

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Thiago Josué Ben

INVESTIGAÇÃO DOS FATOS DA CAUSA E BUSCA DA VERDADE NA DECISÃO
FINAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO FORMALISMO-VALORATIVO

Porto Alegre
2015

Thiago Josué Ben

INVESTIGAÇÃO DOS FATOS DA CAUSA E BUSCA DA VERDADE NA DECISÃO
FINAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO FORMALISMO-VALORATIVO

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Klaus Cohen Koplin.

Porto Alegre
2015

CIP – Catalogação na Publicação

Ben, Thiago Josué

Investigação dos fatos da causa e busca da verdade na decisão final: uma análise a partir do formalismo-valorativo / Thiago Josué Ben. -- 2015.

50 f.

Orientador: Klaus Kohen Koplin.

Monografia (Especialização) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2015.

1. Direito Probatório. 2. Sentença. 3. Cognição. 4. Princípio da Cooperação. 5. Busca da verdade. I. Koplin, Klaus Kohen, orient. II. Título.

RESUMO

O estudo trata da atividade probatória e da decisão judicial, atividades processuais relacionando com a busca da justiça. Investiga a relevância da verdade para a realização prática do direito, orientando a atividade probatória e as escolhas cognitivas que conduzem à decisão final do processo. Ressalta o caráter ideal da verdade, tendo em vista a relatividade do seu conhecimento, sempre limitada em virtude da falibilidade e incompletude do conhecimento humano acerca dos fatos pretéritos. Examina a atividade das partes e do juiz no processo para atingir a decisão justa, obtida com a máxima aproximação possível da verdade.

Palavras-chave: Formalismo. Justiça. Cooperação. Verdade. Prova. Sentença.

ABSTRACT

The study is about the proof activity and judicial decision, procedural activities related to the pursuit of justice. Researches the relevance of the truth to the accomplish of the law, guiding the proof activity and the cognitive options that lead to the final decision of the case. Asserts the ideal character of truth, considering the relativity of its knowledge, always limited by the imperfection and incompleteness of the human knowledge about past facts. Examines the activity of the litigants and the judge in the judicial process to achieve a fair decision, obtained with the maximum possible approximation to the truth.

Key words: Formalism. Justice. Cooperation. Truth. Proof. Decision.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
Capítulo I – O Formalismo-Valorativo	2
1. O formalismo no processo civil	2
2. Fatores externos do formalismo: os fins (valores) do processo	4
2.1 <i>O valor justiça</i>	4
2.2 <i>O valor paz social</i>	8
2.3 <i>Os valores efetividade e segurança</i>	9
2.4 <i>Valores em conflito</i>	11
3. Bases internas do formalismo	12
3.1 <i>Princípio da adaptação do procedimento</i>	12
3.2 <i>Princípio do contraditório</i>	13
4. O formalismo e os sujeitos processuais	15
4.1 <i>Modelos de organização do processo</i>	15
4.2 <i>Processo cooperativo</i>	16
Capítulo II – Instrução probatória, decisão judicial e verdade	19
1. A verdade no processo	19
1.1 <i>A verdade e seu conhecimento</i>	19
1.2 <i>Certeza e sua justificativa</i>	22
1.3 <i>Possibilidade, verossimilhança e probabilidade</i>	23
2. Prova	26
2.1 <i>Conceito e finalidade</i>	26
2.2 <i>Direito fundamental à prova</i>	28
3. Investigação dos fatos da causa como atividade compartilhada entre as partes e o órgão judicial	31
3.1 <i>Iniciativa probatória do juiz e princípio dispositivo</i>	33
3.2 <i>Iniciativa probatória do juiz e imparcialidade</i>	34
3.3 <i>Iniciativa probatória do juiz e ônus da prova</i>	35
3.4 <i>Iniciativa probatória do juiz e igualdade entre os litigantes</i>	36
4. A construção da decisão orientada pelo ideal da verdade	37
4.1 <i>A valorização do material fático e jurídico pelo juiz. Relevância do debate</i>	37
4.2 <i>Componentes de caráter não intelectual da cognição (máximas da experiência)</i>	40
4.3 <i>Livre apreciação das provas e motivação</i>	44
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Todo enunciado relativo a acontecimentos é verdadeiro ou falso, conforme esses acontecimentos tenham ou não se verificado no mundo real. Apesar da simplicidade dessa constatação, o conhecimento da realidade sempre se apresenta limitado, pois depende da quantidade e da qualidade de informações relativas aos eventos. O conhecimento humano busca incessantemente a compreensão da realidade, mas mesmo no atual estágio de evolução da humanidade, há uma série de acontecimentos cuja causa é desconhecida, seja por sua complexidade, seja pela ausência de comprovação do modo como ocorreram. Essa problemática, quando transportada para o âmbito do processo, traz indagações a respeito da possibilidade de descoberta da verdade sobre fatos passados mediante a atividade probatória, vista como pressuposto necessário da justiça da decisão final.

O presente trabalho se ocupa justamente da investigação dos fatos da causa e da busca da verdade na decisão final. Objetiva demonstrar que, apesar das limitações do conhecimento, a verdade é um resultado que o processo judicial deve intentar atingir, a fim de que a decisão que tem a pretensão de eliminar o estado de incerteza jurídica possa ser qualificada de justa.

O estudo inicia pela compreensão da metodologia do formalismo-valorativo. Calçada na diretriz de equilíbrio entre o formalismo excessivo – que não coopera para a justiça – e o informalismo excessivo – porta de entrada para o arbítrio do juiz – essa concepção está aberta aos valores que constituem os fins do processo, dentre os quais a justiça, que anda de mãos dadas com a verdade. Dentro dessa visão, vigora o princípio cooperativo, de fundamental importância para o enriquecimento da atividade probatória orientada à descoberta de como os fatos ocorreram.

Em seguida, é feita análise da atividade probatória e da valoração do seu resultado com vistas à decisão final do processo. São realizadas distinções conceituais com o intuito de precisar o que é a verdade possível de ser alcançada no processo civil. Analisa-se o conteúdo do direito fundamental à prova das partes e a relevância, para a descoberta da verdade, de combiná-lo com mecanismos como a dinamização do ônus da prova e a investigação dos fatos da causa também por iniciativa do órgão judicial. Por fim, são feitas considerações a respeito da construção da decisão judicial orientada pelo ideal da verdade, procedimento eminentemente dialético, racional e justificado.

O tema é complexo, porém instigante. Presta-se ao reforço do ideal de justiça como fim do processo, razão suficiente para justificar este estudo.

Capítulo I – O Formalismo-Valorativo

1. O formalismo no processo civil

De um modo geral, a forma pode ser concebida como a antítese para a liberdade do comportamento espiritual, empregado assim o conceito como vinculação, disciplina ou rigor¹. O formalismo processual traduz, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a concepção da totalidade formal do processo, compreendendo não apenas as formalidades, “mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”².

A referência feita às finalidades primordiais do processo dá a dimensão valorativa do formalismo: não se trata de observar formas processuais ocas e vazias, persistindo a forma “apenas na medida da sua utilidade ou como fator de segurança, portanto apenas e enquanto ligada a algum conteúdo, a algum *valor* considerado importante”³.

Ao estabelecer a ordem dos atos processuais, o formalismo disciplina o poder do juiz e das partes. Caso toda a realização do procedimento estivesse no âmbito da discricionariedade do juiz, “o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário”⁴.

O formalismo-valorativo corresponde à atual fase metodológica do processo civil. Supera as fases do *praxismo*, na qual o processo civil era tratado como algo eminentemente prático, sem qualquer teorização e intervenção ativa do juiz; do *processualismo*, que acreditava na absoluta separação do direito material e do direito processual, sendo este eminentemente técnico e infenso aos valores; e do *instrumentalismo*, que via o processo como instrumento de realização do direito material, cabendo à jurisdição o papel de declarar a

¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23-24. A expressão “formalismo-valorativo” é da autoria do autor. Embora suas ideias centrais sejam amplamente aceitas no mundo acadêmico, há autores que fazem crítica ao uso do termo “formalismo”, por remeter à ideia de degeneração da forma em sentido estrito. Assim, por exemplo, CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 115., autor que prefere utilizar a expressão “neoprocessualismo”. Neste trabalho, a expressão “formalismo” será empregada com o sentido referido por Alvaro de Oliveira, isto é, desvinculado da concepção pejorativa que tem se difundido no meio jurídico.

² OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 28.

³ *Ibidem*, p. 27-28.

⁴ *Ibidem*, p. 29.

vontade concreta do direito. As características principais do formalismo-valorativo, que o individualizam dos modelos mencionados, são as seguintes⁵:

- a) compreensão do processo como fenômeno permeado por valores culturais, que lhe emprestam sentido axiológico e, portanto, caráter substancial, não exclusivamente técnico, em contraposição à fase metodológica do conceitualismo ou processualismo, em que domina a técnica e a dogmática das bases científicas dos institutos processuais⁶;
- b) percepção de que a jurisdição não cumpre função meramente declaratória da ordem jurídica pré-estabelecida pelo legislador, compreendendo a norma como o resultado, e não o objeto da interpretação, ou seja, “a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual ela será aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser)”⁷;
- c) aplicação do direito com pauta na juridicidade, que aponta para a ideia de justiça, e não da mera legalidade;
- d) incorporação do modo de pensar constitucional, atualizando o discurso processual civil com normas tipo-princípios e tipo-postulados, além de empregar constantemente a eficácia dos direitos fundamentais para a solução dos problemas de ordem processual;
- e) reconhecimento do caráter essencialmente problemático do direito, “para cuja solução concorrem, argumentativamente, todos aqueles que participam do feito”⁸, sobressaindo-se a importância do princípio do contraditório não só na sua acepção tradicional de informação e reação, mas também como direito de influenciar a decisão do magistrado, além da figura do juiz ativo e cooperativo.

⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17-23; MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29-47. Para compreensão ampla do tema é recomendável recorrer às fontes citadas, onde traçadas de forma completa as características das quatro grandes fases metodológicas do processo civil.

⁶ MITIDIERO. *Op. cit.*, p. 23-34. Adverte o autor que “o nosso Código de Processo Civil, a propósito, é fruto eloquente dessa postura científica”, a qual “acabou por isolar em demasiado o direito processual civil do direito material e da realidade social” (p. 34).

⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

⁸ MITIDIERO. *Op. cit.*, p. 46.

Pelas características mencionadas, e pelas razões que serão objeto de desenvolvimento ulterior, a atual fase metodológica do processo civil, correspondente ao formalismo-valorativo, é a que apresenta melhores condições de orientar a atividade probatória e decisória em direção ao ideal da verdade.

2. Fatores externos do formalismo: os fins (valores) do processo

Tendo em vista que a organização e o funcionamento interno do processo são permeados por valores, é necessário perquirir acerca de quais são os principais fins do processo civil enquanto manifestação do poder estatal no Estado Democrático de Direito.

A análise que segue é feita a partir da lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁹, para quem “a noção de fim entrelaça-se, necessariamente, com o valor ou valores a serem idealmente atingidos por meio do processo e que, inclusive, conformam no plano deontológico a sua organização e disciplina”¹⁰. O fim do processo, nessa perspectiva, corresponde à realização dos valores justiça, segurança, paz social e efetividade. A organização do processo é conformada e compreendida por meio desses valores¹¹.

2.1 O valor justiça

Na postura metodológica do formalismo-valorativo, o processo não visa apenas à elaboração de uma decisão, nem esta se legitima apenas por ter sido imposta em conformidade com o rito legal, mas também por ter feito justiça¹². Embora haja outros valores a serem tutelados no processo, a justiça “é o ponto fundamental: todo o resto, embora eventualmente importante, tem por objeto apenas a *conveniência*”¹³.

Não se intenta discorrer aqui sobre as diversas vertentes filosóficas que buscam definir o que seja a justiça, objeto de intensos debates desde o mundo antigo. Para os fins deste

⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 98-118.

¹⁰ *Ibidem*, p. 98.

¹¹ Alvaro de Oliveira esclarece que os valores justiça e paz social estão mais vinculados aos fins do processo, enquanto a segurança e a efetividade ostentam uma face instrumental em relação àqueles. Acrescenta, ainda, que a par desses valores específicos, mostram-se ainda significativos os constitucionais e culturais relacionados ao meio onde se insere determinado sistema processual. (*Ibidem*, p. 98).

¹² *Ibidem*, p. 247.

¹³ *Ibidem*, p. 32.

estudo, considera-se que o valor justiça, enquanto finalidade jurídica do processo, está relacionado à atuação concreta do direito material¹⁴.

Nas palavras de Alvaro de Oliveira, “não se mostra possível fixar o direito adequado à solução da controvérsia sem investigar o suporte fático descrito no texto legal, dito incidente e do qual se reclama aplicação”, do que decorre “a influência do formalismo na formação e valorização do material fático de importância para o estabelecimento da norma de decisão da causa”¹⁵. Aqui se destacam as relações entre direito material e processo, que “são as mais estreitas possíveis, visto que o processo civil serve para realização com justiça do direito material”¹⁶.

A decisão antecedida da convicção de verdade, formada a partir da quantidade e da qualidade das informações que confirmam as proposições fáticas, é a que tem melhores condições de atender o valor justiça. A função jurisdicional, amalgamada pelo princípio do devido processo legal, ordena-se especialmente “à justa composição dos conflitos de interesse, mediante a formulação ou a atuação prática da norma jurídica concreta que deve reger determinada situação litigiosa”¹⁷. Não é sem razão, portanto, que a melhor doutrina apregoa que “a justiça, um dos fins primordiais do processo, só pode ser concebida quando de mãos dadas com a verdade”¹⁸.

Ao mencionar o valor justiça, é necessário tecer breves considerações a respeito do princípio do devido processo legal, considerado a “projeção constitucional do formalismo processual”¹⁹ e melhor compreendido como direito fundamental ao processo justo.

Refere a Constituição de 1988 que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Trata-se, segundo reconhece a doutrina, de norma que principia e enfeixa a disciplina do processo civil brasileiro. Principia, porque dela poderíamos extrair todas as demais; enfeixa, porquanto propicia abertura a outras normas que eventualmente se façam necessárias para adequar, em concreto, o processo justo brasileiro²⁰.

¹⁴ Nessa direção, por exemplo: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 99; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 68.

¹⁵ OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1, p. 8.

¹⁷ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1.

¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2, p. 57.

¹⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 131.

²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1., p. 27.

