

Renato Vaquelli Fazanaro

**OS INDÍCIOS E A
PROVA INDICIÁRIA
NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL:
um estudo necessário**

2022

VERDADE, PROVA E PROCESSO

O processo¹ deve ser entendido como um *método*² em que se permite a obtenção de *conhecimento* ou, de forma reduzida, um *método de cognição*³.

Sobre o tema, Piero Calamandrei⁴ afirma que o processo, enquanto instrumento de razão, e não como estéril e árido jogo de força e habilidade, é:

um método de cognição, ou seja, de conhecimento da verdade [...] não as verdades últimas e supremas que fogem aos homens pequenos, senão a verdade humilde e diária, aquela a respeito da qual se discute nos debates judiciais.

- 1 O vocábulo processo, conforme doutrina de João Batista Lopes (LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**: processo de conhecimento: v. 1. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 1), deve ser entendido sob o aspecto estritamente técnico (“complexo de atos coordenados logicamente para a solução de conflitos de interesses e atuação das normas do sistema jurídico”) associado à sua função social (a proteção aos direitos, em caráter preventivo e reparatório, além de beneficiar seus titulares, repercute na sociedade e é necessária para a garantia da paz pública). Ainda em relação ao aspecto técnico, Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: v. 1. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 144) propõe o seguinte conceito, ao qual se filia e que complementa o apresentado anteriormente, compatibilizando duas consagradas doutrinas (de Elio Fazzalari e Oskar Bülow): “procedimento em contraditório, animado pela relação jurídica”.
- 2 Método aqui entendido como “a garantia de veracidade de um conhecimento” (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18), a partir de um procedimento de regras pré-definidas, que permite um resultado rigorosamente verificado.
- 3 O vocábulo cognição se equipara, em sentido e etimologicamente, ao vocábulo conhecimento (do latim, *cognitio*).
- 4 CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**: v. III. Tradução: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernanazdez Barbieri. Campinas: Bookseller, 1999, p. 184-185. Comoglio, Ferri e Taruffo (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 5 ed. Bologna: Il Mulino, 2011, p. 15) também enxergam o processo como um *método*, dentre outros existentes (como a conciliação, a mediação e a arbitragem) *para resolver controvérsias*. Carnelutti (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**: v. 1. 5 ed. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1973, p. 22), por sua vez, entende o processo como “*um método para a formação ou para a aplicação do direito*”.

O ensinamento do jurista italiano pode ser decomposto em duas partes, que consubstanciam o que se pretende demonstrar com o presente item: a correlação existente entre prova, verdade e processo.

A primeira parte diz respeito ao processo enquanto método de conhecimento ou cognição.

Nesse ponto surge um questionamento preliminar a ser feito: o que se deve entender por *conhecimento*?

Conhecer é trazer para o *sujeito cognoscente* algo que se põe como *objeto*⁵, podendo o conhecimento ser concebido como uma “técnica para a verificação” desse objeto:

Por *técnica de verificação* deve-se entender qualquer procedimento que possibilite a descrição, o cálculo ou a previsão controlável de um objeto; e por *objeto* deve-se entender qualquer entidade, fato, coisa, realidade ou propriedade⁶.

A par dessas premissas, entende-se que o conhecimento *no processo*⁷ tem por:

5 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13.

6 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 174, grifo nosso.

7 Com a adoção do *sincretismo processual*, ainda no CPC/73, pela Lei nº 11.232/2005, e mantido no CPC/15, não subsiste mais a distinção entre processo de conhecimento e processo de execução (se fundado em título executivo judicial), sendo consolidado todo o rito procedimental em apenas um processo, que se subdivide, via de regra, em duas fases: (i) de conhecimento (ou *declaratório em sentido amplo*), cuja finalidade é o reconhecimento ou proclamação do direito no caso concreto para solucionar a situação conflituosa (LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil**: processo de conhecimento: v. 1. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 2); (ii) de execução ou “cumprimento de sentença”, que consiste na prática de atos coativos para se concretizar o julgado e satisfazer o direito reconhecido na fase anterior.

- (i) **objeto**⁸: a *pretensão*⁹ deduzida em juízo pela parte autora (por intermédio do ato denominado *demanda*¹⁰) ao provimento declaratório denominado sentença de mérito, que será, em regra, alvo da resposta ofertada pela parte ré. Ambas as partes assentam suas razões por intermédio de alegações e as comprovam pelas provas, para que o *sujeito cognoscente* tome contato com a realidade do caso concreto e investigue a veracidade das alegações de fato, enquadrando-as nos respectivos princípios e regras jurídicas, e esteja em condições de formar seu convencimento e decidir a causa que lhe é submetida a julgamento¹¹;
- (ii) **sujeito cognoscente**: o órgão julgador, responsável por captar, analisar e valorar as provas produzidas pelas partes, com o objetivo de se aparelhar para formar um juízo de valor acerca da pretensão do autor, formulando positiva ou negativamente a regra jurídica especial do caso concreto;

