

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A PROVA E A VERDADE NO PROCESSO CIVIL**

**ANDRÉ LUIZ GAZZANEO RODRIGUES CÔRTEZ**

**Rio de Janeiro  
2020 / SEGUNDO SEMESTRE**

**ANDRÉ LUIZ GAZZANELO RODRIGUES CÔRTEZ**

**A PROVA E A VERDADE NO PROCESSO CIVIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor **Arnaldo Goldemberg**.

**Rio de Janeiro**

**2020 / SEGUNDO SEMESTRE**

## CIP - Catalogação na Publicação

GC828p      Gazzaneo Rodrigues Côrtes, André Luiz  
A prova e a verdade no processo civil / André  
Luiz Gazzaneo Rodrigues Côrtes. -- Rio de Janeiro,  
2020.  
79 f.

Orientador: Arnaldo Goldemberg.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Prova. 2. Verdade. 3. Convencimento judicial.  
4. Decisão judicial. 5. Verossimilhança. I.  
Goldemberg, Arnaldo, orient. II. Título.

**ANDRÉ LUIZ GAZZANELO RODRIGUES CÔRTEZ**

**A PROVA E A VERDADE NO PROCESSO CIVIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor **Arnaldo Goldemberg**.

Data da Aprovação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Arnaldo Goldemberg – Orientador  
Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

---

Prof. Dra. Márcia Cristina Xavier de Souza  
Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

---

Prof. Dr. Bruno Garcia Redondo  
Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

**Rio de Janeiro**  
**2020 / SEGUNDO SEMESTRE**

Em um dos momentos mais graves da história do nosso país, dedico este trabalho às quase 470 mil vítimas fatais da covid-19 e às suas respectivas famílias (número aproximado em 03 de junho de 2021).

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Rosangela, a quem devo tudo e com quem sempre pude e poderei contar em todos os momentos. Obrigado por me dar o maior presente - minha vida - e por fazer parte dela de maneira tão especial. Obrigado pelo seu amor e por tudo que sempre me ensinou.

Ao meu pai Celso, a quem também devo minha vida e as inúmeras e agradáveis lembranças de infância. Obrigado pelo carinho e pela preocupação de sempre. Estaremos sempre juntos nos apoiando.

À Mariana, minha noiva, esposa, namorada, amiga, companheira, confidente e dona do meu coração. Obrigado por me dar tanto orgulho e alegria, por me ensinar tanto e por estar sempre comigo.

Às minhas irmãs, Daniela e Priscila, e aos meus sobrinhos, André Miguel e Giovanna, por todo o apoio e por fazerem parte do grupo de pessoas mais especial pra mim, responsável por tudo que eu fui e sou: minha família.

Ao meu sogro, Luiz Fernando, pelo carinho, pela preocupação e pelo acolhimento. E pelos seus valiosos conselhos em momentos difíceis e importantes.

Ao meu ex-supervisor de estágio, João Saia, o maior dos professores que tive, não só no direito, como na vida, com quem eu tive o privilégio de trabalhar e aprender, e por quem nutro a mais sincera amizade e admiração.

Aos meus amigos e companheiros de caminhada acadêmica – André Arbex, Andrey Garcia, Allan Goldemberg e Vinícius Trindade – por todo o apoio e por tornarem a experiência da graduação mais leve e agradável. Obrigado pela amizade de vocês.

Ao meu também amigo e companheiro de caminhada acadêmica, Pedro Milek, com quem compartilhei praticamente tudo nesse curso: angústias, estudos, alegrias, almoços, palestras, idas e vindas de metrô, trabalhos, partidas de truco, provas etc., e sem o qual não teria chegado neste momento.

Às demais amizades que fiz ao longo da convivência acadêmica: Anderson Moraes, Jorge Esteves, Júlia Assis, Raphael Martins e à nossa eterna representante de turma, Amanda Nachard (que, sem dúvidas, é diretamente responsável pelo sucesso de todos de 2016.1).

A todos os professores da Faculdade Nacional de Direito com quem tive oportunidade e privilégio de aprender. Em especial ao meu professor orientador, Arnaldo Goldemberg, por sua ajuda inestimável e decisiva na elaboração da minha monografia.

Ao terapeuta Renan Jardim, que me acompanhou ao longo do último ano (coincidindo com a reta final do curso), cuja competência e dedicação me proporcionaram as ferramentas necessárias para que eu pudesse simplesmente seguir em frente.

E, por fim, não poderia me esquecer dos meus filhos Bartolomeu e Alfredo pelo amor incondicional, típico de sua lealdade canina.

*A lei de ouro do comportamento é a tolerância  
mútua, já que nunca pensaremos todos da mesma  
maneira, já que nunca veremos senão uma parte  
da verdade e sob ângulos diversos.*

*(Mahatma Gandhi)*

*Eu fui testemunha do amor de Rapunzel  
Eu vi a estrela de Davi a brilhar no céu  
E pra aquele que provar que eu tô mentindo  
Eu tiro o meu chapéu.*

*(Raul Seixas)*

## RESUMO

A presente monografia tem por objetivo analisar a relação entre a prova judicial e a verdade no processo civil. Este liame é de extrema importância dentro da sistemática processual, pois atinge todas as fases do procedimento comum, desde a postulação até a decisão judicial. A investigação do tema procura elucidar, em apertada síntese, como a busca pela verdade no processo se dá por meio das provas: se é possível reconstruir fatos pretéritos, permitindo o alcance de essência de sua verdade. Para tal, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica de alguns dos mais importantes autores do processo civil que estudaram o assunto. O resultado da pesquisa possibilitou traçar um panorama geral sobre o instituto da prova judicial no processo civil e como o tema da verdade se insere neste contexto. Desse modo, foi possível concluir que a busca pela verdade encontra limites na própria natureza humana, não sendo possível alcançá-la em sua essência. A prova judicial é um meio pelo qual serão construídas as narrativas que permitam ao julgador a maior aproximação possível da verdade, resultando em decisões judiciais elaboradas a partir da dialética entre os sujeitos do processo e do exercício da hermenêutica, resultando em juízos de verossimilhança.

**Palavras-chave:** Prova; verdade; convencimento judicial; decisão judicial; verossimilhança.

## ABSTRACT

The present study aims to analyze the relation between judicial evidence and the truth in the civil procedure. This link is extremely important within the procedural system as it reaches all stages of the common procedure, from the postulation to the judicial decision. The theme's investigation seeks to elucidate, in a tight synthesis, how the search for truth in the procedure takes place through the evidence: whether it is possible to reconstruct past facts, allowing to reach the essence of its truth. To achieve this purpose, the bibliographic research of some of the most important authors of the civil procedure who studied this subject was used as methodology. The result of the research made it possible to draw a general panorama about the institute of judicial evidence in civil proceedings and how the theme of truth is inserted in this context. Thus, it was possible to conclude that the search for truth finds limits in human nature itself, and it is not possible to achieve it in its essence. The judicial evidence is a means by which the narratives that will allow the judge to get as close as possible to the truth will be constructed, resulting in judicial decisions based on the dialectic between the subjects of the process and the exercise of hermeneutics, resulting in verisimilitude judgments.

**Keywords:** Proof; truth; judicial persuasion; judicial decision; verisimilitude.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

QUADRO 1 – PROVA DOCUMENTAL.....	33
QUADRO 2 – DEPOIMENTO PESSOAL, CONFISSÃO E PROVA TESTEMUNHAL.....	34
QUADRO 3 – PROVA PERICIAL, INSPEÇÃO JUDICIAL E PROVA EMPRESTADA.....	35
QUADRO 4 – COMPARATIVO ENTRE OS ARTS. 131 (CPC 1973) E 371 (CPC 2015)...	53

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
NCPC	Novo Código de Processo Civil

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>2</b>	<b>NOÇÕES ELEMENTARES DA TEORIA GERAL DA PROVA.....</b>	<b>17</b>
<b>2.1</b>	<b>Acepções jurídicas do termo “prova”.....</b>	<b>17</b>
<b>2.2</b>	<b>Provas: conceito, finalidade e natureza jurídica das normas sobre provas.....</b>	<b>18</b>
<b>2.3</b>	<b>Objeto e destinatário das provas.....</b>	<b>20</b>
<b>2.4</b>	<b>Direitos fundamentais, normas constitucionais e princípios essenciais ao direito probatório.....</b>	<b>22</b>
2.4.1	Direito fundamental à prova, ao contraditório e à ampla defesa.....	22
2.4.2	Princípio da colaboração.....	24
2.4.3	Direito fundamental à igualdade e à paridade de armas.....	25
2.4.4	Princípio da aquisição processual da prova.....	26
2.4.5	Direito fundamental à motivação das decisões judiciais.....	26
2.4.6	Princípio dispositivo.....	27
2.4.7	Vedação à utilização de provas obtidas por meios ilícitos.....	29
<b>2.5</b>	<b>Fato e prova.....</b>	<b>31</b>
2.5.1	Fatos que não dependem de provas.....	32
2.5.2	Presunções, indícios e regras de experiência.....	33
<b>2.6</b>	<b>Meios de prova.....</b>	<b>36</b>
2.6.1	Espécies de provas.....	38
<b>2.7</b>	<b>Procedimento probatório.....</b>	<b>40</b>
<b>3</b>	<b>A PROVA JUDICIAL E A PERSECUÇÃO DA VERDADE.....</b>	<b>43</b>
<b>3.1</b>	<b>Do limite ao acesso à verdade real.....</b>	<b>44</b>

<b>3.2</b>	<b>Princípio da verdade real.....</b>	<b>48</b>
<b>3.3</b>	<b>Verdade e hermenêutica.....</b>	<b>50</b>
<b>3.4</b>	<b>A (extinta?) distinção entre verdade material e verdade formal.....</b>	<b>53</b>
<b>3.5</b>	<b>Sistema de valoração das provas: a extinção do livre convencimento.....</b>	<b>56</b>
<b>3.6</b>	<b>Instrução e valoração – limites aos poderes-deveres do juiz na busca da verdade.</b>	<b>63</b>
<b>3.7</b>	<b>Do limite da prova como meio de reproduzir a verdade real.....</b>	<b>66</b>
<b>3.8</b>	<b>A persecução da verdade e o ônus da prova.....</b>	<b>67</b>
<b>4</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>74</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>76</b>

## INTRODUÇÃO

Na ciência processual, independentemente da especificidade da área no Direito em questão, um dos institutos que se apresenta como protagonista na dinâmica do processo é a prova judicial. Em virtude de sua relevância para o processo e para o exercício da jurisdição, há na literatura extensa produção que se ocupa de esmiuçar o direito probatório com o objetivo de proporcionar o debate acerca do conceito de prova, sua finalidade, seus princípios informadores, sua materialização dentro do processo, sua relação com os sujeitos do processo, dentre diversos outros aspectos que, ao fim e ao cabo, contribuem para o aperfeiçoamento da prova judicial como instrumento de alcance do processo justo e da pacificação social.

Um dos temas relacionados à prova judicial que, de longa data, causa inquietação na comunidade acadêmica jurídica é o seu pretenso objetivo de busca pela verdade dentro do processo. No cotidiano, é natural que o senso comum costume relacionar o alcance da verdade à única e inevitável consequência que decorre do ato de provar algo: se está provado, significa que a verdade foi demonstrada.

Porém, na ciência jurídica é necessário que se faça uma reflexão mais profunda sobre a natureza da verdade e como ela pode ser demonstrada (se é que pode) pela prova, sob pena de permitir que a superficialidade do enfrentamento deste tema conduza a problemas de natureza epistemológica que, na prática, teriam o potencial de possibilitar uma atuação judicante que não atenda os anseios sociais, mormente as garantias de direitos fundamentais e a preservação do Estado Democrático de Direito.

Deste modo, o presente trabalho terá o objetivo de observar como é enfrentada a relação entre a prova e a verdade na literatura mais atual sobre a ciência do direito processual civil, buscando responder a algumas indagações que decorrem da problemática apresentada, como: é possível que se demonstre a verdade dos fatos por meio das provas? As provas tem como finalidade a reconstrução dos fatos ocorridos? No que consiste esta verdade? A decisão judicial, para gozar de legitimidade e credibilidade, deve se pautar na descoberta desta verdade? O papel do juiz seria, então, o de depreender esta verdade a partir dos fatos e das provas?

Em apertada síntese, a hipótese de pesquisa que se procurará confirmar ao fim é a de que a verdade, que é intimamente relacionada à prova judicial, é inatingível ao ser humano (devido às suas próprias limitações sensoriais, cognitivas e interpretativas), de modo que seria impossível (i) reconstruir fatos pretéritos a partir das provas e (ii) exigir do julgador que descubra a verdade pura, real, dos fatos e a partir dela proferir decisões e resolver as controvérsias jurídicas.

Como se vê, a relevância do tema proposto reside na amplitude de seu alcance dentro do processo civil. Não se trata apenas de entender se e como a prova e verdade estão relacionadas, mas de compreender seus reflexos em toda a lógica processual, desde a postulação – onde se fixam as alegações de fatos que podem ou não ser verdadeiras, passando pela instrução do processo com as provas e chegando, ao fim, na prestação da tutela jurisdicional que foi, ao longo do processo, nutrida pela participação dos sujeitos do processo na construção das narrativas que buscam convencer o julgador acerca da verdade (ou dela aproximá-lo).

Partindo do objetivo geral explanado (a exploração da relação entre a prova e a verdade no processo civil) faz-se necessário cumprir objetivos específicos que passam, preliminarmente, pela apresentação descritiva dos principais conceitos e elementos relacionados à prova judicial.

Portanto, a isto se dedicará o primeiro capítulo: discorrer, à luz da literatura pesquisada, sobre os conceitos básicos da prova, regras e princípios a ela inerentes, como ela se relaciona com os sujeitos do processo e de que forma ela se materializa e é utilizada dentro do processo, sempre buscando, quando possível, introduzir algumas relações com o tema da verdade.

Somente a partir de então que se torna possível o aprofundamento do tema central da presente monografia. No segundo capítulo, destinado a tal fim, se buscará, de forma mais específica, explicar o modo como a literatura pesquisada enfrenta o tema da verdade, quais mecanismos e raciocínios são utilizados para a inserção da verdade dentro do direito e do processo para que, em seguida seja possível observar quais os efeitos que a compreensão de verdade causa na prova judicial.

Estes objetivos específicos se desdobram também em entender como se busca a verdade por meio da prova, quais os limites e desafios se apresentam dessa busca, como se estrutura a dinâmica de produção das provas no processo e de que forma o convencimento do julgador acerca da verdade se relaciona com as provas produzidas e, a partir delas, produz decisões sobre o direito dos cidadãos.

Por se tratar de um tema bastante teórico e, em alguma medida, até filosófico (cuja abordagem não será aprofundada), a metodologia utilizada na presente monografia partirá de pesquisa bibliográfica voltada a explorar na literatura do direito processual civil de alguns dos mais importantes juristas que militam na área, tendo ainda alguns destes participado da construção do Código de Processo Civil de 2015.

## CAPÍTULO I

### 2 NOÇÕES ELEMENTARES DA TEORIA GERAL DA PROVA

O capítulo inaugural do desenvolvimento desta monografia se dedica a apresentar um panorama sobre a teoria geral da prova com o objetivo de proporcionar uma melhor compreensão do instituto da prova judicial no processo civil, sempre buscando preliminares observações relativas ao tema central do trabalho.

Esta etapa é essencial para que, posteriormente, o tema da verdade seja analisado e aprofundado dentro do direito probatório, possibilitando observar o modo pelo qual o liame entre a prova e a verdade influencia nas atividades dos sujeitos do processo e na prestação da tutela jurisdicional.

#### 2.1 Acepções jurídicas do termo “prova”.

Entender as acepções do termo prova e realizar a distinção entre as variedades de sentidos a ele atribuídos é essencial como ponto de partida para a análise de qualquer tema que se remeta a provas. Ao longo do presente trabalho (assim como ocorre em livros, artigos acadêmicos, manuais de direito etc.), à palavra prova são atribuídos sentidos diversos, de modo que sua prévia observação e compreensão facilitará o entendimento do conteúdo adjacente.