Para Sérgio Mattos, que parte da distinção entre norma e enunciado normativo, o dispositivo mencionado é o texto ou enunciado do direito fundamental ao devido processo legal, devendo as normas correspondentes serem construídas a partir do texto normativo e do caso concreto²¹.

O dispositivo constitucional relativo ao devido processo legal, mais do que garantia de observância do processo ou procedimento regulado por lei, compreende o direito fundamental a um processo justo ou adequado, vale dizer, “informado por direitos fundamentais, realizado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto, e, enfim, voltado para a obtenção de uma proteção judicial efetiva”²². Tendo eficácia direta, pode cumprir a função de criar procedimentos necessários para a garantia de acesso efetivo à justiça, sem a intermediação de disposições legais, assim como pode cumprir a função de desconsiderar procedimentos legais inúteis ou desnecessários²³.

Para Humberto Ávila, deve ser interpretado como “fundamento de um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos”²⁴. Sua positivação sequer seria necessária, na medida em que “o dever de adoção de um processo adequado ou justo é uma consequência normativa indireta da proteção de um direito, quer decorrente da aplicação de um princípio, quer da incidência de uma regra”.²⁵ Onde há um direito, deve haver um instrumento adequado a sua proteção²⁶.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira leciona que “como o processo não se resume a uma simples sequência ordenada de atos, o princípio não se esgota em assegurar regularidade do procedimento, abrangendo também o direito a um juiz imparcial e a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas, e, assim, influírem por meio do contraditório na formação do convencimento do julgador”²⁷. O autor ainda relaciona o

²¹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 139. Esclarece o autor, amparado na doutrina de Friedrich Muller, que há distinção entre texto normativo e norma, no sentido de que o texto constitui apenas o ponto de partida para a construção da norma jurídica em face do caso concreto.

²² *Ibidem*, p. 200.

²³ *Ibidem*, p. 194.

²⁴ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 163, p. 50-59, setembro de 2008, p. 57. De acordo com o renomado autor, descabe falar em “devido processo legal substancial” como exigência de proporcionalidade e de razoabilidade. Para o autor, o dispositivo constitucional relativo ao devido processo legal deve ser entendido no sentido de um princípio unicamente procedimental, pois o fundamento normativo do dever de proporcionalidade, nas suas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, reside na própria instituição dos princípios, enquanto o dever de razoabilidade faz parte do próprio conceito de tratamento igualitário (na obra citada, p. 52-53).

²⁵ *Ibidem*, p. 54.

²⁶ *Loc. cit.* Para o autor, “o direito a um processo adequado nada mais é do que a consequência mediata da própria proteção de um direito”.

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127-128.

princípio do devido processo legal à igualdade, ressaltando que esta não deve ser meramente formal, mas também material, real, no sentido de propiciar às partes igualdade de armas²⁸.

Embora previsto na Constituição, o princípio do devido processo legal não é conceituado ou tem indicadas suas funções. Como princípio, trata-se de “norma que aponta para um estado ideal de coisas a ser promovido, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal”²⁹. Contudo, ensina Humberto Ávila que a mera instituição de um princípio já impõe a adoção de condutas adequadas e indispensáveis à sua promoção, apontando, em relação ao princípio do devido processo legal, as seguintes funções mínimas: a) **criar** os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função integrativa); b) **interpretar** as regras que já preveem elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpretativa); e c) **bloquear** a eficácia das regras que preveem elementos que são incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (função bloqueadora)³⁰.

Para se ter um processo justo, não é suficiente que o processo se articule em um procedimento correto e sob o prisma das garantias fundamentais, pois isso de nada serviria se não houvesse também a preocupação com a obtenção de decisões justas, vale dizer, comprometidas com a verdade. Sérgio Mattos observa que, “definitivamente, o devido processo legal não é garantia necessária de uma decisão justa”, embora a probabilidade de obtenção de uma decisão justa seja maior com a observância do devido processo legal³¹. Conforme alerta Michele Taruffo, “mesmo um processo em que as garantias fundamentais são postas em prática pode produzir uma decisão injusta, como ocorre – por exemplo – se for violada ou mal aplicada a norma substancial que regula a situação que é objeto do processo”³².

Pela precisão, merece ser transcrita a lição do mestre italiano³³:

Não é possível provocar-se um colapso à razão e reduzir a justiça da decisão à correção do procedimento de que essa deriva. Se assim fosse, encontrar-mos-íamos mais uma vez diante de uma concepção meramente *procedural* da justiça, para a qual não teria qualquer valor a qualidade da decisão final. O conceito de “decisão justa” [...] implica, pelo contrário, que a decisão seja tomada em consideração a si

²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

²⁹ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 163, p. 50-59, setembro de 2008, p. 57-58.

³⁰ *Loc. cit.*

³¹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 181.

³² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 141.

³³ *Ibidem*, p. 141-142.

mesma, distinguindo-a do procedimento do qual representa o resultado e a valorando segundo um critério autônomo, independente daquele empregado para a valoração da justiça do procedimento. Em outros termos, a justiça da decisão não deriva exclusivamente da correção do procedimento e nessa não se exaure, dependendo, porém, da subsistência de condições específicas. Essas condições podem ser divididas em três: a) que a decisão seja, com efeito, o resultado de um processo justo, visto que dificilmente se poderia aceitar como justa uma decisão produzida em um processo em que tenham sido violadas as garantias fundamentais; b) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão, visto que não se pode considerar justa uma decisão que [...] não tenha sido tomada em conformidade ao direito, em homenagem ao princípio da legalidade; c) que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, visto que [...] nenhuma decisão é justa se se fundar em fatos equivocados.

O valor justiça, portanto, é atingido no processo quando o ideal de protetividade do direito é perseguido durante todo o procedimento, assim na fase da instrução probatória – com a observância das garantias fundamentais das partes e o emprego de técnicas facilitadoras da correta compreensão dos fatos da causa – como na prolação da decisão final, que deve se fundar numa apuração verdadeira dos fatos da causa.

2.2 O valor paz social

O valor paz social diz respeito à prestação na eliminação do conflito. O processo está relacionado aos conceitos de litígio e pretensão resistida, representando, portanto, um mal perigoso para a sociedade³⁴ caso a resposta do poder público para a situação de crise do direito material seja inadequada ou tardia.

Luiz Guilherme Marinoni³⁵ ensina que o fim da pacificação social da jurisdição está relacionado com três questões: a) a existência do juiz dá aos litigantes a consciência de que os seus conflitos têm uma forma de resolução instituída e estatal, o que elimina as tentativas de soluções privadas arbitrárias e violentas; b) a jurisdição acomoda as disputas, evitando a potencialização e o agravamento das discussões; c) ainda que um dos litigantes não se conforme com a decisão, sabe ele que, diante da impossibilidade de levar novamente ao juiz a situação conflitiva já solucionada, nada mais lhe resta fazer, e que, portanto, seria improdutivo e ilógico continuar alimentando a sua posição.

O autor, por considerar as características apontadas neutras e indiferentes à substância da função ou da decisão jurisdicional, nega que a pacificação social possa ser considerada fim do processo, mas mera consequência da existência de um poder de resolução dos conflitos.

³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 108.

Prepondera, nada obstante, a posição de que o valor da pacificação social é um dos principais objetivos perseguidos pelo Estado no exercício da jurisdição, não podendo ser reduzido a mero resultado dessa atividade.

A crítica à indiferença do valor em relação ao conteúdo da decisão, não obstante, é relevante para demonstrar a incompatibilidade das posições que defendem a pacificação social como único valor a ser perseguido no processo, na medida em que para este é relevante a justiça da decisão. No aspecto, convém acentuar, com Bedaque, que a verdadeira paz social somente se alcança com um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica do caso concreto³⁶.

2.3 Os valores efetividade e segurança

O valor efetividade, consagrado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, é finalidade inarredável do processo, pois o direito de ação corresponde a uma “jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus”. Implica, ainda, “o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito, devendo sempre que possível ser afastados os óbices meramente formais que impeçam esse desiderato”³⁷.

O valor segurança, consagrado nos artigos 1º, caput, e 5º, caput, da Constituição de 1988, diz respeito à minimização das incertezas e à criação de um ambiente de confiança da sociedade no poder estatal. Está associado aos ideais de determinação, estabilidade e previsibilidade do Direito. De acordo com Humberto Ávila, possui um aspecto estático, relacionado ao conhecimento do direito, e um dinâmico, referente à confiança (*quais* as mudanças que podem ser feitas) e à calculabilidade (*como* as mudanças podem ser feitas e *quando* elas serão realizadas, impedindo a surpresa)³⁸. Segundo Alvaro de Oliveira, “não só a norma jurídica deve ser formulada de maneira clara, acessível e previsível, mas também

³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72. Sob esse ponto de vista, é possível afirmar que a “verdadeira paz social” não é indiferente ao conteúdo da decisão judicial.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 111.

³⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 292-293.

previsível deve ser o resultado do litígio, sem causar estranheza no meio social onde deve atuar”³⁹.

Para Ingo, Marinoni e Mitidiero, o direito fundamental à segurança jurídica determina não apenas a segurança *no* processo, mas também a segurança *pelo* processo, exigindo respeito à preclusão, à coisa julgada, à forma processual em geral e ao precedente judicial⁴⁰. Para os autores⁴¹, há segurança no processo quando: a) as regras de preclusão são devidamente dimensionadas pelo legislador infraconstitucional e observadas pelo juiz na condução do processo, outorgando às partes expectativa legítima no não retrocesso do procedimento; b) respeita-se a coisa julgada, regra de conduta⁴² que impede nova decisão acerca do conteúdo declaratório do dispositivo decisório; c) são observadas as formas processuais, sob pena de invalidade processual, embora o respeito à liberdade permita relevar a invalidade quando atendida a finalidade legal e não houver prejuízo. Contudo, destacam que não basta estruturar o processo para que nele haja segurança, devendo também ser preservada a segurança no resultado da prestação jurisdicional (segurança *pelo* processo). Por essa razão, defendem que o respeito ao precedente judicial advém da própria Constituição, já que esta arrola a segurança jurídica dentre os direitos fundamentais⁴³.

Por fim, destaca-se a constatação, feita por Alvaro de Oliveira, de que na sociedade moderna, caracterizada por um direito principiológico e, portanto, muito mais flexível, “não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada a um coeficiente, de uma garantia de realidade”⁴⁴. Isso quer significar que, sem descurar da importância da uniformidade da aplicação do direito para situações iguais, a atenção deve se voltar às particularidades do caso concreto, “pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto”⁴⁵.

³⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 100. Embora advirta o autor, mais adiante, que o valor não conduz à manutenção cega e indiscriminada do *status quo*.

⁴⁰ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 759.

⁴¹ *Ibidem*, p. 760-761.

⁴² Alertam os autores que, sendo regra de conduta e não um princípio, a coisa julgada não pode ser afastada por juízo de proporcionalidade. *Ibidem*, p. 760.

⁴³ *Ibidem*, p. 761-762.

⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 106.

⁴⁵ *Loc. cit.*

2.4 Valores em conflito

Os valores do processo estão relacionados e por vezes em conflito uns com os outros, descabendo emprestar primado absoluto a tal ou qual finalidade processual. Nada obstante, o valor justiça tende a ter no formalismo-valorativo um papel destacado, cabendo aqui recordar a lição de Alvaro de Oliveira, segundo a qual a justiça é o ponto fundamental, enquanto todo o resto, embora eventualmente importante, tem por objeto apenas a conveniência.

A necessidade de rápido equacionamento da lide, seja como forma de restabelecer a paz social, seja para evitar a entrega tardia – e inefetiva – do direito, reclama técnicas antiepistêmicas (isto é, que produzem um déficit na descoberta da verdade), não diretamente ligadas à realização do direito, tais como a confissão ficta decorrente da ausência de contestação, a decisão a partir dos critérios de distribuição do ônus da prova, a preclusão e a eventualidade e os prazos peremptórios.

Essas técnicas, embora possam resultar na relativização do valor justiça, aqui compreendido como realização concreta do direito material⁴⁶, são aceitas por terem uma justificativa racional. Basta pensar no exemplo trazido por Michele Taruffo a respeito do efeito da não contestação de tornar os fatos incontroversos. Observa o autor que “uma solução que atentasse exclusivamente para a justiça da decisão imporia a exclusão de toda e qualquer relevância processual à não contestação das alegações de fato, bem como a necessidade de que todos os enunciados relativos fossem demonstrados como verdadeiros ou falsos com base nas provas”⁴⁷. Contudo, para o autor, é legítimo considerar desnecessária a prova do fato não contestado porque traz vantagens práticas em termos de simplificação e eficiência do processo⁴⁸.

⁴⁶ Em conformidade com o item 2.1, *supra*. Convém anotar, porém, que a depender da definição que se dê a um ou outro princípio, o conflito entre eles pode ser apenas aparente. Tratando da contraposição entre segurança e justiça, Humberto Ávila anota que o conflito “depende de uma definição estreita de ambos os princípios. Assim, se a primeira envolver apenas a exigência de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade, sem qualquer componente valorativo particular, e se a segunda envolver apenas a justiça individual, enquanto exigência de equidade na aplicação das normas gerais, pode-se conceber um conflito entre os referidos princípios. Esse entendimento, no entanto, desconsidera que a segurança jurídica também envolve um valor moral intrínseco relacionado com a justiça, e esta última também abrange tanto uma perspectiva geral quanto uma perspectiva particular. Sendo assim, melhor falar em conexão entre os princípios da segurança e da justiça do que propriamente em oposição” (ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 657). O mesmo entendimento pode ser aplicado, *mutatis mutandis*, à relação entre os demais valores do processo civil.

⁴⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Bons, 2012, p. 156.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 154. Para o autor, “a descoberta da verdade é um fim essencial do processo e uma condição necessária para a justiça da decisão, mas não é o único fim que o processo persegue. Consequentemente, a função epistêmica que o processo pode desempenhar é muito importante, mas não é a única” (p. 160).

3. Bases internas do formalismo

3.1 Princípio da adaptação do procedimento

Os valores e princípios dominantes em determinada sociedade se refletem no procedimento, que corresponde a uma determinada ordem de atos e paralela distribuição de poderes, faculdades, deveres e ônus aos sujeitos do processo⁴⁹.

Em vista dos valores justiça e efetividade, este procedimento não pode se mostrar rígido a ponto de prejudicar a realização do direito material. É ínsito ao direito constitucional de ação o princípio da adaptação do procedimento, o qual decorre da “necessidade de se emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material e de outorga de justiça”⁵⁰.