-
- 8 Sobre as diversas correntes doutrinárias acerca do objeto do processo, e a sua correlação com o *meritum causae*, ver CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: v. 1. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 234-238. Recomenda-se, ainda, a consulta ao clássico trabalho de Dinamarco: DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo** vol. 34/1984, p. 20-46, Abr-Jun/1984.
- 9 Adota-se o conceito de Carnelutti (CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**: v. 1. 5 ed. Tradução: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1973, p. 28/31), de que a pretensão é um ato pelo qual se exige a *subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio*. Tal conceito é seguido, dentre outros, por Moacyr Amaral Santos (SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: v.1. 12 ed. São Paulo, Saraiva, 1985, p. 9) e Dinamarco e Lopes (DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 171). *Pretensão* que advém da relação jurídica de direito material, mas que é trazida ao processo pela demanda e revelada pelo *pedido* da parte autora, razão pela qual se deve considerar a sua natureza processual. Oportuna é a afirmação de Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: v. 1, cit., p. 237): “Tem-se, pois, por objeto do processo a pretensão processual, assim entendida a exigência do demandante no sentido de obter um atuar ou um fazer, ou, com mais precisão, a intenção manifestada pelo demandante de obtenção de um provimento capaz de lhe assegurar tutela jurisdicional. Julgar o mérito e julgar esta pretensão, manifestada em juízo através de um pedido, razão pela qual se fala, tradicionalmente, em procedência ou improcedência do pedido, expressões utilizadas nas sentenças que definem o objeto do processo, conforme tenha sido tal definição favorável ou desfavorável ao demandante”.
- 10 É o ato de pedir a tutela jurisdicional, que tem por conteúdo uma pretensão de quem o realiza (DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 171), não se confundindo com *ação*, que é um direito.
- 11 CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 17.

concluirá pela procedência, quando acolher a pretensão do autor; pela improcedência, quando a rejeitar¹².

Ato contínuo, para que o provimento final seja favorável ao autor é indispensável que a sua pretensão esteja amparada pelo direito material e por fatos e provas capazes de convencer o juiz de que o Direito está ao seu lado.

Ocorre que, na sucessão encadeada dos atos que compõem o processo, que deve correr em contraditório, podem surgir *questões*, isto é, pontos duvidosos/controvertidos decorrentes das alegações *de fato e de direito* deduzidas pelas partes¹³. Fala-se, então, em *questões de fato*, correspondentes à dúvida quanto a uma assertiva de fato contida nas razões de alguma das partes; e *questões de direito*, que correspondem à dúvida quanto à pertinência de alguma norma ao caso concreto, à interpretação de textos, legitimidade perante norma hierarquicamente superior¹⁴.

De tal sorte, constitui objeto *do conhecimento do juiz* toda o plexo de questões que no processo surgirem, venham de onde vierem, e das quais dependa a admissibilidade e o teor do julgamento do mérito: o réu suscita questões ao responder, o autor na réplica ou depois, ambos a todo momento no contraditório do processo, dúvidas são levantadas de ofício pelo juiz *etc.* - e de todas essas questões o juiz conhece e sobre elas se pronuncia no momento procedimental adequado¹⁵.

Encontra-se delineada, assim, a distinção entre *o objeto do processo* – que é colocado estritamente pela demanda inicial e relevância alguma tem a maneira como se comporta o demandado depois (ressalvado o

12 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**, cit., p. 328

13 Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: v. 1. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 235) elucida: "Como é aceito pela melhor doutrina, as partes, ao longo do processo, vão trazendo a juízo suas razões, e cada uma destas razões corresponde a um ponto. Ponto é, pois, cada uma das alegações produzidas pela parte. Toda vez que sobre um ponto instaura-se controvérsia, surge uma questão. Questão, pois, nada mais e do que um ponto controvertido".

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo** vol. 34/1984, p. 20-46, Abr-Jun/1984, p. 33 e ss. Para Humberto Theodoro Júnior (JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**: v. 1. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1419. *E-book*): "Na *quaestio facti* discutem-se os eventos naturais ou as ações humanas de que originaram os direitos e as obrigações cuja atuação se pretende alcançar no processo. Indaga-se sobre a verdade, ou não, dos fatos alegados pelas partes. Na *quaestio iuris* trava-se discussão apenas sobre a lei ou a norma jurídica cuja aplicação se reclama para compor o conflito".

15 DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 171.

caso excepcional da reconvenção) – e o *objeto do conhecimento* – toda a massa de questões que no processo surgirem – do juiz.

Especificamente em relação ao segundo, em resumo, o conhecimento obtido no processo será a respeito das *questões* surgidas ao longo da marcha processual, a partir das alegações deduzidas pelas partes (*objeto*); e o conhecimento formado permitirá a respectiva valoração das provas apresentadas e a consequente aplicação do direito pelo órgão julgador (*sujeito cognoscente*).

Esse exercício intelectual realizado pelo órgão julgador, presente em todas as fases do processo, embora se revele predominante na *fase cognitiva*¹⁶, é denominado tecnicamente de *cognição*, que é conceituada pela doutrina especializada como sendo:

prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo¹⁷.

