

DOGMÁTICA E CRÍTICA DA PROVA NO PROCESSO  
DOGMATICS AND CRITICISM OF PROOF IN  
PROCEDURAL LAW

Luiz Fernando Coelho<sup>(\*)</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Os princípios processuais.  
2. Subsunção jurídica e ideologia processual. 3. Prova processual e verdade jurídica.

**RESUMO**

O estudo a seguir trata da prova no processo, sob o enfoque da teoria crítica do direito, cuja metodologia propõe a inversão do modo tradicional de tratar os temas jurídicos. Ao invés de analisar os fatos sob a ótica das leis, estas é que devem ser estudadas sob a ótica da sociedade. Coerentemente com esse ponto de vista, e após esclarecer o conceito de ideologia, são considerados os pressupostos ideológicos inerentes aos princípios básicos do direito processual, para então tratar da dogmática da prova. Esta é apresentada como o principal meio para fixar a premissa menor do silogismo judicial, de acordo com a teoria da subsunção jurídica. Tendo a ver então com o problema da verdade jurídica, discute-se a separação entre verdade formal e substancial, trazendo à colação o conceito de verdade conjetural. Relaciona-se o conceito jurídico de prova com os princípios da verdade e da certeza no direito, e conclui-se que a prova não representa o caminho para a verdade real ou formal, mas é o fundamento da verdade conjetural, sendo sua metodologia a probabilidade ou problematicidade que conduz à decidibilidade.

**Palavras-chave:** prova, processo, ideologia, crítica.

---

<sup>(\*)</sup> Professor da Universidade Paranaense (UNIPAR) de Umuarama, PR

## ABSTRACT

The study in this paper deals with the proof in the adjudicative process under the scrutiny of the Critical Legal Theory, which methodology propounds inverting the traditional method of treating judicial terms. Instead of analyzing facts through the optic of the Law, it should be studied under the optic of society. Consistent with this point of view, after clarifying the concept of ideology, the ideological presumptions inherent to the basic principles of Procedural Law are considered and then the dogmatics of proof is dealt with. This is introduced as the means to establish the minor premise of the legal syllogism according to the Theory of Juridical Subsuming. Being then reasoned with the problem of legal truth, the partition of formal and substantive truth is discussed, bringing forth the concept of conjectural truth. The legal concept of proof is reasoned with the principles of truth and certainty in Law and the conclusion is that proof does not represent the path to neither substantive nor formal legal truth, but it is the basis of conjectural truth, being its methodology the probable reasoning or problematic that leads to decision-making.

**Keywords:** proof, process, ideology, criticism.

### 1. Os princípios processuais.

Deve-se considerar *ab initio* que, embora sobre o tema da prova no processo incida a interdisciplinariedade própria dos estudos sociais, seu conceito será sempre decorrente da lei, tal qual os objetos da Política, da Criminologia e da própria Jurisprudência. Dentro desse enfoque, uma crítica da prova deveria tratar dos paradigmas científicos, procedimentos metodológicos reputados corretos, natureza conceitual e valores, mas sem afastar sua conceituação normativa. Isso não obstante, é possível um recorte

do tema, na medida em que ele se relaciona com o contexto mais amplo dos princípios do Direito Processual Civil.

O ponto de vista que proponho é, portanto, uma visão da prova no processo levando em conta os pressupostos ideológicos ocultos nos princípios internalizados pela Dogmática Processual. Daí que a reflexão se volta inicialmente para esses pressupostos, os quais formam o arcabouço do senso comum teórico dos juristas, como preliminar ao tratamento crítico do tema, confrontando-se aqueles princípios dogmáticos relativos à prova no processo com a realidade social subjacente.

O estudo dos princípios processuais tem que ver com a questão da ideologia do Direito. Esta pode ser considerada sob dois aspectos: como conjunto de crenças a que a sociedade ou parte dela adere em virtude de uma escolha racional, ou como representação que influencia o comportamento da sociedade num plano mais emocional, agindo no inconsciente coletivo através dos mitos criados pela tradição, pela filosofia, pela religião e mesmo pela ciência.

Em ambos os sentidos é possível falar numa ideologia do processo: como racionalidade, ele tende a servir de instrumento à concretização de programas políticos e imposição dogmática de diretrizes que constituem fundamento ideológico-racional do Estado; assim, por exemplo, nos países do Islão o ordenamento jurídico está voltado para a imposição dos princípios da religião islâmica; e nos países socialistas, antes da “glasnost”, admitia-se a articulação entre o processo e as diretrizes indicadas no programa do partido comunista;<sup>1</sup> o mesmo pode-se afirmar em relação a Cuba e à China, embora seja incipiente o conhecimento dos respectivos direitos, dada a dificuldade de acesso a informações confiáveis. Já nas democracias ocidentais essa ideologia racional é

---

<sup>1</sup> CRESCI SOBRINHO, Elicio de. **Dever de Esclarecimento e Complementação no Processo Civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988, p.94.

admitida pela doutrina, quando atribui aos juízes uma participação política vinculada ao trabalho jurisdicional, sendo exemplos bastante eloqüentes o movimento italiano da *Magistratura Democrática*<sup>2</sup> e o brasileiro do *Direito Alternativo*.

Num sentido psicológico-social, trata-se de definir em que medida os princípios que embasam o ordenamento processual espelham uma imagem que se presta à manipulação por parte de indivíduos e grupos hegemônicos na sociedade, no sentido de manter um *status* de dominação sobre a maioria. Ao menos, de conservar e reproduzir a ordem social vigente, na qual existem os que dela se beneficiam e os eternos excluídos de suas possíveis benesses.