Inicialmente, observa-se que o termo “prova” assume diversas acepções dentro e fora das ciências jurídicas, sendo certo que “o termo prova é plurissignificante, dentro e fora do mundo do direito em geral, e do processo em particular”<sup>1</sup>. O que importa neste trabalho é observar a diversidade de sentidos jurídicos considerados pela literatura do direito.

No rol dos sentidos jurídicos, o termo prova pode denotar sentidos objetivo e subjetivo, variando conforme o contexto em que é inserido o referido vocábulo. O sentido objetivo ocorre em duas hipóteses: (i) quando se atribui à prova o significado de meio de prova (prova-meio), ou seja, a forma como determinado fato é apresentado e incluído aos autos do processo

---

<sup>1</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil, volume único*. 10. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivum, 2018, p. 723.

(por exemplo, prova documental). (ii) a prova como o ato ou atividade em que o sujeito do processo demonstra suas alegações (prova-atividade); é o ato de provar em si<sup>2</sup>.

Já o sentido subjetivo se dá quando por “prova” entende-se que o magistrado formou, a partir dos elementos fáticos analisados no bojo do processo, sua convicção acerca da verdade. “Conclui-se, assim, que a prova é o ato de provar por um determinado meio de prova, e o resultado daí decorrente na convicção do juiz (e das partes)”<sup>3</sup>.

## 2.2 Provas: conceito, finalidade e natureza jurídica das normas sobre provas.

A partir da compreensão entre as acepções jurídicas do termo prova, Alexandre Freitas Câmara relaciona as acepções objetiva e subjetiva da prova, formando um conceito único de prova a partir delas: “Fala-se da prova como um *elemento trazido ao processo* (dado objetivo) e se alude a sua *capacidade de contribuir para a formação do convencimento* (dado subjetivo). A junção desses dois aspectos permite a compreensão do que seja, então, para o processo, a *prova*”<sup>4</sup>. Por outro lado, Neves ressalta que há na literatura sobre o assunto alguma diversidade de conceituação da prova, destacando três principais interpretações:

[...] [i] a prova como sendo os meios ou elementos que contribuem para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinados fatos. [...] [ii] a prova como a própria convicção sobre os fatos alegados em juízo. [...] [iii] a prova como um conjunto de atividades de verificação e demonstração que tem como objetivo chegar à verdade relativa às alegações de fatos que sejam relevantes para o julgamento<sup>5</sup>.

Depreende-se de tal definição que a prova detém o importante papel de fundamentar as controvertidas alegações formuladas pelas partes, buscando o convencimento do julgador acerca de sua pretensa veracidade. Qualquer decisão judicial é oriunda de um processo cognitivo em que o juiz forma sua convicção interpretativa acerca da verdade partindo da análise das provas inseridas nos autos.

<sup>2</sup> BRAGA, Paula Sarno. *Processo Civil: Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivum, 2020., p. 126.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>4</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro / Alexandre Freitas Câmara*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 200, *ebook*.

<sup>5</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil, volume único*. 10. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivum, 2018, p. 724.

O jurista Fredie Didier Jr. acrescenta que não se encerram, nessa assertiva, as finalidades da prova. Também é finalidade da prova “permitir que as próprias partes se convençam (i) de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas”<sup>6</sup>.

Trata-se de uma perspectiva sobre a prova que pode remeter a um momento anterior à judicialização da controvérsia. As partes analisam se detêm os elementos necessários para sustentar sua tese (podendo inclusive requerer produção antecipada de prova) ou definem qual será sua estratégia ao longo do feito. Pode-se evitar o ajuizamento de uma demanda quando constatado que não tem chance de êxito ou até mesmo promover autocomposição diante da fragilidade probatória.

No que tange à natureza jurídica das normas sobre provas, não há consenso doutrinário sobre o tema. As opiniões variam entre natureza material, natureza processual ou mista. Em sua reflexão sobre o assunto, Didier Jr.<sup>7</sup> explica que a corrente majoritária é a processualista, que defende, basicamente, que a prova só adquire relevância jurídica uma vez que inserida no processo. Porém, o autor não se filia a tal corrente.

Didier Jr.<sup>8</sup> afirma que “A prova é tema de Direito material. De um lado, por oferecer informações sobre a base fática que justifica a certeza de um direito que compõe o objeto da decisão; de outro, por ser o próprio direito material que integra o mérito da demanda de antecipação da prova”.

O autor argumenta ainda que, por também possuir a finalidade de convencimento das partes, a prova pode ser extrajudicial ou pré-constituída, por exemplo. Provas estas que são produzidas antes do ajuizamento da demanda, podendo sequer ocorrer de fato um processo judicial posteriormente.

---

<sup>6</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 55-6.

<sup>7</sup> Ibid..

<sup>8</sup> Ibid., p. 85.

Há ainda a corrente mista, da qual parece se filiar Humberto Dalla Bernardina de Pinho ao afirmar que “O instituto é regulamentado tanto no campo do direito material quanto no campo do direito processual, eis que as normas que versam sobre a questão são consideradas heterotópicas”<sup>9</sup>, ou seja, há normas sobre provas previstas no CPC com conteúdo de direito material, bem como no CC com conteúdo de direito processual.

### 2.3 Objeto e destinatário das provas.

Quanto ao objeto, a prova não incide sobre os fatos em si, mas sobre as alegações de fatos formuladas pelas partes. O que se busca, por meio das provas, é constatar se uma alegação pode ser verdadeira ou falsa.

[...] provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes<sup>10</sup>.

Por fins didáticos, Didier Jr.<sup>11</sup> adota a expressão *fato probando* para se referir ao objeto da prova. Desta forma, afirma o autor que qualquer *fato probando* pode ser objeto de prova, desde que seja controvertido, relevante e determinado. Por determinado, o autor entende que o *fato probando* deve ser distinto de outros semelhantes, individualizado no tempo e espaço, de modo que um fato indeterminado seria insuscetível de prova.

O aspecto da relevância reside em ser imperativo que o *fato probando* deva ter conexão com a demanda em litígio. Os fatos que serão objetos de prova devem ser juridicamente relevantes. Conforme explica José Miguel Garcia Medina, “Consideram-se relevantes não apenas os denominados fatos jurídicos (ou principais), [...] mas, também, os fatos simples (ou secundários), que podem atestar, ainda que indiretamente, a verdade ou falsidade de um enunciado relativo ao fato principal”<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo / Humberto Dalla Bernardina de Pinho*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 668.

<sup>10</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, 2005, p. 58, apud DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira*. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 57-8.

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno [libro eletrônico] / José Miguel Garcia Medina*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 519, ebook.

Quanto à controvérsia, para que exista um *fato probando*, ou seja, passível de ser provado em juízo, ele deve ser objeto de disputa entre versões opostas entre as partes. Se determinado fato é assumido como verdade pelas partes, não há que se falar em produção de provas sobre ele, presumindo-se verdadeiro<sup>13</sup>.

Por outro lado, há “determinados fatos que, apesar de serem incontrovertidos, dependem de prova do interessado para seu reconhecimento”<sup>14</sup>, o que ocorre nos seguintes casos: (i) quando a questão versar sobre direito indisponível; (ii) quando a lei exigir prova específica do ato jurídico; (iii) quando se tratar de “alegações de fatos improváveis como constitutivos do direito do autor.”<sup>15</sup>

No que concerne ao destinatário das provas, partindo da assertiva de que uma importante finalidade da prova é o convencimento do juízo, parece natural que seu destinatário principal, ou destinatário direto, seja o próprio magistrado, o Estado-juiz. No entanto, não se trata do único destinatário.

Câmara afirma que, “Na verdade, a prova tem por destinatários todos os sujeitos do processo (FPPC, enunciado 50: “Os destinatários da prova são aqueles que dela podem fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz)”<sup>16</sup>. Dessa forma, entende-se o juiz como o destinatário direto da prova, enquanto as partes são os destinatários indiretos.

Nesse sentido, considerar a parte como destinatário indireto também corrobora com a perspectiva anteriormente citada de que a prova tem como finalidade não somente o convencimento do juiz, mas também o convencimento das partes<sup>17</sup>.

Mais que isso: trata-se de conferir a autor e réu protagonismo no processo (que outrora era conferido apenas ao Estado-juiz), além de promover participação democrática de todos os

---

<sup>13</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo / Humberto Dalla Bernardina de Pinho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 667.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro / Alexandre Freitas Câmara*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *ebook*, p. 203.

<sup>17</sup> *Ibid.*

sujeitos do processo, bem como seu dever de cooperação entre eles, em sinergia com uma série de mecanismos e princípios (como o da igualdade) que buscam aperfeiçoar o processo e seu finalismo, sua utilidade, duração razoável, com o objetivo final da prestação de uma tutela justa e efetiva.

## **2.4 Direitos fundamentais, normas constitucionais e princípios essenciais ao direito probatório**

Antes de passar à exposição dos temas da presente seção, cabe colocar duas observações: o direito processual civil é objeto de diversos e importantes direitos fundamentais, normas e princípios. Mas, para tornar a abordagem mais objetiva e específica, serão trazidos apenas aqueles que interagem mais diretamente com o direito probatório e, sobretudo, o tema da prova e verdade.

Pela mesma razão, dois dos princípios que mais interessam ao tema, quais sejam, o princípio da verdade real e o princípio da persuasão racional, propositalmente não serão tratados neste capítulo, mas no destinado ao aprofundamento do tema em voga.

### **2.4.1 Direito fundamental à prova, ao contraditório e à ampla defesa**

Inicialmente, cumpre salientar que o direito à prova é um direito fundamental, constitucionalmente garantido<sup>18</sup>. Não se encontra expressamente elencado nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tampouco em qualquer outro dispositivo constitucional. O direito à prova é fruto da materialização de outros direitos fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, CRFB<sup>19</sup>) e o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, CRFB<sup>20</sup>). Ele parte de uma conjugação de vários mandamentos constitucionais que, quando interpretados em conjunto, revelam a sua natureza de direito fundamental. Nesse sentido:

[...] a Constituição Federal diz que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, e que *ninguém será privado da liberdade ou*

---

<sup>18</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno [libro eletrônico] / José Miguel Garcia Medina*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *ebook*, p. 513.

<sup>19</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>20</sup> *Ibid.*

*de seus bens sem o devido processo legal, e diz, ainda, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* [grifos do original], resulta claro que o direito de produzir prova é um direito fundamental constitucionalmente assegurado<sup>21</sup>.

A garantia a diversos outros direitos perpassa pela observância ao direito à prova. Com efeito, o ideal de processo justo não seria alcançado caso não fossem respeitados o contraditório e a ampla defesa, comprometendo também, em última instância, o devido processo legal. Não há como imaginar a garantia desses fundamentos sem que houvesse o direito à prova. Sem o direito à prova, todos os demais direitos estariam ameaçados<sup>22</sup>.

Dessa forma, o asseguramento destes direitos, em matéria probatória, ocorre quando as partes têm o direito de participar da produção da prova e de se manifestar sobre eventual prova produzida, buscando interferir na valoração daquela prova pelo juízo, contribuindo para a formação da convicção do julgador acerca da verdade.

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante a elas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz<sup>23</sup>.

Nesse sentido, o direito à prova é composto de várias dimensões, a saber: “a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida”<sup>24</sup>.

Além disso, o contraditório não se direciona apenas para as alegações de fato e as provas, ou seja, às partes do processo, mas também ao juiz, que “[...] tem o dever não só de

<sup>21</sup> MACHADO, Hugo de Brito, 2011, p. 45 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum* / Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1242, ebook.

<sup>22</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum* / Humberto Theodoro Júnior. 60. ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ebook

<sup>23</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 63.

<sup>24</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 47.

velar pelo contraditório entre as partes, *mas fundamentalmente a ele também se submeter*. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório”<sup>25</sup>.

Nesse sentido, a ampla defesa reside na possibilidade de as partes do processo lançar mão de todos os meios de defesa permitidos e também na obrigatoriedade de o julgador examinar todas as provas produzidas e fundamentar suas decisões, garantindo o direito à prova nas dimensões supramencionadas. Negar a valoração de uma prova produzida comprometeria o direito à prova e à ampla defesa, pois a atuação arbitrária do julgador, escolhendo a prova que deseja analisar, limitaria o direito de defesa das partes<sup>26</sup>.

#### 2.4.2 Princípio da cooperação

O princípio da cooperação, previsto no artigo 6º do CPC<sup>27</sup>, advém do princípio do contraditório. Como visto no tópico anterior, o exercício do contraditório dimensiona o processo para a participação efetiva de todos os sujeitos na tutela jurisdicional.

Para que essa participação seja efetiva, todos os sujeitos do processo devem se submeter a direitos e deveres e colaborar conjuntamente para o desenvolvimento do processo e o exercício da jurisdição. Assim, “a decisão judicial não deve ser fruto de um trabalho exclusivo do juiz, mas resultado de uma atividade conjunta, em que há interações constantes entre diversos sujeitos que atuam no processo”<sup>28</sup>.

A cooperação entre todos os sujeitos afasta a ideia de passividade de um julgador que se posiciona acima das partes e protagoniza a condução de processo de forma autoritária. O modelo de um processo colaborativo impele às partes a contribuir com a solução para o conflito de forma leal, agindo com boa-fé e prezando pela veracidade e pela qualidade das

---

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1084, *ebook*, grifo do autor.

<sup>26</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno [libro eletrônico] / José Miguel Garcia Medina*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *Ebook*.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>28</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários aos arts. 1º ao 9º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 71, *ebook*.

informações prestadas, o que facilita o exercício da função jurisdicional, ajudando a promover uma razoável duração processual<sup>29</sup>.

Por outro lado, ao julgador também são impostos poderes-deveres que objetivam a busca da tutela efetiva, o que se alcança por meio da intermediação entre as partes, do estímulo à comunicação, auxiliando-as no que for necessário dentro do processo<sup>30</sup>, bem como outros deveres decorrentes dessa colaboração com as partes, como o de valorar todas as provas constantes dos autos, fundamentar suas decisões e prezar pela busca da verdade dentro do processo<sup>31</sup>.

#### 2.4.3 Direito fundamental à igualdade e à paridade de armas

Expresso no *caput* do artigo 5º da CRFB<sup>32</sup> e refletido em matéria processual civil no artigo 7º do CPC<sup>33</sup>, o direito fundamental à igualdade é intimamente relacionado à garantia ao contraditório e à ampla defesa.

Sua compreensão, como forma de promover o equilíbrio entre as partes, consiste em não se voltar para a promoção de uma igualdade meramente formal, mas de uma igualdade material. Significa que o Estado-juiz deve buscar tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade, reequilibrando a relação entre as partes. Nesse sentido:

No processo civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em *paridade de armas*, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra. Mas é muito delicada essa tarefa de reequilíbrio substancial, a qual não deve criar desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários aos arts. 1º ao 9º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016, ebook

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno [libro eletrônico] / José Miguel Garcia Medina*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Ebook.

<sup>32</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>33</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>34</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 63.

Portanto, no que diz respeito à atuação do julgador no processo de produção das provas, a promoção do princípio da igualdade envolve a delicada missão que o magistrado tem em promover medidas que proporcionem às partes condições de igualdade material para que tenham a mesma capacidade de influenciar na convicção do juiz e na busca pela verdade.

Caso não assim fosse, os desequilíbrios provocados por um tratamento que levasse em conta apenas a igualdade formal possibilitariam que houvesse uma parte com menos poder de interferir na convicção do juiz e se defender das alegações proferidas contra si, o que comprometeria o pleno exercício de seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

#### 2.4.4 Princípio da aquisição processual da prova

Um importante princípio informador da prova no processo civil é o princípio da aquisição processual da prova. Este princípio se encontra expresso no trecho “[...] independentemente do sujeito que a tiver promovido [...]”<sup>35</sup> extraído do *caput* do artigo 371 do CPC.

