processo e cultura estão conectados e implicados reflexivamente, em especial, no capítulo do direito probatório.

No Brasil, o exemplo do combate às “*fake news*” é uma situação que desencobre um movimento cultural que não tolera situações fantasiosas. Todas as instituições brasileiras estão empenhadas em reprimir esse tipo de prática, considerando os possíveis danos que ela repercute. Fica muito nítido que a verdade é uma questão cultural abarcada pelos nossos agentes jurídicos, um parâmetro muito caro ao Estado Constitucional.

Um exemplo do repúdio às “*fake news*” pode ser avistado em um simples “meme” da Copa do Mundo do Catar do ano de 2022. Um sujeito mostrou a fotografia de uma mulher não trajando a parte de cima da roupa, naquele país sede da Copa (“*topless*”), como se fora uma torcedora comemorando em um jogo das seleções de futebol. A imagem tem os indicativos de que não é verdadeira, levando em conta que naquele país existem diversas restrições no concernente às vestimentas das mulheres. No Catar, a indumentária da mulher consiste em um dogma cultural que diferencia os hábitos e normas sociais peculiares no tempo e lugar, pois a mulher que frequentou aqueles jogos não tem a liberdade de se trajar conforme os padrões e costumes ocidentais (em especial, a liberdade dos vestuários Brasil tropical). A questão não é reprimir ou conceder liberdade à mulher, não se perca o foco do

4 O convencimento que se fala em termos de avaliação da prova é no sentido de “aceitação”, considerando o caráter voluntário e contextual desse movimento. FERRE BELTRÁN, Jordi. Prova e verdade no processo. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 97. A filosofia e mais especificamente a epistemologia não assinalam para um objetivismo absoluto, no qual os fatores que afetam a cognição da pessoa não tem importância – não é isso que se trata. Porém, o modelo objetivo de funcionamento da prova trabalha com uma realidade que aconteceu no mundo da vida e procura, por intermédio de justificações válidas, provar o encadeamento analítico de provas que reconstruam essa situação.

ensaio, mas o problema é repudiar a “*fake news*”, que se trata de um mascaramento à busca da verdade, um inimigo da verdade. Fica evidente que o direito reproduz uma cultura e o direito probatório segue a mesma orientação da tradição que lhe acolhe.

Nos costumes ocidentais, Ferrer Beltrán⁵ comenta sobre uma concepção racionalista da prova, por intermédio da qual podem ser destacados os seguintes requisitos: (a) a relação teleológica da prova com a verdade, ou seja, a verdade é uma busca que deve tentar ser alcançada; (b) o conceito de verdade utilizado é a verdade por correspondência⁶, porque existe um mundo real fora do processo e que serve de *standard* máximo de correção da decisão; (c) as limitações epistêmicas são comuns a todas as searas do conhecimento, considerando que é natural a tomada de decisão em situação de incerteza, porém, para superar o “*gap*” entre o fenômeno físico e a compreensão das coisas pelo corpo e mente do sujeito, a epistemologia deve ser pautada por justificações válidas⁷; portanto, (d) o raciocínio probatório é necessariamente probabilístico e utiliza a inferência por indução.

A cultura brasileira observa essas diretrizes.

Modelo racional do funcionamento da prova conforme Jordi Ferrer Beltrán	a relação teleológica da prova com a verdade, ou seja, a verdade é uma busca que deve tentar ser alcançada
	o conceito de verdade utilizado é a verdade por correspondência, porque existe um mundo real fora do processo e que serve de <i>standard</i> máximo de correção da decisão
	as limitações epistêmicas são comuns a todas as searas do conhecimento, considerando que é natural a tomada de decisão em situação de incerteza, porém, para superar o “ <i>gap</i> ” entre o fenômeno físico e a compreensão das coisas pelo corpo e mente do sujeito, a epistemologia deve ser pautada por justificações válidas
	o raciocínio probatório é necessariamente probabilístico e utiliza a inferência por indução

5 FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O *test case* da responsabilidade do Estado por prisão preventiva errônea. Trad. Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Shneider Kircher. In FERRER BELTRÁN, Jordi. Valoração racional da prova. Trad. Vítor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 242/243.

6 Cada enunciado sobre os fatos é verdadeiro por corresponder, ou não, ao fenômeno vivenciado no mundo real. Porém, isso não quer dizer que a relação entre observador e objeto seja totalmente objetiva, sem interferências dos atalhos dos modelos mentais do ser humano que analisa o fato e a prova. A solução prudente para preservar o quanto possível a ideia da verdade por correspondência é coligar a sua utilização ao movimento das justificações válidas (“*narrant assertibility*”), que conferem uma aparência de tendente objetividade à inerente condição “subjetiva do corpo, mente e linguagem” do ser humano frente a qualquer problema da existência. TARUFFO, Michele. Uma simples verdade – o juiz e a reconstrução dos fatos. Trad. Vítor de Paula Ramos. Marcial Pons: Madrid, 2012, p. 101.

7 Ferrer Beltrán assinala que nunca um conjunto de elementos de juízo, por mais rico e fiável que seja, poderá alcançar certezas absolutamente racionais, ou seja, não afetadas de alguma forma pela psicologia e pela subjetividade. Afinal, todos os fenômenos acontecem ou não acontecem no plano da vida, mas o ser humano somente consegue extrair as noções de entendimento sobre os fatos por intermédio de um contexto de incerteza que depende das impressões pessoais sujeitas a oscilações decorrentes do contexto de incerteza. FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba sin convicción – estándares de prueba y debido proceso. Marcial Pons: Madrid, 2021, p. 18.

Não adianta modificar diversos dispositivos do Código de Processo Civil se a tendência cultural para observar a prova não tiver a noção da verdade como um pilar externo de sustentação, somada à necessidade de justificação válida para a constatação. Ninguém está defendendo um “objetivismo ingênuo”, mas chamando a atenção para aspectos que fazem a prova ser alavancada a um movimento de sustentabilidade por causa da força imperativa das justificações universalizáveis. Em outras palavras, ainda que o ordenamento jurídico, em um ou em outro artigo faça parecer que o “convencimento” do juiz é o que “mais” importa, a cultura decorrente do modelo racional da prova implica um estado de coisas que deve ser seguido. A verdade deve ser buscada “apesar” do convencimento demasiadamente humano do juiz.

A integridade intelectual de qualquer pesquisador pressupõe a busca da verdade. A filosofia comenta sobre a verdade por correspondência, a verdade como coerência, a verdade como consenso⁸, dentre outras. Nesse ensaio, não há espaço para discutir a noção filosófica da verdade, mas apenas lembrar que as narrativas processuais se referem a um fenômeno que aconteceu ou não aconteceu, para tanto, a decisão levará em conta a carga argumentativa das justificações válidas que orientam a racionalidade do discurso.

A dogmática do processo adota geralmente o sentido da verdade como correspondência, uma vez que o mundo real existe e deve ser privilegiada a verdade como virtude, porque do contrário, poderá se estar defendendo a “inverdade” (em uma ideia alética do termo). Como produto cultural, a verdade oscila no processo civil, como se fora a figura de um *pêndulo, que ora privilegia a verdade, ora privilegia o convencimento do juiz no centro do direito probatório*. A questão da polaridade assimétrica chamou a atenção da doutrina, embora “a regulação do procedimento probatório pende para o demonstrativo; o controle do juízo de fato e da fundamentação pende para o persuasivo”⁹. Ou seja, levando em conta a polissemia da prova (prova como meio de prova, como procedimento e como resultado), na prática, cabe arriscar que não existe um modelo puro¹⁰.