Sem entrar em detalhes sobre a equivocidade da expressão *princípios gerais*, adoto a conceituação de Plá Rodrigues, eminente juslaboralista uruguaio, quando alude às linhas diretrizes que podem servir, e efetivamente cumprem esse papel, de fonte de inspiração para a criação, interpretação e integração do Direito<sup>3</sup>. Embora referindo-se ao Direito do Trabalho, atribui esse autor aos princípios uma tríplice função, *informadora* para o legislador, *normativa* para os casos de lacunas e *interpretadora*, como critério de orientação para o intérprete e para a magistratura<sup>4</sup>. Entretanto, os princípios gerais têm alcance muito mais abrangente, pois não se trata somente de diretrizes, mas de pressupostos construídos pela ideologia com o intuito, declarado ou não, de substituir a concreta realidade social por uma mitologia jurídico-política, apresentada sob a aparência de verdades racionais, ou de valores perenes conquistados pela civilização.

---

<sup>2</sup> Idem, p.95

<sup>3</sup> RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Trad. de Wagner Giglio. São Paulo: Ed. Ltr. 1978, p.15

<sup>4</sup> Id. p.17

É nesse sentido que passo a examinar a ideologia do processo, tratando de desvelar a realidade social encoberta por tais princípios. *Brevitatis causa* passo a enumerar os princípios processuais que me parecem mais relevantes, em cujo universo vamos ubicar o problema da prova, e que se normatizam na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, embora a doutrina apresente princípios ainda não incorporados ao Direito Positivo.<sup>5</sup>

Entre os constitucionais, o primeiro a que devemos nos referir é o da *isonomia* (CF, artigo 5º, *caput*), que estabelece a igualdade entre os litigantes, e está também previsto no artigo 125, inciso II, do CPC. Quando se fala em isonomia processual temos que ter presente a diferença entre isonomia *formal*: “dentro do processo todos são iguais perante a lei” e isonomia *real* ou *substancial*: “todos devem ser tratados desigualmente”, conforme suas desigualdades, princípio que mereceu o famoso enunciado de Rui: “a regra da igualdade consiste em aquinhoar desigualmente aos desiguais na proporção em que se desigualam”.

Ora, o estabelecimento de critérios para dar-se tratamento desigual aos desiguais pode ter o efeito de reproduzir as desigualdades a partir da projeção para o plano individual da desigualdade estrutural vigente na sociedade. O tratamento desigual conferido no processo, só surte efeitos dentro dos autos, posto que depende da boa vontade do juiz e está no âmbito de sua apreciação subjetiva, o que não inviabiliza a importância das tentativas equalizadoras, como ocorre no processo trabalhista; mas se deve atentar para o fato de que o problema da desigualdade não se resolve nos autos, eis que se trata de problema conjuntural, de natureza política, econômica e social.

---

<sup>5</sup> PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Uma Visão Crítica da Jurisdição Civil*. São Paulo: LED, 1999.

Corolário do princípio da isonomia é o da *imparcialidade do juiz*. Uma vez superado o pressuposto positivista da neutralidade do Estado, a doutrina tem enfatizado que, embora os juízes, como titulares de um dos poderes do Estado, não sejam ideologicamente neutros, em sua função têm o dever fundamental de evitar serem tendenciosos em relação a uma das partes no processo.

Não é tão fácil distinguir entre neutralidade e imparcialidade, na medida em que, sabendo-se que não existe o juiz “neutro”, e que ele detém o poder jurisdicional, torna-se difícil imaginar que mesmo inconscientemente não acabe influenciado por suas crenças quando pratica os atos processuais mais simples.

O segundo princípio constitucional é o da *legalidade*, (CF, art. 5º, II), o qual encontra seu referencial histórico no princípio do *devido processo legal* (“*due process of law*”), estabelecendo que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens, sem a formação e o desenvolvimento de um processo conforme a lei (CF, art. 5º, LIV). Consagra-se como terceiro e quarto princípios, o do *direito de ação*, também referido como o do *acesso à justiça*, tendo como corolários o do *contraditório* e o da *ampla defesa*. (Constituição Federal, artigo 5º, incisos XXXV e LV, respectivamente).

Quanto ao contraditório, a concepção tradicional o define como *conhecimento do ato processual* somado à *possibilidade de reação*. Mas a concepção mais atual o considera simplesmente como o conhecimento adequado, ou suficiente, para possibilitar uma reação efetiva.

Segue-se o princípio do *juiz natural*, que veda o juízo ou tribunal de exceção (CF, art. 5º, XXXVII, complementado pelo inciso LIII), o qual se articula com o da *inafastabilidade da jurisdição*, pelo qual nenhuma lei pode afastar do conhecimento do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

A concepção moderna do processo consagra o *direito de acesso a uma ordem jurídica justa*, mas de nada adianta aos excluídos

se sentirem parte de uma sociedade à qual realmente nunca pertenceram, eis que toda a ordem jurídica, inclusive a processual, foi construída no interesse dos proprietários, ainda que o sejam apenas potencialmente, e entre estes ubico a classe média. Nesse contexto, a participação do oprimido faz com que ele se veja nessa condição também quando participa do processo.

Não se obtém justiça somente pelo Judiciário. Muito pelo contrário, se se aceita que a pacificação social é o escopo fundamental do Estado, é mais fácil obtê-la mediante meios alternativos, tais como a negociação e a arbitragem, em que não há a imposição de soluções imaginadas por pessoas distantes do conflitos inter-individuais e inter-grupais.