Considerando que a prova tem como objetivo principal auxiliar o juiz a formar convicção sobre a verdade ou falsidade do fato, uma vez produzida, a prova pertence não à parte que a produziu, mas ao processo. Ela atinge às partes do processo de maneira uniforme, sendo dotada de eficácia homogênea, ou seja, a prova tem atribuída a si um único valor com efeitos de repercutir igualmente para qualquer sujeito do processo, não sendo cabível que o juiz deixar de apreciá-la caso venha a prejudicar a parte que a produziu<sup>36</sup>.

#### 2.4.5 Direito fundamental à motivação das decisões judiciais

Ainda em âmbito constitucional, não se pode deixar de mencionar a relação entre a o direito à motivação das decisões judiciais, consagrado no artigo 93, inciso IX da CRFB<sup>37</sup>, e o direito probatório.

---

<sup>35</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>36</sup> BRAGA, Paula Sarno. *Processo Civil: Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivum, 2020, p. 146/147.

<sup>37</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Ao longo do procedimento probatório são prolatadas decisões que admitem ou não determinada prova ou que valoram as provas e justificam o porquê determinada prova influenciou mais a convicção do juiz do que outra, dentre outras circunstâncias. Segundo esta norma constitucional, todas as decisões judiciais - não somente as relacionadas à produção de provas - devem ser racionalmente motivadas e explicitamente fundamentadas.

Considerando que “a convicção do julgador é [...] uma decisão quanto à veracidade de uma versão sobre os fatos”<sup>38</sup>, o juiz deve fundamentar em sua decisão o porquê ele considera que determinada prova justifica “a afirmação de que a versão dos fatos acolhida na sentença é tida por verdadeira”<sup>39</sup>.

Em matéria probatória, tal princípio é refletido no seguinte trecho do artigo 371 do CPC: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.<sup>40</sup>

Portanto, Luiz Guilherme Marinoni leciona que, por parte do juiz, há o dever de justificar as razões de sua convicção, tanto a partir das provas que considerou que contribuíram para a formação de uma tese vencedora, quanto a partir das demais que, segundo seu raciocínio, não obtiveram êxito nessa tarefa<sup>41</sup>.

Esse exercício não somente garante o contraditório e a ampla defesa (e, em última análise, o devido processo legal), como também cumpre o princípio da cooperação, já que, uma vez produzida a prova, gera-se a legítima expectativa pela parte de que ela seja valorada.

#### 2.4.6 Princípio dispositivo

O princípio dispositivo (ou princípio da inércia da jurisdição) “consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações

---

<sup>38</sup> SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Os Poderes Instrutórios do Juiz no Novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 337.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015, grifo nosso.

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

em que se fundamentará a decisão”<sup>42</sup>, e tem como função primordial garantir a imparcialidade do magistrado no processo.

No entanto, atualmente esse princípio sofre certa mitigação no processo civil brasileiro. O CPC, em seu artigo 371 consagra que: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido [...]”<sup>43</sup>.

Portanto, o juiz, na qualidade de sujeito do processo, pode e deve influir na instrução do processo e na busca pela verdade, quando entender que não há elementos suficientes para formar convicção a partir de sua interpretação do que foi trazido ao processo por meio das provas. Esse comportamento é esperado também em função do dever de cooperação, que atinge a todos os sujeitos do processo.

Nesse sentido, “uma vez formado o processo e definido o seu objeto por iniciativa exclusiva dos litigantes, exaure-se a aplicação do princípio dispositivo, no que diz com sua incidência sobre a relação processual”<sup>44</sup>.

Dessa forma, o juiz deve atuar na instrução probatória, mas com parcimônia, de forma complementar a atuação das partes, e observando as circunstâncias do caso concreto. Agindo desse modo, a busca pela verdade não compromete a imparcialidade do magistrado, como se vê abaixo:

[...] quando o juiz toma a iniciativa de produzir provas de ofício, ou de formular perguntas a testemunhas, ou de formular quesitos, não está de forma alguma, agindo de modo a perder sua imparcialidade. O princípio do dispositivo deve ser entendido no sentido que o juiz está adstrito ao que foi pedido e alegado pelas partes, não ao que foi provado<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 73.

<sup>43</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015, grifo nosso.

<sup>44</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum / Humberto Theodoro Júnior*. 60. ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019, *ebook*, p. 1274.

<sup>45</sup> SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Os Poderes Instrutórios do Juiz no Novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buriel de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 335.

Decerto que a parte não disporia de um processo justo na hipótese em que o magistrado, por iniciativa própria, iniciasse a persecução da verdade, manipulasse a relação entre os fatos alegados e as provas dos autos arbitrariamente e fundamentasse sua decisão com base em elementos de sua convicção pessoal ou estranhos ao processo.

Atualmente, o princípio dispositivo, apesar de perder espaço devido aos mais recentes entendimentos sobre a função do juiz no processo, pode ser entendido no sentido de orientar a vedação ao comportamento arbitrário acima exemplificado.

#### 2.4.7 Vedação à utilização de provas obtidas por meios ilícitos

Por fim, e não menos importante, uma importante norma constitucional é a vedação à utilização de provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI, CRFB<sup>46</sup>). O direito fundamental à prova é limitado pela vedação à prova ilícita, mas não se tratam de direitos contraditórios, mas complementares entre si. Trata-se de uma regra fundamental que materializa o devido processo legal.

Além disso, este impedimento representa, além de uma limitação ao direito à prova, uma restrição à própria busca pela verdade, que deve ser interpretada como uma opção do constituinte em garantir maior proteção ao direito material violado em detrimento à tentativa de descobrir a verdade a qualquer custo<sup>47</sup>. Por outro lado, Marinoni faz uma importante ressalva sobre a vedação à prova ilícita:

[...] A questão, porém, é saber se essa opção exclui uma posterior ponderação – agora pelo juiz – entre o direito que se pretende fazer através da prova ilícita e o direito material violado. Frise-se que tal norma apenas afirmou, em princípio e como valor abstrato, que a proteção do direito material deve se colocar acima da busca da verdade. Mas não considerou – e nem poderia – o fato de que essa relação ocorre em processos de diversas espécies – penal, civil, trabalhista – e diante de diferentes valores e direitos<sup>48</sup>.

Nesse sentido, apesar de a vedação à prova ilícita instituir um direito fundamental, há de se observar se a mesma pode e deve sofrer relativização no caso concreto quando entra em

---

<sup>46</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 302.

<sup>48</sup> *Ibid.*

conflito com outros princípios, bens e direitos que também devem ser protegidos<sup>49</sup>. A resolução desta colisão ocorre por meio da ponderação do magistrado à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade:

[trata-se de impor um] limite à possibilidade de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, [...] de acordo com os critérios da adequação ou da conformidade (a medida interventiva deve ser apropriada, no sentido de tecnicamente idônea, a promover os fins pretendidos), da necessidade ou da exigibilidade (a medida deve ser, dentre as disponíveis, a menos restritiva possível) e da assim chamada proporcionalidade em sentido estrito, onde se processa a ponderação propriamente dita, ou seja, a verificação de se a medida, embora adequada e exigível, é mesmo proporcional e preserva uma relação de “justa medida” entre os meios utilizados e o fim almejado<sup>50</sup>.

Apesar de ponderação pautada na proporcionalidade e na razoabilidade ser normalmente utilizada no direito brasileiro, há na literatura quem defenda que a colisão entre a preservação do direito material e o direito à descoberta da verdade (ou direito à *persecução* da verdade, pois um eventual direito à descoberta da verdade estaria esvaziado à luz da ideia de impossibilidade desta descoberta – premissa que, como se verá adiante, será adotada no presente trabalho) já foi ponderada pelo constituinte justamente ao estabelecer a vedação à prova ilícita<sup>51</sup>.

No entanto, o autor discorda desta tese afirmando que ela seria compreensível apenas se a “incidência [da vedação à prova ilícita] se desse em casos *uniformes, que não guardassem qualquer diferença de fundo, e por isso dispensassem o juiz de qualquer outra ponderação*”<sup>52</sup>.

Desta forma, defende a possibilidade de uma segunda ponderação a ser realizada pelo julgador no caso concreto, de acordo com a natureza do direito material em questão e das circunstâncias fáticas do caso (como por exemplo, a impossibilidade de se obter uma prova sem ser por meio ilícito para proteger um direito fundamental). Deve ser analisada a viabilidade de afastar a aludida vedação, tornando a prova ilícita utilizável, ou seja, conferindo eficácia à mesma<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 304.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, *ebook*, p. 286-7.

<sup>51</sup> MARINONI, op. cit.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 305, grifos do autor.

<sup>53</sup> *Ibid.*

O autor pontua que, diferentemente do processo penal, onde a vedação à prova ilícita atinge a pretensão punitiva estatal – incidindo diretamente sobre o direito fundamental à liberdade – no processo civil há uma variedade de direitos que podem envolver bens jurídicos menos importantes, como os direitos patrimoniais ou bens não patrimoniais de maior relevância, que podem atingir até a dignidade da pessoa humana<sup>54</sup>.

Nesse sentido, “*Dizer que a descoberta da verdade não pode ocorrer através da prova ilícita não é o mesmo que afirmar que um direito fundamental material não pode ser através dela demonstrado. O uso da prova ilícita poderá ser admitido, segundo a lógica do postulado da proporcionalidade*”<sup>55</sup>.

## 2.5 Fato e prova

Por mais clara que a ideia de uma distinção entre fato e prova pareça ser, é necessário visualizar que um fato (o *fato probando*, ou seja, a alegação de fato) pode ser objeto de duas provas, que por sua vez podem ser lícitas ou ilícitas. Mesmo que ambas tenham como objeto um mesmo fato, elas são independentes entre si:

Existindo um fato e duas provas, uma pode ser lícita e outra ilícita. Ainda que ambas tenham o objetivo de elucidar o mesmo fato, uma é totalmente independente da outra, e assim umas delas, obviamente, pode ser considerada pelo juiz. Alias, essa independência também pode ocorrer quando a prova é posterior à ilícita, mas com ela não tem qualquer vínculo<sup>56</sup>.

Como se vê, o assunto em comento tem relação com a regra constitucional de vedação à utilização de provas obtidas por meios ilícitos, presente no artigo 5º, inciso LVI, da CRFB<sup>57</sup>, abordada recentemente no tópico 2.4.7.

A independência entre fato e prova tem especial relevância para o entendimento da teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruit of the poisonous tree*, teoria criada pela jurisprudência da Suprema Corte Americana). Tal teoria propõe, em apertada síntese, que caso determinada prova esteja vinculada fática e juridicamente a uma prova ilícita, em regra,

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 307, grifo do autor.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 307, grifo do autor.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 295.

<sup>57</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

ela deve também ser considerada ilícita. Ou seja, uma prova obtida ilicitamente contamina as demais provas que dela sejam derivadas. Isto demonstra a independência entre fato e prova:

[...] a ilicitude da prova não contamina *o fato* a ser esclarecido, podendo se ligar, no máximo, a *outras provas*. Porém, uma prova ilícita não contamina, como é lógico, todo o material probatório, *pois nada impede que um fato seja provado através de provas ilícitas que nada tenham a ver com a prova ilícita*<sup>58</sup>.

Outra demonstração da independência entre fato e prova é a possibilidade de determinado fato, que tenha sido objeto de uma prova ilícita, ser reputado como verdadeiro pelo julgador quando o mesmo seja voluntariamente confessado em juízo<sup>59</sup>.

Por fim, é importante observar a diferença entre fato jurídico o (fato direto, principal ou primário) e o fato simples (fato indireto ou fato secundário). O fato principal (direto) é o afirmado pelas partes de onde se pretende extrair a sua pretensão jurídica. Já o fato secundário (indireto) é aquele que se destina a mostrar que o fato direto é verdadeiro. É um fato conhecido (provado) que pode influir no raciocínio presuntivo do juiz acerca de um fato desconhecido (o fato direto)<sup>60</sup>.

### 2.5.1 Fatos que não dependem de provas

Os incisos do artigo 374 do CPC<sup>61</sup> elencam os tipos de fatos que não dependem de provas: "Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos no processo como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade"<sup>62</sup>.

O inciso III, relativo aos fatos incontroversos, já foi tratado na seção 2.3. O inciso II trata da confissão. Como será visto mais adiante, na oportunidade em que forem abordados os meios de provas típicos, na verdade a confissão já é o meio de prova em si. Portanto, sobre os fatos "afirmados pela parte e confessados pela parte contrária"<sup>63</sup> observa Didier Jr. que "há

<sup>58</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 308, grifo do autor.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> MEDINA, José Miguel García. *Curso de direito processual civil moderno [libro eletrônico] / José Miguel García Medina*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *ebook*.

<sup>61</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Ibid.

um equívoco do legislador em dizer que eles independem de prova. Na verdade, a própria confissão [...] é um meio de prova. Assim, mais correto seria dizer que, quando confessados, os fatos independem de *outro* meio de prova”<sup>64</sup>.

O inciso I trata dos fatos notórios. A notoriedade dos fatos reside em seu caráter público, de conhecimento de uma grande quantidade de pessoas de determinada região, país, cultura ou grupo social, acerca de acontecimentos marcantes como datas e fatos históricos, fatos amplamente conhecidos, características geográficas, dentre vários outros exemplos, sem que seja necessário que tal conhecimento seja universal, ou seja, conhecido por todas as pessoas<sup>65</sup>.

É importante ressaltar ainda que a ocorrência de um fato notório não exclui a necessidade de exercício do contraditório, não podendo o juiz fundamentar sua decisão com base em um fato notório sem oportunizar as partes que se manifestem sobre tal fato<sup>66</sup>.

#### 2.5.2 Presunções, indícios e regras de experiência

Existem dois tipos de presunção. As presunções legais estão dispostas no inciso IV do artigo 374 do CPC<sup>67</sup> (transcrito no tópico anterior). São os casos em que a lei cria regras jurídicas que devem ser aplicadas, ou seja, advém da indicação do legislador sobre a correspondência entre o fato indiciário e o fato presumido. Ela pode ser absoluta (*iuris et de iure*), quando não se admite prova em contrário, ou relativa (*iuris tantum*), quando o fato é presumido como ocorrido até que a parte afaste a presunção por meio de prova<sup>68</sup>.

Um importante exemplo de presunção legal relativa se encontra no artigo 341 do CPC/2015, que trata do ônus da impugnação específica dos fatos. Esta regra significa que o

---

<sup>64</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 61, grifo do autor.

<sup>65</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum* / Humberto Theodoro Júnior. 60. ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *ebook*.

<sup>66</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

<sup>67</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>68</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil, volume único*. 10. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

réu deve contestar especificamente cada alegação de fato trazida pelo autor na petição inicial, sob pena de se presumir verdadeira a alegação não impugnada, mas se admitindo prova em contrário sobre a mesma. No entanto, como “o juiz não é mero autômato, [...] os fatos absurdos não podem ser considerados verdadeiros, ainda que ausente a impugnação por parte do réu”<sup>69</sup>.

Há também as presunções judiciais, também chamadas de presunção comum, simples ou do homem. Elas formam, junto com os indícios e as regras de experiência, um conjunto de elementos utilizados pelo magistrado na apreciação racional das provas. Didier Jr. resume a sistemática relativa aos indícios, regras de experiência e a presunção judicial da seguinte forma:

A presunção judicial é a conclusão de um silogismo, cuja premissa maior é uma regra da experiência e a premissa menor, o indício. É a relação, verificável pelas regras da experiência, entre o indício (fato conhecido) e o fato probando (fato desconhecido) que autoriza a presunção judicial.<sup>70</sup>

A presunção judicial não se divide entre relativa e absoluta. Ela “representa o resultado de um processo mental que, partindo de um fato demonstrado como ocorrido, permite a conclusão de que outro fato, ainda que não provado, seja também considerado como existente ou ocorrido”<sup>71</sup>, ou seja, é formada e estabelecida pelo juiz a partir de seu raciocínio no caso concreto que, utilizando as regras de experiência, estabelece a presunção judicial.