Portanto, o conhecimento ao qual o juiz chegará será o resultado da investigação feita ao longo do rito processual, pelo qual as partes deduzem suas alegações e apresentam os meios hábeis a comprová-las.

16 Como assevera Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: v. III. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 31), no processo de execução (título extrajudicial) ou na fase executiva, há *demand*a e algum grau de conhecimento, mas não existe o julgamento da pretensão do exequente, limitando-se à própria execução, sua admissibilidade, ao título executivo etc., jamais à existência de crédito. Por fugir do escopo do presente estudo, apenas se alude à regra geral do procedimento comum de conhecimento, não analisando os procedimentos ditos “especiais”, que contam com rito procedimental diverso, tampouco se esmiúça a natureza jurídico-processual da “liquidação de sentença”. Apenas se ressalta que a expressão “processo de execução” guarda correção técnica quando se refere ao procedimento de execução fundada em título extrajudicial, na forma do art. 771 e seguintes do CPC/15

17 WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 67. Para o autor, a cognição pode ser considerada sob a ótica *horizontal* (amplitude, extensão), situação em que diz respeito às questões que podem ser objeto da atividade cognitiva (a cognição, sob este enfoque, pode ser plena ou limitada), e *vertical* (profundidade), hipótese em que poderá ser exauriente ou completa e sumária ou incompleta, constituindo “importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada”, sendo ressaltado que “deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à especificidade do caso concreto” (op. cit., p. 127-138). Para uma profunda análise da *cognição*, ver a obra em seu inteiro teor, bem como CÂMARA, Alexandre Freitas. O objeto da cognição no processo civil. In: **Livro de estudos jurídicos**, vol. XI, James Tubenchlak e Ricardo Bustamante (coord). Niterói. IEJ, 1995.

Vale ressaltar que as *questões de direito* prescindem de prova, em regra¹⁸, porquanto incumbe ao juiz o conhecimento do ordenamento jurídico, a fim de aplicar corretamente a norma aos fatos (*iuria novit curia, Da mihi factum, dabo tibi ius*). Por tal motivo, a sua análise foge ao escopo do presente trabalho.

Por outro lado, as questões de fato exigem a produção de prova e a valoração destas pelo órgão julgador. E os instrumentos responsáveis por cumprir essa função de subsidiar o *conhecimento* do juiz acerca da ocorrência ou inoocorrência de tais fatos no mundo fenomênico são os *meios de prova*.

Pode-se conceber a prova judicial, então, como uma espécie de *ponte* que liga, de um lado, os fatos que motivaram a prestação da tutela jurisdicional e, do outro, o resultado que dela se espera, isto é, o proferimento de uma decisão definitiva que põe fim ao conflito de interesses surgido no seio da sociedade. Noutras palavras, a prova judicial é o meio de *comunicação* entre a realidade empírica e a esfera jurídico-processual, permitindo que se demonstre nesta última a ocorrência – ou não – da primeira.

Tendo em mente a noção apresentada, o *conhecimento*, em relação às questões de fato, é a *técnica* para verificação da veracidade das alegações de fato deduzidas pelas partes, que serão objeto de prova.

Nesse sentido é a doutrina de Miguel Reale¹⁹: “no fundo, ‘questão de fato’ equivale à ‘questão atinente à prova do fato que se deu’ [...] ao fato na sua existência (sobre se o fato *F* efetivamente se deu e se o mesmo apresenta, à luz das provas produzidas pelas partes, a configuração *C*)”.

Em última análise, o que se viabiliza pelo processo é o *conhecimento* da verdade das alegações de fato, e não da verdade dos fatos *ocorridos*.

Pode-se, com isso, conceber-se uma acepção técnica do termo *conhecimento* no âmbito processual própria do método científico, no sentido de um corpo de “asserções garantidas”, ou seja, uma ordem de constatações logicamente relacionadas entre si, apresentando a coerência interna do pensamento consigo mesmo, com seu objeto

18 Ver item 3.3.

19 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 210

e com as diversas operações implicadas na tarefa cognoscitiva, um saber metodicamente fundado, demonstrado e *sistematizado*; não se trata, assim, de seu uso ordinário ou vulgar, no qual o conhecimento deriva é causal e deriva da vida cotidiana, sendo um saber independente de processo metodologicamente ordenado de investigação, sem possibilidade de verificação ou confirmação²⁰.

Esse conhecimento obtido poderá ser *reconstruído, e controlado*, a partir das alegações, das questões formadas e das provas produzidas, isto é, poderá se ter uma *verificação* se analisada as bases que o sustentam.

Apresentadas tais considerações, pensa-se ter enfrentada adequadamente a primeira parte daquele ensinamento inicialmente transcrito de Piero Calamandrei. Pode-se ingressar na segunda parte agora, que consiste em saber qual é aquela “verdade humilde e diária”.