Na passagem do direito constitucional de ação para o direito processual de ação, a exigência dos pressupostos da legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir, tem servido para que se impeça o Judiciário de apreciar determinados conflitos sociais, principalmente os ligados ao problema fundiário, para os quais o Judiciário sequer está aparelhado para fazer valer suas decisões.

Outro princípio estabelecido na Constituição Federal é o da *publicidade dos atos processuais* (artigo 5º, inciso LX e artigo 155 do CPC), que se destina a garantir a independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz, embora a doutrina tem-no associado à exigência democrática de um controle por parte do povo.

Pode-se considerar que independência, imparcialidade e responsabilidade do juiz não são valores autônomos, e assim, carece de sentido entender a publicidade como garantia deles. Por outro lado, falar em “controle pelo povo” é argumento falacioso, na medida em que vivemos uma democracia plebiscitária, onde uma discutível maioria só se expressa nas eleições, e assim mesmo sujeita às mais diversas formas de manipulação ideológica, a qual tende a

incutir nos jurisdicionados a idéia de que a solução jurisdicional é a melhor, isto ao invés de educar o povo quanto a seus direitos de indivíduo humano e cidadão.

Cumpra ainda ressaltar o princípio da *proibição da prisão civil por dívidas* (artigo 5º, inciso LXVII), o da *assistência judiciária gratuita* (artigo 5º, inciso LXXVI, da CF, regulamentado pela Lei nº 1060/50), o da *legitimidade extraordinária* (Art. 5º, incisos XXI e LXXIII) das associações e do cidadão, para postular direitos do associado e para anular ato lesivo ao patrimônio público, o da *impenhorabilidade da pequena propriedade rural*.(Art. 5º, inciso XXVII), e o do *duplo grau de jurisdição* (Artigos 102, 105, e 108, da CF).

Enquanto fundamento para o sistema de recursos, o princípio do *duplo grau* tem servido como instrumento de controle das instâncias inferiores, as quais também se sujeitam a um autocontrole tecno-burocrático; as tentativas de introduzir o *efeito vinculante* às decisões dos tribunais superiores, bem como do princípio da *avocatória*, bem demonstram a tendência dos donos do Poder para o controle ideológico de toda a Magistratura.

Dentre os princípios inseridos no Código de Processo Civil, os mais importantes são o *dispositivo*, oposto ao *inquisitivo*, e o da *demanda*, ambos expressos no artigo 2º do CPC; o primeiro determina o julgamento com base nos fatos alegados, mas principalmente provados pelas partes, na medida do pedido, e o segundo proíbe o julgamento *ultra petita*.

A concepção tradicional conceitua o princípio dispositivo no sentido de que a atuação judicial fica na dependência da atuação das partes, mas a tendência da doutrina é atenuar o rigor do princípio conjugando-o com o princípio *inquisitivo*, que possibilita ao juiz a iniciativa probatória (CPC, arts. 130, 342, 355 e 440), eis que o magistrado não pode ser mero espectador das

controvérsias judiciais, postulando-se a ampliação de seus poderes, para que preserve a isonomia real.

O princípio inquisitivo foi acolhido com mais intensidade no processo trabalhista, onde se atribui ao juiz muito maior atuação na descoberta da verdade.

Quanto ao princípio da demanda, refere-se ele à inércia da jurisdição, que somente poderá manifestar-se quando provocada e dentro dos limites do pedido; esse princípio é complementado pelo princípio do impulso oficial (art. 262, do CPC), determinando que o processo, iniciado por ato da parte, terá andamento na conformidade das normas processuais.

Revela-se aqui em toda a plenitude o aspecto individualista-liberal do processo, na medida em que submete o Estado-jurisdição à vontade da parte na delimitação do objeto do litígio.

O terceiro princípio processual é o da *oralidade*, cujo escopo é a agilização dos atos processuais. Está subjacente ao artigo 278, do CPC, bem como nas disposições atinentes ao depoimento pessoal e à prova testemunhal; em conseqüência, o princípio da *mediação das provas* e da *identidade física do juiz*, previstos nos artigos 132, 344, e 415 a 417, todos do CPC, respectivamente, viabilizam a realização de atos processuais verbais.

O princípio da *concentração dos atos processuais* visa a proporcionar um número reduzido de audiências. Sem expressa previsão legal, é possível identificá-lo nos artigos 276 a 278, do CPC, mas sobretudo está ele presente no processo trabalhista. Pretendeu o legislador viabilizá-lo estabelecendo os princípios da *celeridade*, conforme disposto no artigo 125, inciso II, do CPC, e da *irrecorribilidade dos despachos de mero expediente*, na forma do artigo 162, § 3º, do CPC.

O artigo 131, do CPC, refere-se ao princípio do *livre convencimento do juiz*, prescrevendo que o juiz é livre para apreciar os fatos e as provas; no entanto, deverá declarar, na decisão ou na

sentença, os motivos que lhe forjaram o convencimento, o que engendra novo princípio, o da *motivação*, cujo escopo é proporcionar à parte a possibilidade de recorrer. Esse princípio tem evidente conteúdo político, no sentido de que visa a impedir o julgamento arbitrário, pois o juiz deve provar às partes e aos cidadãos que sua imparcialidade foi preservada, e que a sentença foi justa e na conformidade da lei.

Como normalmente não há consenso sobre a justeza da decisão, a motivação não se faz com base na vitória do melhor argumento, mas espelha o subjetivismo próprio das decisões judiciais.