Fredie Didier Júnior⁵¹ diferencia os princípios da adequação e da adaptabilidade do procedimento, salientando que o primeiro informa a produção legislativa do procedimento em abstrato, enquanto o segundo permite ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento de acordo com as peculiaridades da causa. A adequação, que decorre diretamente dos princípios da inafastabilidade (direito constitucional de ação), efetividade e devido processo legal, é realizada em virtude da relevância do direito material, da forma como este se apresenta no processo ou virtude de uma situação processual de urgência⁵². A adaptabilidade do procedimento no curso do processo tem em conta esses mesmos objetivos, mas para que seja considerada legítima, deve ser antecedida de aviso aos litigantes, a fim de que possam se

⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 153.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 160-161.

⁵¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Revista da Ajuris**, v. 83, tomo I, p. 166-178, setembro de 2001.

⁵² *Ibidem*, p. 171-172. Segundo o autor, inspirado em doutrina de Galeno Lacerda, a adequação do processo pode ser subjetiva, teleológica ou objetiva. A primeira se opera em razão dos litigantes, exemplificando com a intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações de incapazes e com os prazos especiais da Fazenda Pública. A segunda se faz de acordo com as diversas funções (conhecimento, execução e cautelar) a que o processo visa, bem como com os valores que lhe são preponderantes (por exemplo, nos Juizados Especiais o procedimento é adequado aos valores celeridade e efetividade que presidiram sua criação). Por fim, ressalta que o legislador se vale de três critérios objetivos para adequar a tutela jurisdicional: a) a natureza do direito material, cuja importância e relevância impõem uma modalidade de tutela mais efetiva (v.g., os procedimentos das possessórias, dos alimentos, da busca e apreensão em alienação fiduciária e da liminar em ação civil pública); b) a forma como se apresenta o direito material no processo (v.g., direito líquido e certo no mandado de segurança, prova escrita na ação monitória, aparência na tutela antecipada); c) a situação processual de urgência (v.g., procedimentos especiais de alimentos e mandado de segurança preventivo).

comportar processualmente de acordo com as novas regras, evitando-se as surpresas processuais, em compasso com os princípios do contraditório e da cooperação⁵³.

Cumprir destacar que a criação de alternativas ao procedimento comum mediante técnicas de sumarização formal (encurtamento do procedimento) e material (cognição sumária⁵⁴), poderá vir acompanhada da limitação do contraditório e do direito à prova. A decisão que encerra esse procedimento, portanto, embora justificada pelas particularidades do direito material ou a situação de urgência da tutela, poderá não ser a mais justa, na medida em que carente dos elementos probatórios que poderiam ter sido trazidos caso a cognição fosse plena e exauriente. Necessário, nessa seara, buscar a conciliação entre os valores efetividade e justiça, o que é possível quando não se confere definitividade às decisões decorrentes de procedimentos sumários, reservando-se a qualidade de coisa julgada às decisões tomadas em procedimentos de cognição exauriente⁵⁵.

3.2 Princípio do contraditório

Na feição própria à cultura do Estado Liberal, o direito ao contraditório é identificado como simples bilateralidade de instância, dirigindo-se tão somente às partes e resumido no binômio *conhecimento-reação*: a parte tem o direito de conhecer as alegações e provas feitas no processo pela outra e, querendo, contrariá-las. Atualmente, contudo, o contraditório

⁵³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Revista da Ajuris**, v. 83, tomo I, p. 166-178, setembro de 2001, p. 175-176. Exemplo de adaptação do procedimento, de acordo com o autor, é a possibilidade de inversão do ônus da prova.

⁵⁴ Cognição sumária compreendida como “cognição superficial que se realiza em relação ao objeto cognoscível constante de um dado processo. Portanto, traduz a ideia de limitação no plano vertical, no sentido da profundidade.” (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 138).

⁵⁵ Exemplifica essa situação o instituto da antecipação de tutela, que no novo Código de Processo Civil pode ser antecedente, isto é, concedida em processo autônomo (artigo 303). Se o réu não interpuser agravo de instrumento contra a decisão que conceder a antecipação de tutela, estabiliza-se a decisão e o processo será extinto, podendo qualquer das partes, dentro do prazo de dois anos, propor ação visando a exaurir a cognição. Caso esta ação não seja proposta, os efeitos da decisão que antecipou a tutela com base em cognição sumária não poderão ser afastados (artigo 304). Sobre o tema, anota precisamente Daniel Mitidiero: “Sendo a obtenção de uma decisão justa uma das finalidades do processo civil no Estado Constitucional, o que remete para a necessidade de construirmos procedimentos orientados à sua busca, parece-nos que a limitação do direito ao contraditório e do direito à prova ínsita à sumarização procedimental e material da ação antecedente atua em sentido contrário à busca por uma decisão justa - e, pois, desmente uma das razões de ser da necessidade de um processo justo. A eficácia bloqueadora do direito fundamental ao processo justo, portanto, impede que se tenha como constitucional a formação de coisa julgada na tutela antecipada requerida de forma antecedente no caso de transcurso do prazo legal sem o exaurimento da cognição. Isso quer dizer a estabilização da tutela antecipada antecedente não pode lograr a autoridade da coisa julgada - que é peculiar aos procedimentos de cognição exauriente. Passado o prazo de dois anos, continua sendo possível o exaurimento da cognição até que os prazos previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a supressão)” (MITIDIERO, Daniel. *Autonomização e Estabilização da Antecipação da Tutela no Novo Código de Processo Civil*. **Revista Magister de Direito Processual Civil**, Porto Alegre, v. 63, p. 24-29, nov-dez 2014, p. 28-29).

significa não só conhecer e reagir, mas também participar do processo e influir nos seus rumos, isto é, *direito de influência*⁵⁶. Nas palavras de Ingo, Marinoni e Mitidiero, “com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz”⁵⁷. A principal consequência dessa nova ideia é a proibição das chamadas “decisões surpresa”, exigindo-se que o pronunciamento jurisdicional tenha apoio apenas em elementos de fato e de direito sobre os quais as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar previamente⁵⁸.

Desse modo, o contraditório desempenha fundamental importância no âmbito interno do formalismo, pois é do recíproco condicionamento e controle da atividade das partes e da atividade do órgão judicial que se constrói a decisão justa⁵⁹. O contraditório faz com que a vontade do juiz não se exhiba totalmente soberana, “na medida em que condicionada, de um ou outro modo, à vontade e ao comportamento das partes, pelo que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância”⁶⁰. Assim, o princípio do contraditório “manifesta uma relevante função epistêmica, configurando-o como uma técnica essencial de controle racional sobre o uso que o juiz faz de seus poderes”⁶¹.

A vinculação do juiz ao princípio encontra respaldo no interesse público de chegar a uma solução bem amadurecida para o caso levado a juízo⁶². Trata-se de uma das manifestações do modelo processual que “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras”⁶³. O contraditório, além de garantir às partes a possibilidade de influenciar na decisão, impõe ao juiz o dever de instalar verdadeiro debate judicial sobre as questões fáticas e jurídicas discutidas no processo. É nesse sentido que a doutrina refere ser “dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes”, sendo o contraditório o “elemento que fornece ao processo esse aspecto

⁵⁶ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 735.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 735-736.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 736-737

⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158-159.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 158.

⁶¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 205.

⁶² SARLET; MARINONI; MITIDIERO. *Op. cit.*, p. 737.

⁶³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, 8ª ed., Salvador: Podivm, 2007, v. 1, p. 56.

discursivo, por força de um mandamento constitucional do diálogo judicial entre as partes e órgão julgador para a formação do juízo do magistrado”⁶⁴.

4. O formalismo e os sujeitos processuais

4.1 Modelos de organização do processo

A organização do processo não prescinde de uma distribuição das funções que devam ser exercidas pelos sujeitos processuais⁶⁵, sendo que essa distribuição de poderes às partes e ao juiz também está relacionada ao ambiente cultural em que o processo se desenvolve.

Com apoio na doutrina de Daniel Mitidiero⁶⁶ é possível identificar a existência de três modelos de processo influenciados pela organização da sociedade, cada qual distribuindo os poderes processuais entre o juiz e as partes a seu modo: isonômico, assimétrico e colaborativo ou cooperativo, sendo o último conforme as exigências do Estado Constitucional.

A síntese das características desses modelos é feita de forma tão clara pelo autor que a transcrição do ensinamento é imperativa⁶⁷:

O processo isonômico caracteriza-se, em termos sociais, pelo estado de indistinção entre indivíduo, sociedade civil e Estado, de modo que o juiz aparece no processo como alguém que se encontra em pé de igualdade com as partes. Logicamente, alçava-se mão para a solução dos conflitos de uma racionalidade prática, objetivando-se idealmente, no plano ético, o alcance da verdade processual e a observância da boa-fé entre as partes ao longo do processo. A experiência histórica aponta, como exemplos de processos isonômicos, o processo grego antigo e o *ordo iudiciarius* medieval italiano.

De seu turno, o processo assimétrico conta com a consolidação do Estado Moderno e com a verticalização das relações entre governantes e governados, convertendo-se o juiz em um sujeito superpartes, alocado acima dos litigantes. O direito a aplicar é o direito do Estado, a vista de uma racionalidade teórica voltada para uma interpretação objetivista do direito. No terreno ético, o processo vai compreendido como uma empresa destinada à busca da verdade e como um momento em que as partes têm o dever absoluto de dizê-la, reconhecida no Estado, de outro lado, a possibilidade de mentir para a obtenção dela. Exemplificativamente, são processos assimétricos o processo romano no período da *cognitio extra ordinem* e o *processus prussiano* do século XVIII.

O processo cooperativo, por derradeiro, é o processo do Estado Constitucional. O direito deixa de ser compreendido apenas como *scientia juris* e volta a assumir o caráter de *juris prudentia*, de modo que à cena judiciária vai convocada, novamente,

⁶⁴ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 126, p. 59-81, agosto de 2005, p. 64.

⁶⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, 213-225, agosto de 2011, p. 214.

⁶⁶ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18-19. Adverte o autor que a caracterização desses modelos de processo é do tipo ideal, sem embargo de eventuais conexões com algumas experiências concretas já verificadas na história.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 19-20.

uma racionalidade prática, do tipo material, cujo desiderato precípua está em alcançar a justiça no caso concreto sob discussão, pautando-se o discurso e legitimando-se a decisão pela observância e promoção dos direitos fundamentais (tanto materiais como processuais). No plano da ética, a colaboração entre aqueles que participam do processo pressupõe absoluta e recíproca lealdade entre as partes e o juízo, entre o juízo e as partes, a fim de que se alcance a maior aproximação possível da verdade, tornando-se a boa-fé pauta de conduta principal no processo civil do Estado Constitucional.

Em sentido semelhante, Fredie Didier Júnior alude a duas formas tradicionais de organização do processo: o *modelo adversarial*, “que assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir”; e o *modelo inquisitorial*, caracterizado como “uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo”⁶⁸. A esses dois modelos tradicionais, acrescenta o processo cooperativo, no qual “busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais”⁶⁹.

4.2 Processo cooperativo

Interessa, nos estreitos limites deste estudo, sublinhar as características do modelo de processo cooperativo, próprio do Estado Constitucional, cujas grandes virtudes estão na sua submissão ao direito e na participação social na sua gestão⁷⁰. Decorrendo do Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição de 1988, a ideia de cooperação deve pautar a compreensão dos institutos processuais do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive os relativos à atividade probatória. A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico faz com que seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal⁷¹.

A mais abalizada doutrina extrai do direito fundamental de participação a base constitucional do princípio da colaboração. Nas palavras de Alvaro de Oliveira⁷²:

A colocação do problema no centro das preocupações hermenêuticas, com o emprego de lógicas mais adequadas à especificidade do fenômeno jurídico e o emprego reiterado de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de

⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, 213-225, agosto de 2011, p. 214.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 219

⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 71-72.

⁷¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 11.

⁷² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 191.

equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito, haveria obviamente de se refletir no processo. Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar na cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. O colóquio assim estimulado, assinala-se, deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. As diretivas aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual.

No processo cooperativo, o princípio do contraditório torna-se instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, pois é redimensionado com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual a não mais como um mero espectador do duelo das partes⁷³. O órgão jurisdicional vê-se, então, na contingência de dirigir o processo isonomicamente, cooperando com as partes, na medida em que gravado por deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio⁷⁴.

Convém esclarecer que, embora o caráter dialético do processo resulte em simetria entre as partes e o órgão julgador na condução do processo, esta não exista no momento da decisão, que é sempre ato de poder do juiz. Não há paridade no momento da decisão, pois essa função é exclusiva do juiz, podendo-se dizer, contudo, que, sendo a atividade cognitiva do processo compartilhada entre o juiz e as partes (o órgão jurisdicional está igualmente gravado pela necessidade de observar o contraditório), a decisão judicial é resultado da atividade processual em cooperação, porquanto influenciada pelo diálogo judiciário desenvolvido no curso do procedimento⁷⁵.

Ademais, deve ser sublinhado que o processo colaborativo também impõe às partes determinados deveres de conduta, podendo ser mencionado o dever de esclarecimento, (cabíveis formular suas pretensões com clareza e coerência), de lealdade (pois lhes é vedado litigar de má-fé) e de proteção (porquanto não podem causar danos à parte adversa)⁷⁶.

A existência desses deveres – para as partes e para o órgão judicial – faz com que se possa falar na existência de um princípio da cooperação, cujo surgimento está relacionado aos

⁷³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, 213-225, agosto de 2011, p. 219.

⁷⁴ Por dever de esclarecimento compreende-se o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo. Por dever de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ser frustrado pelo uso inadequado do processo. Por dever de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser imprimido à causa. Por dever de auxílio, o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus o deveres processuais. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 76).

⁷⁵ MITIDIERO. *Op. cit.*, p. 76-77. Expressa o mesmo entendimento DIDIER JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 220.

⁷⁶ DIDIER JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 221.

princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório⁷⁷. Esse princípio, de acordo com Fredie Didier Júnior, possui eficácia normativa independentemente da existência de regras jurídicas expressas, tornando “devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo”⁷⁸.

O processo colaborativo é, portanto, essencialmente democrático. Enaltece a participação em contraditório para fortalecer a posição das partes e convoca o juiz a exercer um papel ativo e cooperativo, com vistas à adequada formação da sua convicção. Aplica a lógica argumentativa para a construção da norma de decisão do caso concreto, revitalizando-se o sentido problemático do direito, que havia sido abandonado pela consagração da lógica apodíctica no pensamento jurídico moderno⁷⁹. As partes não se submetem ao arbítrio do órgão judicante, tampouco se restringe este a recolher passivamente o resultado da atuação das partes. O comportamento dos sujeitos do processo, ainda, é orientado pela lealdade, que não é incompatível com a defesa de pontos de vista diferentes no processo. Em síntese, a visão colaborativa na repartição dos poderes do processo “importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação da verdade e da justiça”⁸⁰.