O núcleo do problema *não* é, pois, a pergunta: o processo deve ou pode se dirigir a determinar *verdade dos fatos*? É, a rigor, a seguinte: o que se pode entender por verdade dos fatos no âmbito do processo e quando, em que condições e mediante quais meios pode ser alcançada?²¹.

Cuida-se, então, de um problema eminentemente epistemológico, e que diz respeito às características e modalidade de conhecimento de um fato, mesmo que seja no contexto de um contexto de experiência específico, caracterizado por regras e requisitos institucionais específicos.

De início se deve fixar a premissa que sintetiza o quanto até aqui exposto, de que, quando se fala na *busca da “verdade dos fatos” no processo, refere-se à a busca de um conhecimento verdadeiro sobre os enunciados fáticos*.

Essa é a leitura que deve se fazer da disposição inaugural – e fulcral – do capítulo sobre provas do CPC/15 (art. 369), da qual se

20 DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

21 TARUFFO, Michele. **La Prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 186. No mesmo sentido Arruda Alvim (ARRUDA ALVIM. **Curso de direito processual civil**: v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 205): “O problema da prova, no direito processual civil, não se apresenta sob o prisma teórico de indagação exaustiva da verdade, mas sim, coloca-se como problema teórico conducente a se conseguir o que, dentro da teoria da prova, seja definido e havido juridicamente como verdade”.

infeire que “provar a verdade dos fatos” é a *função última* do emprego dos meios probatórios pelas partes. Esta ideia de que se deve buscar com as provas judiciais a “verdade dos fatos” ocorridos no mundo fenomênico é esposada por grande parte da doutrina e jurisprudência mais superficiais.

Ocorre que a investigação científico-processual decerto não se limita às primeiras impressões decorrentes da interpretação isolada do texto legal. Com isso, aplicam-se aqui aquelas indagações e problemas havidos no estudo da verdade na parte anterior do trabalho. Afinal, qual verdade se busca no processo, como ela pode ser encontrada e verificada?

Como ocorre no campo da Filosofia e da epistemologia, a questão é altamente espinhosa e produz complicações significativas e incertezas na definição do papel da prova no processo. Segundo Taruffo²², isso ocorre por conta de duas razões principais:

- (i) a primeira é a relação que se estabelece entre a ideia de uma verdade “judicial” especial e uma verdade diversa (não judicial), que se dá somente fora do processo. Discute-se a identidade entre as concepções de verdade, ou se a verdade do processo é realmente particular ou especial.

A saída encontrada pelos juristas em geral é fazer a distinção entre verdade “formal” ou “relativa” (ou também judicial, processual) e verdade “material”, “real” ou “absoluta” (histórica, empírica ou simplesmente verdade). Como ponderado por Maria Elizabeth Queijo²³:

As diferenças apontadas situam-se no plano da investigação: a verdade material relacionada à investigação dos fatos sem limites legais, por quaisquer meios disponíveis, abrangendo todas as informações que venham ao conhecimento do juiz, independentemente de sua forma de obtenção. Por seu turno, a verdade formal é definida como verdade mais contida quanto aos meios de investigação dos fatos, regrada, obtida dentro dos parâmetros legais. Nesse contexto, a verdade material [...] tenderia a aproximar-se da realidade efetivamente ocorrida; enquanto a verdade formal seria representada por uma verdade contida, mais

22 TARUFFO, Michele. **La Prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 23-27.

23 QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas consequências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 46.

restrita e mais distante da realidade fenomênica, embora produzida dentro dos parâmetros legais.

Tem-se também, em grande medida, aqueles que preferem dizer que a verdade *material* é própria do processo penal, em razão da indisponibilidade dos direitos discutidos associada à gravidade da condenação (privação da liberdade), que garantiria uma livre investigação das provas; enquanto o processo civil se limita à verdade *formal*, haja vista que, em regra, os direitos em jogo são disponíveis, sendo os prejuízos “meramente” patrimoniais, tendo-se adstrição ao princípio dispositivo²⁴.

Essa dicotomia entre as “verdades” almejadas no processo penal e civil decorre de uma cultura arcaica, arraigada em ideais ultrapassados que enxergavam o processo civil como “coisa das partes”, no qual os meios valiam mais que os fins, e destituído de interesse público, o que hoje não mais prevalece, em virtude do reconhecimento do caráter publicista do processo como um todo e da ampliação significativa dos poderes instrutórios do juiz.

Além disso, a distinção entre verdade formal e material é inaceitável por uma série de razões que a doutrina menos superficial tem posto em evidência há tempos²⁵, especialmente por não se conceber uma distinção ontológica entre elas.