Por fim, deve-se fazer referência especial a dois princípios que, de elaboração doutrinária, permanecem ainda *de lege ferenda*. Trata-se do princípio da *verossimilhança* e o da *instrumentalidade*; o primeiro refere-se à verdade que é discutida no processo. Se o processo é uma dialética do pólo ativo *versus* pólo passivo, na qual se discutem fatos, é de se presumir, mais do que exigir, que os litigantes usem da verdade ao pleitear seus direitos.

Ao juiz, no mesmo sentido, como não pode investigar a veracidade das alegações como se fora um investigador policial, comete-se-lhe a exigência de se apoiar nos fatos provados. Consectário e instrumental do princípio da verossimilhança é o princípio da *litigância de boa-fé*, estatuído nos artigos 16/18, do CPC.

Já o princípio da *instrumentalidade do processo* postula que este é um meio de composição de conflitos sociais e não um fim em si. Via de conseqüência, os princípios da *economia processual*, que visa ao máximo de jurisdição com o mínimo de atos, e o da *instrumentalidade das formas*, que prescreve a finalidade dos atos processuais (CPC, art. 250), procuram dar efetividade ao postulado da *instrumentalidade do processo*.

O processo, antes de configurar uma *actio trium personarum*, constitui uma relação social, envolvendo pessoas de diferentes origens e classes, que objetivam a transmissão de riquezas, patrimônio, resolução de assuntos familiares e relativos à liberdade e exercício da cidadania. Essa visão da realidade para além de sua representação jurídico-normativa leva a algumas reflexões complementares no que diz respeito às peculiaridades do processo trabalhista.

O reconhecimento das desigualdades reais, motivou a introdução de princípios que se afastam do *jus commune* forjado a partir do Direito Civil. O citado Plà Rodriguez enumera o princípio da *proteção*, o da *irrenunciabilidade* dos direitos, o da *continuidade* da relação de emprego, o da *razoabilidade* e o da *boa fé*.<sup>6</sup> E quanto ao direito adjetivo, Wagner Giglio enumera, além do princípio da proteção, que se comunica ao processo trabalhista, o princípio da *jurisdição normativa*, o da *despersonalização* do empregador, o da *simplificação* do procedimento e o princípio da *ultrapetição*.<sup>7</sup> Além desses, o princípio do *primado da realidade* relativiza as presunções decorrentes da existência de documentos, sabendo-se que no processo civil a prova documental prevalece sobre a testemunhal, salvo a hipótese de falsidade.

Não se pode negar a importância axiológica desses princípios, mas deve-se denunciar seu caráter retórico. Eles são utilizados para reproduzir a ordem jurídica vigente com um mínimo tolerável de dissenso, e não para transformá-la numa ordem onde o trabalhador realmente se beneficie do produto de seu esforço, muito mais do que as leis lhe asseguram. As garantias trabalhistas são, para a maioria dos trabalhadores brasileiros,

---

<sup>6</sup> RODRIGUEZ, Américo Plà. *Ob. Cit.* p.23

<sup>7</sup> GIGLIO, Wagner D. **Fundamentos do Direito Processual do Trabalho.** In Revista Ltr, Ano 44, maio de 1980. São Paulo, p.543/551

meramente formais, ainda permanecem no campo das boas intenções, disfarçadas em normas constitucionais programáticas.

## **2. Subsunção jurídica e ideologia processual.**

Retomando o tema da ideologia do processo, expressa nos princípios que o regem, passo a ocupar-me do princípio da subsunção jurídica, que está na base do tratamento lógico-jurídico da prova e que tem a ver com uma questão fundamental: o problema da verdade jurídica.

A concepção dogmática do direito pressupõe a existência objetiva de um sistema analítico de normas - Direito Positivo - elaboradas pelo Estado com vistas ao bem comum, este implicado pela manutenção da ordem social identificada na ordem jurídica e pela garantia dos direitos subjetivos expressos na Constituição.

Pressupõe-se ademais uma visão otimista do fenômeno jurídico, que a norma é produto de uma elaboração racional e, portanto, científica, sendo essa racionalidade o fundamento da legitimidade que veio a substituir os critérios meta-jurídicos de legitimidade de outrora.

Os princípios gerais, entre os quais avultam os ora enunciados relativos ao processo, formam um quadro ideológico dentro do qual vão erigir-se os mitos da teoria e da experiência do Direito. Com eles é possível à concepção dogmática assegurar a crença na neutralidade do Estado, do sistema jurídico e de seus operadores, em virtude de suposta cientificidade vinculada ao trabalho legislativo e às decisões da autoridade, em face dos conflitos individuais e coletivos; e o Estado passa a hipostasiar-se como algo acima e além da história, cuidando dos fracos e oprimidos e administrando a distribuição da justiça com a segurança e a certeza exigidas pela razão jurídica.

Com essa cientificidade pressupõe-se a neutralidade, tanto do Estado que faz as leis, quanto de seus órgãos encarregados de

fazê-las valer, entre os quais o Poder Judiciário, cuja função viu-se ampliada. Não se tratava apenas de solucionar topicamente os conflitos levados à presença do Magistrado, mas, sobretudo, de fazer respeitar as leis, solucionar os litígios mediante a aplicação das leis. Daí o entendimento, algo desgastado na atualidade, de que o primeiro compromisso do juiz é com a lei, ficando a justiça e a sociedade em segundo plano.