8 A filosofia repercute diversas teorias sobre o sentido da verdade. A teoria da coerência entende que a verdade consiste em um conjunto de crenças que autorrelacionam como um sistema autopoiético. A teoria da correspondência assinala que a verdade não é uma relação com outra proposição, mas uma ligação com o mundo dos fatos. A teoria pragmatista acaba reunindo as duas ideias, porque a verdade depende de um referencial externo, mas que sobrevive ao teste da coerência das crenças em um ambiente de experiência real. HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002, p. 127/9.

9 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11.

10 “Sarebbe forse eccessivo, a questo riguardo, ritenere che esista un modello epistemologico definito, unitario e comune ai vari sistemi, Va però rilevata l’esistenza di tendenze convergenti, che muovono da presupposti di método sostanzialmente omogenei.

A fronte di ciò, occorre invece considerare che al livello istituzionale, ossia di disciplina giuridica della prova e del procedimento probatorio, opera una serie de varianti, che hanno peso e contenuto diverso nei vari sistemi, e che quindi determinano l’esistenza di diversi modelli <legali> della prova.” Em tradução livre: “Seria talvez excessivo, nesta visada, acreditar que existe um modelo epistemológico definido, unitário e comum aos vários sistemas, mas há que notar a existência de tendências convergentes, que partem de pressupostos metodológicos substancialmente homogêneos. Perante

A relação entre a verdade e a prova nem sempre foi atributiva de sentidos tanto no plano filosófico quanto no plano da analítica jurídica. Em realidade, os processualistas foram influenciados por Alessandro Giuliani, que estudando a tradição do formalismo processual separou em duas correntes as implicações entre verdade e prova.

De um lado, o autor assevera que o *modelo persuasivo* de procedimento probatório foi manuseado na idade média, sendo típico de um processo simétrico, cujo ponto de partida era a imbricação (mistura) entre o fato e o direito, com a prova cumprindo a função de um argumento retórico. O resultado do achado judiciário não seria a verdade bruta, substancial ou com pretensão de correspondência ao mundo real. Quando o juiz adjudicava a reconstrução dos fatos, ele indicava uma probabilidade, uma tendência de verdade, então se falando em relação teleológica das provas com a verdade (algo que é perfeitamente utilizado atualmente). Alessandro Giuliani¹¹ refere que a divisão do conhecimento entre as partes, por intermédio da retórica, servia como remédio contra a falibilidade do juízo. A técnica probatória utilizada inseria no processo a civilidade e a lógica, aspectos da democratização do conhecimento, o que pressupunha a confiança na capacidade da razão¹² humana de conhecer o passado por intermédio dos estados mentais dos sujeitos debatedores.

Em contrapartida, diferente do modelo persuasivo, as fontes referem que o *modelo demonstrativo de provar* foi típico da idade moderna e trabalhava as evidências como uma razão para encontrar uma verdade cartesiana, tendo como ponto de partida a separação ortodoxa entre fato e direito. O marco histórico dessas implicações decorre da assunção do caráter estatal da jurisdição, oportunidade em que o selo de autoridade da decisão não poderia ser questionado, porque atendia aos anseios matemáticos ou de uma lógica pressuposta ao diálogo entre as partes. Nicola Picardi¹³ salienta que a passagem do “*iudicium*” (idade média) para o “*processus*” (idade moderna) representou uma transição da velha lógica retórica para um pensamento de ordem matemática e assertivo, que não poderia ser questionado

isto, importa antes considerar que ao nível institucional, ou seja, da disciplina jurídica da prova e do processo probatório, existe uma série de variantes, que têm peso e conteúdo nos diversos sistemas, e que por isso determinam a existência de diferentes modelos <legal> do julgamento”. TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatório. Rivista di Diritto Processuale, anno XLV, n. 2, p. 444.

11 GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonômico). Rivista di Diritto Processuale, anno XLIII, n. 3, p. 600.

12 “Il passaggio da un sistema di prove irrazionali all'ordo iudiciarius non sarebbe stato possibile senza l'assimilazione di quella logica del probabile, legata alla tradizione tópic-retorica”. Em tradução livre: “A passagem de um sistema de provas irracionais para o ordo iudiciarius não teria sido possível sem a assimilação dessa lógica do provável, ligada à tradição tópic-retórica”. GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. Enciclopedia del diritto, XXXVII, p. 533. A importância do momento cultural é monumental, porque, na idade média, havia uma sociedade “simétrica”, sem verticalização de autoridades que se auto proclamavam como detentores de “dizer a verdade”. Nesse ambiente, incerto pela ausência do Estado Nacional e movediço por ocasião dos interesses multipolares dos feudos, havia uma oportunidade propícia ao reforço do contraditório como critério da verdade “provável ou possível”, sem categorismos decorrente de “argumento de autoridade” (a exemplo de que o Estado não erra).

13 PICARDI, Nicola. Processo civile (dir. moderno). Enciclopedia del Diritto, p. 113, vol. XXXVI.

pelos sujeitos parciais da demanda. A autoridade do Estado se fazia presente, de maneira assimétrica (geométrica), para definir a questão probatória do processo com fundamento na autoridade do poder central. O resultado disso seria a solução categórica da verdade, que acabou sendo denominada verdade demonstrativa. O processo moderno, assimétrico em seu formalismo, abarcou a maneira de observar o resultado da tomada de decisão sobre a prova como uma relação conceitual entre prova e verdade – considerando que não se cogitava da hipótese de falibilidade na decisão¹⁴, afinal, o Estado “não erra”.

A constitucionalização do direito fundamental à prova emplaca a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Logo, não basta ter um procedimento qualquer ou um apanhado de conceitos que se refiram ao resultado na leitura da prova. O ordenamento jurídico deve ser compreendido como um modelo racional¹⁵, cognitivista, que busca a verdade por intermédio da probabilidade, possui *standards* externos como parâmetro e os atores do processo atuam em cooperação. O juiz deve atuar com alma e com calma na avaliação da prova, ponderando com humildade e deferência os argumentos contrapostos. Portanto, fica nítido que “verdade” e “convencimento” devem conviver, a grande questão é dotar o sistema e o controle da decisão de critérios que não permitam que a mera vontade do juiz subjogue a verdade firmada por convicções válidas e tendentes à universalização.

O Código de Processo Civil, de alguma maneira, reflete a clássica distinção elaborada pela reconstrução histórica de Alessandro Giuliani. Afinal, os dispositivos apresentam uma nítida oscilação entre um modelo conceitual e um modelo teleológico entre prova e verdade. Melhor falar, em tempos atuais, em um modelo objetivo de prova e um modelo subjetivo de prova¹⁶, para fixar a polarização catártica entre verdade e convencimento do

14 Hermes Zaneti Jr. escreve sobre a distinção entre um modelo clássico e um modelo moderno em termos de funcionamento da prova. O modelo clássico parte da lógica e da retórica, pensando a partir do problema, com um perfil muito mais prático e direcionado à difusão da probabilidade como linha de chegada da verdade. De outro lado, o modelo moderno é sistemático e fechado, elabora suas conclusões por intermédio de fórmulas, um esquema geométrico que separa fato e direito, sendo que neste caso não existe espaço para o erro – afinal, a estatização do processo e a institucionalização do litígio confere o selo de infalibilidade aos achados decididos. ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. Revista de Processo, vol. 116/2004, p. 4, edição on-line.