⁷⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, 213-225, agosto de 2011, p. 218.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 221. Segundo o autor, “se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva (dever) ao magistrado”.

⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 90-91.

⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194-195.

Capítulo II – Instrução probatória, decisão judicial e verdade

1. A verdade no processo

Depois de destacadas algumas das características do formalismo-valorativo, pretende-se prosseguir no presente estudo com a análise da problemática envolvendo a verdade e sua relação com a instrução probatória e a sentença. Antes, porém, é necessário esclarecer a que corresponde a verdade a ser buscada no processo.

1.1 A verdade e seu conhecimento

Já se destacou a íntima relação entre verdade e justiça. Naturalmente, a justiça da decisão não se reduz à apuração da verdade dos fatos, pois há outras condições a serem observadas, como a correção do procedimento e a válida interpretação da norma jurídica aplicável⁸¹. Mas uma condição necessária para que haja correção jurídica na decisão é que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, conforme anotado por Michele Taruffo⁸²:

O ponto importante, entretanto, é que se não se verificar o pressuposto de fato de que depende a aplicação da norma, essa não pode ser aplicada no caso concreto. Se, todavia, a norma for aplicada na ausência desse pressuposto, a decisão em questão será viciada e juridicamente equivocada. Isso equivale a dizer que a apuração da verdade dos fatos correspondentes ao assim chamado suporte fático abstrato regulado pela norma é uma condição necessária para a correta aplicação da norma no caso concreto: a veracidade da apuração dos fatos é um requisito essencial da legalidade da decisão.

Também do ponto de vista ético, a sinceridade (aspecto virtuoso da verdade) sempre é apontada como valor fundamental. Do ponto de vista político, destaca-se a conexão entre verdade e democracia, porquanto neste regime a verdade é uma condição necessária para o exercício das liberdades dos cidadãos, sendo o falseamento ou a supressão de informações traços historicamente característicos dos regimes totalitários⁸³.

Nada obstante, anota Michele Taruffo que a ideia de verdade foi desconstruída no pós-modernismo até se tornar inútil para qualquer uso, afirmando-se a tendência de se sustentar a existência de verdades múltiplas, dependendo do ponto de vista e dos grupos sociais a que os

⁸¹ TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 229, p. 75-87, março de 2014, p. 80.

⁸² Idem. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 139-140.

⁸³ *Ibidem*, p. 116-118.

sujeitos pertençam, além de pensar-se que se um número suficiente de pessoas aceita uma narrativa, essa é verdadeira⁸⁴. É o que ocorre, por exemplo, quando se sustenta que a argumentação decorrente do debate processual compõe, ao lado do fato e dos meios de prova, o conceito de verdade⁸⁵. O paradoxo ínsito nessas abordagens é evidente: cada um tem a sua verdade pessoal, de modo que ninguém comete erros e qualquer construção do mundo é verdadeira para aqueles que nela creem⁸⁶.

Convém adotar, em contrapartida, uma concepção correspondentista da verdade, segundo a qual “todo enunciado relativo a acontecimentos do mundo real é verdadeiro ou falso em função da existência desses acontecimentos no mundo real”⁸⁷. Ou seja, é a realidade que determina a veracidade ou a falsidade das narrativas que a descrevem, ainda que existam dificuldades relacionadas ao *conhecimento* da verdade.

O processo é uma empresa humana com todos os limites desta, de modo que não se pode nele aspirar mais do que a descoberta de verdades relativas aos conhecimentos e às informações disponíveis. Trata-se, a propósito, de princípio fundamental da epistemologia em geral, segundo a qual o conhecimento de um enunciado se funda sobre a interpretação metodologicamente correta de todas as informações disponíveis⁸⁸. De acordo com Susan Haack, as evidências podem induzir a erros, serem ambíguas, difíceis de interpretar, além de sempre serem virtualmente incompletas. Conseguir mais evidências pode ser difícil, excessivamente caro ou ainda impossível no atual estágio de conhecimento ou tecnologia. Ademais, nem sempre é fácil identificar quais são as evidências adicionais necessárias para a demonstração dos fatos⁸⁹.

⁸⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 95-96.

⁸⁵ Essa parece ser a posição de Reichelt, ao aduzir que “Verdade, em uma acepção jurídico-processual, é conclusão que somente é possível quando previamente distintos três fenômenos: o fato examinado, a representação desse fato construída através do emprego dos meios de prova, e a assertiva feita pela parte em um debate processual a respeito do referido fato. E, nesse caminho, a prova deve ser considerada como argumento que entrelaça a representação construída e as assertivas apresentadas, permitindo ao julgador afirmar a existência de correspondência ou equivalência entre as premissas cotejadas” (REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 118). Da mesma forma, Marinoni e Arenhart referem que “Não há mais como supor que a decisão jurisdicional encontre fundamento na verdade, pois é óbvio que não existe uma verdade, mas tantas versões de verdade quantas forem necessárias. Cada parte tem a sua, e o juiz, para proferir a decisão, elabora a própria – que pode ser a versão inteira ou parcial de uma das partes” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 97).

⁸⁶ TARUFFO. *Op. cit.* p. 96.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 100.

⁸⁸ TARUFFO, Michelle. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 229, p. 75-87, março de 2014, p. 81.

⁸⁹ HAACK, Susan. Of Truth, in Science and in Law. **Brooklin Law Review**, New York, v. 73:3, p. 985-1008, 2007-2008, p. 996.

Por outro lado, conforme anotam Marinoni e Arenhart, a reconstrução de um fato ocorrido no passado é influenciada por aspectos subjetivos de quem o presencia, bem como do juiz, a quem cabe valorar a evidência. Esse “toque pessoal” distorce a realidade, de modo que jamais se poderá excluir a possibilidade de as coisas terem ocorrido de outro modo⁹⁰.

Essas dificuldades inerentes ao conhecimento humano transferem-se inevitavelmente para o processo. Na realidade, são aqui ainda mais evidentes, pois na base do processo está uma controvérsia, ou seja, argumentos antagônicos de litigantes que acreditam ter razão⁹¹.

Deve ser recordada, ainda, a necessidade de ponderação do valor justiça com a o da pacificação social, a qual jamais não seria atingida se instaurada uma busca ilimitada pela verdade.

Desse modo, a verdade é sempre absoluta, enquanto seu conhecimento é sempre relativo, sendo exemplar, nesse sentido, a lição de Michele Taruffo⁹²:

A verdade de um enunciado é univocamente determinada pela realidade do evento que esse representa, e, portanto é “absoluta” (no sentido de que não admite graus). O enunciado é verdadeiro ou não: não pode ser “mais ou menos” verdadeiro. O que pode variar, dependendo das circunstâncias, é o grau de confirmação que pode ser atribuído a esse enunciado, com base nos conhecimentos disponíveis: portanto, pode-se dizer que, em contextos determinados e de acordo com as circunstâncias, pode existir uma maior ou menor aproximação à verdade. Por conseguinte, é o conhecimento da verdade que se qualifica como relativo, já que fundado nas razões pelas quais é provável que um conhecimento seja verdadeiro.

O conhecimento da verdade é relativo, não no sentido subjetivo de que cada indivíduo possui sua própria verdade, mas sim no sentido objetivo, de acordo com o qual uma proposição fatural é verdadeira em relação à quantidade e à qualidade das informações que a confirmam⁹³. No contexto do processo, portanto, é apropriado falar-se em verdade relativa e objetiva: relativa porque é relativo o conhecimento sobre essa; objetiva porque que não é fruto das preferências subjetivas e individuais do juiz, fundando-se em razões objetivas que justificam seu convencimento e derivando dos dados cognoscitivos resultantes das provas⁹⁴.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

⁹¹ *Ibidem*, p. 40.

⁹² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 105.

⁹³ TARUFFO, Michele. La verità nel processo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 235, p. 51-67, setembro de 2014, p. 63.

⁹⁴ TARUFFO. *Op. cit.*, 2012, p. 105.

Portanto, no atual estágio de evolução do direito processual, a formação da convicção do juiz se satisfaz com a busca da “verdade possível, própria da condição humana, a ganhar no domínio processual a dimensão de pura verossimilhança”⁹⁵.

Essas constatações, contudo, não conduzem à conclusão de que a verdade é irrelevante para o processo, sendo esta, na realidade, um limite ideal indispensável para orientar as escolhas cognitivas na direção correta⁹⁶. No processo, a exemplo dos mais diversos campos da experiência, a verdade representa o norte, ou seja, o ponto de referência que jamais se alcança, mas que é indispensável para compreender a direção na qual se deve mover⁹⁷.

1.2 Certeza e sua justificativa

Não há correspondência necessária entre os conceitos de verdade e certeza, pois aquela é objetiva e determinada pela realidade, enquanto esta é um *status* subjetivo, dizendo respeito à psicologia daquele que fala e correspondendo a um grau elevado de intensidade do convencimento do sujeito em relação à questão⁹⁸. Esse conceito psicológico, nada obstante, é de grande relevância para o processo, pois a decisão judicial é construída a partir da convicção do órgão judicial a respeito dos fatos da causa. Tem pertinência, aqui, a distinção entre busca da verdade e a convicção da verdade: aquela, orientada pelo ideal da verdade, deve conduzir a esta, com a ressalva de que “estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade, até porque, quando se requer a convicção de verdade, não se nega a possibilidade de que as coisas não tenham acontecido assim”⁹⁹.

Pode-se ter certeza da verdade de um proposição falsa, bem como pode-se ter certeza da falsidade de uma proposição verdadeira. Pietro Calamandrei comparava a transformação da probabilidade em certeza pelo julgador a um “ato de fé”, ponderando o seguinte¹⁰⁰:

⁹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205. A fim de manter o rigor conceitual que será exposto em seguida, substituiríamos o vocábulo “verossimilhança” por “probabilidade”.

⁹⁶ Ensina Taruffo: “la verità come corrispondenza sicura e oggettiva delle proposizioni fattuali agli eventi concreti di cui si parla nel processo non può essere raggiunta in termini assoluti, ma essa orienta l'intero fenomeno della prova nel senso che la decisione finale sui fatti dovrà approssimarsi nella maggior misura possibile alla verità aletica intesa – appunto – come limite ideale” (TARUFFO, Michele. La verità nel processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, p. 51-67, setembro de 2014, p. 63).

⁹⁷ TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 229, p. 75-87, março de 2014, p. 81.

⁹⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 108.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85

¹⁰⁰ CALAMANDREI, Pietro. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3, p. 271.

Pode ocorrer que desse modo o julgador, depois de haver feito tudo quanto nele estava para conseguir a verdade, consiga mediante o sentimento pôr em paz sua consciência; mas isso não tira para que a conclusão do juízo, mesmo quando ele com seu ato de fé consiga senti-la como certeza tranquilizadora, continue sendo, razoavelmente valorizada, só um juízo mais ou menos aproximado de verossimilitude. Inclusive é fácil advertir que a margem de aproximação varia de um caso a outro, segundo os meios de prova de que tenha podido se servir o juiz para chegar à decisão.

Como a certeza é construída intelectualmente, está sujeita a todas as limitações do próprio raciocínio¹⁰¹. Apenas para mencionar algumas dessas limitações, citam-se as ações mentais involuntárias – impressões, intuições, intenções e sentimentos – que podem resultar em escolhas cognitivas equivocadas; ou, ainda, a desconsideração involuntária de fatos que seriam facilmente percebidos se o raciocínio não estivesse intensamente focado noutra tarefa¹⁰².

Assim, avulta a importância da justificativa utilizada para se sustentar a própria certeza, pois “a credibilidade da certeza de um sujeito sobre o conteúdo de uma afirmação depende da seriedade das justificativas que ele está em condições de dar”¹⁰³.

1.3 Possibilidade, verossimilhança e probabilidade

Alertando para a inexistência de uma precisa uniformidade conceitual entre os juristas – até mesmo em virtude de ser o limite entre os conceitos “uma linha esfumada em contínuo deslocamento” – Piero Calamandrei refere que *possível* é o que pode ser verdadeiro,

¹⁰¹ DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 107, p. 86-96, julho de 2002, p. 90.

¹⁰² Para uma compreensão ampla sobre os modos de pensamento, vide KAHNEMANN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. Ilustrando a falibilidade do raciocínio humano, o autor oferta o seguinte exemplo: “A demonstração mais radical disso foi feita por Christopher Chabris e Daniel Simons em seu livro *O gorila invisível*. Eles montaram um curta-metragem de duas equipes trocando passes de basquete, uma das equipes com camisetas brancas, a outra vestindo preto. Os espectadores do filme são instruídos a contar o número de passes feitos pelo time branco, ignorando os jogadores de preto. Essa tarefa é difícil e completamente absorvente. No meio do vídeo, uma mulher usando um traje de gorila aparece, atravessa a quadra, bate no peito e vai embora. O gorila fica à vista por nove segundos. Milhares de pessoas assistiram ao vídeo e cerca da metade delas não observou nada de incomum. É a tarefa de contar — e sobretudo a instrução de ignorar uma das equipes — que causa a cegueira. Ninguém que assiste ao vídeo sem a tarefa deixaria de ver o gorila. [...]. Os autores notam que a observação mais notável em seu estudo é as pessoas acharem seus resultados muito surpreendentes. De fato, as pessoas que deixam de ver o gorila ficam inicialmente convictas de que ele não estava lá — não conseguem imaginar que deixaram de ver um evento tão chamativo. O estudo do gorila ilustra dois importantes fatos acerca de nossas mentes: podemos ficar cegos para o óbvio, e também somos cegos para nossa própria cegueira” (p. 23).

¹⁰³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 109. O autor exemplifica: “Se alguém está certo de X porque X foi dito por uma quiromante que goza de sua confiança, ou porque crê na infalível eficácia heurística da leitura de borras de café, será provavelmente justificado todo e qualquer ceticismo sobre o fundamento das suas certezas. Se, por outro lado, um cientista diz estar certo da confiabilidade de um experimento por ter criado um procedimento epistemologicamente correto [...] poder-se-á concordar sobre a existência de justificativas válidas para que se tenham tais certezas”.

verossímil é o que tem aparência de verdadeiro, e *provável* é o que se pode provar como verdadeiro¹⁰⁴. Estabeleceriam, nessa ordem, uma gradual aproximação em direção ao reconhecimento do que é verdadeiro.