Didier Jr. afirma que as presunções judiciais ocorrem com bastante frequência nas decisões judiciais, pois, o próprio exercício da valoração da prova muitas vezes leva o juiz a dar mais valor a determinada prova em detrimento da outra. Numa prova testemunhal, por exemplo, o juiz pode considerar mais relevante um testemunho do que outro por entender que uma das testemunhas “comportou-se, de acordo com as regras da experiência, de uma maneira a que se possa atribuir ao seu depoimento mais credibilidade”<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> AURELLI, Arlete Inês. Comentários aos arts. 335 a 342. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 882-909. ebook

<sup>70</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p.75.

<sup>71</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil, volume único*. 10. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivum, 2018, p. 732.

<sup>72</sup> DIDIER Jr., op. cit., p.76.

Para melhor explicar o raciocínio trazido até o momento, é necessário entender o que são os indícios e as regras de experiência. O fato indireto, ou *indiciário*, não é a prova, mas o *meio de prova* a partir do qual se presume a ocorrência de determinado fato (o fato *probando*). O indício pode ser também objeto da prova, ou seja, precisa ser provado para que se possa realizar sobre si a presunção judicial<sup>73</sup>.

Dessa assertiva tiramos uma distinção entre indício e prova indiciária: enquanto o indício é o fato que será relacionado por raciocínio lógico-dedutivo ao fato probando, a prova indiciária objetiva provar a veracidade dos fatos indiciários.

As regras de experiência, cuja aplicação é expressamente indicada no artigo 375 do CPC<sup>74</sup>, são meios pelos quais o julgador elabora seu raciocínio sobre os fatos e as provas. Conforme comenta Ravi Peixoto elas “São marcadas pela sua formulação em formas de regras gerais e hipotéticas formadas pela indução e abrangem uma enorme gama de conteúdos. Podem ser utilizadas de ofício e não precisam de instrução probatória”<sup>75</sup>, apesar de deverem ser fundamentadas e submetidas ao contraditório.

Elas diferem-se dos fatos notórios, pois, este último é relativo a determinado fato concreto e específico de senso comum, enquanto as máximas de experiência se referem ao meio em que se extrai, a partir do raciocínio indutivo, determinada regra geral da experiência. Como determina o texto do dispositivo supramencionado, elas dividem-se em regras de experiência comum e regras de experiência técnica<sup>76</sup>.

As regras de experiência comum são aquelas de conhecimento do saber do homem médio em determinada sociedade e momento histórico (exemplo: os bares costumam ser mais frequentados à noite). São praticamente infinitas as possibilidades de regras de experiência

---

<sup>73</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

<sup>74</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>75</sup> PEIXOTO, Ravi. Comentários aos arts. 374 a 380. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1020, *ebook*.

<sup>76</sup> *Ibid.*

comum. Já as regras de experiência técnica são as que advêm de determinada área do conhecimento, como por exemplo, a aplicação da lei da gravidade<sup>77</sup>.

Assim, é possível perceber que indícios, regras de experiência e presunção judicial participam em sinergia no exercício da valoração das provas e da formação da convicção do julgador acerca da verdade:

Presunção, nessa ordem de ideias, é a consequência ou ilação que se tira de um fato conhecido (provado) para deduzir a existência de outro, não conhecido, mas que se quer provar [o fato direto]. O fato realmente provado [o fato indiciário] não é o objeto da indagação, é um caminho lógico, para alcançar-se o que em verdade se deseja demonstrar [a veracidade das alegações das partes]. Presunções comuns ou simples são estabelecidas na experiência da vida [regras de experiência], segundo o que comumente acontece e, por isso, se dizem presunções do homem. Estas, as presunções comuns, é que realmente se inserem na instrução probatória por obra das partes e do juiz, quando não se consegue prova direta do fato litigioso<sup>78</sup>.

Dessa forma, considerando que a presunção parte de um raciocínio formulado pelo juiz a partir dos indícios e das regras de experiência, a credibilidade da presunção “varia conforme a convicção que se tenha na procedência da ilação formulada”<sup>79</sup>. Ou seja, quanto mais contundente foi o indício e quanto maior for o valor da regra de experiência utilizada, mais forte será a presunção.

## 2.6 Meios de prova

Dentro do contexto temático proposto pelo presente trabalho, a análise dos meios de provas legitimados pelo sistema processual civil brasileiro é de relevante importância por sua íntima relação com a possibilidade de se estruturar, dentro do processo, um substrato fático que permita ao julgador formar convicção que se aproxime o máximo possível da realidade ocorrida em fatos pretéritos, assim possibilitando o exercício da jurisdição. Inicialmente, destaca-se a seguinte distinção entre meios e fontes de prova:

---

<sup>77</sup> PEIXOTO, Ravi. Comentários aos arts. 374 a 380. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016, ebook..

<sup>78</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum / Humberto Theodoro Júnior*. 60. ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019, ebook, p. 1294.

<sup>79</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 248.

Distinguem-se os meios das fontes de prova: os meios são as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte). São fontes de prova as coisas, as pessoas e os fenômenos. Os meios de prova são "pontes através dos quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz"<sup>80</sup>.

Consagrando o mandamento constitucional da vedação à utilização de provas obtidas por meios ilícitos, o dispositivo que inaugura o capítulo sobre provas no CPC (Artigo 369, *caput*) dispõe sobre os meios de prova nos seguintes termos: "As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz"<sup>81</sup>.

A primeira característica importante sobre meios de prova é a atipicidade das provas. O CPC<sup>82</sup> não especifica que meios de prova podem ser utilizados pelas partes. As provas podem emanar de meios legais ou de meios moralmente legítimos, não tipificados em lei, mas que estejam em conformidade com o direito<sup>83</sup>. De todo modo, uma vez empregada uma prova atípica por uma parte, deve-se proporcionar à outra parte "ampla oportunidade de impugnar a sua admissão, de participar de sua produção e de se contrapor à sua valoração"<sup>84</sup>.

Com efeito, como será visto de forma mais detalhada mais adiante, as interpretações mais modernas sobre a relação entre a prova judicial e a busca pela verdade indicam, em linhas gerais, que a essência da verdade não pode ser alcançada e a convicção do juiz deve ser formada por um processo racional de interpretação e justificação que parte dos elementos presentes no processo. Nesse sentido, as provas atípicas "devem estar de acordo com o direito, pois apenas assim são hábeis para provar a verdade dos fatos, e, assim, influir no convencimento judicial [...]"<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, 1996, 2006, apud DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira*. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 45.

<sup>81</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil, volume único*. 10. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

<sup>84</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 294.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 295.

Dessa forma é possível perceber a importância da participação efetiva da parte atingida pela prova atípica no processo de sua produção, uma vez que o resultado da instrução probatória será a construção de narrativas acerca dos fatos pretéritos de forma que possibilite e facilite a formação de uma convicção que mais aproxime o juiz da verdade.

### 2.6.1 Espécies de provas

Apesar da atipicidade dos meios de prova, o CPC dispõe sobre alguns meios legais (típicos) de prova: pericial, documental, testemunhal, depoimento pessoal, inspeção judicial, prova emprestada e confissão<sup>86</sup>. A análise detalhada de cada tipo demandaria extensa produção textual, que não contribui significativamente para a exploração do tema proposto. Assim, as referidas espécies de prova serão apresentadas sinteticamente nos quadros a seguir.

**QUADRO 1 – PROVA DOCUMENTAL.**

Espécie de prova		Dispositivo(s) legal(is)	Principais características
Documental	Prova documental propriamente dita (em sentido amplo)	Arts. 405 a 438, CPC 2015.	<p><i>a)</i> Documento é coisa, onde se busca representar fatos, de autoria humana, por meio de símbolos (palavras, números etc.) É a fonte da prova documental.</p> <p><i>b)</i> Sua importância reside em sua estabilidade, ou seja, sua aptidão de perdurar no tempo sem alterações.</p> <p><i>c)</i> Não se confunde com: (i) prova documentada (ingresso de provas de qualquer espécie no processo e (ii) prova escrita (exemplo: laudo pericial é escrito, mas não é prova documental. Fotografia é documental mas não escrita.</p>
	Ata notarial	Art. 384, CPC 2015.	<p><i>a)</i> Documento público onde o tabelião de notas registra fatos por ele presenciados.</p> <p><i>b)</i> É tratada de forma destacada pelo CPC<sup>87</sup>, mas a literatura pesquisada considera como prova documental.</p>
	Exibição de documento ou coisa	Arts. 396 a 404, CPC 2015.	<p><i>a)</i> É uma tramitação processual que determina a exibição de determinado documento ou coisa (meio de prova) ao julgador, para sua inspeção.</p> <p><i>b)</i> É tratada como meio autônomo de prova pelo CPC<sup>88</sup>. Porém, considera-se prova documental pois (i) quando é exibido documento, ocorre a produção de prova documental e (ii) "coisa" <i>lato sensu</i> representa quase sempre documento. Logo, as fontes pesquisadas tratam como prova documental.</p>

Fonte: Didier Jr. (2016, p. 183-243); Marinoni (2015, p. 429-430, p. 551-784).

<sup>86</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> Ibid.

QUADRO 2 – DEPOIMENTO PESSOAL, CONFISSÃO E PROVA TESTEMUNHAL.

Espécie de prova	Dispositivo(s) legal(is)	Principais características
Depoimento pessoal	Arts. 385 a 388, CPC 2015.	<p><b>a)</b> Parte do relato de partes do processo para esclarecer aspectos essenciais sobre a controvérsia, auxiliando a formação do convencimento do juiz.</p> <p><b>b)</b> A fonte da prova por depoimento pessoal é a pessoa que figura como parte do processo.</p> <p><b>c)</b> A parte depoente tem o dever de comparecer em juízo para prestar os esclarecimentos solicitados, sem faltar com a verdade e não podendo se furtar de responder ao que lhe foi perguntado (conforme arts. 385, 378, 77, I, e 80, II do CPC<sup>89</sup>).</p> <p><b>d)</b> Quando a parte se recusa a prestar esclarecimento ou não comparece para tal quando intimada, os fatos afirmados contra si serão presumidos como confessados.</p>
Confissão	Arts. 389 a 395, CPC 2015.	<p><b>a)</b> É definida no artigo 389 do CPC: “Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a <u>parte</u> admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário”<sup>90</sup>. A confissão deve ser voluntária e intencional.</p> <p><b>b)</b> Não vincula o magistrado, que pode a valorar junto com as demais provas produzidas.</p> <p><b>c)</b> É intimamente ligada ao depoimento pessoal, que pode resultar em confissão nas hipóteses citadas na alínea “d” do tópico anterior.</p> <p><b>d)</b> Não se confunde com reconhecimento da procedência do pedido. A confissão gera presunção de veracidade do fato. O reconhecimento resolve o mérito da causa.</p> <p><b>e)</b> Efeitos processuais: (i) o fato confessado não pode ser objeto de prova produzida pela parte que confessou; (ii) dispensa do ônus da prova pela parte contrária.</p>
Testemunhal	Arts. 442 a 463, CPC 2015.	<p><b>a)</b> Parte do relato de terceiros, estranhos ao processo (excetos os indicados no art. 447, <i>caput</i> e §§1º, 2º e 3º, CPC<sup>91</sup> c/c art. 228, <i>caput</i>, CC<sup>92</sup>), sobre suas percepções (sensoriais, não valorativas) acerca do fato em disputa.</p> <p><b>b)</b> As exceções supracitadas podem ser flexibilizadas pelo juiz (art. 447 §§ 4º e 5º, CPC<sup>93</sup>), caso em que o depoente será ouvido como informante.</p> <p><b>c)</b> A fonte da prova testemunhal é a pessoa quando não é parte do processo.</p>

Fonte: Didier Jr. (2016, p. 155-181; p. 245-264); Marinoni (2015, p. 431-550, p.787-848).

<sup>89</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>90</sup> *Ibid.*, grifo nosso.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, DF, 2002.

<sup>93</sup> BRASIL, *op. cit.*

**QUADRO 3 – PROVA PERICIAL, INSPEÇÃO JUDICIAL E PROVA EMPRESTADA.**

<b>Espécie de prova</b>	<b>Dispositivo(s) legal(is)</b>	<b>Principais características</b>
Pericial	Arts. 464 a 480, CPC 2015.	<p><i>a)</i> Opinião técnica e científica prolatada por perito (especialista em determinada área do saber) em assunto que requer conhecimento acima do esperado do homem-médio, a partir da observação das fontes de prova possíveis (pessoa, coisa e fenômeno), e por meio do laudo pericial.</p> <p><i>b)</i> Mesmo em caso de o juiz ser especialista na área do saber necessária, o mesmo não poderá exercer o papel de perito.</p> <p><i>c)</i> Determinada de ofício ou a requerimento das partes.</p>
Inspeção judicial	Arts. 481 a 484, CPC 2015	<p><i>a)</i> Se produz a partir da percepção pessoal do juiz (assistido ou não por perito), ao observar pessoalmente, dentro da competência territorial do juiz, a fonte de prova, que pode ser coisa, pessoa ou fenômeno (este último, não expresso no CPC<sup>94</sup>, mas pode ser interpretado como coisa, ou ser admitido como prova atípica).</p> <p><i>b)</i> Determinada de ofício ou a requerimento das partes.</p>
Prova emprestada	Art. 372, CPC 2015	<p><i>a)</i> Reutiliza prova produzida em outro processo, que ingressa sob a forma documental no processo em voga, promovendo eficiência processual.</p> <p><i>b)</i> Qualquer meio de prova pode ser emprestado e a prova pode ter sido produzida em qualquer tipo de processo (penal, administrativo etc., nacional ou estrangeiro).</p> <p><i>c)</i> Determinada de ofício e observando o contraditório.</p>

Fonte: Didier Jr. (2016, p. 133-6); Marinoni (2015, p. 849-892).

## 2.7 Procedimento probatório

O procedimento probatório é o conjunto de atos praticados pelos sujeitos do processo com a finalidade de instruir o feito com os elementos fáticos necessários à apreciação das pretensões das partes pelo magistrado, possibilitando ao mesmo o exercício da jurisdição. A aludida definição de procedimento probatório encontra amplo respaldo na literatura pesquisada.

Os atos relativos ao procedimento probatório tem a função de instruir o processo, ou seja, de trazer para dentro dos autos judiciais os elementos fáticos pelos meios de prova. Portanto, quando se fala em procedimento probatório é essencial que seja relacionado ao momento da produção prova no processo. Com efeito, a prova pode ser produzida desde o

<sup>94</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

início do processo, ou seja, desde a fase postulatória, como por exemplo, com a juntada de documentos na petição inicial ou na contestação do réu. No entanto, o momento principal de produção de prova é a fase instrutória<sup>95</sup>.

Em linhas gerais, as fases anteriores, postulatória e de saneamento do processo, têm como objetivo preparar a lide para a produção das provas. Na fase postulatória são apresentadas as teses jurídicas e as narrativas das partes, e na fase de saneamento são fixados os fatos e as controvérsias que serão objeto das provas<sup>96</sup>.

Dessa forma, a instrução probatória que ocorre em qualquer fase do processo é a instrução “*lato sensu*”, enquanto, por outro lado, a instrução que ocorre especificamente na fase instrutória (ou probatória) como é denominada de instrução em sentido estrito<sup>97</sup>.

O procedimento probatório é dividido em quatro fases. No entanto, em algumas ocasiões pode haver sobreposição entre duas ou mais destas fases: “A prova documental, por exemplo, é *proposta e produzida* ao mesmo tempo, já com a petição inicial. Seu deferimento, no sentido de ela permanecer ou não nos autos, é questão a ser discutida posteriormente, tanto quanto a sua valoração”<sup>98</sup>.