15 A racionalidade que se fala tem um duplo aspecto: evitar julgamentos guiados pelas emoções ou intuições, portanto, destituídos de base empírica, bem como manter uma abordagem que seja comum aos indivíduos em termos de razoabilidade, ou melhor, as escolhas devem ser universalizáveis ou tendentes à aceitação geral. Karl Popper defende essa dupla preocupação para concluir que “o racionalismo está ligado à ideia de que o outro tem o direito de ser ouvido e defender seus argumentos. Assim, implica reconhecer a reivindicação de tolerância, pelo menos em relação a todos os que não são tolerantes.” O autor lembra Kant para assentar que a ética pode não estar totalmente assentada na ideia de razão, porém, uma base científica racional é fundamental para atingir a soluções eticamente aceitáveis. POPPER, Karl. A defesa do racionalismo. In POPPER, Karl. Textos Escolhidos. David Miller (org. e int.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 42.

16 Levando em consideração a polissemia da prova, existem duas formas de estabelecer a relação entre prova e verdade: uma relação conceitual (que trata da prova enquanto resultado) e uma relação teleológica (que trata da prova como atividade). Por isso que diversos textos discorrem sobre “modelo de prova e de atividade probatória”, porque o tratamento que se confere à relação entre prova e verdade pode estruturar essas duas perspectivas. Atualmente, para ser mais vertical

juiz.

Código de Processo Civil	
Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;	Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Parece o jogo do “telefone sem fio”. O primeiro interlocutor sabe a *verdade*, mas na medida em que a mensagem vai transitando ao largo do processo, somente se fala em *convencimento*. Existe integridade ou uma racionalidade de coordenar as coisas jurídicas nessa narrativa? O processo é coisa séria e os enunciados probatórios geralmente se reportam a fatos ocorridos no passado. Logo, a verdade deve estar presente em todos os desdobramentos, tanto do procedimento quanto do resultado do fenômeno probatório.

A doutrina costuma dizer que a diferença entre modelo persuasivo e modelo demonstrativo é o caráter estatal do procedimento e a respectiva assimetriação do esquema do processo. O que mais chama a atenção, porém, é o que Karl Popper¹⁷ chama de problema da “demarcação ou do falseamento”. Afinal, somente existe ciência qualificada se os respectivos enunciados podem ser testados, quer dizer, confrontados por hipóteses com pretensão de derrotabilidade ou diferenciação, e as ideias supostas acabarem sendo confirmadas ou refutadas. Na modalidade da idade média, a prática persuasiva não afastava de plano a intenção de discussão, mas essa noção não era admitida na idade moderna (porque o “Estado não erra”).

Ocorre que hoje está assentado que a verdade tem a probabilidade em seu conteúdo. Por isso se fala que o sistema probatório tem relação teleológica com uma verdade como correspondência, atuando com justificações válidas para as alegações sobre os fatos. A tarefa da comunidade de trabalho é construir um contexto suficiente de provas que respaldem determinada situação. O modelo cooperativo de processo civil, francamente, ajusta uma proliferação de atos e diálogos no sentido de elaborar os possíveis falseamentos da verdade, nos dizeres de Karl Popper, para avistar e evitar a margem de erro¹⁸. Assim,

ao que se pretende falar, é melhor discorrer sobre um modelo subjetivo e um modelo objetivo do funcionamento da prova – salientando o foco da questão. BELTRÁN, Jordi Ferrer. Prova e verdade no direito. Trad. Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59/60.

17 POPPER, Karl. O problema da demarcação. In POPPER, Karl. Textos Escolhidos. David Miller (org. e int.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 118/9.

18 A questão da margem de erro ou do “tamanho da ignorância” é das mais fascinantes e contundentes na literatura de Karl Popper. No presente ensaio, impossível descer a essas profundas reflexões teóricas. Ocorre que, com a digitalização da vida, em um mundo cada vez mais movimentado pelas manadas de comportamentos seriais, a noção da margem de

a característica marcante que *diferencia as tradições no referente ao modelo probatório é o senso do achado categórico*, que não atualmente deve ser adaptar a um mundo e a uma tecnologia em contínua e célere transformação.

Nos dias atuais já não se fala comumente em modelo demonstrativo ou modelo persuasivo do procedimento probatório. A discussão superou a terminologia de Alessandro Giuliani e hoje fala sobre a figura central da tomada de decisão sobre as provas no processo – convencimento X verdade. Portanto, melhor elaborar uma relação entre o funcionamento subjetivo (marcado pelo convencimento do juiz no foco do problema) e o funcionamento objetivo da prova (marcado pela relação entre hipóteses e provas no centro do problema).

3 O PROBLEMA DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL (MODELO SUBJETIVO DE FUNCIONAMENTO DA PROVA)

A dogmática do processo civil rendeu atenção à sistematização das regras sobre o direito probatório e na conceituação de institutos que podem ser manejados ao largo do procedimento. O legado da idade moderna, portanto, repercute o jusestatalismo¹⁹ e a codificação, tendo como objetivo organizar conceitos (“as coisas jurídicas”) de maneira que pudessem emprestar uma pressuposta calculabilidade aos desdobramentos inerentes à reconstrução dos fatos da causa de maneira institucionalizada. Porém, não adianta modificar a legislação e trabalhar na dicotomia do lícito-ilícito se a cultura ou a maneira de analisar as questões referentes às provas do processo permanece arraigada decisionismos. O capítulo do processo civil em direito probatório se tornou deveras conceitual e repleto de dispositivos que pretendem elaborar uma espécie de “sistema fechado” em tipos inexoráveis²⁰ – na esperança de que a modulação afastasse o solipsismo e mitigasse a

erro deve ser ponderada juntamente com a probabilidade. Quando maior o coeficiente do provável, menor a força sinistra da ignorância. A lógica enquanto conjunto de regras consagradas pode ser reputada quase infalível em termos formais, mas as crenças das pessoas em determinada situação, o aspecto material da lógica, embora científica, vai depender das variáveis do objeto, do tamanho da amostragem, da repetição dos testes e do aspecto decorrente da universalidade. Tudo sopesado, algo pode ser mais ou menos falível – portanto, a margem de erro pode ser maior, tendo em vista que os elementos que compõem a hipótese sejam suscetíveis a variações pressupostas. POPPER, Karl. *Conjecturas e refutações*. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 31.

19 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 22/4.

20 Merece referência o Prefácio elaborado por Sérgio Cruz Arenhart no livro CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Perícia judiciária* – comentando os dispositivos do processo civil. Belo Horizonte: Forum, 2022. O autor salienta a importância interdisciplinar do exame da prova, sendo que as regras codificadas pelo direito são compromissadas com garantias que não afastam um erro de lógica, de avaliação psicológica ou epistemológica das operações sobre as provas. Sérgio Cruz Arenhart adverte: “Tudo isso faz com que, muitas vezes, o tema da prova seja menosprezado pela doutrina. Todavia, essas percepções escondem um gigantesco erro de premissa. O grande problema dessas ideias é imaginar que as regras de prova servem para informar o juiz como ele deve formar sua convicção ou como a realidade deve ser encontrada. Como é óbvio – e como já demonstrado por tantos juristas inúmeras vezes – as regras sobre prova jamais poderiam assumir essa função, até porque é impossível para o Direito governar o convencimento íntimo do juiz ou estabelecer a forma pela qual

própria valoração da prova pelo juiz.