Para ser possível, basta que o fato possa ocorrer, ainda que anormalmente. Já o verossímil é “aquilo que corresponde à normalidade de certo tipo de comportamentos ou de acontecimentos”¹⁰⁵; o verossímil tem a aparência de verdadeiro, mas com este não se confunde por prescindir de uma sustentação probatória. É um juízo emitido não sobre o fato, mas sobre a alegação do fato. Leciona Calamandrei¹⁰⁶:

Para julgar se um fato é verossímil ou inverossímil, recorremos, sem necessidade de uma direta investigação histórica a respeito de sua verdade em concreto, a um critério de ordem geral já adquirido precedentemente mediante a observação de *quod plerumque accidit*: já que a experiência nos ensina que fatos daquela mesma categoria ocorrem normalmente em circunstâncias similares às que se observam no caso concreto, se infere desta experiência que também o fato em questão se apresenta com aparência de ser verdadeiro; e, pelo contrário, se conclui que é inverossímil quando, mesmo podendo ser, parece, não obstante, em contraste com o critério sugerido pela normalidade.

O juízo de verossimilhança não fornece qualquer elemento de cognição sobre a veracidade ou a falsidade de um enunciado, no que se distancia da noção de *probabilidade*, a qual diz respeito à existência de razões válidas para se sustentar que um enunciado é verdadeiro ou falso¹⁰⁷. Quanto maior a quantidade e a qualidade de provas disponíveis, maior será a aproximação à verdade, maior será a probabilidade.

Essa distinção também é ofertada por Michele Taruffo¹⁰⁸:

Substancialmente, a probabilidade é uma função da justificativa que se atribui a um enunciado, com base nos elementos cognoscitivos disponíveis. No âmbito do processo, em que as informações disponíveis são oferecidas pelas provas, pode ocorrer que essas forneçam um determinado grau de confirmação ao enunciado que concerne a um fato relevante para a decisão. Poder-se-á, então, dizer que esse enunciado é “provavelmente verdadeiro”, com a condição de que se queira dizer com essa expressão que as provas produzidas no processo fornecem razões suficientes para que se considere confirmada a hipótese de que aquele enunciado seja verdadeiro.

Para o referido doutrinador, dizer que um enunciado fático foi provado, ou seja, que é provavelmente verdadeiro, não equivale a dizer que esse é verdadeiro, do mesmo modo que a

¹⁰⁴ CALAMANDREI, Pietro. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3, p. 276.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 111.

¹⁰⁶ CALAMANDREI. *Op. cit.*, p. 275.

¹⁰⁷ É comum, contudo, encontrarem-se referências ao conceito de verossimilhança no sentido aqui adotado como sendo o de probabilidade. Nesse sentido, por exemplo, vide a citação de Piero Calamandrei no item 1.2.

¹⁰⁸ TARUFFO. *Op. cit.*, p. 113.

ausência de confirmação de um enunciado não exclui a eventualidade de que, na realidade, seja verdadeiro¹⁰⁹.

Conforme alerta Daniel Mitidiero, que está de acordo com a distinção conceitual acima apontada, é comum a confusão entre os termos verossimilhança e probabilidade na doutrina processual civil, que remontaria a clássico ensaio de Piero Calamandrei no qual o termo verossimilhança ora comparece como conceito ligado àquilo que normalmente acontece, ora como atinente àquilo que é corroborado mediante prova *prima facie*. Segundo o autor, as duas acepções apontadas são completamente distintas”, na medida em que “a verossimilhança conta como parâmetro com a *normalidade*, com aquilo que normalmente ocorre em *casos semelhantes*”, enquanto a probabilidade “concerne à correspondência de determinada proposição com a *realidade*, com aquilo que de fato ocorreu em *determinado caso*”¹¹⁰.

Assentadas essas distinções conceituais, conclui-se que, embora a verdade seja o limite ideal indispensável para orientar as escolhas cognitivas na direção correta, as limitações existentes para o seu completo conhecimento fazem com que, ao fim e ao cabo, a prova descortine não exatamente a verdade dos fatos, mas o que provavelmente ocorreu¹¹¹. Afinal, “a confirmação é um conceito de grau: uma afirmação pode resultar mais ou menos confirmada em função das provas que a essa se refiram em certo momento”¹¹².

Observa-se, por fim, que a probabilidade que importa para o processo não é meramente quantitativa. A frequência estatística com que os fatos ocorrem no mundo nada diz sobre o caso particular. Do mesmo modo, o grau de racionalidade de determinada valoração apenas assegura a coerência do raciocínio, mas não a correção dos dados prévios empregados para sua elaboração. A probabilidade relevante é qualitativa, cuja “característica fundamental está em racionalizar a incerteza relativa às alegações de fato, reconduzindo o seu grau de correção ao âmbito dos elementos disponíveis de confirmação e refutação (prova)”. A hipótese, portanto, tem um grau de confirmação fornecido pela sua confirmação probatória e

¹⁰⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 114.

¹¹⁰ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 99-100. O ensaio citado é de CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile, in Mauro Capeletti (org.). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1972, v. 5, p. 623. Segundo Mitidiero, trata-se de equívoco cuja raiz está na incompleta tradução do termo *Wahrscheinlichkeit*, que significa em língua alemã tanto probabilidade como verossimilhança.

¹¹¹ DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 107, p. 86-96, julho de 2002, p. 91.

¹¹² TARUFFO. *Op. cit.*, p. 239.

pela sua não refutação por elementos de prova constante dos autos. Esse grau é a medida da aproximação com a verdade¹¹³.

2. Prova

2.1 Conceito e finalidade

O termo “prova” é polissêmico, podendo ser empregado em pelo menos três sentidos. Em primeiro lugar, é utilizado para se referir ao *meio de prova*, isto é, todas as coisas ou pessoas que fornecem informações utilizáveis aos fins de esclarecimento dos fatos. Nesse sentido, são provas as declarações testemunhais, os documentos, as inspeções e os pareceres técnicos. Em segundo lugar, fala-se em prova para se referir ao *procedimento*, ou seja, às atividades disciplinadas pelas leis processuais mediante as quais o meio de prova é incorporado (tratando-se de coisas ou documentos) ao processo ou nele formado (como ocorre com os testemunhos e outras declarações). Por fim, a prova pode ser compreendida como *resultado* quando se faz referência ao êxito de sua aquisição, ou seja, quando se diz que “existe a prova dos fatos” ou se usa a correspondente expressão negativa¹¹⁴.

Tendo em vista que os meios de prova não oferecem um resultado que possa ser considerado verdadeiro sem nenhuma margem de dúvida (em virtude das já mencionadas limitações do conhecimento humano), há autores que não enxergam no procedimento probatório o objetivo de descoberta da verdade. Em obra de fôlego sobre o tema, Marinoni e Arenhart diferenciam busca da verdade e convicção de verdade, sendo aquela impossível de obter êxito e esta necessária para a decisão, com a observação de que “estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade”¹¹⁵. Defendem que a função da prova “é se prestar como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal”¹¹⁶. Segundo os renomados processualistas, a decisão judicial seria legitimada pelo procedimento que a precede, sendo tal legitimação proporcional ao grau de participação

¹¹³ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 101-103.

¹¹⁴ TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 229, p. 75-87, março de 2014, p. 76-78.

¹¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85. Para os autores, “o juiz, para pôr fim ao conflito, deve estar convicto, dentro das suas limitações, a respeito da verdade, uma vez que a sua essência é impenetrável”. Citando lição de Calamandrei, salientam que “é dever de honestidade acentuar o esforço para se chegar o mais perto possível dessa meta inalcançável” (p. 86).

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 53.

dos sujeitos envolvidos no conflito para a formação do convencimento judicial. Nesse contexto, a prova assumiria um papel de argumento retórico, dirigido a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que algo efetivamente ocorreu, merece crédito. Na mesma direção, Luis Alberto Reichelt define a prova como argumento, sustentando que sua verdadeira finalidade é servir de instrumento que interfere na formação do convencimento jurisdicional¹¹⁷.

Não há dúvida de que as provas se prestam para a formação do convencimento judicial, sendo utilizadas pelos sujeitos processuais no diálogo destinado à persuasão do julgador. É igualmente correto observar que, “se há manipulação na argumentação retórica, isso não deixa de existir apenas porque se fecham os olhos a essa realidade”¹¹⁸.

Todavia, o destaque dado à limitação do conhecimento, a ponto de excluir a relevância da verdade como finalidade da prova, revela-se demasiado¹¹⁹. É tentador negar importância a algo pela constatação de que não há meios para atingi-lo. Contudo, a consciência da limitação do conhecimento não retira a importância do objeto cognoscível. As escolhas cognitivas de quem julga devem ser sempre orientadas pelo ideal da verdade para que a convicção de verdade se aproxime o máximo possível da realidade. Negar que a busca da verdade seja uma finalidade ideal do procedimento probatório desserve à estruturação de um processo justo, fomentando, ao invés disso, a concepção adversarial do processo, no qual sagrar-se-á vencedor a parte que tiver a capacidade de formular os mais persuasivos argumentos.

Michele Taruffo, ao criticar as orientações que não assimilam a dimensão valorativa do processo, como meio para se atingir determinados fins do Estado, destaca a importância de uma decisão final do processo comprometida com a verdade. Para o autor, a frequência com que se encontram orientações que consideram irrelevante a qualidade da decisão que conclui o processo – e que, dessa forma, negam valor à apuração da verdade – demonstra como é fácil perder de vista a função instrumental do processo, fazendo com que se enxergue neste mero ambiente para dar vida aos espíritos competitivos das partes¹²⁰.

¹¹⁷ REICHEL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 155.

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 60.

¹¹⁹ Convém sublinhar que a divergência com a posição doutrinária acima citada é extremamente tênue: sem negar a impossibilidade de se atingir a verdade, tampouco a influência da argumentação na formação da decisão judicial, enfatiza-se ainda assim a importância da verdade como ideal a orientar as escolhas cognitivas.

¹²⁰ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 138.

A prova, desse modo, não tem função meramente retórico-persuasiva, mas especialmente epistêmica¹²¹. A função jurisdicional não se satisfaz com a resolução da controvérsia independentemente do seu conteúdo, pois ordena-se especialmente à justa composição dos conflitos de interesse, estando a justiça vinculada à descoberta da verdade.

Bem apreendendo essa circunstância, Daniel Mitidiero anota que colocar a obtenção da verdade como objetivo ideal da prova judiciária “oferece-se como uma condição insuprimível para que o processo cumpra a contento o seu desiderato maior de lograr a justiça do caso decidendo”¹²².

2.2 Direito fundamental à prova

O direito fundamental à prova é elemento indispensável do direito fundamental ao processo justo¹²³. As partes devem poder se valer de todas as possibilidades para procurar demonstrar que suas alegações de fato são fundadas, visto que de suas atividades probatórias depende a possibilidade de satisfação do ônus probatório e, portanto, o êxito final da controvérsia¹²⁴. O direito em questão, ao lado do princípio do contraditório, viabiliza a ampla participação das partes na formação do convencimento do juiz¹²⁵.

O direito à prova, nas palavras de Oliveira e Mitidiero, implica uma série de outros direitos às partes, quais sejam¹²⁶:

(a) da parte de *produzir alegações fáticas no processo*; (b) de *usar quaisquer meios de provas* que considere úteis para verificação das alegações fáticas que entenda lhe sejam favoráveis, desde que provenham de meios lícitos e moralmente legítimos; (c) à *paridade de armas* na organização do direito probatório, de modo que uma das partes não se encontre em *situação de evidente desigualdade* no processo no que tange às situações probatórias; (d) de ser assegurado o *contraditório* na produção das provas sobre as já produzidas; (e) de poder a parte *presenciar* a produção da prova ou ter *acesso* ao seu resultado; (f) de serem *motivadas* todas as decisões sobre admissibilidade da prova e efetivamente consideradas pelo juiz as provas realizadas no processo.

¹²¹ TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 229, p. 75-87, março de 2014, p. 80.

¹²² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

¹²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2, p. 55.

¹²⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 198.

¹²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 20. Para o autor, o direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa.

¹²⁶ OLIVEIRA; MITIDIERO. *Op. cit.*, p. 55-56.

Não se trata, a toda evidência, de um direito absoluto. A produção de provas ilícitas, inúteis, protelatórias e irrelevantes pode ser legitimamente obstada pelo juiz¹²⁷. Além disso, o valor de justiça, que se vincula à completa elucidação dos fatos, deve ser ponderado com o escopo social do processo de pacificação, não se justificando, também sob esse ponto de vista, atribuir ao direito à prova caráter absoluto e ilimitado. O próprio sistema dos meios de prova, regido por formas preestabelecidas, momentos, fases e preclusões, restringe o direito¹²⁸. Deve ser enfatizado, todavia, que exercício de poderes instrutórios pelo órgão judicial não constitui limitação ao direito de prova, pois as partes não têm o monopólio da iniciativa probatória. Haverá limitação injustificada ao direito, contudo, quando as partes não puderem debater o resultado da prova produzida por iniciativa oficial do juiz, ou quando não lhes for permitido apresentar provas contrárias¹²⁹.

O processo somente será efetivo se a atividade probatória contar com regras previamente estabelecidas, ou seja, se contar com um formalismo mínimo. A busca da verdade, embora finalidade da atividade probatória, não justifica o informalismo excessivo, que é a porta de entrada do arbítrio judicial. O ponto é melhor compreendido a partir da lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹³⁰:

[...] se o processo *ex hypothesis* não pode ser desordenado, nele reinando o formalismo, se a prova impõe-se realizada segundo regras previamente estabelecidas, se os fatos principais sobre os quais se exerce a cognição do juiz só podem ser considerados quando suscitados pelas partes, forçoso é reconhecer que a verdade processual nunca é absoluta, mas relativa, e sempre em certa medida formalizada. Impossível, portanto, aceitar-se nessa matéria informalidade absoluta, como se o direito à prova fosse amplo e ilimitado, de modo que se alcance certeza sobre as alegações de fato da parte, tudo em prol do mito da verdade material, travestida de principal finalidade do processo. Se fosse assim, lícito seria ao juiz julgar com base na sua ciência privada dos fatos, admissível todo tipo de prova, mesmo ilegítima, o procedimento da aquisição probatória seria determinado pelo juiz, caso por caso, e o seu resultado livremente apreciado pelo órgão judicial, sem quaisquer peias. Não se estabeleceria, ademais, nenhuma restrição à realização da prova fora do contraditório, devendo ser exaustiva a investigação instrutória, mesmo em processos relativos a direitos disponíveis, até quando não contestados os fatos.