A primeira fase do procedimento probatório é o requerimento da prova, ato praticado pela parte onde se propõe ao juízo a pretensão de utilizar determinado meio de prova que fundamente suas alegações. Depois de requerida a prova, o magistrado deve analisar sua admissibilidade (segunda fase) conforme seu cabimento e conveniência. A decisão que admite a prova integra a decisão de saneamento (artigo 357, II do CPC<sup>99</sup>) e deve ser fundamentada<sup>100</sup>.

É cabível ainda uma ordenação oficial das provas, que se trata de um complemento às fases de proposição (requerimento) e admissão, em que o juiz, de ofício, determina a

---

<sup>95</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo / Humberto Dalla Bernardina de Pinho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

<sup>96</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira*. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

<sup>97</sup> PINHO, op. cit., p. 686.

<sup>98</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único / Cassio Scarpinella Bueno*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 605, *ebook*, grifo do autor.

<sup>99</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>100</sup> PINHO, op. cit.

produção de determinada prova se achar necessário<sup>101</sup>. Nesse ponto, entra-se no debate acerca dos poderes instrutórios do juiz, tema objeto de embate doutrinário, que será abordado mais adiante.

A terceira fase do procedimento probatório reside no momento de concretização dos meios de prova (juntada de documento, realização de perícia, etc.). As provas orais são tipicamente produzidas na audiência de instrução e julgamento, que não ocorrerá caso não haja necessidade de sua produção<sup>102</sup>.

Por fim, a valoração das provas, última fase do procedimento probatório, é a etapa em que o magistrado avalia, na sentença ou em sede de tutela provisória, os elementos trazidos aos autos e interpreta o conjunto buscando formar sua convicção acerca da verdade, devendo justificar suas motivações de forma lógica e racional – o que redundará na utilização da persuasão racional como sistema de valoração das provas<sup>103</sup>.

No entanto, cabe aqui uma breve distinção: a valoração das provas pode ser individual (avaliar se cada prova guarda correspondência com o fato que pretende demonstrar) ou conjunta, onde se analisa o conjunto probatório, de modo que se possa formar convicção sobre a tese de uma das partes como verdadeira. As valorações individual e conjunta se complementam (pois para que integrem o conjunto, devem ser individualmente aceitas) e ocorrem em momentos distintos do processo<sup>104</sup>.

Da mesma forma como o tema relativo aos poderes instrutórios do juiz, as observações acerca do sistema de valoração das provas serão trazidas oportunamente no capítulo 3, dedicado ao aprofundamento do tema relativo a prova e verdade no processo civil.

---

<sup>101</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

<sup>102</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo* / Humberto Dalla Bernardina de Pinho. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

<sup>103</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015* / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>104</sup> Ibid.

## CAPÍTULO II

### 3 A PROVA JUDICIAL E A PERSECUÇÃO DA VERDADE

O processo de conhecimento está precipuamente voltado para solucionar controvérsias acerca dos fatos alegados pelas partes, ou seja, tem como pressuposto a existência de um ponto controvertido, sobre os quais o julgador se debruça e, por meio do exercício da cognição, busca a melhor solução jurídica para o caso.

Conforme os ensinamentos de Watanabe, “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes [...] que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce [...] do julgamento do objeto litigioso do processo”<sup>105</sup>.

De modo geral, as teses defendidas pelas partes sugerem versões em sentidos diametralmente opostos. Dessa forma, para sustentar suas alegações, que podem ser ou não verdadeiras (total ou parcialmente), as provas (que pretendem demonstrar a veracidade dessas versões conflitantes) são levadas ao processo com o intuito de tentar convencer o juiz, visando obter em seu favor uma decisão que lhes favoreçam.

Não resta dúvida que a ideia de se tentar influir na convicção do juiz por meio das narrativas de fatos e suas respectivas provas é indissociável da relação entre prova e verdade. Afinal, uma decisão judicial terá credibilidade apenas se os elementos formadores da convicção do juiz forem baseados na verdade<sup>106</sup>.

Com efeito, estariam comprometidas a credibilidade e a legitimidade de uma decisão que estivesse manifestamente dissociada de uma aparência de verdade, ou de uma aproximação da verdade.

Portanto, um dos pontos centrais da discussão acerca da prova e da verdade está em revelar qual o papel que o processo e a prova desempenham na persecução da verdade, com o

---

<sup>105</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Perfil, 2005, p. 67.

<sup>106</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

objetivo final de legitimar a decisão judicial, que tenha sido orientada ao máximo pela busca da verdade.

Conforme será explanado ao longo deste capítulo, o marco teórico adotado defende que a prova e o processo judicial não têm como objetivo o desvelo da essência da verdade dos fatos que se propõe, mas de servir como instrumento por meio do qual o Estado-juiz busca promover a pacificação social, finalidade que consiste na realização dos valores humanos, prezando pelo bem comum e buscando a realização da justiça por meio do processo.<sup>107</sup>

### 3.1 Do limite ao acesso à verdade real.

As ideias mais modernas acerca da relação entre prova e verdade partem da premissa de que a reconstrução da verdade real é inatingível, não podendo ser alcançada não somente nas ciências jurídicas, mas em qualquer área do conhecimento humano<sup>108</sup>.

Isto se dá pela própria falibilidade humana. Os fatos são trazidos para dentro do processo por meio da narrativa das partes que descrevem sob seus pontos de vista o que entendem ser a realidade. O magistrado, principal destinatário da prova, tem acesso apenas a estas narrativas, e de forma nenhuma ao fato em disputa. Se tivesse, estaria comprometida a sua imparcialidade, pois o “conhecimento sobre o fato é o daqueles que tiveram contato com o acontecimento”<sup>109</sup>.

Desse modo, há três motivos que impedem o atingimento da verdade substancial por meio do processo: (i) a impossibilidade temporal de o juiz ter presenciado o fato em questão, só podendo acessar as informações sobre os mesmos por meio da subjetividade de quem os relatar; (ii) o juiz deve, sozinho, resolver o caso aplicando o que ele entender como “verdade”,

---

<sup>107</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 32.

<sup>108</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil, volume único*. 10. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivum, 2018.

<sup>109</sup> SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs). *Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buriel de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 292.

a partir de elementos que são trazidos por partes que defendem pontos de vista diametralmente opostos; e (iii) a própria inalcançabilidade da verdade<sup>110</sup>.

Com efeito, pensar o juiz como alguém que, utilizando-se dos mecanismos processuais disponíveis, tenha a capacidade e a incumbência de resolver as controvérsias a si postas revelando a verdade absoluta para satisfazer o que se espera de justiça, seria necessário que o mesmo fosse dissociado das características e limitações inerentes ao ser humano. O máximo que dele se pode exigir “[...] é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas”<sup>111</sup>.

Portanto, resta ao magistrado imaginar o que aconteceu na realidade, influenciado tanto pelo subjetivismo dos relatos das partes quanto pelas suas próprias experiências e características psicossociais. O filtro do subjetivismo de quem passa o conteúdo e de quem o recebe cria distorções entre o que de fato aconteceu e a versão que se apresenta.

Assim, entende Marinoni que “A reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre é influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram ou ainda daquele que (como o juiz) há de receber e valorar a evidência concreta”<sup>112</sup>. Apesar disso, muito se associa pela doutrina e pelos operadores do direito a verdade ao resultado alcançado pela instrução probatória e pela reconstrução dos fatos. As normas jurídicas, em geral, impõem consequências aos que a ela se submetem por conta de fatos passados. Aplicar eventual sanção em virtude de um fato que se tem dúvida se aconteceu (total ou parcialmente, da forma com que se alegou ter acontecido) desvirtuaria por completo a teoria da norma jurídica, pois “[...] mesmo não se verificando o antecedente, incidiu o consequente”<sup>113</sup>.

É justamente partindo desse raciocínio que não se pode compreender uma teoria da legitimação da decisão judicial baseada no atingimento da verdade dentro do processo. Caso

---

<sup>110</sup> COTTA, Sérgio, 1995, p. 225 apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 45.

<sup>111</sup> Ibid, p. 40.

<sup>112</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 [livro eletrônico] / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 292, ebook.

<sup>113</sup> MARINONI, op. cit., p. 46, grifos do autor.

assim fosse, o objetivo de atribuir legitimidade às decisões estaria fadado ao fracasso, pois seria pautado por uma “falsa impressão de que o juiz se limita, no julgamento, a um simples silogismo, a um juízo de subsunção do fato à norma [...]”<sup>114</sup>.

Na verdade, o que a atividade judicante pode se permitir “é chegar a um resultado que se assemelhe à verdade, um conceito aproximativo, baseado muito mais na convicção do juiz de que esse é o ponto mais próximo da verdade que pode atingir do que, propriamente, em algum critério objetivo”<sup>115</sup>.

Além da limitação do alcance à verdade, o próprio direito probatório divide sua atenção entre a persecução da verdade e outros valores a serem resguardados, “[...] (como a intimidade, o silêncio etc.) ou ainda condicionando a eficácia do meio probatório à adoção de certas formalidades”, o que leva à percepção de que “[...] o compromisso que o direito tem com a verdade não é tão inexorável como aparenta ser”<sup>116</sup>.

Não apenas o processo é incapaz de reconstruir a verdade, como há ainda circunstâncias em que sua busca sequer é permitida: “Pense-se, por exemplo, na exclusão das provas ilícitas, nas vedações legais ao emprego de determinados meios de prova em certas circunstâncias”<sup>117</sup>.

Muito embora, como dito, o processo e a prova não tenham a pretensão de se alcançar a verdade substancial, isso não significa que não exista compromisso da atividade jurisdicional com a verdade. O que se objetiva é a maior aproximação possível dela, de forma que se possa legitimar a decisão por meio da verdade que se pode verificar dentro dos enunciados formados a partir da prova e dos fatos<sup>118</sup>.

Nesse caso, se é impossível ao julgador alcançar a verdade em sua essência, o que lhe resta é julgar conforme aquilo que ele está convencido de ser a verdade, devendo “recusar

---

<sup>114</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 46.

<sup>115</sup> Ibid, p. 46.

<sup>116</sup> Ibid, p. 40.

<sup>117</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 [livro eletrônico] / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.292, ebook.

<sup>118</sup> SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs). *Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buriel de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 300.

qualquer construção probatória que redunde em situação manifestamente contrária à realidade verificada”<sup>119</sup>.

A compreensão de que a prova e todo o processo de conhecimento são incapazes de reproduzir a verdade absoluta é o que justifica a convicção como meio de se chegar a uma verdade possível<sup>120</sup>. Reconhece-se a impossibilidade do acesso à realidade, aceitando-se uma conclusão que melhor representa a ideia que se tem da verdade. Nesse sentido:

Assume-se a possibilidade de que o que se conhece da realidade estar errado, mas admite-se que existem descrições mais razoavelmente fundamentadas do que outras, ou, pelo menos, descrições cujo erro ainda não foi demonstrado, as quais devem ser preferidas em relação a outras menos satisfatórias ou de equívocos já demonstrados e mais evidentes<sup>121</sup>.

Em verdade, o que se pretende com a instrução probatória é provar que a alegação *do fato constitutivo do direito da parte* é verdadeira (não atingir a verdade real). Caso não assim fosse, a insistência na perquirição pela essência da verdade dos fatos comprometeria a estabilidade processual, pois qualquer que fosse o resultado da decisão de mérito, sempre seria possível que a parte vencida trouxesse novos elementos probatórios para valoração, tornando interminável a controvérsia<sup>122</sup>.

Dentro do raciocínio explicitado, fica evidente que a prova e o processo judicial não têm como finalidade a descoberta da verdade em sua essência. Há sim, uma orientação de buscar a verdade, mas não de tentar reconstruí-la (o que seria humanamente impossível).

Portanto, a missão do juiz dentro do processo não poderia extrapolar suas capacidades enquanto ser humano, limitando-se ao exercício hermenêutico como meio de solucionar as controvérsias dentro de critérios legítimos de validade. Atente-se, pois, à lição de Lênio Streck:

---

<sup>119</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 [livro eletrônico] / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.293, ebook.

<sup>120</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 99.

<sup>121</sup> SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Os Poderes Instrutórios do Juiz no Novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buri de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 321-2.

<sup>122</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

[...] a instrução probatória não se presta à reconstrução de fatos pretéritos (digamos assim, em sua pureza ontológica). Estes já se foram, restando ao magistrado o dever de avaliar as interpretações individuais deduzidas em juízo e submetê-las ao exercício hermenêutico (reconstrução da história institucional dos fenômenos), a fim de legitimar a atuação judicial e com isso conferir validade a uma versão, mesmo que o resultado final não encontre o consenso dos interlocutores<sup>123</sup>.

No livro *Prova e Verdade*, Tavares corrobora a tese aqui trazida e refutam a existência de uma verdade real, traçando um breve e esclarecedor resumo sobre como deve se orientar a busca pela verdade no processo:

Assim, no Brasil, os códigos processuais, civil e penal, dispõem justamente acerca da validade da prova da verdade, que deverá seguir um trâmite que não cause surpresa às partes (livre acesso), que amplie sua participação no discurso relacionado ao seu enunciado (contraditório), que seja adequada e idônea ao fato que se quer provar e que não seja obtida por meios ilícitos. A busca da verdade não é, assim, orientada para a obtenção da verdade substancial, mas apenas da verdade provavelmente admitida. Não vigora mais, assim, no processo a busca da verdade real. Até porque, como já se disse, não existe essa suposta verdade real. Seria uma pretensão audaciosa do direito entender que o juiz possa fazê-lo unicamente pelos instrumentos legais<sup>124</sup>.

### 3.2 Princípio da verdade real

Historicamente, o direito processual está ligado à ideia de busca pela verdade substancial de longa data. Já na Roma antiga se via o “culto à verdade” quando, por exemplo, o juiz deixava de julgar o caso se entendesse que não foi possível alcançar a verdade (*non liquet*). No período do iluminismo, o juiz era tido como um mero “executor das diretrizes do Legislativo” em virtude dos ideais liberais da época com a necessidade de emancipação dos abusos da aristocracia<sup>125</sup>.

Ainda nos dias de hoje, o alcance da verdade real parece ser valorizado em alguns casos, como por exemplo, na coisa julgada *secundum eventum litis*, onde a decisão não faz coisa julgada material em caso de insuficiência de provas (o que, em última análise, seria

<sup>123</sup> STRECK, Lenio Luiz. Comentários aos arts. 369 a 372. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016b. p. 997, *ebook*.

<sup>124</sup> TAVAREZ, Juarez. *Prova e verdade [livro eletrônico] / Juarez Tavares; Rubens Casara*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 147, *ebook*.

<sup>125</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 32-3.

análogo à aplicação do *non liquet*) ou na possibilidade de o juiz produzir provas em prol de uma mais ampla perquirição da verdade<sup>126</sup>.

Conforme será exposto no item 3.3, à luz da compreensão filosófica da hermenêutica, a ideia de alcance verdade real ou da possibilidade de alcance de uma essência da verdade não encontra lugar no referencial teórico moderno: “A verdade é um conceito intersubjetivo, superando, por isso, a noção de verdade subjetivista-solipsista [...] e a verdade como adequação do intelecto com a coisa [...] onde se insere o malsinado “princípio” (sic) da verdade real [...]”<sup>127</sup>.

Dessa forma, a instrução probatória não tem como objetivo reconstruir fatos pretéritos, mas de fornecer ao julgador elementos capazes de submeter as narrativas das partes ao exercício da hermenêutica, de modo que, por meio de sua cognição, possa validar determinada versão dos fatos<sup>128</sup>. Por essa razão, rejeita-se o cabimento de um princípio da verdade real no sistema processual civil na atualidade.

Por outro lado, Theodoro Júnior dedica espaço para afirmar a existência do princípio da verdade real, pois “o compromisso com sua ampla busca [da verdade real] é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental”<sup>129</sup>.