A preocupação do jurista não se encontrava nos fatos, nas alegações dos fatos, tampouco na verdade, mas em como fazer encaixar as narrativas dos sujeitos processuais em normas positivadas no ordenamento²¹. É possível dizer que os clássicos reputavam o processo como um método de trabalho para resolver conflitos e pacificar com justiça, sendo que a verdade assumiria um plano orbital. De qualquer maneira, ninguém pode negar que a verdade também é uma “máxima” ou um “valor” que precisa ser sopesado com a segurança jurídica e com a efetividade para que se obtenha um processo justo.

Tratar da verdade não se limita ao processo civil – a concatenação entre proposições e a tomada de decisão reclama a intervenção da teoria do conhecimento. O primeiro problema apresentado já denota essa impositação, sendo que os demais permanecem em um “limbo” que pretende ser jurídico, porém, em realidade, estão mergulhados impreterivelmente na filosofia que manuseia as justificações racionais (seção da epistemologia como teoria que estuda a obtenção do conhecimento).

1º problema: A impossibilidade de apreender o objeto em sua totalidade

O conhecimento total e onisciente sobre determinado fenômeno é algo utópico. De maneira pragmática, o processo trabalha com a aproximação à verdade²². Ocorre que o modelo subjetivo de funcionamento da prova se vale de aspectos inerentes à pessoa do juiz para dizer que, na hipótese de não conseguir avistar a “macrolide”, ele pode se reputar convencido pela “certeza” ou “crença” que leva à resolução do conflito, segundo Carnelutti²³.

O autor italiano assinala o exemplo de uma moeda, em que o sujeito conhece a “cara”, mas desconhece a “coroa”. Pairando uma dúvida pertinente sobre a tomada de decisão, ele deve escolher conforme os padrões que abalizam a certeza apreendida do

a verdade deve ser “revelada”. Isso talvez seja alvo da psicologia, da sociologia ou da filosofia.

O papel das regras sobre prova é muito menos pretensioso, mas ainda assim fundamental. Pretendem elas estabelecer os critérios válidos de apropriação de vestígios do passado pelo processo e, o que é muito mais importante, pretendem fixar a validade dos argumentos empregados para a justificação da decisão judicial a respeito dos fatos. Vale dizer: o processo não é capaz de governar a forma pela qual o juiz se convence a respeito dos fatos da causa; todavia, pode sim esclarecer se os argumentos empregados pelo juiz para afirmar que um fato ocorreu são ou não são válidos. Trata-se, por isso, de um sofisticado sistema de controle da justificação judicial. O mesmo papel desempenhado pelo art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC, para o controle da justificação no campo das questões de direito, é exercido pelas regras sobre prova no campo da determinação dos fatos.”

21 Essa visão míope é decorrente da própria metodologia do ensino jurídico nas faculdades. Os estudantes vão para as escolas para experimentar as normas do direito probatório. Com o passar do tempo, nas audiências, os velhos estudantes se tornam operadores do direito “travados”, formalistas e completamente perdidos sobre as premissas que realmente importam no exame da prova. Tudo o que eles sabem é repetir o texto do Código, algo que qualquer “machine learning” pode fazer com mais propriedade.

22 CASTRO, Cássio Benvenuto de. Standards de prova – na perspectiva da tutela dos direitos. Londrina: Thoth, 2021, p. 66/7.

23 CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*, n. 9, julho/setembro 1998, Trad. Eduardo Cambi, p. 607.

processo, o que ressalta o caráter subjetivo da solução. A doutrina²⁴ refere que mesmo o juiz mais escrupuloso e atento se submete ao indelével recorte do todo, que é próprio da natureza humana, ou seja, aquilo que se observa é apenas aquilo que parece ser visto. Não seria a suposta verdade, mas uma verossimilhança ou aparência de como os fenômenos aconteceram. Prosseguindo com mais um conceito auxiliar ao modelo subjetivo do funcionamento da prova – a verossimilhança, aquilo que geralmente acontece com base no senso comum, pode sofrer variações ou manipulações²⁵ subliminares, até o ponto de se descolar completamente da verdade e afundar em intuicionismos.

A questão é que a verdade não precisa ser total para legitimar a solução de um litígio, mas basta uma verdade suficiente à guisa da corroboração das provas amealhadas no processo. Isso é resolvido com a pressuposição da probabilidade para concluir pela verdade. Esse contexto de tendência de verdade se vale de justificações válidas para resultar na reconstrução dos fatos.

2º problema: A maneira formalista de pensar sobre as provas

O raciocínio probatório tem caráter refratário à tradição do ensino do direito analítico probatório brasileiro, tendo em vista a dificuldade de aprisionar o “juízo de fato” à estrutura das regras legais²⁶. Com efeito, *o positivista pensa a partir das regras legais para o fato (rule centered)*, revelando um paradigma formalista²⁷.

Por esse legado, “o vício conhecido na teoria do direito como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude perante as normas formuladas verbalmente que busca, após a edição da norma geral, simultaneamente disfarçar e minimizar a necessidade de escolha”²⁸. Isso justifica a permanência da teoria de Alessandro Giuliani, por intermédio da qual a tradição elabora uma autêntica dicotomia para explicar a relação entre verdade e prova – um modelo persuasivo (relação teleológica entre prova e verdade) e um modelo demonstrativo (relação conceitual entre prova e verdade).

A identificação desses modelos às instituições de poder da idade média e da idade

24 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 39.

25 A verossimilhança é o “*id quod plerumque accidit*” e sofre influxos dos vieses e interferências da psicologia social reinante em determinado tempo. Para tanto, o juiz deve trabalhar seu foco na epistemologia de justificações racionais e, ainda por cima, fazer terapia obrigatória para se despir de pré-conceitos que talvez ele nem saiba que lhe acometem.

26 KNIJNJK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3.

27 Michele Taruffo assinala que o sistema de *civil law* pode ser definido como “fechado” em termos de direito probatório. Em primeiro lugar, porque se entende que todos os fenômenos probatórios estão encerrados em normas. Em segundo lugar, porque existe uma tipicidade quase exaustiva no tocante aos meios de prova. Em consequência, a disciplina judiciária da prova passa a ser reputada um certame autossuficiente e autônomo em relação a qualquer outro setor da experiência – razão pela qual os positivistas jamais falavam em epistemologia, a abordagem hermenêutica permanecia esquecida. TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In TARUFFO, Michele. Processo civil comparado: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 50 e 51.

28 HART, H. L. A. O conceito de direito. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 168.

moderna (respectivamente) de alguma forma encobria o que hoje prevalece no estudo do funcionamento da prova. Atualmente, existe uma contraposição entre a ideia da vontade do julgador (convencimento) como núcleo da atividade probatória e a ideia que trabalha com a verdade e com a corroboração de hipóteses como justificações válidas como núcleo da atividade probatória. Com essa nova impostação das coisas jurídicas, que leva em conta conceitos e instituições jurídicas, torna-se possível avistar o umbral de tendências limítrofes no próprio interior dessa experiência formalista, viabilizando pensar no “erro” na tomada de decisão – desde que seja adotado o modelo racional ou objetivo do funcionamento da prova.

3º problema: O inevitável subjetivismo na feitura e na leitura das provas (“gap” entre o mundo real e a compreensão-linguagem)

Uma testemunha idosa avistou um rapaz e disse que ele passou correndo muito rápido. Outra testemunha ocular, pessoa de menos idade, referiu que o sujeito estava apenas praticando uma marcha atlética. Uma terceira testemunha, que é um corredor profissional, assinalou que o sujeito sequer estava correndo, mas aquecendo para a prática de algum exercício físico.