Ao ser exercido pelas partes, o direito à prova se harmoniza com a finalidade do processo de se alcançar a justiça, especialmente em virtude dos correlatos ônus probatórios

¹²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2, p. 56. Quanto às provas ilícitas, vedadas segundo o artigo 5º, LVI, da Constituição de 1988, defendem os autores que não se trata de inadmissibilidade absoluta, existindo a possibilidade de ponderação, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

¹²⁸ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 214.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 215-216.

¹³⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 204.

que decorrem da existência desse direito. Para Michele Taruffo, a regra geral sobre o ônus da prova – colocando para a parte que alega um fato a pressão de fornecer a prova, ameaçando-a de derrota caso o fato não resulte provado – tem uma função epistemológica evidente, pois favorece a apuração da verdade e faz com que a decisão final funde-se em tal apuração¹³¹.

Não obstante, alerta-nos o mesmo autor que a vinculação entre o direito fundamental à prova e descoberta da verdade não é necessária, haja vista que as partes perseguem interesses contrapostos no processo. Disso resulta que cada parte poderá exercitar seu direito fundamental à prova na exata medida de seu interesse, fornecendo ao órgão judicial uma reconstrução incompleta dos fatos¹³². Conforme destacado no item precedente, a prova tem por objetivo orientar as escolhas cognitivas em direção da verdade, mas essa constatação não permite ignorar a manipulação na argumentação retórica existente na realidade.

Não se ignora a existência do dever das partes de colaborar com o juízo na busca da verdade, decorrente de previsões legais expressas e do próprio do dever de boa-fé processual. O novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) prevê o dever da parte de expor os fatos em juízo conforme a verdade (artigo 77, inciso I), considerando litigante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos (artigo 80, inciso II), no que mantém diretriz já existente no Código Anterior (Lei n.º 5.869/1973). Contudo, como observam Oliveira e Mitidiero, “o dever de colaborar não significa dever de rendição”, esperando-se das partes apenas um comportamento de boa-fé no plano probatório¹³³:

As partes têm o dever de expor os fatos em juízo “conforme a verdade” (art. 17, inciso I). Há dever de veracidade e há dever de completude, nele ínsito, de modo que as alegações de fato levadas a juízo não podem ser alteradas intencionalmente e não pode haver omissão de fatos relevantes da narrativa. Isso não quer dizer que a parte tenha o dever de expor todos os fatos em juízo. Quer dizer, apenas, que as alegações de fato levadas ao processo devem sê-lo de forma veraz e completa.

Logo, o exercício do direito fundamental à prova pelas partes não assegura, por si só, a reconstrução completa e verídica da situação de fato que está à base da controvérsia, devendo ser combinado com outros mecanismos.

Um dos instrumentos a serem considerados, e que está relacionado ao conteúdo do direito fundamental à prova, é a dinamização do ônus da prova, a qual tem espaço quando o magistrado verificar que, em face das peculiaridades do direito material e do caso concreto,

¹³¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 260.

¹³² *Ibidem*, p. 198-199. O autor é enfático na conclusão de que “resulta claramente confirmado que a atividade das partes não pode ser posta no âmbito da dimensão epistêmica do processo”.

¹³³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2, p. 92. A referência legislativa é ao código de 1973.

determinada prova, atribuída ao autor pelo critério geral de distribuição do ônus, seja de impossível ou difícil produção, ao mesmo tempo em que de fácil produção para o demandado, não onerado originariamente com o ônus¹³⁴. Aqui, inclusive por aplicação do princípio da razoabilidade, tem lugar a inversão ou modificação do ônus da prova, como forma de preservação da igualdade entre às partes e do direito à prova¹³⁵. Ao mesmo tempo em que a inversão equilibra a relação processual (igualdade), possibilita que as provas necessárias à demonstração – ou à aproximação – da verdade sejam produzidas, contribuindo ao máximo com o esclarecimento dos fatos controvertidos e com o alcance de uma solução justa para o litígio¹³⁶.

O novo Código de Processo Civil passa a prever, modo expreso, a possibilidade de dinamização do ônus da prova, antes decorrente apenas de construção doutrinária e jurisprudencial, com a previsão de que deve ser concedida à parte onerada a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído¹³⁷.

3. Investigação dos fatos da causa como atividade compartilhada entre as partes e o órgão judicial

O direito fundamental à prova, conquanto elemento indispensável ao direito fundamental ao processo justo, não assegura, por si só, a reconstrução completa e verídica da situação de fato que está à base da controvérsia, pois os interesses das partes são contrapostos.

Por isso, e tendo presente o modelo cooperativo de processo, a investigação dos fatos da causa deve ser partilhada entre as partes e o órgão judicial, em regime de colaboração recíproca na comunidade de trabalho que é o processo. Se o processo, instrumento do exercício da função jurisdicional do Estado, é orientado à justa solução do litígio, afigura-se lógico permitir ao juiz a formação de convencimento seguro sobre a existência ou não dos

¹³⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2, p. 89.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 88.

¹³⁶ MORAES, Denise Maria Rodriguez. A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, p. 61-81, dezembro de 2013, p. 75.

¹³⁷ Lei 13.105/2013, Art. 373: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

fatos debatidos no processo, o que se faz conferindo-lhe iniciativa probatória¹³⁸, independentemente da natureza disponível ou indisponível do direito litigioso¹³⁹.

Em obra clássica a respeito do tema, Bedaque destaca que a instrumentalidade do processo deve ser concebida em função do ordenamento jurídico substancial criado pelo Estado. Para o autor, o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, devendo o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente assim a jurisdição terá cumprido sua função social. Prossegue afirmando que, sendo a prova, na maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve este assumir postura ativa na fase investigatória sempre que necessário. Em posição consonante com a de que através da prova se busca a verdade, apesar da consciência de que tal empresa somente possa resultar no mais alto grau de probabilidade possível, pondera que “deve o juiz ir à procura da verdade; tentar descobri-la. Por isso não se pode admitir que a vontade dos litigantes seja um empecilho à atividade probatória oficial”¹⁴⁰.

É com este espírito que o novo Código de Processo Civil Brasileiro mantém a norma segundo a qual caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito (artigo 370), agora com explícita adoção do modelo cooperativo de processo civil, no qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” – artigo 6º da Lei n. 13.105/2015.

A concessão de poderes instrutórios ao juiz, ainda que de forma subsidiária à atuação das partes, demonstra o comprometimento do ordenamento jurídico com a descoberta da verdade, como bem descortinado, mais uma vez por Michele Taruffo¹⁴¹:

[...] os legisladores perceberam a necessidade de orientar a atividade do juiz em sentido marcadamente epistêmico, confiando-lhe poderes tidos como necessários para a busca da verdade. Isso não significa, todavia, que se tenha verificado uma conversão geral de todos os ordenamentos no sentido de confiar ao juiz uma função inquisitória e abusiva dos direitos e das garantias das partes. É somente o caso de frisar, na realidade, que os poderes conferidos ao juiz configuram-se como acessórios e integrativos em relação às iniciativas instrutórias das partes. Se, como ocorre frequentemente, as partes exercitam de maneira completa seu direito à prova, requerendo todas as provas disponíveis em relação aos fatos da causa, o juiz não terá qualquer oportunidade para exercitar seus poderes, restando, portanto, legitimamente inerte. Somente quando ele descobre (a partir do que é posto no

¹³⁸ MATTOS, Sérgio Luís Wetzell de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 2.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 20.

¹⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 13-16.

¹⁴¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 203.

processo, não através de sua “ciência privada”) que existe uma prova relevante não requerida pelas partes, poderá (e provavelmente *deverá*) determinar de ofício a produção daquela prova, ou compelir as partes a requerê-la.

Apesar da evidente relevância epistêmica da atribuição de uma postura ativa do juiz, costumam ser elencados alguns óbices a essa atuação. Os principais argumentos são de que a iniciativa probatória do juiz violaria o princípio dispositivo, comprometeria sua imparcialidade e a isonomia entre as partes, além de desrespeitar as regras de atribuição do ônus da prova. Nenhum desses argumentos se sustenta, conforme se passa a expor.

3.1 Iniciativa probatória do juiz e princípio dispositivo

Não se confunde a proposta da demanda e delimitação dos seus contornos com a investigação dos fatos da causa. A fixação do objeto da demanda é infensa à atuação do órgão judicial, sob pena de comprometimento da sua imparcialidade e da liberdade dos cidadãos¹⁴².

Uma vez instaurado o processo, todavia, o seu modo, ritmo e impulso escapam à disponibilidade das partes¹⁴³, independentemente da natureza da relação jurídica controvertida¹⁴⁴. Não mais prevalece a concepção que sujeita à exclusiva vontade dessas o andamento e desenvolvimento processuais, incluída a instrução probatória¹⁴⁵. Essa orientação é típica de um momento histórico que não concebia o caráter público do processo civil, visto apenas como coisa das partes. Traz o equívoco de não distinguir a fixação do objeto da demanda e a investigação dos fatos da causa, confusão entre os planos do direito material e processual bem apanhada, mais uma vez, na lição de Alvaro de Oliveira:

Em realidade, a confusão embaraçaria a necessária distinção entre os planos do direito material e do processual. No primeiro, a faculdade de iniciar a demanda e fixar o seu conteúdo é deixada ao exclusivo alvedrio dos sujeitos de direito, qualquer que seja a natureza da pretensão material. Ao órgão judicial não se outorga poder para fazer cessar a demanda ou modificar o pedido ou a causa de pedir, porquanto tal atividade comprometeria irremediavelmente a imparcialidade própria de seu ofício. No segundo, vinculado de modo inextricável ao próprio exercício da função jurisdicional, o interesse público exige prolatada a decisão apenas quando formada a

¹⁴² A inércia do órgão judicial na formulação do pedido e na indicação da causa de pedir, costuma ser justificada apenas na necessidade de imparcialidade do juiz. Outro relevante fundamento, contudo, está na própria liberdade do indivíduo, “cuja iniciativa no agir perante a administração judicial impõe-se totalmente independente do poder estatal: o cidadão livre deve ficar plenamente desimpedido para alçar voo mais conveniente na defesa de seus direitos.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197.)

¹⁴³ *Ibidem*, p. 207.

¹⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 128.

¹⁴⁵ OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 184.

convicção do juiz, assentada esta o mais possível na verdade dos fatos, porque em exercício de tarefa própria de seu ofício [...]

Portanto, ao órgão judicial, dentro dos limites dos fatos alegados pelas partes, são atribuídos poderes de investigação probatória, propiciando-lhe a convicção necessária para decidir a causa com a maior proximidade possível da verdade.

3.2 *Iniciativa probatória do juiz e imparcialidade*

A iniciativa probatória do órgão judicial não compromete sua imparcialidade, pois não pode prever qual será seu resultado e qual das partes será beneficiada com sua iniciativa. Além disso, os deveres de contraditório e motivação permitem o controle de eventuais desvios de conduta do juiz¹⁴⁶.

Antônio do Passo Cabral¹⁴⁷ chama a atenção para a diferença dos conceitos de imparcialidade e impartialidade: aquela transita na esfera psíquica do ser humano que personifica o Estado, estando intimamente ligada à isenção de ânimo para julgamento, o afastamento do sujeito em relação aos interesses materiais em disputa; esta é um estatuto aferível objetivamente, condição do próprio Estado-Juiz (e não do sujeito que o personifica), significante da figura de um *tertium* ao qual é atribuída a função de solucionar o litígio. Para o autor, falar em juiz passivo no Processo Civil com vistas à preservação de sua imparcialidade “é fruto do vício de confundir imparcialidade (a questão funcional) e a imparcialidade (questão do subjetivismo)”. Ao final, conclui que nada impede que o juiz pratique atos de iniciativa probatória – função que lhe cabe pela publicização do Processo Civil e a busca da verdade real – e mantenha, mesmo assim, sua imparcialidade para um julgamento isento.

Indo além, Michele Taruffo aponta que a imparcialidade é ela própria uma condição necessária, não obstante insuficiente, da verdade. Para o autor, “o juiz é verdadeiramente imparcial quando busca de modo objetivo a verdade dos fatos, fazendo dela o verdadeiro e exclusivo fundamento racional da decisão”. O juiz imparcial, portanto, não deve se limitar a ocupar uma posição de terceiro e de equidistância em relação às partes, e tampouco de

¹⁴⁶ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 29.

¹⁴⁷ CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e Impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 149, p. 339-364, julho de 2007.

indiferença em relação ao objeto da controvérsia: ele deve também orientar o próprio comportamento com o fim da apuração da verdade dos fatos com base nas provas¹⁴⁸.

3.3 *Iniciativa probatória do juiz e ônus da prova*

O artigo 333 do Código de Processo Civil consagra a regra geral e lógica¹⁴⁹ de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito que afirma, enquanto o réu deve provar a existência daqueles que impedem sua constituição, determinam sua modificação ou sua extinção. Por se tratar de um ônus em sentido próprio, sua inobservância dará lugar ao julgamento desfavorável à parte que, tendo a possibilidade de evitar as consequências negativas da prova faltante nos autos, permanecer inerte¹⁵⁰.

A distribuição do ônus da prova, como ensinam Alvaro de Oliveira e Mitidiero¹⁵¹, obedece a dois objetivos distintos na organização do processo: (i) informar as partes a respeito dos riscos que correm à vista da não elucidação de determinada alegação de fato no processo; (ii) fornecer ao juiz um critério legal para decidir a causa na ausência de certeza a respeito das alegações de fato. A primeira função corresponde à compreensão do ônus da prova como regra de instrução (aspecto subjetivo do ônus da prova); a segunda, como regra de julgamento (aspecto objetivo do ônus da prova).

Trata-se de aspectos complementares do mesmo fenômeno. Enquanto regra de instrução, a distribuição do ônus da prova orienta o procedimento probatório e auxilia o magistrado no processo de formação do convencimento. Enquanto regra de julgamento, tem caráter subsidiário, isto é, somente deve ser invocada caso o conjunto probatório – formado a partir da iniciativa das partes e do próprio magistrado, na comunidade de trabalho própria da noção de processo cooperativo¹⁵² – não permita a formação da convicção.