24 Citem-se: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini: **Teoria geral do processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 71; FLORIAN, Eugenio. **Delle prove penali**. Milano: Vallardi, 1924, t.1, p. 1-2; ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 106. João de Castro Mendes (MENDES, João de Castro). **Do conceito de prova em processo civil**. Lisboa: Ática, 1961, p. 394-395) identifica essa doutrina como *teoria do paralelismo de funções* jurídico-processuais da verdade material e formal, que pode ser sintetizada na máxima de que “a verdade material é o fim da atividade probatória em processo penal, a verdade formal é o fim da prova em processo civil”. O autor identifica, em oposição, a *teoria do dualismo das funções processuais* da verdade material e formal, segundo a qual “Em qualquer processo, a verdade material é o fim ideal que se procura alcançar [...]. Em qualquer processo, a verdade formal é resultado prático que se atinge [...]. Quer dizer: a verdade material é a função ou fim da atividade probatória; a verdade formal é o resultado probatório”.

25 Cite-se, a título de exemplo, a doutrina de ECHANDIA (*Teoria*, t. I, p. 252-253), para quem é absurdo falar de verdade real (ou material) e formal (ou jurídica), porque só existe uma verdade, corroborando a já mencionada doutrina de Carnelutti, “a verdade é como água: ou é pura ou não é verdade” (CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução: Amilcare Carletti]. São Paulo: Leud, 2002, p. 53). Igualmente: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Processo civil e processo penal: mão e contramão*. **Revista de Processo**, vol. 985/2017, p. 385-399, Nov/2017, p. 3-5); GASCÓN ABELLÁN, Marina. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 28, p. 127-139, 2005, p. 128-129; MENDES, João de Castro. **Do conceito de prova em proceso civil**. Lisboa: Ática, 1961, p. 391-402. Este último refuta veementemente a ideia na seguinte passagem, cuja reprodução é oportuna: “o conceito de verdade formal deveria ser banido

A própria estrutura lógica da verdade por correspondência (“x” é uma sentença verdadeira se e somente se “p”) não permite a criação de “verdades” distintas, em que a estrutura da verdade formal quebraria a correspondência objetiva entre representação e fato representado, pois a validade do raciocínio se desloca da correspondência entre “x” e “p” para a autoridade de quem emana a declaração²⁶.

Na mesma toada, mais insustentável ainda é a distinção “endoprocessual” entre verdade entre formal e material aplicada aos processos penal e civil. Isso porque, conforme apontado por Parra Quijano²⁷, nenhum ordenamento jurídico sensato prometeria aos seus jurisdicionados um processo em que, apesar de todas as dificuldades e desgastes que implica, somente buscaria uma verdade formal e, no outro, a verdade real.

Cumprir destacar, ademais, que não raro no processo civil se trata de questões relativas à sobrevivência de alguém, a assegurar a dignidade da pessoa humana, a manutenção de uma empresa, a se coibir (tutela inibitória) danos físicos e psicológicos gravíssimos, especialmente no direito de família²⁸. A teor do afirmado por Barbosa Moreira²⁹:

nem todas as condenações criminais se traduzem na imposição de pena privativa da liberdade – e nas hipóteses de multa é igualmente o patrimônio do condenado que sofre. Por outro lado, podem ser gravíssimos para a pessoa do réu, e às vezes não só para ela, os corolários não patrimoniais de uma condenação civil, digamos no âmbito do direito de família: pense-se, v.g., na sentença que destitui alguém do pátrio poder.

da ciência jurídica. Com efeito, o termo tende insidiosamente a fazer admitir, desempenhando funções e papéis científicos reservados à verdade em si, uma realidade que verdade não pode ser. E dizer que o processo civil tem como fim – coincidente com o resultado – a verdade formal, é afirmar, por outras palavras, que através de um certo número de meios e atividades reguladas na lei se tende para alcançar – e necessariamente se alcança – aquilo que se obtenha por esses meios e atividades. Trata-se de uma simples tautologia, um lapalicismo mascarado de afirmação científica, e que representa uma construção meramente verbal do fenômeno probatório”.

- 26 TARSKI, Alfred. *On the Concept of Truth in Formal Languages*. 2 ed. **Em Logic, Semantics, Metamathematics**: Papers from 1923 to 1938, 152-278. London: Oxford University Press, 1983., p. 155.
- 27 PARRA QUIJANO, Jairo. **Manual de Derecho Probatorio**. 16 ed. Bogotá: Librería Ediciones Del Profesional, 2007, p. 159.
- 28 FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 281.
- 29 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Processo civil e processo penal: mão e contramão. **Revista de Processo**, vol. 985/2017, p. 385-399, Nov/2017, p. 4-5.

O autor vai além e destaca que:

A evolução mais recente denota clara mudança de perspectiva. De um lado, acentua-se, no processo civil, a propensão a aprimorar os mecanismos da prova e, com isso, propiciar uma correspondência mais exata entre a fundamentação in facta da sentença e a realidade histórica [...] Já o processo penal, em mais de um aspecto, dá a nítida impressão de caminhar antes no sentido oposto.

Ora, como visto na parte anterior do presente estudo, mesmo no campo da Filosofia e da epistemologia, não se pode chegar a uma verdade absoluta, em razão da impossibilidade de se delimitar, de forma genérica, a realidade a que os fatos se referem.