O singelo exemplo explicita que um fenômeno pode ser interpretado de diversas maneiras, a depender da vivência do observador. Na prática da jurisdição, isso acontece frequentemente em acidentes de trânsito²⁹. Segundo a doutrina, a “reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos objetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta. A interpretação sobre o fato – ou sobre a prova direta dele derivada – altera o seu real conteúdo, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce a realidade. Mais que isso, o julgador (ou o historiador, ou, enfim, quem quer que deva tentar reconstruir fatos do passado) jamais poderá excluir, terminantemente, a possibilidade de que as coisas possam ter-se passado de outra forma”³⁰.

O contato do evento com a pessoa que transmite a informação sofre essas oscilações. Em decorrência desse fator “humano” das impressões sobre o mundo real, o juiz é o sujeito menos informado do processo, é o sujeito que mais sofre com as narrativas tendenciosas das partes. Nesse sentido, a doutrina se vale de conceitos de natureza subjetiva

29 Em diversos acidentes de trânsito, um sujeito efetua uma manobra e seu carro é abalroado por outro, que vinha transitando. Uma alegação quase sempre presente é que o carro que bateu no condutor “descuidado” se deslocava em alta velocidade. A questão da velocidade não pode ser apreendida por “crença”, “intuicionismo”, quando não há marcador ou medidor objetivo de velocidade. Os artigos 34 a 37 do Código de Trânsito Brasileiro pautam inferências legalizadas, adiantando que o condutor que efetua uma manobra deve ter toda a atenção em relação aos veículos que estão trafegando. Vale dizer, a mera alegação do excesso de velocidade, em geral, não retira a probabilidade de que o veículo que colidiu estava atendendo aos ditames do trânsito. De outro lado, salvo rara exceção, quem efetuou a manobra provavelmente é reputado culpado.

30 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 35.

para assegurar a validade dos recortes factuais.

Os comentadores falam em certeza sobre o fato ou em verossimilhança sobre o fato, situações que acenam uma aproximação razoável e humana da observação em relação ao contexto probatório apresentado. Por isso que respeitável corrente defende a prevalência do “convencimento do juiz” ou “persuasão do juiz” acima da “busca da verdade” no processo, tendo em vista que os aspectos objetivos da verdade *são deturpados pela indelével intervenção humana em todos os desdobramentos da produção da prova*.

Em síntese, o modelo subjetivo de solução probatória³¹ coloca o “juiz no centro do problema probatório. Como destinatário final da prova, é ele quem deve estar convencido da validade (ou não) das proposições formuladas”, ou seja, possível dizer que se trata de um resquício da colocação do instituto da Jurisdição no núcleo da teoria do processo³², que repercute efeitos para todas as fases do procedimento probatório. Com base nesse modelo, por exemplo, que o juiz não admite prova por já estar “convencido”, assim como ele pratica “subvalorização” de itens que não o “convence” e “supervalorização” de provas que o “convenceram”. O resultado desse modelo de pensar a prova praticamente exclui a figura do “erro” de julgamento, afinal, o juiz é o autêntico “dono da verdade” em um sistema por intermédio do qual o *Estado não erra*.

4 O CONTEÚDO E O ALCANCE DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL (MODELO OBJETIVO DE FUNCIONAMENTO DA PROVA)

Além da polissemia na conceituação da prova (procedimento, meio de prova e resultado), em termos práticos, a prova consiste em um elemento relacional entre o mundo real (verdade) e a tomada de decisão. O raciocínio elaborado pelo juiz leva em conta a trilogia “hipótese ↔ meio de prova ↔ decisão”, sendo que qualquer ranhura em um desses elementos compromete a totalidade do achado. O problema de um modelo criterioso sobre a prova está em considerar a finalidade da prova como a tarefa de “convencer o juiz”, uma ideia persuasiva, que permanece indiferente à verdade e ao próprio erro de julgamento – *não existindo um parâmetro objetivo de controle da avaliação sobre prova, impossível*

31 Ibidem, p. 62.

32 No modelo subjetivo de funcionamento da prova, o juiz entende o que foi provado conforme o convencimento. Muitas vezes, sequer rebate todas as alegações pontuadas pelas partes. A doutrina tem contestado esse estado de coisas, ao defender o parâmetro da verdade: “Não se quer transformar o juiz em mero chancelador de provas; o juiz continuará sujeito a critérios subjetivos de seu julgamento e é ele quem continuará interpretando e aplicando os critérios legais para a corroboração objetiva das hipóteses fáticas. Trata-se apenas de buscar maior racionalidade do juízo fático. Aliás, continuará sendo necessário o exercício jurisdicional, seja porque haverá necessidade de interpretação e aplicação dos critérios objetivamente postos pela lei, seja porque a própria consequência jurídica extraída de cada fato dependerá da inteligência do órgão julgador”. AUILO, Rafael Stefanini. A valoração judicial da prova no direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 111. No momento em que o convencimento está no núcleo do modelo probatório, o que o juiz disser não pode ser contestado, porque não existe parâmetro objetivo de controle.

cogitar a respeito de “standards”, tampouco assinalar que houve erro de julgamento (afinal, a intimidade do convencimento do juiz é que determina a solução na reconstrução dos fatos em direito processual)³³.

Em contraponto ao “problema” do convencimento judicial, que serve de fundamento para a verifobia, o modelo objetivo de prova tem como critério externo a verdade como correspondência, segundo a qual o mundo real existe³⁴, a verdade externa ao processo existe ou não existe. Óbvio que a verdade pode ser apresentada por narrativas e a perspectiva da “*story telling*” pode fazer parecer o seu conteúdo dissonante da verdade propriamente dita. Entretanto, para além das narrativas, a teoria da correspondência vem reforçada pelo tratamento da verdade no lugar processual por intermédio de justificações válidas respaldadas em provas suficientes. Uma ideia alética da verdade, ou seja, dizer que é mera correspondência poderia incorrer em um realismo ingênuo. Todavia, é crescente a defesa por uma dimensão epistêmica do modelo probatório, que deve se estruturar em normas de lógica e de racionalidade³⁵.

O sentido da verdade como correspondência aparece adensado pelo sentido da verdade como resultado de justificações válidas.

Michele Taruffo esclarece diversos pontos que assinalam a necessidade de a verdade ser um “valor” para uma decisão justa. Em primeiro lugar, o mundo real existe, assim como um determinado evento pode ser resolvido com uma solução verdadeira ou falta, o que ele afirma ser uma ideia alética da verdade. Em segundo lugar, Michele Taruffo³⁶ não deposita todo o encargo da verdade no objeto ou no fato que aconteceu. Quer dizer, não se trata de uma noção ôntica da verdade, mas o mais palpável é reunir as *justificas válidas que pressupõe a verdade de um enunciado*, enquanto noções pertinentes e intersubjetivamente aceitas. A teoria da correspondência não aparece sozinha, mas deve ser reforçada pela teoria da coerência – uma proposição é reputada verdadeira se o seu desdobramento não apresenta

33 Comparando a modelo subjetivo do funcionamento da prova com a técnica utilizada no futebol pelo “VAR” (“vídeo assistant referee). Se o juiz de campo puder fazer o que quiser, se ele puder desprezar as marcações do “VAR” e apitar conforme sua “íntima convicção”, não existe razão para manter o “VAR”. Porque o que o árbitro falar será absoluto e não passível de indagação ou erro. Algo inadmissível em um regime coparticipativo até na teoria dos jogos.

34 DALLAGNOI, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 35.

35 TARUFFO, Michele. Uma simples verdade – o juiz e a reconstrução dos fatos. Trad. Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 101.