Tal posicionamento exemplifica a existência de quem faça menção à esse princípio na literatura jurídica. O autor não discorda que a verdade real é algo inatingível, nem que o processo não está principalmente voltado para sua busca. Mas defende a existência deste princípio como um orientador de que a verdade seja sempre buscada no processo. Um fim que não será atingido em sua essência, mas que busca uma composição mais justa da lide, por evitar grandes desvios em razão da prática de abusos e arbitrariedades<sup>130</sup>.

---

<sup>126</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>127</sup> STRECK, Lenio Luiz. Comentários aos arts. 369 a 372. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016b, p. 997, *ebook*.

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum / Humberto Theodoro Júnior*. 60. ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 112, *ebook*.

<sup>130</sup> *Ibid.*

### 3.3 Verdade e hermenêutica

Adotou-se até aqui a premissa de que a essência da verdade é inalcançável e que o convencimento do juiz acerca da verdade se faz por meio da interpretação de narrativas associadas às provas. Por trás desta ideia há o conceito filosófico da hermenêutica. Bastante refletida na perspectiva mais moderna no processo civil brasileiro, a filosofia da hermenêutica é explorada por Lênio Streck, à luz da contribuição do filósofo moderno Hans-Georg Gadamer para o tema.

De acordo com o marco teórico aqui adotado, torna-se de grande valia para o presente trabalho a compreensão da hermenêutica filosófica e como ela influenciou na hermenêutica jurídica. Ora, se o intuito do estudo da prova aqui proposto é de aprofundar sua relação com a verdade (categoria a qual é intimamente ligada) faz-se necessário entender as raízes que embasam as ideias atuais de busca pela verdade dentro do processo.

A verdade sempre foi (e ainda é) um objeto de investigação da maior parte das áreas do conhecimento humano. Na antiguidade, o paradigma da verdade partia de uma relação objetivo-subjetiva, na qual “o sujeito cognoscente nada mais faz do que descobrir aquela essência, preexistente no objeto”<sup>131</sup>.

Este paradigma foi totalmente superado e, a partir do racionalismo científico surgido no período do iluminismo, foi substituído pelo paradigma sujeito-objeto: nessa corrente, “os objetos somente existem porque o sujeito pode conhecê-los. Desloca-se [...] o núcleo de interesse do objeto para o sujeito”<sup>132</sup>. Forma-se, portanto, a chamada “filosofia da consciência”<sup>133</sup>.

No artigo *Da Epistemologia da Interpretação à Ontologia da Compreensão: Gadamer e a tradição como background para o engajamento no mundo (ou: uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim)*, Streck e Dezordi Wermuth tratam da ruptura com o paradigma da

---

<sup>131</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 40.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>133</sup> STRECK, Lênio Luiz; DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. *Da Epistemologia da Interpretação à Ontologia da Compreensão: Gadamer e a tradição como background para o engajamento no mundo (ou: uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim)*. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro. vol. 6. núm. 10. p. 111-142, 2015, p. 115.

filosofia da consciência, com a emancipação de da filosofia hermenêutica, proposta por Gadamer, que influencia fortemente a hermenêutica jurídica atual<sup>134</sup>.

Como dito, no contexto da filosofia da consciência preconizava-se uma relação sujeito-objeto onde se acreditava que o único meio de se obter respostas corretas (verdadeiras) sobre os fenômenos e coisas é submetendo-as ao método científico (a razão). Trata-se de regras que orientam o pensamento humano em direção ao desvelo da essência da realidade. Pressupunha-se, portanto, que sobre todos os objetos de pensamento humano há uma verdade real, universal e acima de qualquer experiência e cultura que “contamina” o pensador<sup>135</sup>.

Acreditava-se que o conjunto de experiências pretéritas e a cultura humana comprometia o pensamento, desviando-o do caminho a ser seguido até o encontro da verdade absoluta. Nesse sentido, “questões relativas ao passado, à tradição, [eram tidas] como sinônimos de ignorância. O racionalismo científico, em sua busca pelo método, se distancia do mundo que o precede”<sup>136</sup>.

A crítica de Gadamer<sup>137</sup> vai no sentido de mudar o paradigma do *locus* da racionalidade. Todo objeto passível da observação humana só recebe significado dentro da própria linguagem e, portanto, da tradição, da experiência, da interação humana, da cultura e da comunicação. O ponto principal não é o objeto em si e nem o sujeito guiado pelo método, mas as formas como as pessoas interagem com o objeto e entre si, sendo capazes de significar e ressignificar os objetos, ao longo do tempo, pela tradição.

Nesse contexto, a hermenêutica tradicional era “compreendida como um mero conjunto de métodos ou critérios que objetivam o estabelecimento da verdade, das certezas”<sup>138</sup>, ou seja, era pensada dentro do racionalismo científico. A contribuição de Gadamer<sup>139</sup> foi propor que a hermenêutica não é um método científico, mas uma filosofia.

---

<sup>134</sup> STRECK, Lenio Luiz; DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. Da Epistemologia da Interpretação à Ontologia da Compreensão: Gadamer e a tradição como background para o engajamento no mundo (ou: uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro. vol. 6. núm. 10. p. 111-142. 2015.

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Ibid, p. 113

<sup>137</sup> GADAMER, Hans-Georg, 1983 apud Ibid.

<sup>138</sup> Ibid., p. 125.

<sup>139</sup> GADAMER, Hans-Georg, 1983 apud Ibid.

Portanto, a premissa de que a verdade só pode ser alcançada pelo método é questionada. Ao extrair do objeto toda a interpretação humana que o precede, lançando-o a um *status quo* universal que independe de qualquer significado pré-estabelecido pelo homem, ele se afasta da verdade. Nesse sentido:

[...] a hermenêutica gadameriana rejeita a pretensão de verdade contida no método científico porque entende que *a consciência subjetiva não é o fiat [sic] inaugural da empresa cognoscente. Quer dizer, não existe um cogito absoluto ou uma razão transcendental [...].* Para Gadamer, essas atitudes teóricas são insuficientes como fundamentos da inteligência compreensiva, pois, na medida em que desconhecem a historicidade da consciência e (pior ainda) ignoram o caráter histórico das suas próprias incursões epistêmicas, acabam promovendo uma fuga metafísica que imagina ser capaz de se despojar dos apelos da realidade e da tradição, desenraizando a consciência do mundo<sup>140</sup>.

Contrariando o que prega a racionalidade científica, a própria definição de “racional”, bem como tudo que é reputado como racional, só assim o é em função das experiências pré-existentes sobre o objeto, ou seja, em função da tradição. “Em outras palavras, a razão é justamente aquilo que é transmitido na tradição”<sup>141</sup>. As experiências pré-existentes tornam impossível ao indivíduo realizar qualquer julgamento sobre as coisas desvinculado da tradição e da cultura em que está inserido.

Concebe-se, portanto, a hermenêutica como interpretação a partir da compreensão do “modo de ser do intérprete”<sup>142</sup>, carregando tudo que já vem consigo (cultura, experiências etc.) até o momento da aplicação da hermenêutica. A linguagem, de onde parte a interpretação, não é algo à parte do sujeito que interpreta e do objeto a ser interpretado, pois o sujeito só consegue interpretar através da linguagem.

[...] o intérprete falará a partir da tradição, de uma situação hermenêutica. É impossível o intérprete situar-se fora da tradição. [...] Daí a noção de compreensão enquanto condição de possibilidade da interpretação. No *compreendido está o compreendedor [sic]*. Cada interpretação é uma nova interpretação. Cada texto jurídico gera novos sentidos. Por isto é impossível reproduzir sentidos; sempre atribuímos (novos) sentidos<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> CÔRTEZ, Norma, 2006, p. 281 apud STRECK, Lenio Luiz; DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. Da Epistemologia da Interpretação à Ontologia da Compreensão: Gadamer e a tradição como background para o engajamento no mundo (ou: uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 6. núm. 10. p. 111-142. 2015, p. 115, grifo do autor.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>142</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica a construção do Direito / Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 313, *ebook*.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 314, *ebook*, grifos do autor.

No campo da hermenêutica jurídica, cada elemento que se torne objeto do julgador não terá em si um sentido único, intrínseco, indissociável da sua natureza. Há de se submeter à cognição do interlocutor (juiz) que, em conjunto com todos os demais envolvidos (e suas respectivas tradições) – como as partes do processo quando produzem provas – vão construir um determinado sentido naquele contexto<sup>144</sup>. Nesse sentido:

[...] a hermenêutica surge – e a contribuição gadameriana nesse sentido é inestimável – exatamente para superar eventuais assujeitamentos [...] do objeto. Não mais se admite, em um Estado que se diz Democrático de Direito, que a subjetividade do juiz prepondere em relação ao texto da Constituição. Não fosse assim, todas as lutas pela implantação desse modelo de Estado perderiam o seu sentido<sup>145</sup>.

Assim, afirmam Streck e Dezordi Wermuth que “Em Gadamer, o interpretar será justamente o explicitar, de modo argumentativo, o (desde sempre) compreendido. Ou seja, a pré-compreensão assume a posição de condição de possibilidade para a tomada de decisões”<sup>146</sup>.

Neste modelo de atuação judicante a segurança jurídica fica assentada por dois pilares importantes: (i) a ordem jurídica, que limita o julgador aos preceitos legais, evitando-se arbitrariedades e (ii) a aplicação da hermenêutica, de modo que os sujeitos do processo contribuam, em conjunto, para a “complementação produtiva do direito”<sup>147</sup>.

### 3.4 A (extinta?) distinção entre verdade material e verdade formal

A literatura clássica do direito processual costumava criar duas categorias de verdade: a verdade material (substancial, real) e verdade formal (processual). Como já visto, a verdade material (substancial, real) está voltada para uma essência do objeto, cujo acesso é impossível em face da limitação humana.

<sup>144</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica a construção do Direito / Lenio Luiz Streck*. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, ebook.

<sup>145</sup> STRECK, Lenio Luiz; DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. Da Epistemologia da Interpretação à Ontologia da Compreensão: Gadamer e a tradição como background para o engajamento no mundo (ou: uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro. vol. 6. núm. 10. p. 111-142. 2015, p. 136.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>147</sup> GADAMER, Hans-Gerog, 2012a, p. 432-433 apud *Ibid.*

Dessa forma, diante da existência de uma verdade material a ser perseguida criou-se uma segunda categoria de verdade – a verdade formal (ou processual) – buscando justificar a aceitabilidade de uma verdade menos completa, mas que dentro de determinado contexto (o processo) seria apta a informar a decisão do julgador.

Com efeito, as diversas regras existentes no Código de Processo Civil tendentes a disciplinar formalidades para a colheita das provas, as inúmeras presunções concebidas *a priori* pelo legislador e o sempre presente temor de que o objeto reconstruído no processo não se identifique plenamente com os acontecimentos verificados *in concreto* induzem a doutrina a buscar se satisfazer com outra “categoria de verdade”, menos exigente que a verdade substancial<sup>148</sup>.

Nesse sentido, a verdade processual “é aquela refletida no processo, e [apenas] *juridicamente* apta a sustentar a decisão judicial. [...] não há necessidade de identificação absoluta do conceito extraído com a essência do objeto. [...] O conceito de verdade formal identifica-se muito mais com uma ‘ficção’ da verdade”<sup>149</sup>.

Observa-se, portanto, uma diferença entre o grau de verdade aceito pelas concepções de verdade material e formal. Nisso reside um problema: admitir que o processo civil se contenta com a verdade formal significa que, com frequência, as decisões judiciais serão alicerçadas por uma verdade fraca, imperfeita, ou até mesmo que não guarde nenhuma proximidade ou relação com a verdade.

Isto, pois, uma vez instruído o processo, o juiz não deveria hesitar em formular a sua imagem sobre a realidade com base no que está nos autos, ainda que ele soubesse que o resultado de tal reconstrução destoa da verdade. É a preferência pela forma em detrimento do conteúdo<sup>150</sup>.

Um argumento que tenta justificar o conceito de verdade formal diz que, enquanto categoria oposta à verdade substancial, esta última estaria relacionada ao processo penal pelo suposto fato de que tal matéria versa sobre direitos mais relevantes, enquanto a verdade

---

<sup>148</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 35.

<sup>149</sup> *Ibid.*, grifo do autor.

<sup>150</sup> *Ibid.*

material – uma verdade mais precária – seria suficiente para o processo civil, que supostamente trata sobre direitos menos relevantes<sup>151</sup>.

Esta perspectiva é ultrapassada e não se reflete mais na concepção moderna do direito processual. Não se reputa verdadeira a assertiva de que a relevância do processo penal é maior do que a do processo civil, pois este também trata de direitos fundamentais.

É evidente que, apesar de a verdade ser algo inalcançável, não deve deixar de ser perseguida, sendo essa busca fator de legitimação da própria decisão judicial. Diferentes tratamentos da intensidade de tal busca, que poderia ser diferente no campo penal e civil – com o que desde já discordo –, nada têm a ver com o instituto da verdade; daí a caducidade de termos como "verdade formal" e "verdade material"<sup>152</sup>.

Como já visto, o problema da verdade real é sua abstração e impossibilidade de reconstrução. O único conhecedor de determinada circunstância seria aquele que vivenciou o acontecimento. Mesmo assim, qualquer versão que se tente reconstruir a partir desse testemunho estaria contaminada pela subjetividade e pela limitação dos próprios sentidos do narrador, sendo impossível que se repasse ao seu interlocutor uma reprodução real do sentido do fenômeno observado.

Dessa forma, não faria sentido a existência de uma segunda categoria de verdade. Lênio Streck<sup>153</sup>, partindo da sua proposta hermenêutica, vai além: entende que a distinção entre verdade formal e verdade real não só é ultrapassada como foi extinta por força do disposto no CPC de 2015<sup>154</sup>.

Há que ter presente, portanto, que o CPC não admite o uso de artifícios retóricos como a invocação da “verdade real”, como se a “essência de um fato” pudesse ser buscada sem as (inter)mediações exprimidas em e na linguagem jurídica; mas também não permite que a verdade seja o resultado de percepções individuais de mundo, como se o livre convencimento “motivado” pudesse autorizar exercícios arbitrários de interpretação. [...] O CPC faz cair por terra, destarte, a velha distinção entre verdade formal e verdade real<sup>155</sup>.

<sup>151</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil, volume único*. 10. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivum, 2018.

<sup>152</sup> Ibid, p. 726.

<sup>153</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica a construção do Direito / Lenio Luiz Streck*. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. *ebook*.

<sup>154</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>155</sup> STRECK, Lenio Luiz. Comentários aos arts. 369 a 372. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck*,

No entanto, Neves ressalta que “Apesar da caducidade das expressões ora analisadas, cumpre registrar que os termos continuam a ser utilizados por parte da doutrina e pela jurisprudência, sendo comumente associada a expressa verdade real ou material ao poder instrutório do juiz”<sup>156</sup>.

Nesse sentido, sob outro prisma, Theodoro Júnior lembra que o CPC<sup>157</sup>, por admitir a presunção de fatos que não dependem de provas, exemplificada em diversos artigos, abre algum espaço para que se decida com base em uma verdade mais precária – uma verdade apenas formal<sup>158</sup>.

O autor, portanto, aparenta discordar que a distinção entre verdade formal e material tenha se tornado completamente obsoleta e extinta, ainda lançando mão destas categorias para justificar situações ainda presentes após o advento do CPC<sup>159</sup>. Confira-se o trecho onde reside tal entendimento:

Deve-se lembrar que o Código de Processo Civil admite, em várias hipóteses, a presunção de veracidade de fatos que não chegam a ser objeto de prova (arts. 341, 344, 374, IV, do NCPC, art. 750 do CPC/1973, em vigor em razão dos arts. 1.052, 307 do NCPC etc.), o que leva à conclusão de que, não raro, a sentença será dada à base de verdade apenas formal. Isso, todavia, não elimina o seu compromisso com a verdade real, pois, antes de acolher qualquer presunção, a lei sempre oferece à parte oportunidade de alegar e provar a efetiva veracidade dos fatos relevantes à acolhida da ação ou da defesa<sup>160</sup>.