Tal compreensão fundamenta a teoria da subsunção jurídica, que ainda constitui o cerne das teorizações a respeito da decisão judicial. Ela reduz o processo decisório a uma operação analítica e desloca a questão da verdade jurídica para o mecanismo lógico da formação das premissas, e para a forma de sua articulação no silogismo judicial, o que conduz à conclusão expressa no dispositivo da sentença. O princípio da subsunção assegura a neutralidade do juiz, seja na aplicação das leis, seja em sua atuação no processo judicial.

No plano da lógica proposicional trata-se de examinar os critérios pelos quais uma proposição jurídica é verdadeira ou falsa, válida ou inválida, possível ou impossível, necessária ou contingente, provável ou improvável, etc, conforme os diferentes critérios elaborados pelos sistemas de lógica jurídica proposicional.

No plano da lógica decisional, trata-se de avaliar os fatores lógicos e extra-lógicos que influenciam as decisões judiciais, e que levam à conclusão jurídica.

Na formação da premissa maior, o enunciado da lei é produto de um trabalho de interpretação jurídica, sendo considerados os procedimentos hermenêuticos usuais.

Com essa premissa maior combina-se a premissa menor, que descreve o fato *sub-judice* para obter uma conclusão

rigorosamente analítica, a qual constitui o núcleo do *decisum* expresso no dispositivo da sentença.<sup>8</sup>

A teoria da subsunção deve ser portanto equacionada no contexto formado pelos pressupostos ideológicos que configuram a concepção contemporânea do Direito, os quais o consideram como dotado de uma objetividade que o identifica na norma dimanada, não da sociedade, mas do ente hipostasiado identificado no Estado, e cujo sentido é descoberto pelo intérprete, numa postura também científica.

Ora, os estudos mais atuais de Hermenêutica Jurídica, que levam em conta as contribuições de uma interdisciplinaridade forjada na Sociologia, na Psicanálise e na Linguística, entre outras ciências cujo objeto é a sociedade, concluem que o trabalho hermenêutico não consiste em descobrir, mas em criar o significado que vai ser suportado pelo significante constituído pelas palavras da lei.

O mesmo vale para a linguagem que expressa o *decisum*. Considera-se que as decisões judiciais não são neutras, no sentido da racionalidade positivista. O magistrado é portador de valores, crenças e preconceitos de toda ordem, conscientes ou não, herdeiro da tradição e de um passado teórico que interfere no ato decisório. Por isso, a um entendimento lógico-formal das decisões judiciais, opõe-se hoje a compreensão no sentido de seu caráter político. Procura-se estabelecer uma diferenciação entre *imparcialidade* e *neutralidade*, submetendo-se à evidência de que, nas decisões judiciais, se o magistrado deve ser imparcial quanto aos interesses em conflito, ele não pode e nem deve ser neutro em relação aos problemas que a aplicação das normas jurídicas sói suscitar no meio social.

---

<sup>8</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, Trad. J.Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª, ed.,p.69.

Sob o prisma da politicidade das decisões judiciais é preciso então relevar que na formação da premissa menor intervêm, além do conhecimento, o mais verossímil, do que efetivamente ocorreu, fatores ligados aos próprios raciocínios derivados da lógica formal, os quais o jurista segue intuitivamente, e também fatores irracionais, tais como o sentimento jurídico, a razão prática, a razoabilidade, uma série de postulados pré-jurídicos que não se confundem com os princípios gerais propriamente.<sup>9</sup>etc. Corrente bastante expressiva da Filosofia do Direito tende a minimizar a fundamentação analítica da decisão na norma, concedendo prevalência àqueles fatores irracionais<sup>10</sup>.

### **3. Prova processual e verdade jurídica**

Ao tratarmos, portanto, da prova no processo, devemos articular nosso objeto com esses fatores de formação da premissa menor, ou seja, estabelecer a devida conexão com a racionalidade ou irracionalidade das decisões judiciais; pois se a lógica proposicional deve conduzir ao adequado conhecimento da regra de direito, é a lógica decisional que nos vai propiciar a avaliação da prova, num enfoque que transcende a juridicidade, para envolver aspectos interdisciplinares que podem ser reunidos numa visão filosófica.

E aqui retomamos o problema da verdade jurídica, eis que a prova está ligada à descoberta da verdade através do processo.

Na teoria do processo releva distinguir entre verdade real, ou substancial, e verdade formal. É distinção tão importante, que se chegou a considerá-lo elemento básico de separação entre o processo penal e o civil, sustentando-se que o primeiro lida com a

---

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição e aplicação dos princípios jurídicos**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>10</sup> ENGISCH, Karl, Ob. Cit. p.69. Tb. COELHO, Luiz Fernando, **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio, Forense, 2ª ed. 1983

verdade real e o segundo com a verdade formal. E quanto ao processo trabalhista, é de indagar que tipo de verdade é nele discutida.

Ocorre que o conceito tradicional de verdade, de cunho positivista, estabelece uma relação semântica entre o discurso e os fatos, *a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a idéia que fazemos dele*<sup>11</sup> ou, nas palavras de Reale, *a expressão rigorosa do real*<sup>12</sup>. No conceito de verdade real a ênfase está no fato, sendo a verdade o fato refletido, e na verdade formal a ênfase está na idéia ou na representação discursiva; assim, considera-se a verdade formal como aquela refletida no processo e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial.<sup>13</sup>

Essa doutrina atribui mais relevância aos procedimentos permitidos pela lei para chegar-se à comprovação de fatos, do que ao conteúdo material da prova referente aos mesmos. Apesar de suficientemente questionada, não se pode dizer que se trata de visão ultrapassada, pois mesmo autores da maior representatividade afirmam que *no campo do processo civil, embora o juiz não mais se limite a assistir inerte á produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC, arts. 130, 341, etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios.*<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**, apud ARENHART, Sérgio Cruz. **A Verdade Substancial**, in *Revista de Direito Processual Civil*, nº 3, set/dez 96, p.685.