36 Idem, p. 102/3. Vincular a verdade a justificações válidas ou, nos termos de Ferrer Beltrán, falar em corroboração suficiente, pode ser considerado uma mitigação da experiência epistêmica. Marinoni e Arenhart pontuam que a conclusão de Taruffo não se distanciaria daquela defendida por esses autores, que colocam o convencimento do juiz no centro da tomada de decisão. Ainda que Taruffo assinala que existe uma verdade firme e externa ao processo, o autor aceita que a obtenção desse conhecimento depende da cognição humana, que naturalmente é condicionada por lastros cognitivos – inclusive, com as limitações processuais e demais normativas. Para Taruffo, portanto, a verdade seria aquilo que as provas mais se pareçam, o que não é um descrédito dessa escola, mas a ressalva da probabilidade enquanto parâmetro metodológico necessário ao tratamento da questão. Ver Marinoni e Arenhart, idem, p. 55.

incongruências ou contradições que resultem em ponto de inflexão, para, então, chegar-se à probabilidade da verdade. A coerência acaba sendo o alcance do conteúdo da verdade.

1ª premissa: a parcialidade e falseabilidade do conhecimento dos fenômenos é pertinente a todas as ciências

A verdade não é desconstruída com o argumento de que o processo civil alcança uma verdade antigamente denominada formal, atualmente, chamada de uma verdade factível. O importante é ponderar que as opiniões, as convenções ou as crenças pessoais do julgador não pautem a verdade, porque se trata de identificar um acontecimento em termos de fenômeno real do mundo civilizado. Sendo tendencialmente objetiva, mas sofrendo com as limitações espaciais, temporais, conceituais, dentre outras, alguém até pode dizer que a verdade no lugar processual é reputada “formal”, mas isso não deixa de fazer com que o achado conte com a força epistêmica de ser uma probabilidade em direção à verdade alavancada por justificações encadeadas. Existe alguma dose de “variação” do conhecimento da verdade, quando as provas experimentam diferentes contextos.

Quer dizer que um fato pode acontecer no mundo fenomênico, mas não se alcançar a prova no processo. Assim como um fato pode ocorrer de determinada maneira, porém, não haver prova sobre essa modalidade de evento. Em síntese, algo ser “tido como provado no processo” não é o mesmo que dizer que “algo é verdadeiro”. Pode ocorrer “falso positivo” ou “falso negativo”, porque o processo é um produto da cultura humana. Na medicina, na engenharia, na farmácia e em outras ciências *mais exatas* também podem ocorrer as conclusões “falsas”. O direito é ciência humana por essência, logo, pode apresentar essa disparidade, sem que seja afetado o modelo objetivo de provar.

Na linguagem de alguns processualistas, a possibilidade do falseamento permite dizer que o método ou técnica empregada implica uma verdade formal, porém, *não deixa de ser uma verdade objetiva*³⁷, *considerando que é despida de preferências subjetivas e individuais do juiz, sendo embasada em critérios e lógicas racionalmente ponderáveis pelos sentidos*. Seja no processo civil, seja no processo penal, seja nos prazos curtos do processo eleitoral, a verdade existe, mas ela é objetiva e pode ser denominada formal “dentro do processo”, na medida em que não avalia todos os aspectos do fenômeno investigado, naquilo que o contexto permite. A verdade é “relativa às provas” do processo, segue o ritmo e o método das provas, com foco nos encadeamentos entre as proposições, nem por isso deixa de ser verdade, tampouco perde

37 Michele Taruffo, Uma simples..., cit., p. 106/7. Imagina o exemplo das empresas farmacêuticas e dos cientistas que tiveram que correr contra o tempo para identificar o vírus *COVID19* e trabalhar para chegar a uma vacina. *Até o presente, a vacina não é uma unanimidade*, pois existem relatos sobre efeitos colaterais ou ineficácia. Portanto, esse campo do conhecimento também tem suas limitações, que podem ser apreendidas como questões referentes à tecnologia, à celeridade, a problemas de amostragem nos testes, dentre outros tantos fatores que não recortam a verdade em si, entretanto, concernem aos “limites” contextuais para se alcançar um grau de probabilidade de eficácia da vacina. Isso ocorre em todas as construções humanas, evidentemente, porque tem o caráter demasiadamente humano em suas conclusões, assim como as decisões são tomadas em um cenário de incerteza.

seu conteúdo epistêmico – apenas acompanha a cultura e o contexto.

2ª premissa: a imbricação entre fato e norma

O fenômeno de um aborto de um anencefálico é compreendido de uma maneira por um biólogo e de outra maneira por um jurista. Significa que “um fato é *juridicamente relevante* (no jargão estadunidense: *material*) quando corresponde ao tipo de fato definido pela regra jurídica”³⁸. Operadores do direito pensam sobre os fatos na perspectiva das normas, vale dizer, o conhecimento prévio ou o padrão normativo influencia no modelo de raciocínio sobre prova.

Eros Roberto Grau³⁹ pontua que “não nos limitamos a interpretar (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretar) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado”. Ocorre uma circulação hermenêutica entre fato e norma, entre problema e hipótese, entre parte e todo o contexto. Por isso que o produto “da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a *norma*) parcialmente *preexiste*, potencialmente, no invólucro do *texto*, invólucro do *enunciado normativo*. Ela se encontra apenas parcialmente nele involucrada, porque a realidade também a determina” de maneira indissociável. “A *norma* não é apenas o *texto normativo* nela transformado, pois resulta do conúbio entre o *texto e a realidade*”.

A norma não é objeto de singela cognição do intérprete, mas resulta de uma atividade criativa do operador na perspectiva do ordenamento escrito e dos fatos da realidade. O texto dos dispositivos é objeto da compreensão conjugado com a realidade, em uma profusão em que a pré-compreensão interage com as possíveis hipóteses de trabalho que respondem aos supostos problemas. Friedrich Müller alerta que a norma jurídica não pode ser compreendida como um juízo hipotético, como se o texto (suporte fático) fosse meramente justaposto ao preceito, sem que houvesse uma relação entre eles. O autor refere que a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua “aplicação” não pode se esgotar somente na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos. Ou seja, a partir do conjunto de fatos do caso se destacam como essenciais ao caso *aqueles* elementos que cabem no âmbito da norma. Programa da norma e âmbito da norma são, portanto, interpretados no mesmo processo da formação de hipóteses sobre a norma com vistas ao caso concreto e, no decurso desse processo, não raramente modificadas, clarificadas e aperfeiçoadas⁴⁰.

38 Ibidem, p. 61.

39 GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes* – a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 28, 33, 46.

40 MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.

As percepções e ideologias que servem como pré-compreensões para adentrar no círculo hermenêutico não consistem em dogmas adstritas ao julgador – do contrário, tudo o que se fala sobre o modelo subjetivo valeria como crítica ao modelo objetivo. Nessa hipótese, a pré-compreensão levaria o apelido pejorativo de preconceito. “O preconceito só é compreendido a partir da estrutura de antecipação do compreender. Por conseguinte, o famoso círculo hermenêutico não passa da sombra projetada, sobre o plano metodológico, dessa estrutura de antecipação. Qualquer indivíduo que tenha compreendido isso sabe, doravante, que <o elemento decisivo não consiste em sair do círculo, mas em penetrar nele corretamente>”⁴¹. A compreensão antecipada do problema consiste em um movimento da tradição⁴² em relação ao intérprete. Em outras palavras, a noção de aceitação geral é a primeira de todas as condições hermenêuticas para uma pré-compreensão livre de subjetivismos tendenciosos⁴³.