### 3.5 Sistema de valoração das provas: a extinção do “livre” convencimento.

O sistema de valoração das provas no processo civil brasileiro sofreu alterações importantes que foram consolidadas com o advento do NCPC<sup>161</sup>. Antes de demonstrar em que consistem tais alterações, cabe fazer um breve regresso sobre os modelos anteriormente existentes.

---

*Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016b, p. 997, ebook.*

<sup>156</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil, volume único*. 10. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivum, 2018.

<sup>157</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>158</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum / Humberto Theodoro Júnior*. 60. ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *ebook*.

<sup>159</sup> BRASIL, op. cit.

<sup>160</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 113, *ebook*.

<sup>161</sup> *Ibid.*

O sistema mais antigo e já completamente superado é o critério legal de valoração das provas. Aqui, as provas possuem valores pré-determinados e são hierarquicamente organizadas. Basicamente, o juiz tem a função apenas de declarar o resultado aferido a partir do valor da prova<sup>162</sup>. Dispensam-se profundas análises para se chegar à conclusão de que esse sistema tende a produzir decisões que não guardam qualquer relação com a busca de uma aproximação da verdade dos fatos.

Totalmente superado, o critério legal dá lugar a um sistema cujos parâmetros de valoração da prova se invertem por completo. Enquanto no primeiro, o juiz atua basicamente como um autômato, sem exercer qualquer juízo de convicção própria, no livre convencimento o critério utilizado pelo juiz é a sua íntima convicção acerca da verdade dos fatos<sup>163</sup>.

Conforme se depreende da leitura do artigo 131 do antigo CPC<sup>164</sup>, o sistema do livre convencimento era o adotado pelo processo civil brasileiro antes do atual diploma. Apesar de exigir a exposição dos motivos do convencimento, o problema da liberdade mencionada no dispositivo reside nas interpretações desse dispositivo geradas, sobretudo pela jurisprudência, que possibilitaram a ocorrência de arbitrariedade por parte do julgador no momento da valoração de provas<sup>165</sup>.

Tais interpretações justificavam que o julgador pudesse se valer de sua íntima convicção acerca dos fatos, sendo livre para apreciar as provas que escolher, na forma e na profundidade que achar conveniente, atribuindo-lhes o valor que preferir, não podendo se furtar de fundamentar sua decisão, mas permitindo que sua fundamentação apenas explicasse a razão da decisão, sem abordar o motivo pelo qual determinada prova ou argumento não foi aceito ou analisado<sup>166</sup>.

Nesse sentido, o julgador poderia, por exemplo, inadmitir determinada prova sem justificar objetivamente o motivo pelo qual a prova não é cabível, assim exercendo sua

---

<sup>162</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum / Humberto Theodoro Júnior*. 60. ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *ebook*.

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 1973.

<sup>165</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit.

<sup>166</sup> *Ibid.*

suposta prerrogativa de livre apreciação da prova. O resultado dessa atuação é a prolatação de uma decisão com caráter de convicção pessoal, subjetiva, cujo sensível critério é a suficiência de sua cognição. Encontra-se exemplo desse possível cenário no seguinte trecho do artigo científico produzido por Stela Tannure Leal:

Ao realizar esta inadmissão de prova, o julgador antecipa o momento final da atividade probatória, uma vez que valora a prova ainda não produzida como idônea ou inidônea, resultando numa lesão potencial ao contraditório ou, mais precisamente, ao direito à prova da parte. A parte, ao ter inadmitida sua prova por ‘suficiência de convencimento’, é impedida de colaborar para a construção da verdade. Além disso, a parte é pega de surpresa por uma decisão que opta pela inadmissibilidade da prova requerida sem obediência a um padrão lógico ou previsível, porque o julgador não pode precisar em termos ‘não pessoais’ o que seja esta suficiência de conhecimento<sup>167</sup>.

Como consequência desse comportamento cria-se a possibilidade de se ter decisões embasadas por uma versão dos fatos formada por meio da convicção do julgador que se dissocia (total ou parcialmente) da verdade. Se por um lado, a essência da verdade absoluta é impenetrável, por outro, não se pode conceber um processo justo onde a justificação da atividade jurisdicional pode ser totalmente desconexa dos fatos e das provas, e, portanto, distante da verdade que se deveria buscar.

Com efeito, a nossa Carta Magna<sup>168</sup>, ao enaltecer valores como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal e o Estado democrático de direito, criou um ambiente favorável ao questionamento de práticas arbitrárias e abusos do poder estatal, onde a ideia de um processo potencialmente inquisitório pautado pelo livre convencimento não se coaduna mais com os princípios democráticos. Deste modo, esse sistema de valoração das provas foi amplamente debatido pelos processualistas e, aos poucos, foi sendo desconstruído.

Dentre os principais nomes da doutrina processual brasileira, um dos expoentes da crítica ao livre convencimento é Lênio Streck, inspirado em suas considerações acerca da hermenêutica gadameriana, como explicitado no item 3.4. Streck conta, de maneira sintética, sua influência na construção no CPC<sup>169</sup>, mormente à provocar a extinção do livre convencimento da atual sistemática processual civil:

---

<sup>167</sup> LEAL, Stela Tannure. Prova Relevante x “Cognição Suficiente”: Da necessidade de reconstrução de conceitos em matéria probatória para a emersão do contraditório como influência. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 797-834, jan/jun. 2014, p. 800.

<sup>168</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

<sup>169</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

Por emenda supressiva do relator Paulo Teixeira, atendendo à minha sugestão e contando com a aquiescência [sic] de Fredie Didier, Dierle Nunes e Luis Henrique Volpe, todas as referências de que-o-juiz-teria-o-poder-de-livre-convencimento [sic] foram colocadas em um exílio epistêmico. Isto é: foram retiradas do ordenamento processual<sup>170</sup>.

Para este jurista, a hermenêutica filosófica é incompatível com a possibilidade de um livre convencimento, pois toda decisão jurídica é fruto de um conjunto de ideias pré-estabelecidas que constituem a formação política, social e jurídica em determinado momento da história<sup>171</sup>. Portanto, a decisão judicial sobre o caso concreto em dado momento, atrelado ao aparato do direito de seu tempo, está amarrada a tudo que já foi construído ao longo da história institucional do direito<sup>172</sup>. Não pode se tratar de uma livre escolha do julgador, isolada no tempo e no espaço, fora de qualquer contexto em que, tanto ele quanto todos os demais atores do processo, se inserem.

Qualquer que seja o ponto de partida do julgador, os critérios que forem utilizados sempre vão decorrer de uma interpretação sobre a lei e o caso concreto que não possuem um sentido *a priori* a ser reproduzido. O que se faz, na verdade, é dar um novo sentido a cada interpretação que se faça no caso concreto, que se estrutura em conformidade com o sentido do direito atribuído pela sociedade<sup>173</sup>.

Desta forma, a atuação do juiz, à luz da hermenêutica gadameriana, “não pode, ao compreender/aplicar a lei, amparar-se em arbitrariedades, solipsismos, concepções particulares de mundo [...] decidir conforme a sua consciência”<sup>174</sup>. É nesse sentido que a provocação de Streck toca o livre convencimento. Trata-se da crítica ao decisionismo, à

---

<sup>170</sup> STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC. In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buri de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire*. Salvador: Juspodivm, 2016c, p. 369, grifos do autor.

<sup>171</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. *ebook*

<sup>172</sup> Ibid.

<sup>173</sup> Ibid.

<sup>174</sup> STRECK, Lenio Luiz; DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. Da Epistemologia da Interpretação à Ontologia da Compreensão: Gadamer e a tradição como background para o engajamento no mundo (ou: uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro. vol. 6. núm. 10. p. 111-142. 2015, p. 28.

subjetividade das decisões que ferem, em última instância, a segurança jurídica e os ideais de um Estado democrático de direito<sup>175</sup>.

Dentro desse contexto, além de Streck, parte da doutrina jurídica já discutia (antes do CPC de 2015) sobre esta problemática e defendia que o sistema adotado pelo processo civil brasileiro é o da persuasão racional, rechaçando a possibilidade de uma liberdade de apreciação das provas por parte do juiz que fosse desvinculada dos elementos probatórios dos autos. Assim se posicionam Cintra, Grinover & Dinamarco sobre o tema:

O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos [...], mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais [...]. Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser *motivado* [...], não podendo o juiz desprezar as regras legais porventura existentes [...] e as máximas de experiência [...]<sup>176</sup>.

Como fruto desse amplo debate, o NCPC trouxe uma importante inovação sobre o sistema de valoração de provas. Para entendê-la mais facilmente, faz-se necessário comparar as redações do artigo 131 do CPC de 1973 e seu correspondente no CPC de 2015, o artigo 371. Confira-se:

**QUADRO 4 – COMPARATIVO ENTRE OS ARTS. 131 (CPC 1973) E 371 (CPC 2015).**

Artigo 131, CPC 1973	Artigo 371, CPC 2015
<p>“O juiz <u>apreciará livremente</u> a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”<sup>177</sup>.</p>	<p>“O juiz <u>apreciará a prova</u> constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as <b>razões</b> da formação de seu <u>convencimento</u>”<sup>178</sup>.</p>

Fonte: Código de Processo Civil (1973); Código de Processo Civil (2015).

Como se vê, o termo “livremente”, sob o qual se pautava o sistema do livre convencimento na égide do CPC de 1973, não foi replicado no artigo 371 do CPC de 2015.

<sup>175</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. *ebook*.

<sup>176</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 76-7.

<sup>177</sup> BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 1973, grifo nosso.

<sup>178</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015, grifo nosso.

No entanto, não se trata de um descuido do legislador. Não por coincidência, todas as demais menções ao referido vocábulo presentes no CPC de 1973<sup>179</sup> (artigos 353, 386, 439 § único e 1.107) não foram reproduzidas no CPC de 2015<sup>180</sup>, evidenciando ser uma supressão intencional<sup>181</sup>.

É possível aqui invocar, a *contrario sensu*, o antigo brocardo romano que diz que a lei não contém palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*). No caso, o silêncio quanto à liberdade de apreciação das provas não foi em vão: ele representa expressamente a vontade do legislador em abandonar o sistema do livre convencimento.

Mais que isso, o texto do artigo 371<sup>182</sup> do CPC de 2015 também sugere que as decisões acerca da valoração das provas sejam não somente motivadas, mas racionalmente fundamentadas. Com isso, desvincula-se o exercício da valoração da íntima convicção do julgador, pois agora, deverão ser usados critérios racionais de justificação, o que permite que esses critérios de justificação possam ser controlados.

Como se vê, não basta apenas que a decisão se *funde em critérios racionais*, pois é preciso, ademais, que o juiz *justifique racionalmente a sua decisão*. [...] Quando do controle de racionalidade da justificação será possível verificar se a versão fática está evidenciada por meio de provas e se os critérios de valoração da prova e de relação entre as várias hipóteses fáticas e as provas, especialmente as regras de experiência, são dotados de racionalidade<sup>183</sup>.

Dessa forma, parte da doutrina afirma que o CPC<sup>184</sup> expressa a opção do legislador pelo sistema de valoração das provas baseada no princípio da persuasão racional<sup>185</sup>, não deixando dúvidas de que a valoração das provas pelo julgador não deve ser puramente livre, mas pautada nas provas constantes dos autos e na racionalidade.

<sup>179</sup> BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 1973.

<sup>180</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>181</sup> STRECK, Lenio Luiz. Comentários aos arts. 369 a 372. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016b. p. 995-1012. *ebook*.

<sup>182</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>183</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 340.

<sup>184</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>185</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira*. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

Neste novo sistema, não se adotam nenhum dos extremos contidos nos outros dois sistemas (critério legal e livre convencimento). Se por um lado, as provas não possuem valores pré-determinados (embora, a título de exceção, ainda exista alguns exemplos de prova legal em vigor no nosso ordenamento) e hierarquia entre elas, limitando por completo o exercício da valoração pelo juiz, por outro, os critérios de valoração não são livres<sup>186</sup>.

Portanto, é necessário haver íntima ligação lógica entre a fundamentação da decisão judicial e os elementos constantes dos autos. O julgador deve observar as questões enfrentadas no âmbito do processo e deve motivar sua decisão racionalmente, evitando que o *decisum* seja pautado em elementos alheios ao processo, fundamentado em premissas de cunho íntimo e que resultem em arbitrariedades<sup>187</sup>.

A extinção do livre convencimento acarreta também na retirada do protagonismo do magistrado. A decisão judicial não deve ser obra única e exclusiva (e principalmente subjetiva) do juiz, mas uma construção intersubjetiva pautada pelo esforço colaborativo de todos os sujeitos do processo, que vão contribuir para a convicção de uma verdade por meio da dialética e da hermenêutica<sup>188</sup>.

Por outro lado, apesar de se pautar em premissas semelhantes à de Didier Jr.<sup>189</sup> para rechaçar o livre convencimento, Streck entende que esta nova forma de o CPC<sup>190</sup> orientar a atuação do juiz na interpretação e julgamento não faz emergir um “princípio” da persuasão racional, sendo certo que sequer havia antes um “princípio” do livre convencimento<sup>191</sup>.

Para o autor, ambos se tratam simplesmente de regras de valoração das provas, que não carregam carga principiológica. Tal entendimento parte da crítica de Streck<sup>192</sup> ao abuso dos princípios no Direito, fenômeno que chama de “pamprincipiologismo”:

<sup>186</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

<sup>187</sup> Ibid.

<sup>188</sup> STRECK, Lenio Luiz. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. In: DIDIER Jr. F.; JOBIM, M. F.; FERREIRA, W. S. (Coord.). *Direito Probatório / coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]*. Salvador: Juspodivm, 2016a.

<sup>189</sup> DIDIER Jr., op. cit.

<sup>190</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>191</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

<sup>192</sup> Ibid.

O positivismo (exegético) ainda é a regra e quando se quer superá-lo, apela-se a alguma corrente voluntarista. Resultado disso é a já famosa “era dos princípios”, pela qual são construídos novos princípios a todo momento, gerando o fenômeno que venho denominando de “pamprincipiologismo”<sup>193</sup>.

### 3.6 Instrução e valoração – limites aos poderes-deveres do juiz na busca da verdade

Conforme explicitado ao longo do trabalho, o juiz possui determinadas atribuições dentro do processo. Em matéria de direito probatório, por força do artigo 370 do CPC<sup>194</sup>, um dos poderes que tem o juiz é o de requerer produção de provas de ofício.

No entanto, como se verá a seguir, as atividades instrutórias exercidas pelo julgador não se dão de forma irrestrita – o que coaduna com todo o raciocínio até aqui traçado, acerca das garantias a serem resguardadas aos jurisdicionados, como o contraditório e a ampla defesa, o direito à prova em todas as suas dimensões (de requerer a exigir que sejam valoradas as provas), à igualdade e à paridade de armas, à obrigatoria motivação das decisões judiciais, a não ter contra si produzidas provas ilícitas, enfim, todos os direitos que remetam ao devido processo legal e à concretização do ideal de Estado democrático de direito.

Historicamente, o processo adotava dois modelos de organização – o adversarial e o inquisitorial – que correspondem de certa forma a dois extremos: no primeiro, o juiz apenas conduz a disputa entre as partes de forma passiva, enquanto no segundo, assume total protagonismo conduzindo o processo com amplos poderes<sup>195</sup>.

Ambos os modelos apresentam problemas. Se por um lado, uma postura passiva do juiz pode gerar decisões injustas (pense, por exemplo, na inércia do advogado em requerer uma prova em favor de seu representado, que seja fundamental para a elucidação de determinado fato), por outro, o protagonismo exacerbado e o excesso de poderes ao magistrado pode resultar em arbitrariedades, com a condução do processo de forma desequilibrada e injusta.