Não se olvidando de que a verdade “do processo” tem, sim, algumas peculiaridades decorrentes do contexto em que é formada, isto é, por intermédio dos meios de prova e com limitações trazidas pelas regras e limites que regem o procedimento probatório, isso não basta para se conceber uma verdade “formal” e uma verdade “material”, tendo em vista que a verdade *tout court*, em geral, é impassível de ser absoluta.

Noutras palavras, dentro ou fora do processo, a busca da verdade encontra problemas, porquanto é de alguma forma sempre “contextual”, sendo que a verdade dos fatos no processo é apenas uma variante específica desse problema mais geral.

Enfim, há que se firmar de uma vez por todas a ideia de que “não há diferença epistêmica substancial entre a verdade judicial e a verdade não judicial”³⁰

- (ii) a segunda razão se refere ao papel que é atribuído à verdade dos fatos na teoria do processo.

Costuma-se resolver a questão afirmando que é totalmente estranho ao processo, enquanto instrumento de resolução de conflitos, a busca e determinação da verdade dos fatos, de modo que a única verdade que importa é aquela estabelecida pelo juiz na sentença, porquanto fora dela não há nenhuma outra verdade que interessa ao Estado, à administração da justiça ou às partes. Enfim, mascara-se o

problema excluindo-se a verdade do conjunto de objetivos do processo em geral e do processo civil em particular.

Taruffo³¹ assevera que tal ideia encerra uma contradição evidente que surge entre a *teoria da prova*, pela qual a função desta última é a busca da “verdade dos fatos”, e a *teoria geral do processo*, no âmbito da qual, ao revés, costuma-se dizer que a função do processo não é determinar a verdade dos fatos. Neste caso, fica em aberto a explicação acerca da função das provas no processo, tendo em vista que essas produzem, em teoria, resultados que a ele não interessam.

Desse modo, a definição de prova permanece duvidosa, assim como a forma de entender a estrutura da decisão judicial, que resta indeterminada ante a ausência de especificação sobre qual é a relação entre a decisão e os fatos, isto é, se se pode ou não ou, se se deve ou não visar a reconstruir os fatos com o máximo de veracidade possível.

Apresentadas as duas principais razões que tornam tormentosa a exposição sobre o papel da prova no processo, verifica-se que não existe formas simples e aceitáveis de enfrentar o tema, devendo-se desconfiar dessas teorias reducionistas e superficiais que há muito impregnam a cultura processual.

Utilizando uma certa expressão da língua espanhola, o problema está “mal planteado”, no sentido de que está posto, ou apresentado, de forma equivocada e toma por bases premissas infundadas. A análise a ser feita decerto deve ser mais cuidadosa e principalmente, sistematizada com apoio na epistemologia jurídica, o que se passa a fazer.

Inicialmente, deve-se estabelecer que não se trata de conjecturar verdades *absolutas*, mas determinar qual a verdade *possível* que se pode concretamente determinar no processo, ou, buscar aquela “essência da verdade”, tal como visto anteriormente.

Indo mais a fundo, especificamente no campo da epistemologia jurídica, em especial a parte relativa ao conhecimento do processo civil, a investigação tem por objetivo verificar se pode se aplicar aquela “essência da verdade,” isto é, chegar as mesmas conclusões obtidas no campo da epistemologia geral.

31 TARUFFO, Michele. **La Prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 26.

Ainda, é certo que o potencial para a busca da verdade possível depende do modelo de processo civil adotado pelos ordenamentos: em se tendo um regramento processual que limite fortemente o emprego dos meios de prova e tenha muitas provas legais ou tarifadas, o potencial é *mínimo*; por outro lado, se o regramento previr a admissibilidade de todas as provas relevantes e estejam sujeitas à livre apreciação do juiz, o potencial é *máximo*³².

Constatada, portanto, a tormentosa relação existente entre o processo, a prova e a verdade, e a ausência de sistematização metodológica na respectiva análise no âmbito doutrinário, procedeu-se à detida pesquisa sobre o tema, da qual foi possível extrair três “fios da meada”, ou principais premissas básicas para aquela que se reputa a adequada compreensão acerca do problema apresentado.

Cuidam-se de premissas complementares e igualmente necessárias para que se tenha a devida noção da interligação que se pode estabelecer entre o processo, a prova e a verdade, que decerto não esgotam o amplo leque de abordagens que se pode fazer do tema, mas visam a transmitir o que há mais de pertinente.

2.1. BUSCA-SE COMPROVAR A VERACIDADE DAS ALEGAÇÕES DE FATOS, NÃO DOS PRÓPRIOS FATOS

A atividade jurisdicional busca o *acertamento* dos fatos deduzidos em juízo.

Como visto nos capítulos precedentes, antes de serem expostos em juízo, os fatos ocorreram – ou não – no mundo fenomênico, de tal sorte que representam o gatilho para o início da prestação jurisdicional.