¹⁴⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 144. Ressalta o autor que “como parece evidente, não se vê razão para que um juiz que determine a exibição de um documento, ou o exame de uma testemunha, por essa razão não tenha mais condições de interpretar corretamente o conteúdo daquele documento ou de valorar racionalmente a credibilidade daquela testemunha” (p. 205).

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 862, p. 11-21, agosto de 2007, p. 12. Observa o autor que, na Alemanha, onde não há norma similar, a distribuição do ônus da prova segue a mesma lógica (Normentheorie). No novo CPC, Lei 13.105/2013, a regra está no art. 373, incisos I e II (v. nota 137).

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2., p. 84.

¹⁵¹ *Loc. cit.*

¹⁵² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 72.

A decisão fundada em regra de distribuição do ônus da prova se justifica como instrumento subsidiário necessário para eliminar o conflito diante da ausência de convicção oriunda dos elementos probatórios produzidos. A vedação do *non liquet* presta homenagem ao valor da pacificação social como fim do processo, o qual muitas vezes conflita com a plena realização do valor justiça. Como a escolha entre dois valores em conflito deve ser feita de modo a proteger um com a menor restrição possível do outro¹⁵³, a prevalência da paz social sobre a justiça somente se justifica se a atribuição desse ônus estiver bem dimensionada e se houve a efetiva busca pela elucidação dos fatos da causa.

Logo se percebe que a iniciativa probatória do magistrado não viola as regras de distribuição dos ônus da prova, concebidas, fundamentalmente, como normas de julgamento, ante a vedação do *non liquet*, sempre com caráter subsidiário à ausência de prova dos fatos alegados. Tais regras sobre distribuição do ônus probatório apenas indiretamente representam normas de conduta dos litigantes, no sentido de orientar a atuação probatória destes. O fundamental está em buscar a justa solução do litígio, sendo que a prova não aumenta ou diminui de valor conforme tenha sido carreada aos autos pela parte onerada ou pelo juiz¹⁵⁴.

3.4 Iniciativa probatória do juiz e igualdade entre os litigantes

Ainda, não há na iniciativa probatória do órgão judicial afronta à igualdade entre os litigantes, pois “quando o juiz toma a iniciativa de investigar os fatos da causa, não se substitui aos litigantes, mas cumpre a sua parte em uma tarefa comum”¹⁵⁵. Pelo contrário, a iniciativa do juiz na produção da prova permite evitar que eventuais desigualdades econômicas repercutam no resultado do processo, atuando como elemento de igualdade material ao propiciar a paridade de armas entre os contendores¹⁵⁶.

Mesmo se ultrapassado o momento processual de que as partes dispõe para produzir a prova, as regras de preclusão, destinadas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual (elemento de segurança jurídica), não podem prevalecer sobre o poder-dever do

¹⁵³ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 163, p. 50-59, setembro de 2008, p. 52.

¹⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 114-124.

¹⁵⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 81.

¹⁵⁶ BEDAQUE. *Op. cit.*, p. 98.

juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça¹⁵⁷.

Na visão cooperativa do processo, a atividade probatória do juiz não atua no interesse das partes, mas por meio do interesse de ambas. Com precisão, anota Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que “o interesse das partes não constitui senão um meio, um estímulo, para que o Estado, representado pelo juiz, intervenha e conceda razão a quem efetivamente a tem”¹⁵⁸.

3.5 Limites do poder instrutório do juiz

Por certo, o formalismo processual impõe limites aos poderes instrutórios do juiz.

Assim como a decisão final, a busca de provas também está logicamente adstrita aos pedidos e à causa de pedir. Outrossim, a necessidade de produção da prova deve levar em conta exclusivamente dados obtidos no processo. Também podem ser mencionados como limites a esse poder a necessidade de submissão da providência ao contraditório e a fundamentação do ato judicial que determina a prova¹⁵⁹.

Por fim, a ausência de controvérsia a respeito de fatos verossímeis, mesmo que decorrente da revelia, limita o poder instrutório do juiz. Tem-se, aqui, clara opção legislativa pelo valor efetividade, preferindo tutela rápida, concedida mediante cognição sumária. Convém esclarecer, com Bedaque, que a incontrovérsia não se confunde com a perda da faculdade de produzir determinada prova pela parte, não representando a preclusão óbice à iniciativa probatória oficial¹⁶⁰.

4. A construção da decisão orientada pelo ideal da verdade

4.1 A valorização do material fático e jurídico pelo juiz. Relevância do debate.

A instrução probatória é tarefa empreendida tanto pelas partes como pelo órgão judicial, na comunidade de trabalho que é o processo, tendo por finalidade possibilitar a decisão judicial baseada o mais próximo possível da verdade. A decisão, nesse contexto,

¹⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 17.

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 209.

¹⁵⁹ BEDAQUE. *Op. cit.*, p. 154.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 155-157. O autor destaca que a doutrina e a jurisprudência tem entendido que nada obsta a produção de provas pelo juiz se, apesar da revelia, os fatos narrados pelo autor forem inverossímeis.

“deve constituir o resultado de um procedimento racional, que se desenvolva segundo regras e princípios, ou seja, segundo um método que permita seu controle e determine sua validade”¹⁶¹.

Esse procedimento racional corresponde à cognição, definida por Kazuo Watanabe como 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 de direito que são deduzidas no processo, e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do julgamento do objeto litigioso do processo¹⁶².

Ocupamo-nos aqui da chamada cognição plena, apta a abarcar a totalidade do conflito de interesses no plano horizontal, e exauriente (completa) no plano vertical¹⁶³. As técnicas de limitação da cognição no plano horizontal (cognição parcial, que restringe a possibilidade da discussão de certas questões no processo) e vertical (cognição sumária, menos intensa na profundidade de investigação dos fatos), conquanto de reconhecida importância para a construção de procedimentos adequados aos casos concretos, ensejam restrições que não podem obstaculizar o acesso à justiça. Como bem observado por Marinoni e Arenhardt, embora verdadeiro que um procedimento possa restringir o direito de alegação e prova para dar maior efetividade a uma situação de direito substancial, o princípio da inafastabilidade da jurisdição assegura que todas as questões possam ser invocadas e objeto de prova em ação inversa posterior¹⁶⁴.

A tarefa do juiz nos procedimentos de cognição plena e exauriente é produzir certeza, o que faz pela reconstrução dos fatos obtida dos dados cognoscitivos que emergem das provas, mas também pela recondução destes fatos a regras ou princípios do ordenamento jurídico. Não se trata, por óbvio, de uma simples esquema silogístico, como didaticamente se costuma reduzir a atividade do juiz¹⁶⁵. A realidade é mais complexa, em virtude da “necessidade do fato na construção do direito e da correlativa indispensabilidade da regra jurídica para determinar a relevância do fato”¹⁶⁶. A cognição, na realidade, atua como um

¹⁶¹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 224.

¹⁶² WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 67.

¹⁶³ A classificação é proposta por WATANABE (*Op. cit.*, p. 127 e seguintes).

¹⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 66-67.

¹⁶⁵ WATANABE. *Op. cit.*, p. 68-69.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

círculo ou espiral hermenêutica no qual se instaura uma conexão dinâmica entre fato e norma, conforme ensina Taruffo¹⁶⁷:

Visto que [...] podem existir inúmeras narrativas verdadeiras sobre o mesmo fato e que nem todas podem ser levadas em consideração no mesmo momento, é necessário que se determine a narrativa mais adequada para a decisão que deve resolver a controvérsia. A esse respeito, a referência à norma adotada como critério jurídico de decisão é óbvia, mas está longe de fornecer uma solução simples e satisfatória.[...] Como se sabe, toda e qualquer disposição normativa – mesmo as aparentemente menos “vagas” e as que não contêm cláusulas gerais ou conceitos indeterminados – é necessariamente objeto de interpretação, de modo que o suporte fático legal é identificado e determinado através da atividade interpretativa. Por outro lado, quando uma norma é interpretada para ser aplicada a um caso concreto, como ocorre no processo, são os fatos daquele suporte fático que guiarão a escolha da norma e de sua interpretação, dado que àqueles fatos é que se deve aplicar a norma [...].

Após orientar a atividade probatória no sentido da apuração da verdade, cabe ao juiz reconstruir os fatos com base nos elementos de que dispõe, isto é, as provas e os indícios, mas também os juízos de valor sobre elas emitidos pelas partes no exercício do contraditório. Mesmo as provas determinadas de ofício devem contar com a participação das partes na sua produção e interpretação (consideração dos seus resultados), sendo essa oportunidade de participação fonte de legitimação do processo¹⁶⁸. Aos enunciados relativos aos fatos da causa deverão ser atribuídos graus de confirmação, os quais derivam “de inferências lógicas que levam em conta a quantidade e a qualidade das provas disponíveis que se referem àquele enunciado, seu grau de confiabilidade e sua coerência”¹⁶⁹.

A cognição sobre a matéria de direito, por sua vez, abrange a regra jurídica em sua abstração e a valoração jurídica dos fatos, com o estabelecimento das consequências jurídicas aplicáveis ao caso concreto¹⁷⁰. Na valorização do material jurídico, impõe-se ressaltar a relevância do princípio da segurança jurídica¹⁷¹, a impor o respeito aos precedentes judiciais, bem como da visão cooperativista do processo, pela qual as partes são chamadas a contribuir¹⁷², tornando inadmissível, por exemplo, “sejam os litigantes surpreendidos por

¹⁶⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 229.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 87.

¹⁶⁹ TARUFFO. *Op. cit.*, p. 252.

¹⁷⁰ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 84.

¹⁷¹ Vide Capítulo I, item 2.3.

¹⁷² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 224.

decisão que se apoie, em ponto fundamental, numa visão jurídica que não se tenha apercebido”¹⁷³, em homenagem, mais uma vez, ao princípio do contraditório.

A cognição desenvolvida de modo racional e cooperativo é a que melhor atende ao modelo do formalismo-valorativo. A racionalidade sempre é enriquecida pelo debate judicial (contraditório efetivo), pois este “amplia necessariamente o quadro de análise, constrange ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada”¹⁷⁴.

4.2 Componentes de caráter não intelectual da cognição (máximas da experiência)

Anota Kazuo Watanabe¹⁷⁵, acompanhando lição de Liebman, que a atividade preparatória para a tomada da decisão final é muito mais complexa do que se pode supor, compreendendo momentos de decisiva importância que não são de simples dedução lógica e sim de intuição e de concreta apreciação do caso, nos quais influem de maneira mais ou menos consciente, critérios de experiência, de oportunidade e de justiça, inspirados nas condições históricas, econômicas e políticas da sociedade.

Não há dúvida de que “o processo não se encontra *in res natura*, é produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura”¹⁷⁶. Na tarefa de reconstrução dos fatos, de acordo com Taruffo¹⁷⁷, o juiz se vale dos elementos que dispõe: (i) as alegações dos fatos principais e secundários feitos pelas partes; (ii) as informações resultantes dos autos do processo, e em particular das provas; (iii) e das noções fornecidas pela experiência e pelo senso comum, as quais fornecem os critérios com base nas quais o juiz faz inferências de caráter presuntivo.

A probabilidade de uma hipótese aumenta com a quantidade e variedade de provas que a confirmam¹⁷⁸. Muitas vezes, porém, não há prova direta dos fatos principais, mas apenas de fatos secundários (provas indiciárias), que podem servir para demonstrar de forma indireta a afirmação do fato principal mediante raciocínio dedutivo. A presunção, por sua vez, constitui a conclusão do raciocínio judicial (dito presuntivo) que parte do fato indiciário e da sua prova.

¹⁷³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225.

¹⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137.

¹⁷⁵ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 68.

¹⁷⁶ OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 92.

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 234.

¹⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 106.

Para formar a presunção, deduzindo o fato principal a partir do fato indiciário, o juiz raciocina com base na máximas ou regras de experiência¹⁷⁹. O grau de probabilidade decorrente desse raciocínio, por sua vez, será diretamente proporcional ao fundamento e ao grau de probabilidade incrustrado na máxima de experiência utilizada para confirmação¹⁸⁰.

Desse modo, na análise da estrutura argumentativa que se desenvolve em sede de prova indireta, destaca-se o papel desenvolvido pelos padrões de normalidade veiculados em regras de experiência. Tais regras “expressam o contexto no qual se faz possível a inferência no sentido de que a prova da veracidade de um fato secundário permite ao julgador afirmar a veracidade da alegação sobre o fato principal”¹⁸¹.

As regras de experiência podem se pautar no senso comum ou em conhecimentos científicos. As primeiras correspondem a generalizações nascidas no seio do senso comum da sociedade, enquanto as segundas se ocupam de critérios racionais de investigação aceitos pela comunidade científica¹⁸². Atento ao risco do uso indiscriminado da primeira espécie de generalização, Michele Taruffo faz as seguintes distinções¹⁸³:

- a) Noções que correspondem a leis científicas de caráter universal, das quais são a vulgarização (por exemplo, o fato que também resulta da experiência de que os corpos pesados caem de cima para baixo, ainda que a lei de Newton seja mais precisa e formulada em termos universais): essa inferência tem condições de atribuir a sua conclusão um caráter de certeza dedutiva;
- b) Noções que se caracterizam por um alto nível de probabilidade, confirmado por um alto grau de frequência estatística: a conclusão que resulta dessa inferência é altamente confiável, podendo ter um caráter de certeza prática (mesmo se não verdadeira e propriamente de certeza dedutiva);
- c) Noções fundadas em meras generalizações que exprimem o *id quod plerumque accidit*, ou seja, o que parece ser a “normalidade” de determinados acontecimentos ou comportamentos: por sua larga margem de

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 109-113.

¹⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 116.

¹⁸¹ REICHELDT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 166-167.

¹⁸² *Ibidem*, 168-177.

¹⁸³ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 241-243.

incerteza, não fundam inferências confiáveis, conferindo na melhor das hipóteses um modesto grau de confirmação às conclusões que dessas derivam;

- d) Noções que correspondem a generalizações espúrias, sem qualquer fundamento na realidade empírica (preconceitos em geral): não possuem qualquer caráter cognitivo, não podendo fundar qualquer inferência que tenha a pretensão de chegar a conclusões confiáveis.

As presunções judiciais, por permitirem a demonstração de fatos principais a partir da prova de outros, ditos indiretos ou secundários, atuam na facilitação da prova, tendo grau de credibilidade proporcional ao valor da regra de experiência em que o raciocínio se pautou. Não têm espaço, contudo, quando inexistente regra de experiência (de senso comum ou científico) capaz de lhe conferir credibilidade¹⁸⁴.