<sup>12</sup> REALE, Miguel, **Verdade e Conjetura**, Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 1983, p. 15

<sup>13</sup> ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Dogmática Jurídica e o novo Código de Processo Civil**. In *Revista de Processo*, nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 76, p. 99

<sup>14</sup> DIMAMARCO, Cândido, GRINOVER, Ada P.e CINTRA, Antonio Carlos Araújo, **Teoria Geral do Processo**, 9ª ed., 2a.toragem, São Paulo, Malheiros,

Tal concepção da verdade formal é herança da tradição iluminista e sua busca da certeza no direito como ideal do racionalismo, exacerbada pela desconfiança com que a magistratura era encarada, na França revolucionária, em virtude de seus compromissos com o *Ancien Regime*. Nessa ambiência de racionalização do direito – as leis como expressão racional – procedeu-se à codificação do direito e à institucionalização da burocracia, o que culminou por reduzir a atividade jurisdicional a uma função oficial no mesmo plano que as demais carreiras do serviço público.<sup>15</sup>

Quanto processo, essa transformação ideológica levou à estruturação do procedimento ordinário, voltado para o *conhecimento* da verdade jurídica, a qual dimanaria da verdade dos fatos subsumidos à verdade unívoca da lei, e ao mesmo tempo a supressão dos juízos de verossimilhança, aliás timidamente restaurados nos procedimento cautelares mediante o conceito da *fumus boni juris*.

Mas existe um setor da teoria da verdade que ultrapassa essa dicotomia: é o conceito de verdade conjetural, forma de pensamento que, na concepção de REALE, possui uma validade em si, tanto na vida comum como no plano científico, como também nos domínios da filosofia.<sup>16</sup>

Essa noção acha-se no núcleo da lógica do direito, é denominador comum das diversas tentativas de equacionar um pensamento decisional que transcenda o normativismo formalista sem reduzir-se a um decisionismo irracionalista; tentativas que vão desde o *logos del razonable* de Recaséns até a *nova retórica* de Perelman, a *tópica* de Viehweg, a *pragmática* de Ferraz Jr., e

---

1983, p.61”.

<sup>15</sup> SILVA, Ovidio A. Baptista da, **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p. 102 e seg.

<sup>16</sup> REALE, Miguel, ob. ct., pag. 24

também a metodologia esboçada no Egologismo de Cossio e no Tridimensionalismo de Reale, denominadas respectivamente de método *empírico-dialético* e *dialética de implicação-polaridade*. Na atualidade, quando se renovam os estudos sobre a teoria da argumentação jurídica, pode-se dizer que se insere entre as regras situadas no plano argumentativo da normatividade jurídica, a que se refere Alexy.<sup>17</sup> Em suma, para o pensamento conjectural converge toda uma caudal teórica que acaba por desaguar no pensamento argumentativo, cuja sistematização já fora há mais de dois mil anos ensaiada pelo Estagirita ao definir as regras do silogismo dialético.

Nesse sentido esclarece Ferraz Jr. que o problema central do Direito não é de veracidade, mas de decidibilidade, o que faz a chamada Ciência do Direito revelar-se um pensamento tecnológico, pois a investigação jurídica é um constante jogo de perguntas e respostas, ou seja, um discurso problemático que confronta problemas que exigem soluções com soluções referentes a problemas.<sup>18</sup> Ultrapassada, portanto, a metodologia fundada no pensamento analítico, a atividade jurisdicional se revela uma busca de soluções, busca que ocorre mediante *conjeturas*.

A metodologia do Direito indica assim a possibilidade de um pensamento que, sem renunciar às exigências do rigor científico, permite uma terceira via entre o puro formalismo analítico e o irracionalismo, por exemplo, de uma ala extremada da Escola norte-americana do *Legal Realism*, ou do puro psicologismo de Isay, refutado por Engisch.

Embora distanciado da metafísica culturalista de Reale, penso poder aproximar o conceito de conjectura desenvolvido pelo mestre da Universidade de São Paulo à conceituação desenvolvida

---

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de la Argumentación Jurídica**. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>18</sup> FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Direito, Retórica e Comunicação**. São Paulo: Saraiva, 1973, p.95 e seg.

por Carnelutti em relação ao problema da *certeza* dentro do processo.

Quando esse autor trata de verdade e certeza como problema da teoria processual, está possibilitando a extensão para a lógica do pensamento jurídico da teoria da conjectura como verdade que resulta criticamente de razões de plausibilidade ou verossimilhança, muito além da mera consideração da conjectura como simples palpíte, distinção que Reale cuida de estabelecer.<sup>19</sup>

De igual modo, a conjectura relaciona-se com o pensamento dialético, eis que envolve as possibilidades de sua formalização, procedimento a um tempo de intelecção e valoração dialética, que transcende a simples hipótese ou a mera suposição, opinião, forma de verossimilhança ou de aproximação da verdade que não está inserido no contexto de refutabilidade metódica, segundo a visão de Popper.