Foi apresentada a lição da epistemologia em geral, que se aplica ao plano jurídico e o processual em particular, de que a existência dos fatos em si mesmo é própria do mundo fenomênico, não sendo suscetíveis de gradação entre verdadeiros ou falsos³³. Todavia, caso se *alegue* a ocorrência de tais fatos, ter-se-á uma *alegação de fato*³⁴,

32 TARUFFO, Michele. **La Prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 47.

33 Nesse sentido: “Os fatos já ocorreram e é impossível averiguar-se a verdade voltando no tempo” (NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 974 *E-book*).

34 Seguindo essa linha, Taruffo (TARUFFO, Michele). **A prova**. Tradução: João Gabriel Neto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 262). afirma que a “alegação de um fato consiste na formulação de um enun-

que poderá, esta sim, estar ou não conforme os eventos ocorridos no mundo fenomênico, de tal sorte que devem ser provadas as *alegações de fatos* e não os fatos em si mesmo considerados³⁵.

Isso se dá porquanto os fatos não se incorporam ao processo tal qual ocorridos no mundo fenomênico, ou a realidade empírica ou material, tendo em vista que, em regra, já ocorreram, de modo que pertencem ao tempo passado³⁶.

Além disso, é certo que o fato não chega “intacto”, conforme a realidade, ao processo, sendo recepcionado já com uma interpretação resultante do tratamento que lhe é dado pelo sujeito processual que o alega³⁷.

Consoante certa observação de Ferrer Beltrán³⁸, não é raro encontrar na doutrina e na jurisprudência a tese de que o que se prova no processo são *fatos*, o que algumas vezes se dá por meras razões de simplicidade expositiva. Todavia, trate-se de uma forma “ruim” de apresentar o problema, considerando que os fatos não podem ser provados em si mesmos. Para ilustrar, cita a doutrina de Serra Dominguez, de que não se pode provar uma mesa, nem um contrato, nem uma obrigação; o que se pode provar, sim, é o enunciado que afirma a existência de uma mesa em minha sala, não a própria mesa; o enunciado que afirma (ou nega) a existência de um contrato etc.

ciado descritivo daquele fato realizado por uma parte em um de seus atos”.

- 35 Nesse sentido: MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba: los grandes temas del derecho probatorio**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, p. 38; COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3 ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958, p. 217-218; TARUFFO, Michele. **La Prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 114; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini: **Teoria geral do processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 349; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: v. III. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58-59; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 71; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: v. 1. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010., p. 404; KNUJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 14; FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prova e verdade no direito**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2017, p. 74; ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova e convicção**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 117-118.
- 36 Em que pese a grande maioria das alegações versar sobre fatos pretéritos, é possível que versem sobre presentes (v.g. ações possessória em caso de turbação, nas quais se pede a manutenção da posse) e até mesmo futuros (casos de tutela inibitória, em que se tem ameaça a direito, tendo escopo preventivo, portanto, a exemplo da proibição de publicação de biografia com informações falsas sobre determinado artista), o que não se pode ignorar. Ver item 3.2.4.
- 37 PEREIRA, Patrícia Silva. **Prova indiciária no âmbito do processo penal**: admissibilidade e valoração. Coimbra: Almedina, 2017, p. 19.
- 38 BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito** Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 74.

Especificamente no que diz respeito à alegação de fato, trata-se de um ato linguístico por intermédio do qual uma parte *alega* que um fato se verificou de determinado modo no mundo fenomênico. Pela terminologia de John Searle³⁹, trate-se de uma assertiva com função meramente *ilocutória*, já que o autor *afirma* algo, que, sob a ótica epistêmica, é um enunciado hipotético, podendo ser verdadeiro ou falso em si, e o é até que se profira decisão definitiva⁴⁰.

A contestação consiste, por sua vez, em um ato linguístico cujo autor afirma que o enunciado alegado pela outra parte não é verdadeiro. Muda-se, por outro lado, a função ilocutória do novo ato linguístico, visto que seu escopo é o de afirmar que aquele enunciado é falso.

Um dos “fios da meada” para se compreender a questão, portanto, é ter em mente que no processo, especialmente na seara probatória, “o fato” é o que se diz sobre um fato, é a alegação ou declaração do fato, e não o objeto empírico que é enunciado⁴¹. Nos dizeres de João de Castro Mendes⁴²:

Quando se falam que se provam *factos*, está-se conscientemente ou inconscientemente a empregar a palavra *facto* para designar a afirmação que sobre ele recai. *Facto* e *afirmação (do facto)* são termos sinônimos ou equivalentes na linguagem jurídica, legal ou doutrinária.

No ordenamento jurídico alemão, a título de exemplo, tem-se a previsão expressa no § 286 do Z.P.O. (*Zivilprozessordnung* – Código de Processo Civil), promulgado em 05 de dezembro de 2005, que assim dispõe:

§ 286 – Livre apreciação das provas. (1) O tribunal, levando em consideração o inteiro conteúdo das audiências e os resultados obtidos com as provas produzidas, resolverá segundo sua livre convicção se uma alegação de fato deverá ser considerada verdadeira ou falsa. Na

39 Função ilocutória, ou ilocucionária, pela doutrina de John Searle sobre os Atos de Fala (SEARLE, John R. **Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real**. Tradução: F. Rangel]. Rocco: Rio de Janeiro, 2000. p. 84-86) é o potencial que um ato de fala (afirmação, negação, pergunta etc.) tem de satisfazer a intenção de quem o proferiu (*falante*) em relação ao seu *ouvinte*. No caso de uma alegação de fato (ato ilocucionário) em um processo judicial, a intenção é de comprovar a sua veracidade e obter um julgamento favorável.