O valor cognoscitivo atribuído às conclusões derivadas de inferências probatórias depende diretamente do valor cognoscitivo das noções (regras de experiência) adotadas como critérios para sua formulação¹⁸⁵, mas também das particularidades do direito material. A tutela jurídica, que tem na prova relevante elemento, não deve ser pensada somente em termos processuais, como se o direito material pouco ou nada importasse para o processo civil¹⁸⁶.

É nesse contexto que Luiz Guilherme Marinoni alude à existência de situações excepcionais que justificariam a “redução das exigências de prova”. Para o ilustre processualista, não sendo plena a possibilidade de esclarecimento da causalidade, não seria exigível uma convicção de certeza, bastando então a verossimilhança, sob pena de não haver como dar tutela jurisdicional ao direito material. Refere que o convencimento varia conforme a situação de direito material, não se podendo exigir um convencimento judicial unitário para todas as situações concretas. Esclarece que não se trata de decidir em dúvida (hipótese em que deverá haver o recurso às regras de distribuição do ônus da prova), mas de se convencer de que a verossimilhança basta diante das circunstâncias do caso concreto¹⁸⁷.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 222.

¹⁸⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 243.

¹⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 109.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 862, p. 11-21, agosto de 2007, p. 13.

Consideradas as distinções conceituais realizadas no início deste capítulo¹⁸⁸, é possível ponderar que o autor faz referência a uma convicção por probabilidade mínima, resultante da redução das exigências de valor cognoscitivo das provas, justificada pela dificuldade de elucidação do nexo de causalidade em determinadas situações de direito material. Michele Taruffo, aludindo aos graus de confirmação dos fatos obtidos pelas provas, deixa claro que este não pode ser quantificado em termos probabilísticos, sendo ilusórias e falaciosas as tentativas de se atribuir valores determinados a provas¹⁸⁹. O grau de confirmação considera a quantidade e (especialmente) a qualidade das provas e indícios disponíveis, sendo certo que, se a situação de direito material não permitir essa disponibilidade, poderá o juiz, a partir de uma análise racional e expondo os motivos da sua decisão, atribuir grau de confirmação suficiente a partir do reduzido número de elementos existentes.

Não é de se descartar, ainda assim, a excepcionalidade de uma decisão judicial fundada exclusivamente em juízo de verossimilhança, quando a situação de direito material justificar tal inferência. Não se trata, por óbvio, de substituir a exigência de provas pela possibilidade de fundamentar decisões em generalizações ou preconceitos. Esse raciocínio, na realidade, se justifica apenas nas situações em que a impossibilidade ou dificuldade na elucidação dos fatos da causa resulte de um risco assumido por aquele a quem a ausência de prova beneficia. Para Luiz Guilherme Marinoni, essas situações dispensariam até mesmo a verossimilhança, resultando na inversão do ônus probatório na sentença¹⁹⁰:

Partindo-se do pressuposto de que aquele que viola uma norma de prevenção ou de proteção aceita o risco de produzir dano, a aceitação desse risco implica, por consequência lógica, em assumir o risco relativo à dificuldade na elucidação da causalidade entre a violação e o dano, ou melhor, em assumir o ônus da prova capaz de esclarecê-la. Vale dizer que, quando há uma situação de inesclarecibilidade que pode ser imputada ao réu, a sentença deve inverter o ônus da prova. Nessa hipótese, como não há convicção de verossimilhança, a dúvida tem que ser paga por uma das partes. Mas não há racionalidade em imputá-la ao autor quando o risco da inesclarecibilidade do fato constitutivo é assumido pelo réu.

Este exemplo demonstra a complexidade da atividade decisória comprometida com a justiça: embora correto que a decisão justa deva buscar o ideal de verdade a partir das provas

¹⁸⁸ Conceitos que não são adotados pelo autor, para quem “não há razão ou viabilidade lógica na distinção entre verossimilhança, probabilidade ou qualquer outro termo que queira indicar os seus conteúdos” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88).

¹⁸⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 251.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 862, p. 11-21, agosto de 2007, p. 16.

disponíveis, há situações em que a justiça somente se alcança dando-se razão àquele que nenhuma prova pode produzir por ato imputável a outra parte.

4.3 Livre apreciação das provas e motivação

No curso da história, a valorização do material fático recolhido para prova tem sido objeto de regulação, ora mais, ora menos rigorosa, de forma a restringir ou facilitar a liberdade do órgão judicial no desempenho de tal tarefa, em consonância quase sempre com a confiança nele depositada e os valores imperantes na época¹⁹¹. No formalismo-valorativo, comprometido com a busca da verdade, não há espaço para tarifar a apreciação dos fatos pelo juiz, tampouco pode ser aceito informalismo absoluto nessa matéria.

Conforme anotado por Michele Taruffo:¹⁹²

[...] o juiz é, sim, dotado de poder discricionário na valoração das provas, mas não está realmente desvinculado das regras da racionalidade. Consequentemente, não há qualquer antítese entre liberdade de convencimento e emprego de critérios racionais de valoração. Aliás: a discricionariedade da valoração que o juiz deve formular lhe impõe a aplicação de regras da razão para chegar a uma decisão intersubjetivamente válida e justificável.

[...]

É [...] epistemicamente válida a concepção racional do livre convencimento do juiz, já que admite – e, aliás, requer – que a valoração das provas seja orientada no sentido da apuração da verdade dos fatos. Assim entendido, de fato, o princípio do livre convencimento implica a eliminação de normas que, predeterminando a eficácia legal das provas, significam obstáculo a tal apuração.

Nesse passo, a principal garantia contra o arbítrio judicial está na motivação das decisões judiciais, pois esta baliza o poder do órgão judicial, “bem capaz de se tornar exacerbado, principalmente em termos de apreciação dos fatos da causa, em vista do princípio do livre convencimento, largamente adotado nos sistemas processuais do século XX”¹⁹³. O uso de raciocínios presuntivos a partir de provas indiciárias, amalgamados por regras de experiência, bem como a redução das exigências de prova motivadas pela situação de direito material, do mesmo modo apenas se legitimam quando devidamente motivados.

A exigência de motivação opera efeitos na cognição, tornando-a racional, pois “o juiz que sabe ter que motivar sua decisão sobre os fatos, justificando-a racionalmente, será

¹⁹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 212-213. Dada a impossibilidade de explorar a evolução histórica nos estreitos limites deste trabalho, a ideal compreensão do tema é atingida com a consulta da obra citada.

¹⁹² TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 189.

¹⁹³ OLIVEIRA. *Op. cit.*, p. 126.

evidentemente induzido – se não por outro motivo, para não desperdiçar energias – a aplicar critérios racionais já no curso dessa fase”¹⁹⁴.

Ao juiz cabe construir uma narrativa verídica, o que se admite como realizado quando seus enunciados encontram nas provas grau adequado de confirmação. Essa construção é materializada num texto que deverá compor a motivação da sentença no que diz respeito aos fatos, nos quais deverão ser indicadas as inferências probatórias que atribuem graus adequados de confirmação aos enunciados¹⁹⁵.

Bem observa Michele Taruffo que “o dever de motivar requer que a justificativa da decisão sobre os fatos exista, seja completa e, ainda, coerente”¹⁹⁶. A existência, segundo o autor, não é somente formal, mas sobretudo material, determinada pela presença de um real raciocínio justificativo idôneo a mostrar que os enunciados podem ser considerados verdadeiros com base nas provas que os confirmam. A completude impõe a necessidade de que haja uma justificativa adequada para cada enunciado relativo às circunstâncias que apontam os fatos principais, não bastando ao juiz aludir apenas às provas que confirmam a hipótese por ele abraçada, devendo também demonstrar por que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram¹⁹⁷. A coerência, por fim, diz respeito ao não emprego de argumentos desconexos e contraditórios (falácias argumentativas), devendo a decisão ser demonstrada através de argumentos lógicos e racionais, embora não se espere uma demonstração matemática na explicação do raciocínio probatório¹⁹⁸.

A verdade é o elemento orientador de escolhas cognitivas. Estas, limitadas pelos meios de conhecimento disponíveis, produzem a certeza que se expressa na decisão judicial. Sem a justificativa, os destinatários da decisão não poderiam avaliar se as escolhas cognitivas do magistrado se pautaram em direção ao ideal da verdade, tampouco se as alegações produzidas pelas partes no curso do processo foram consideradas¹⁹⁹. A motivação é, assim, elemento central do formalismo-valorativo, sem a qual reinaria o arbítrio.

¹⁹⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 272.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 270 e 273.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 274.

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 288.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 291.

¹⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 139. Com razão defende o autor que “fere a natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, pois, a decisão judicial que não patrocine um efetivo diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais”.

CONCLUSÃO

O processo civil é produto da cultura, de modo que sua organização, delimitação dos poderes, deveres e faculdades dos sujeitos processuais, estão relacionados com os valores dominantes na sociedade. Enquanto manifestação de poder no Estado Democrático de Direito, os fins ou valores do processo são fundamentalmente a justiça, a paz social, a segurança jurídica e a efetividade. Tais fins estão entre si conectados, de modo que o objetivo ideal do processo civil é pacificar, dar segurança jurídica e efetividade aos direitos com justiça. Mas esses valores também podem estar em conflito, quando será necessário extrair o máximo de efetividade de cada qual.

Na investigação dos fatos da causa e na formulação da decisão final, enfatiza-se a necessidade de realização do valor justiça, compreendido aqui como a atuação concreta do direito material. Como é elementar, a realização prática de um direito depende da correta apuração dos eventos que compõe o suporte fático da norma, sendo esta a razão pela qual se costuma referir que a justiça está intimamente conectada com a verdade. A justiça é atingida no processo quando o ideal de efetividade do direito é perseguido durante todo o procedimento, tanto na fase da instrução probatória, com a observância das garantias fundamentais das partes, como no momento da decisão final, que deve se fundar numa apuração verdadeira dos fatos da causa.

O direito fundamental à prova, ao lado do direito do contraditório, viabiliza a participação das partes na formação do convencimento do juiz. Mais do que elemento retórico de convencimento, a prova tem por objetivo o alcance da verdade possível do processo.

Não se ignora que o conhecimento humano, por sua falibilidade e incompletude, é incapaz de descortinar todos os fatos exatamente da forma como ocorreram, mas apenas de descobrir a forma como *provavelmente* ocorreram. Estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade, pois não se exclui a possibilidade de se convencer de uma assertiva falsa. A verdade processual, portanto, é sempre relativa, mas não no sentido subjetivo de que cada um tem sua própria verdade, e sim no sentido objetivo de que é apurada em atenção à quantidade e qualidade das informações disponíveis.

Essas limitações de conhecimento não retiram a importância da verdade – isto é, correspondência dos enunciados com a realidade – como *ideal* a ser perseguido na instrução probatória, pois a consciência da limitação do conhecimento não retira a importância do objeto cognoscível. Negar importância à verdade como finalidade ideal do procedimento probatório, a despeito das dificuldades relacionadas ao seu conhecimento absoluto, desmerece à

estruturação de um processo justo, fomentando, em vez disso, uma concepção adversarial (competitiva, não cooperativa) do processo. Verdade e justiça podem ser inatingíveis na prática, mas são relevantes como norte das escolhas cognitivas.

A cognição do processo deve ser desenvolvida num ambiente cooperativo e de diálogo entre as partes e o juiz, este também submetido ao princípio do contraditório e comprometido com a busca do ideal da verdade. A feição argumentativa e cooperativa do processo repercute na racionalidade que preside a decisão, sempre enriquecida pelo debate judicial, o qual amplia o quadro de análise, constrange a comparação de argumentos, desfaz opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada. A iniciativa probatória do magistrado, por outro lado, apresenta-se como prerrogativa lógica, por permitir a formação de convencimento seguro sobre a existência ou não dos fatos debatidos no processo. O juiz ativo na investigação dos fatos não tem comprometida sua imparcialidade. Pelo contrário, o juiz verdadeiramente imparcial é aquele que busca de modo objetivo a verdade dos fatos, fazendo dela o verdadeiro e exclusivo fundamento racional da decisão.

Acerca da decisão, enquanto procedimento racional do órgão jurisdicional, que analisa e valora as provas e as alegações das partes a respeito dos fatos e do direito, deverá estar alicerçada numa narrativa verídica, o que se admite como realizado quando seus enunciados encontram nas provas grau de confirmação. Esse grau de confirmação não é aferido em termos matemáticos, sendo antiepistêmica qualquer tentativa de atribuir valores predeterminados às provas. O grau de confirmação considera a quantidade e especialmente a qualidade das provas disponíveis, bem como a natureza do direito material e a possibilidade da confirmação dos fatos por provas, admitindo-se, em situações justificadas pela particular situação de direito material, a convicção por probabilidade mínima e por verossimilhança.

O processo cognitivo e decisório é complexo e não tem fórmulas preestabelecidas, razão pela qual avultam em relevância o respeito ao contraditório, especialmente na sua feição de direito de influência, assim como a ampla, completa e coerente motivação da decisão, a fim de permitir seu controle.

No formalismo valorativo, o processo não é palco de competição, no qual o vencedor deverá ser necessariamente aquele que trazer os argumentos mais persuasivos. A justiça não se contenta com a regularidade do procedimento e respeito às garantias processuais fundamentais, mas também e especialmente com a prolação de decisões comprometidas com a verdade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 163, p. 50-59, setembro de 2008.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 126, p. 59-81, agosto de 2005.

CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e Impartialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 149, p. 339-364, julho de 2007.

CALAMANDREI, Pietro. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 107, p. 86-96, julho de 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. **Revista da Ajuris**, v. 83, tomo I, p. 166-178, setembro de 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, 8ª ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 198, p. 213-225, agosto de 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HAACK, Susan. Of Truth, in Science and in Law. **Brooklin Law Review**, New York, v. 73:3, 2007-2008.

KAHNEMANN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 862, p. 11-21, agosto de 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e Estabilização da Antecipação da Tutela no Novo Código de Processo Civil. **Revista Magister de Direito Processual Civil**, Porto Alegre, v. 63, p. 24-29, nov-dez 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Denise Maria Rodriguez. A dinamização da regra de distribuição do ônus da prova como instrumento de busca da verdade e de efetivação da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, p. 61-81, dezembro de 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: processo de conhecimento.** São Paulo: Atlas, 2012, v. 2.

REICHELDT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos.** Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 229, p. 75-87, março de 2014.

TARUFFO, Michele. La verità nel processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 235, p. 51-67, setembro de 2014.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3^a ed. São Paulo: Perfil, 2005.