3º premissa: o contraditório como critério e metacritério para o reforço probatório

As partes apresentam suas narrativas com base no interesse que almejam atingir (*rule centered*)⁴⁴. O juiz é uma figura estranha ao inicial conhecimento do objeto do processo, logo, ele deve estar atento a todos argumentos suscitados pelos sujeitos parciais. O contraditório serve como critério e como metacritério (critério sobre os demais critérios) para o achado da verdade. Observando o direito de influência e o direito de não surpresa, o julgador deve rebater todos os fundamentos alegados pelas partes⁴⁵.

O modelo colaborativo de processo implica uma comunidade de trabalho para a reconstrução dos fatos. A participação conjugada entre as partes e o juiz, com a ressalva de um contraditório forte (artigos 5º, 6º, 7º, 10º), bem assim algumas inovações nos meios de prova e nos procedimentos, todas elas foram organizadas para conferir uma sinergia que melhor alavanque alcançar a probabilidade dos fatos. Desde a instrução, o sistema jurídico pondera essa preocupação, reunindo *práticas sobre práticas ou práticas de segundo grau*, antevistos

41 RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes, p. 42.

42 “Em termos quantitativos e qualitativos, a fonte mais importante de nossos conhecimentos – à parte o conhecimento inato – é, de longe, a tradição. A maior parte daquilo que sabemos foi aprendida pelo exemplo, pelo que nos foi dito, pela leitura de livros e por aprender a criticar, a receber e aceitar críticas e a respeitar a verdade”. O potencial da “ontologização” tem como condição de possibilidade a identificação da tradição. POPPER, Karl. *Conhecimento sem autoridade*. Trad. Vera Ribeiro. In POPPER, Karl. *Textos Escolhidos*. MILLER, David (org.). Rio de Janeiro: PUCRio, 2010, p. 53.

43 Essa pluralidade de pré-compreensões que pode ocorrer é o oposto de um modelo geométrico de prova. O intérprete manuseia modelos de decisões a partir dos problemas, em uma circulação tendencial e não ortodoxa, para a finalidade de estabilizar um achado que reúna a imbricação do fato e da norma. CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35.

44 A expressão “rule centered” salienta a unidade fático-jurídica que embasa a demanda e as narrativas processuais.

45 As alegações podem ser divididas em fundamentos, que podem definir a contenda e devem constar da justificação da decisão, bem como em argumentos, que se tratam de pontuações orbitais, que não necessariamente precisam ser refutados expressamente pelo julgador. KOCHER, Ronaldo. *O direito ao contraditório como critério e metacritério da correção da fundamentação das decisões judiciais*. In ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Thomson Reuters, 2017, p. 200.

até nas inferências legais, para um escalonamento helicoidal de previsibilidade na tomada de decisões.

Evidente que o ambiente contencioso não se traduz em uma *vontade de dizer a verdade por parte dos sujeitos parciais da demanda*. De outro lado, a profusão argumentativa fornece subsídios valiosos para o juiz não perder o foco operativo na reconstrução dos fatos – com o decorrente esforço para a evitação do erro de julgamento. O contraditório material não resolve todos os problemas sobre o conteúdo da tomada de decisão sobre a prova, mas estrutura uma metodologia de trabalho que amplifica a visão do magistrado e vincula um alcance positivamente assentado, porque o juiz tem a responsividade de responder aos fundamentos debatidos, com força no art. 489, §1º, do CPC.

Em resumo, o conteúdo e o alcance da probabilidade estão diretamente ligados à desenvoltura de um contraditório forte⁴⁶, transparente e que remete à responsividade e à responsabilidade do juiz no momento de elaborar a decisão. Finalmente, possível trabalhar a ideia de falibilidade na tomada de decisão sobre os fatos, a partir da apreensão de *standards* de prova como parâmetros de julgamento. O juiz não pode desconsiderar uma prova alegando que já valorou o contexto, assim como não pode “subvalorar” ou “supervalorar” uma evidência de maneira tácita, valendo o “standard” como heurística de suficiência da prova (ou grau de corroboração da hipótese) que permite dizer que algo está “provado no processo”.

5 O PÊNDULO DA VERDADE NO DIREITO CIVIL – DA POLARIDADE ASSIMÉTRICA À FUNCIONALIDADE EPISTÊMICA

A doutrina reitera que o processo civil é produto da cultura, assim como o capítulo referente ao direito probatório. Assim, natural que a evolução do Estado e das instituições – a evolução da civilidade – implique diferentes modelos de funcionamento da prova. A tradição é reflexiva dessas variações, razão pela qual puderam ser observados uma relação “conceitual” entre prova e verdade, tanto quanto uma relação “teleológica” entre prova e verdade.

O artigo 369 do Código de Processo Civil, na prática, aproxima esses dois modelos, ao pontuar que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar *a verdade*

46 Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart defendem a teoria do agir comunicativo (Habermas) para que a verdade “factível” seja achada por intermédio da interação entre os sujeitos do processo. Embora não sejam unânimes na doutrina, as premissas dos autores fazem importante a referência sobre “*a intensidade do contraditório estabelecido para a cognição (argumentação) que autoriza*” identificar ou classificar a possibilidade, a verossimilhança e a probabilidade, enquanto espécies que emplacam uma crescente aproximação à verdade. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e Convicção. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 52.

dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na *convicção do juiz*”. Com efeito, o dispositivo literalmente reporta que “verdade” e “convicção” acabam sendo indissociáveis no tratamento da prova no processo.

Isso não quer dizer que o processo brasileiro adota um esquema eclético. O importante é que todas as construções culturais, estando o processo dentre elas, possuem uma dose de subjetivismo que lhe é inafastável. A inteligência artificial não acabará com essa imbricação entre o funcionamento subjetivo e o funcionamento objetivo da prova. A questão é transferir o foco ou a tendência para a relação entre proposições probatórias⁴⁷, como se a decisão fosse um discurso universalizável, porque razoável, na medida em que qualquer pessoa, na condição de juiz, “aceitaria” a conclusão adjudicada. A ideia é que a tomada de decisão não seja algo “pessoalizável” ao juiz “X”, “Y” ou “Z”, porém, seja reflexo de uma racionalidade aceita pela tradição.

O núcleo das decisões em direito probatório *não pode ser a convicção do juiz como algo personalizado* – pelo menos, no modelo cooperativo festejado pelo sistema brasileiro. Se outrora havia a distinção entre modelo demonstrativo e modelo persuasivo de prova, atualmente, possível separar um modelo racional ou recheado pela epistemologia, sendo que de outro lado existe um modelo retórico (mais compatível com o modelo adversarial norte-americano). O presente texto não é cego em relação aos “lobbies” que trafegam pelas sombras das cúpulas do poder, tampouco esquece as pressões que existem perante os órgãos Judiciário, incorrendo em uma autêntica politização da justiça civil. Uma inteligência mediana é capaz de perceber que muitas decisões acabam sendo tomadas por “convicções” hauridas por empréstimos de figuras consequentialistas ou decorrentes de uma perfunctória análise econômica ou eficientista do direito (para não dizer outra coisa).