40 TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Neto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 263-264.

41 TARUFFO, Michele. **La Prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 114.

42 MENDES, João de Castro. **Do conceito de prova em processo civil**. Lisboa: Ática, 1961, p. 531.

sentença se indicarão todos os fundamentos e motivos da convicção do tribunal⁴³.

A todas as passagens do CPC/15, especialmente àquelas relativas à prova judicial, deve-se aplicar tal ideia.

Vale ressaltar que o código, em 4 oportunidades, traz essa ideia positivada, quando usa “fatos alegados” e não apenas “fato(s)”, nos seguintes arts.: (i) art. 128, III⁴⁴; (ii) art. 307, *caput*⁴⁵; (iii) art. 319, VI⁴⁶; (iv) art. 972⁴⁷.

A simples alegação de um fato, por si só, não importa *a priori* para o julgamento da causa. Somente após a parte reconduzir tal fato a um suporte fático legal, atribuindo a esse uma qualificação jurídica, o fato alegado torna-se “constitutivo” de uma situação jurídica, integrando, por exemplo, a *causa petendi* da demanda.

Assim, o objeto da prova judicial são as alegações – ou o conjunto delas – do que ocorreu faticamente e, por consequência, a “verdade” a ser apurada, na prática (pelos meios probatórios), é acerca dessa alegação, sendo esta a interpretação humana de um evento ocorrido no mundo fenomênico.

43 Grifo nosso. No original: [”]§ 286 Freie Beweiswürdigung. (1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind [...]. Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. Acesso em 07 abril 2020. Grifo nosso.

44 Art. 128. Feita a denunciação pelo réu: [...] III – se o denunciado confessar os *fatos alegados* pelo autor na ação principal, o denunciante poderá prosseguir com sua defesa ou, aderindo a tal reconhecimento, pedir apenas a procedência da ação de regresso. – grifo nosso.

45 Art. 307. Não sendo contestado o pedido, os *fatos alegados* pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de 5 (cinco) dias.

46 Art. 319. A petição inicial indicará: [...] VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos *fatos alegados*;

47 Art. 972. Se os *fatos alegados* pelas partes dependerem de prova, o relator poderá delegar a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, fixando prazo de 1 (um) a 3 (três) meses para a devolução dos autos.

2.2. A VERDADE POSSÍVEL NO PROCESSO: ASPECTOS OBJETIVO E SUBJETIVO

2.2.1. A verdade objetiva

Como se verificou no âmbito epistemológico de ordem geral⁴⁸, um dos problemas centrais para estudo da *verdade* diz respeito à (im) possibilidade de se atingir uma verdade *absoluta* dos fatos.

Viu-se que a verdade *absoluta* é uma ideia que pertence aos domínios da religião e da metafísica⁴⁹, daí porque se falar, à luz da concepção originária da teoria da correspondência, que a “verdade não significa completa correspondência a algo. Sempre será possível maior proximidade dela”⁵⁰.

Verdade *alcançável* pelos homens, portanto, decotada do plano transcendental ou metafísico, é a verdade *relativa*, no sentido de que é impossível se atingir um conhecimento que corresponda totalmente à realidade dos acontecimentos enunciados⁵¹.

No âmbito do processo, essa nota característica da “*essência*” da verdade também se aplica.

Não poderia ser diferente, tendo em vista que o processo envolve o acerto de fatos, e não existe uma verdade “judicial” diversa de uma outra espécie de verdade.

Existe, portanto, uma verdade *possível*⁵² que pode ser alcançada no processo, devendo-se apenas fazer um esclarecimento terminológico de qual seria essa “verdade”. É o único significado epistemologicamente

48 Item 1.4.

49 Nesse sentido pontua Taruffo (TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. **Revista de Processo**, vol. 154, Dez/2007 p. 207-222): “Na cultura de hoje, falamos de verdades absolutas apenas em algumas metafísicas e em algumas religiões fundamentalistas. Nem mesmo a ciência, na verdade, fala mais de verdades absolutas, e na vida cotidiana só alguém que está irremediavelmente doente com a presunção pode afirmar que suas verdades são absolutas”.

50 GIL, Fernando. **Provas**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1979, p. 69.

51 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 123.

52 Nesse sentido, a doutrina ensina que: “a tendência atual inclina-se, decididamente, no sentido de libertar o juiz de cadeias formalísticas, tanto na avaliação da prova quanto na investigação dos fatos da causa, facilitando a formação de sua convicção com a verdade *possível*, própria da condição humana” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117-178).