Carnelutti distingue entre verdade e certeza. Aquela, ele a identifica na verdade substancial, asseverando que o escopo do processo é investigá-la, tendo como resultado a obtenção de uma verdade formal; mas ressalva que esta não é verdade, e a substancial jamais poderá ser alcançada. Esse ceticismo levou-o a substituir o critério da verdade no processo pelo da certeza e que esta importa numa escolha, ou seja, numa ação. E aqui surge a dúvida que resulta da incompatibilidade, não tanto entre dois juízos, mas entre dois raciocínios; na atividade judicante, primeiro se julga e depois se raciocina, sendo que as razões fundadas nas provas constituem o meio para testar o juízo.<sup>20</sup>

Ora, a conjectura é assim o próprio juízo em condições de ser testado, isto é, verificado, no contexto dos outros juízos que compõem o silogismo judicial. Se considerarmos que essa

---

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*

<sup>20</sup> CARNELUTTI, Francesco, **Verità, Dubbio, Certeza**, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol XX (II série), Padova, CEDAM, 1965, p. 4-9.

*verificação do juízo* também ocorre mediante raciocínios, podemos compreender quão complexo é o problema da certeza, que envolve o encadeamento de diversos tipos de juízos.

O próprio Carnelutti adverte que, ainda que o momento crítico do processo seja a condenação ou a absolvição, os quais não se resolvem num juízo mas numa ação, a dialética do processo envolve sempre o exame da prova, a valoração das razões e o *decisum* condenatório ou absolutório. E por que uma ação? Porque se trata de uma escolha, um ato intersubjetivo que sai do processo para repercutir no mundo.<sup>21</sup>

A certeza está assim ligada à ação, muito mais do que ao pensamento. Podemos então dizer que a verdade pertence ao pensamento, à lógica, enquanto a certeza pertence ao agir, um agir comunicativo, na expressão de Habermas.<sup>22</sup>

E a conjectura é justamente a passagem do *logos* à *actio*, pois está presente tanto na busca da verdade substancial, como aproximação a esta, quanto na motivação da escolha que conduz à decisão do conflito *sub judice*. Pode também conduzir à mera renúncia ao juízo, que é o que ocorre na absolvição por falta de provas ou em situações em que a lei impõe o julgamento, o sistema da prova legal, por exemplo, quando não se consente que uma prova oral prevaleça sobre a escrita, quando se atribui presunção *juris et de jure* a documentos oficiais, quando se proíbe a prova ilícita e quando se inverte o ônus da prova em relação a quem alega, por exemplo, quando a prova se refere a direitos difusos ou indisponíveis, situações previstas no Código do Consumidor e no Direito Administrativo em geral.

---

<sup>21</sup> *Id. ib.*

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Essa definição da certeza como ato concreto revela a natureza dialética da conjectura, eis que ela constitui o núcleo pelo qual se relaciona a verdade identificada pelos meios de prova com a totalidade e dinamismo da vida social, onde incidem valores, normas e exigências da justiça social.

O sistema jurídico brasileiro não admite, nem o desconhecimento da lei pelo juiz (*jura novit curia*), nem sua recusa de julgar, ainda que fundada em compreensíveis razões de ordem ética ou religiosa. Trata-se do *princípio da indeclinabilidade da jurisdição*.

No caso da prova ilícita, o juiz como que está liberado do peso da escolha, sua ação fundada na certeza é praticada pelo sistema, do mesmo modo como vige no processo o sistema da *confissão ficta*, que se insere nesse contexto em que o próprio sistema decide pelo juiz.

Cumprir lembrar que o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita é uma poderosa afirmação da cidadania, um instrumento de defesa do cidadão, em nome da dignidade da pessoa humana, contra os abusos próprios dos sistemas autoritários, mas que permanecem nos sistemas democráticos, como herança institucional ou vício mesmo.

Mas essas considerações a respeito da verdade, certeza e conjectura, permitem-nos uma avaliação crítica dos princípios que norteiam a dogmática processual da prova.

Quando se fala em produção de provas, o que se objetiva é a criação, na mente do magistrado, de que determinados fatos efetivamente ocorreram. Salienta Engisch, que, de um ponto de vista puramente lógico, a verificação dos fatos num processo judicial assemelha-se à verificação historiográfica. Assim como o historiador descobre os fatos históricos com base nas fontes ao seu dispor, principalmente nos documentos encarados como *históricos*, também no processo judicial os fatos juridicamente relevantes são

descobertos com base nas declarações das partes, entre as quais a própria confissão, e através dos *meios de prova*, como documentos, testemunhas e peritos. Ao falar de fatos temos em vista acontecimentos, circunstâncias, relações, objetos e estados, todos eles situados no passado, pertencentes ao domínio da percepção externa ou interna.

A maioria das ações puníveis, bem como as ações que irão engendrar a aplicação de sanções, no momento do processo, apenas são perceptíveis pelo juiz ou tribunal através de diferentes manifestações ou efeitos posteriores; são principalmente as regras dimanadas da prática forense, e conclusões logicamente muito complexas que tornam possível a verificação dos fatos. A prova judicial é, na maioria dos casos, aquilo que chamamos *prova por indícios*, quer dizer, feita através de conclusões dos indícios para os fatos juridicamente relevantes cuja verificação está em causa.

Chamamos *indícios* àqueles fatos que têm na verdade a vantagem de serem acessíveis à nossa percepção e apreensão atuais, mas que em si mesmo seriam juridicamente insignificativos se nos não permitissem uma conclusão para aqueles fatos de cuja subsunção às hipóteses legais se trata e a que nós chamamos *fatos diretamente relevantes*.<sup>23</sup>

A prova não representa portanto o caminho para a verdade real ou formal, mas é o fundamento da verdade conjetural, e sua metodologia é a probabilidade ou problematicidade que conduz à decidibilidade.