O ceticismo prático dos operadores pode infirmar a ideia proposta. Ocorre que em um panorama acadêmico, o interessante é pontuar os caracteres de um modelo racional ou de um funcionamento “tendencialmente” objetivo da prova⁴⁸:

47 Susan Haack elabora uma analogia entre um contexto aceitável da prova à figura de um jogo de palavras cruzadas. As proposições assinaladas pelas provas acabam se tocando em determinado sentido, entregando fundamento e coerência à tomada de decisão. Por isso que a autora refere que se vale de um holismo-articulado, porque avalia cada prova, sem descurar da avaliação do contexto de provas em sua completude. O meio de prova inicial deve entrar com facilidade em uma narrativa, ele deve ser reforçado com a clareza de uma prova superveniente, assim como a situação de fecho empresta consistência e completude a esse cenário que se desdobrou logicamente. HAACK, Susa. *Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects*. In HAACK, Susan. *Evidence Matters (Science, proof, and truth in the Law)*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 13/4.

48 O “standard” probatório é o “grau de corroboração das hipóteses” ou o “grau de suficiência” da prova para reputar algo como provado. A cultura implicada ao direito é que define o que merece uma maior carga de provas para que um achado seja “tido como provado no processo”. Por exemplo, a suficiência de provas para condenar alguém em um processo criminal deve ser mais robusta que a suficiência de provas para resolver um contrato de locação e decretar um despejo. CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Standards de prova – na perspectiva da tutela dos direitos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 127 e seguintes.

<p>modelo racional na tomada de decisão sobre as provas do processo (modelo objetivo de funcionamento da prova)</p>	<p>as provas e o encadeamento entre as proposições importam mais que a crença do juiz, ou seja, a decisão deve ser tomada “apesar” da convicção do juiz</p>
	<p>a análise das provas é cognitiva e racional, valendo-se da probabilidade indutiva e desprezando intuícionismos e crenças desarrazoadas</p>
	<p>as regras de experiência, as presunções, as regras técnicas e os padrões normativos influenciam na tomada de decisão do juiz, assim como as regras de convivência prática também importam nas decisões corriqueiras da vida em sociedade</p>
	<p>a tomada de decisão em situação e incerteza é fato ordinário na vida das pessoas, assim, o conhecimento do juiz é contextual, embora tenha limites conforme as regras do ordenamento, mas não por isto ele corre o risco de reputado injusto – o importante é alcançar um “standard” que permita dizer que algo é tido como provado porque as hipóteses foram corroboradas de acordo com o cenário apresentado no processo</p>
	<p>a decisão deve ser justificada de maneira racional, por intermédio de argumentos palpáveis, consistentes e coerentes entre si, passíveis de controle intersubjetivo, não sendo válidos comentários intuitivos ou adstritos à consciência íntimas do julgador</p>
	<p>o diálogo processual é um metadiscurso que reforça a densidade da unidade fática-normativa que está sendo testada no processo – para resultar em um achado “tipo por provado”</p>
	<p>as limitações à cognição do juiz, por ocasião de regras de privilégio, não afetam a racionalidade do modelo sugerido</p>

As expressões utilizadas no art. 369 do CPC – *verdade dos fatos e convicção do juiz* – desencobrem uma “reflexividade”. Vale dizer, não existe um sistema puro, mas o ideal é racionalizar a tomada de decisão sobre as provas por um funcionamento objetivo da engrenagem. Possível falar em modelo racional ou em uma funcionalidade epistêmica⁴⁹, naquilo que a natureza das impressões humanas permite.

O conteúdo do modelo de procedimento probatório (atividade) e do modelo de prova (resultado) é ainda mais textualmente carregado para o lado proposto com a força normativa do princípio da cooperação. Em consequência, o alcance dessas ponderações se reflete em uma sedimentação do contraditório material em benefício da busca pela probabilidade da verdade, o que deve ser explicado na justificação da decisão sobre as provas – “apesar” da convicção do juiz.

49 Epistemologia é o capítulo da filosofia preocupada com a origem do conhecimento. Trata-se de uma apreciação tendencialmente “neutra” da prova, para a reconstrução dos fatos no processo, que se vale de critérios metodológicos como a probabilidade indutiva. “O que a epistemologia faz é fornecer um instrumental teórico para que possamos compreender melhor o que é, exatamente, conhecer o mundo, como esse conhecimento se dá e de que forma ele é fundamentado”. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo – prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 19.

6 CONCLUSÃO

Os fenômenos existem ou não existem no plano da vida. O processo é produto da cultura, trata-se de uma construção da racionalidade do homem. Logo, para um evento ser “tido como provado” no lugar processual, é necessário que haja uma relação entre a hipótese, os meios de prova e as proposições que implicam uma probabilidade de verdade sobre os acontecimentos.

A tradição pode privilegiar um regime “mais adversarial ou persuasivo” ou “mais cartesiano ou demonstrativo” no que se refere à relação entre provas e verdade. O artigo 369 do Código de Processo Civil brasileiro fala que os sujeitos processuais devem “provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na *convicção do juiz*”. Existe uma lacuna (“gap”) inexorável entre um fato ontologicamente considerado e a percepção desse fato pelo ser humano (assim como existe essa lacuna em relação à linguagem). Quer dizer, alguma dose de subjetivismo sempre haverá, na tomada de decisão sobre as provas de um processo – porém, isso deve ser efetuado de maneira racional, coerente, como se fosse uma justificação adotável por qualquer pessoa tecnicamente preparada para efetuar o julgamento.

O modelo objetivo do funcionamento da prova busca reportar a probabilidade da verdade “apesar do convencimento do juiz”.

REFERÊNCIAS

- AUILO, Rafael Stefanini. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2021.
- CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Trad. Eduardo Cambi. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**, n. 9, julho/setembro 1998,
- CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CASTRO, Cássio Benvenuto de. **Standards de prova** – na perspectiva da tutela dos direitos. Londrina: Thoth, 2021.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegômenos para uma teoria sobre os standards probatórios. O test case da responsabilidade do Estado por prisão preventiva errônea. Trad. Daniel de Resende Salgado e Luís Felipe Shneider Kircher. In: FERRER BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Trad. Vítor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021.

- FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no processo**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- GIULIANI, Alessandro. L'ordo judicarius medioevale (riflessioni su um modello puro di ordine isonômico). **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLIII, n. 3.
- GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. **Enciclopedia del diritto**, XXXVII.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** – a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- HAACK, Susan. Epistemology and the Law of Evidence: Problems and Projects. In HAACK, Susan. **Evidence Matters** (Science, proof, and truth in the Law). New York: Cambridge University Press, 2014.
- HAACK, Susan. **Filosofia das lógicas**. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KOCHEM, Ronaldo. O direito ao contraditório como critério e metacritério da correção da fundamentação das decisões judiciais. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.); DOTTI, Rogéria (org.). **O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos** – estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Thomson Reuters, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. 4. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PICARDI, Nicola. Processo civile (dir. moderno). **Enciclopedia del Diritto**, vol. XXXVI.
- POPPER, Karl. A defesa do racionalismo. In POPPER, Karl. **Textos Escolhidos**. David Miller (org. e int.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.
- POPPER, Karl. Conhecimento sem autoridade. Trad. Vera Ribeiro. In POPPER, Karl. **Textos Escolhidos**. MILLER, David (org.). Rio de Janeiro: PUCRio, 2010.
- POPPER, Karl. O problema da demarcação. In POPPER, Karl. **Textos Escolhidos**. David Miller (org. e int.). Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

- RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias**. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes.
- TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatório. **Rivista di Diritto Processuale**, anno XLV, n. 2.
- TARUFFO, Michele. Verdade e processo. In TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade** – o juiz e a reconstrução dos fatos. Trad. Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil** – ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. **Revista de Processo**, vol. 116/2004, p. 4, edição *on line*.

Revista Jurídica Unigran

Registrado em: 15.09.2023
Aceito em: 20.22.2023