Ao falarmos em *decidibilidade*, é preciso esclarecer que ela envolve uma conclusão apenas válida com certo grau de probabilidade, maior ou menor, baseada nas regras da experiência, as quais desempenham importante papel no procedimento

---

<sup>23</sup> ENGISCH, ob. ct. p.71

probatório e são fornecidas ao tribunal nos casos difíceis pelos peritos.

A conjectura, entretanto, não traduz a opinião leviana que destrói a imparcialidade, mas é um procedimento que conduz a uma adesão, jamais submissão, que envolve comprometimento do magistrado com os efeitos sociais de seu ato; nesse comprometimento é que radica, aliás, a natureza dialética essencial da prova no processo.

A apreciação da prova deve seguir o pensamento conjectural, admitindo-se os juízos de verossimilhança mas, sobretudo, com a intenção de sempre realizar a justiça material, subordinada à justiça social.

Essa articulação entre as exigências da justiça social e a apreciação da justiça do caso concreto engendra outras ilações.

Uma das vertentes do pensamento crítico atual é a noção de corte epistemológico, pelo qual se considera a ciência jurídica em ruptura em relação à Dogmática, sendo possível proceder à revisão crítica dos princípios que a norteiam, em nosso caso, o Direito Processual e o tratamento dogmático da prova.

Por outro lado, o repensar do papel do Direito e da função de seus operadores na sociedade contemporânea, possibilita estabelecer que a interpretação dos princípios processuais deve ser sempre meta-dogmática, eis que a superação da doutrina da verdade formal leva a enfatizar a busca constante da verdade articulada com a realidade que transcende o simples fato, mas que se insere no contexto mais amplo da sociedade constituída pela grande massa dos excluídos.

O novo enfoque que dessa maneira se desenvolve no concernente aos métodos e à própria filosofia da interpretação jurídica torna imprescindível a revisão dos postulados tradicionais da Hermenêutica Jurídica. Partindo do pressuposto de que a dogmática enfatiza a normatividade, deve-se levar em conta que a

Hermenêutica Jurídica tradicional serve para legitimar a ordem social, por injusta que se apresente: o recurso à equidade, à justiça, ao direito natural e aos valores que em cada época são ideologicamente impostos à macrossociedade, são meros instrumentos retóricos para impor uma imagem ideológica a ocultar um real concreto que permanece inalterado em sua essência, e que se resume na existência dos que se beneficiam da produção da riqueza social, inclusive a cultural, e a grande massa dos excluídos.

A história o comprova, pois nenhuma doutrina jurídica conseguiu até agora fazer com que os fracos e os oprimidos se livrassem dessa condição; o mundo está aí, com suas guerras, subdesenvolvimento, a fome e a miséria, a exploração dos pobres, indivíduos e nações, tudo isso em nome da liberdade, da dignidade, do respeito pela pessoa humana, dos direitos humanos, e, ultimamente, como conseqüência inexorável da globalização e do progresso da informática.

E assim retomo a tese, já exposta em outros escritos, de que a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas deve ser sempre meta-dogmática, porque dimanada de uma noção crítica e prospectiva do Direito.

Essa interpretação deve ser pragmática, levando-se sempre em conta o alcance social da lei e os resultados sociais da sentença, muito além de seu significado semântico e dos limites estabelecidos em função dos interesses em conflito.

No plano da lógica das decisões jurídicas, supera-se de vez o dogmatismo da lógica formal, concedendo-se prevalência a um novo *logos* que faz da dialética a metodologia própria do pensamento que conduz à verdade conjetural do Direito.

Considerando-se que o jurista, o magistrado em especial, é parte do universo da sociedade, e que a função jurisdicional é também atividade de conhecimento, fica claro que todo

conhecimento social importa numa ação que vai modificar o objeto conhecido. Daí que a cognição jurisdicional é profundamente transformadora, configurando uma dialética que impossibilita ao magistrado excusar-se de participar da sociedade, ainda que restrito ao mundo do processo. Ao pensamento crítico repugna portanto o adágio *o que não está nos autos não está no mundo*, tão ao gosto dos legalistas emperrados; pelo contrário, o mundo real do qual o magistrado faz parte é que deve sempre ser trazido aos autos, como fundamento para a resistência às leis injustas e para que se afastem as ilações impostas pela dominação.

Daí a tese da *função metajurisdicional da magistratura*, que encara a separação dos poderes do Estado como obstáculo a ser superado, na medida em que esta doutrina constitui um pressuposto dogmaticamente imposto pelo sistema político-social vigente, prejudicando a necessária tomada de consciência por parte do juiz de seu papel de cidadão; a tese da função metajurisdicional comina ao juiz não somente a prestação jurisdicional em face da ocorrência de conflitos, como também, e sobretudo, a tarefa de tornar o Direito Positivo um lugar privilegiado de refúgio das conquistas históricas dos excluídos, transformando o Direito em espaço de luta e conquista, seja fiscalizando o cumprimento das leis justas, seja denunciando a injustiça das leis injustas.

Corolário da tese é o princípio da ultra-petição, pelo qual o juiz está legitimado a julgar além do pedido e dos interesses em conflito, quando está em jogo a realização efetiva da justiça social. Isso vale para o Direito Processual, como vale para a apreciação conjectural da prova.