<sup>193</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica a construção do Direito* / Lenio Luiz Streck. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 104, *ebook*.

<sup>194</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>195</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

Uma preocupação compartilhada por parte da literatura pesquisada é a possibilidade de o comando do artigo 370 do CPC<sup>196</sup> conferir demasiados poderes instrutórios ao juiz, estimulando um protagonismo judicial. Dentro de um modelo inquisitório, este tipo de dispositivo tem bastante potencial de comprometer a imparcialidade do magistrado<sup>197</sup>.

No entanto, o redimensionamento do contraditório, com a adoção de um terceiro modelo de organização do processo – o modelo cooperativo – juntamente com o surgimento de uma forte corrente doutrinária do garantismo processual, que tem por objetivo “proteger o cidadão dos abusos do Estado – caracterizados, no caso, pelo aumento dos poderes do juiz”, firmaram as bases de uma releitura dos poderes de instrução do juiz no processo<sup>198</sup>.

O que principalmente interessa compreender em matéria de provas é que essa nova concepção acerca dos poderes instrutórios do juiz baseada no princípio da cooperação confere a este poderes-deveres.

Por um lado o juiz passa a ter o dever de atuar na instrução processual em cooperação com as partes, sem conferir protagonismo ao magistrado. Na prática, a iniciativa de instrução probatória do juiz deve ser complementar à atuação das partes, de modo que o juiz não seja um mero espectador e fiscal das regras processuais, contribuindo com a busca pela verdade, mas sem substituir a atividade das partes<sup>199</sup>.

Por outro, a limitação a uma atividade irrestrita na instrução probatória por parte do magistrado implica na imposição de um limite à própria busca pela verdade – o que redundaria na assertiva (já anteriormente mencionada) de que a principal função do processo não é a busca pela verdade absoluta, a qualquer custo.

Nesse sentido, a atuação judicante deve ser temperada conforme a circunstância de equilíbrio entre as partes do processo (princípio da igualdade), intervindo somente quando

---

<sup>196</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>197</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo / Humberto Dalla Bernardina de Pinho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

<sup>198</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira*. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 90.

<sup>199</sup> PINHO, op. cit.

necessário. Portanto, a cooperação entre os sujeitos do processo não pressupõe a possibilidade de ação ilimitada por parte de nenhum deles (sobretudo pelo magistrado).

Didier Jr.<sup>200</sup> cita como exemplo desta perspectiva a possibilidade de as partes decidirem por negócio jurídico processual que determinada prova não será produzida, e nesse contexto, o juiz não poderia se valer do artigo 370 do CPC<sup>201</sup> para ordenar a produção da prova (o que, em última análise, também representa uma limitação à busca pela verdade por parte do magistrado).

Convém destacar ainda a importante ressalva oportunamente colocada por Pinho, quanto à possibilidade de produção de provas pelo juiz:

[...] vigora no nosso ordenamento a possibilidade de produção de provas pelo juiz, desde que o faça em relação aos fatos constantes dos autos, fundamentada a necessidade dessa determinada colheita de provas e as submeta ao contraditório. Caso assim não fosse, de fato colocar-se-ia o juiz na posição de mero espectador, de modo que venceria o melhor advogado e não o melhor direito<sup>202</sup>.

Decerto, a tentativa de se chegar à melhor verdade possível só poderá ser alcançada por meio do exercício do contraditório, sendo fundamental que as partes estejam em condição de igualdade e possam tentar persuadir (ou dissuadir) o julgador de que determinada prova é necessária ou relevante para a justificação das alegações de fato.

Não restando dúvidas acerca da existência de limites à instrução probatória do magistrado, constatam-se igualmente limitações à sua atividade valorativa. Do artigo 371 depreende-se o dever do magistrado de apreciar (ou valorar) as provas constantes dos autos, bem como fundamentar as razões de seu convencimento acerca do que entende como o mais próximo da verdade. Extraem-se daí algumas limitações à valoração da prova.

A primeira consiste na vedação ao juiz utilizar provas que não constam dos autos para a formação de seu convencimento. É também vedado que o juiz deixe de admitir ou valorar determinada prova sem a devida justificação. Ou seja, a valoração individual da prova deve

<sup>200</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

<sup>201</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>202</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo* / Humberto Dalla Bernardina de Pinho. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 688, grifo nosso.

ser fundamentada. O mesmo ocorre com a valoração do conjunto probatório. É vedado o julgamento sem a devida fundamentação racionalmente justificada, que demonstre o porquê determinada prova teve mais relevância para sua convicção em detrimento de outra. E por fim, a apreciação das provas pelo juiz não é livre. O atendimento a estas restrições contribuem para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

### 3.7 Do limite da prova como meio de reproduzir a verdade real

Além da limitação inerente ao homem no alcance da verdade real, a própria prova não é apta a reproduzir a verdade dos fatos sobre os quais se remete. Não há meios de confirmar se o que a prova busca representar ocorreu exatamente da forma como ela sugere<sup>203</sup>.

A prova, na verdade, indica uma probabilidade (maior ou menor) de determinado fato ter ocorrido, mas não a absoluta certeza de que ocorreu exatamente daquela forma. A relatividade humana provoca esse efeito. A cognoscência limitada pelos sentidos observa o fenômeno ou objeto e obtém uma mera aparência de verdade (que pode ser ilusória), ou seja, o que parece ser mais verossímil. Desse modo, ao entender que determinado fato é verdadeiro, “apenas se diz que a consciência de quem emite o juízo atingiu o grau máximo de verossimilhança que, segundo os meios limitados de cognição de que dispões o sujeito, basta a dar-lhe certeza subjetiva de que o fato ocorreu”<sup>204</sup>.

Portanto, “Por mais laborioso que tenha sido o trabalho e o empenho do magistrado [...], o resultado nunca será mais que um juízo de verossimilhança, que jamais se com a essência da verdade sobre o fato (se é que podemos afirmar que existe uma verdade sobre um fato pretérito)”<sup>205</sup>.

Além da própria limitação da prova em promover uma reprodução da essência da verdade, existem circunstâncias legalmente autorizadas em que a própria produção da prova é limitada, como acontece nas técnicas de cognição sumária: o juiz pode decidir com base na

---

<sup>203</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>204</sup> CALAMANDREI, Piero, 1955, p. 165-166, apud *Ibid.*, p. 43.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 45, grifo nosso.

verossimilhança (*fumus boni iuris*, ou “fumaça do bom direito”), por exemplo, na hipótese do artigo 300 do CPC<sup>206</sup>, nos casos de concessão de tutela de urgência<sup>207</sup>.

É importante destacar aqui que a convicção baseada na verossimilhança em sede de cognição sumária não pode se confundir com a “*convicção de verdade*”<sup>208</sup>, que ocorrerá em sede de cognição exauriente.

Daí decorre distinguir duas circunstâncias: (i) a convicção de verossimilhança legalmente autorizada em casos específicos e (ii) a convicção de verossimilhança decorrente da redução do módulo da prova, em face da impossibilidade de o julgador, no caso concreto, promover uma convicção mais próxima da verdade<sup>209</sup>. Esta última hipótese será retomada mais adiante.

Além disso, existem casos em que a natureza do caso concreto faz com que a produção da prova pelo autor seja muito difícil ou até impossível. Dessa forma, impõe-se a necessidade de reduzir as exigências da prova (redução do módulo de prova ou facilitação da prova) para que seja viável a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

Isto porque a impossibilidade de alcançar a essência da verdade ou a dificuldade de se chegar a uma convicção de verdade não desincumbe o julgador de julgar, casos em que o julgamento será baseado na verossimilhança<sup>210</sup>. Tem-se, portanto, mais uma hipótese de limitação da prova como meio de reproduzir a verdade.

### **3.8 A persecução da verdade e o ônus da prova**

Adotaram-se, até o momento, algumas premissas no presente trabalho. Dentre elas: (i) a essência da verdade é inatingível; (ii) a atividade probatória não tem por finalidade descobrir a verdade, mas conferir às alegações de fato, por meio das provas, certo nível de verossimilhança que permita o juiz formar convicção sobre o que ocorreu; e (iii) a dialética

---

<sup>206</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>207</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>208</sup> Ibid., p. 102.

<sup>209</sup> Ibid.

<sup>210</sup> Ibid.

exercida entre os sujeitos do processo é o mecanismo pelo qual se busca aproximar de uma versão verossímil dos fatos.

Partindo destas assertivas, resta observar de que modo se distribuem as atividades exercidas pelos sujeitos do processo na construção da referida dialética. Trata-se, portanto, de analisar o ônus da prova como a regra estabelecida pelo CPC<sup>211</sup> para determinar que o encargo que os sujeitos do processo têm em cada circunstância, e quais os efeitos que o exercício ou não desse ônus geram na busca pela verdade e na prestação da tutela jurisdicional.

O ônus da prova “é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. [...] Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes”<sup>212</sup>.

A regra principal adotada pelo CPC<sup>213</sup> é pela distribuição estática do ônus da prova, ou seja, cabe àquele que alegar os fatos prová-los. Trata-se da atribuição abstrata do ônus da prova determinada pelo legislador, tornando previsível às partes “quais espécies de fatos sua atividade probatória deve recair, como também sobre quem recai o risco de não prová-los”<sup>214</sup>.

O CPC dispõe em seu artigo 373, *caput* e incisos que “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”<sup>215</sup>.

Insta dizer que não se deve confundir o ônus de provar com a obrigação ou o dever de provar. Aquele a quem foi atribuído tal ônus, se não o faz, arrisca-se em ter contra si decisão desfavorável por não provar os fatos alegados. É, portanto, um critério legal que o juiz utiliza para julgar de modo que se evite o *non liquet*, que é vedado em nosso ordenamento jurídico.

<sup>211</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>212</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 110.

<sup>213</sup> BRASIL, op. cit.

<sup>214</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Comentários ao art. 373. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1014, *ebook*.

<sup>215</sup> BRASIL, op. cit.

[...] o juiz decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, ou seja, contra o autor, se foi o fato constitutivo de seu direito o não provado; ou contra o réu, se o que faltou foi a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo invocado na defesa. No ônus da prova, portanto, verifica-se um aspecto de “regra de decisão”, qual seja, evitar o non liquet (recusa de julgar). Por meio desse mecanismo processual, impede-se que a causa se encerre sem julgamento por falta de prova<sup>216</sup>.

Por outro lado, o não exercício do ônus atribuído não significará necessariamente que a parte terá decisão desfavorável contra si. Ao simplesmente decidir contra a parte que não provou sua alegação o juiz estaria adotando uma postura passiva na condução da busca pela verdade<sup>217</sup>.

Com efeito, o dever de colaboração de todos os sujeitos do processo impele o juiz a participar subsidiariamente na instrução probatória caso o que esteja produzido nos autos seja insuficiente para a formação de sua convicção. “A norma distribuidora da carga probatória, portanto, atua na promoção e estímulo de um maior diálogo e cooperação, sempre direcionada a alcançar uma prestação jurisdicional efetiva e justa”<sup>218</sup>.

Desse modo, chama-se o ônus da prova de um “ônus imperfeito”, pois mesmo que a parte não tenha provado o que alegou, a convicção do juiz acerca da veracidade de suas alegações pode se basear em provas determinadas de ofício ou até mesmo nas provas produzidas pela outra parte<sup>219</sup>. É nisto que consiste o princípio da aquisição processual da prova (vide item 2.4.4).

Como visto, a regra do ônus da prova se direciona tanto às partes quanto ao juiz. No primeiro caso, assume a função de organizar a atividade probatória, instruindo as partes sobre como devem atuar quanto aos encargos probatórios. Trata-se de regra de instrução. Por outro lado, a regra do ônus da prova assume regra de julgamento por se tratar do critério por meio

<sup>216</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum / Humberto Theodoro Júnior*. 60. ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1268, *ebook*.

<sup>217</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Comentários ao art. 373. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016;

<sup>218</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 1270, *ebook*.

<sup>219</sup> MACÊDO; PEIXOTO, op. cit.

do qual o juiz deve decidir quando não tiver elementos suficientes para a formação de sua convicção<sup>220</sup>.

Como regra de julgamento, o ônus da prova não tem apenas a finalidade de possibilitar ao juiz mitigar a dúvida (“regra de decisão”), mas também tem papel fundamental na formação de certeza, ou de convencimento acerca da verdade que pode se basear por um grau (não matematicamente aferível) maior ou menor de verossimilhança, variando de acordo com a natureza do direito material em questão e das particularidades do caso concreto (“regra determinante da formação do convencimento judicial”)<sup>221</sup>.

É justamente dessa variedade de peculiaridades do direito material e do caso concreto, onde se revela difícil a tarefa de buscar a verdade dos fatos e formar a convicção do juiz, que exsurge a necessidade da dinamização do ônus da prova. Nesse caso, para que se distribua o ônus da prova, devem ser observadas, sobretudo, as condições de que dispõem as partes para produzir as provas necessárias<sup>222</sup>.

Esta medida não só busca equilibrar as condições entre as partes, promovendo maior possibilidade de defesa, como estimula a cooperação delas com a composição da lide. “Esse poder de adaptação processual é extremamente relevante e permite uma busca da verdade mais eficiente e um processo estruturalmente mais justo”<sup>223</sup>.

Desta forma, o § 1.º do art. 373 do CPC<sup>224</sup> possibilita que a regra do ônus estático estabelecido no *caput* seja substituída pelo ônus dinâmico, ou seja, que o ônus da prova seja redistribuído em função da impossibilidade ou da dificuldade extrema de a parte que tenha o ônus produzir a prova (prova diabólica).

---

<sup>220</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum / Humberto Theodoro Júnior*. 60. ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *ebook*.

<sup>221</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 [livro eletrônico] / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 306, *ebook*.

<sup>222</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Comentários ao art. 373. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1012-1017. *ebook*.

<sup>223</sup> *Ibid*, p. 1015, *ebook*.

<sup>224</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

Esta dinamização só pode ocorrer de forma subsidiária e apenas sobre os fatos que o magistrado expressamente determinar, além de não poder transferir à outra parte o ônus sobre de produzir uma prova de modo a lhe acarretar as mesmas dificuldades que recaiam sobre a outra parte (art. 373, § 2º, CPC<sup>225</sup>). Desse modo, “a possibilidade de dinamização ocorre quando uma das partes, acentuadamente em relação à outra, detenha: (a) conhecimentos técnicos ou; (b) informações específicas sobre os fatos ou; (c) maior facilidade em sua demonstração”<sup>226</sup>.

Este é o cenário em que a prova é unilateralmente diabólica, onde apenas à parte a qual incumbe o ônus é extremamente difícil produzi-la. É neste caso que se utiliza a distribuição dinâmica do ônus da prova, atribuindo o encargo à parte que terá facilidade em produzi-la. Entretanto, há casos em que a prova é bilateralmente diabólica, ou seja, ambas as partes terão impossibilidade ou extrema dificuldade em produzi-la<sup>227</sup>.

Nas palavras de Marinoni, cria-se uma “situação de inesclarecibilidade”, onde, pela ausência ou insuficiência de provas, não se permite formar minimamente alguma convicção, mesmo que baseada em verossimilhança, sobre o que ocorreu<sup>228</sup>.

Com efeito, como é vedado o *non liquet*, é preciso adotar algum critério para que se resolva a controvérsia e se exerça a jurisdição. Trata-se da aplicação do ônus da prova como regra de decisão, posto que persiste o estado de dúvida. Didier Jr. explica de que modo se procede a aplicação de tal regra da seguinte maneira:

[...] cabe ao juiz verificar, ao fim da instrução, qual das partes assumiu o “risco de inesclarecibilidade”, submetendo-se à possibilidade de uma decisão desfavorável. Assim, se o fato insusceptível de prova for constitutivo do direito do autor: a) e o autor assumiu o risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”), o juiz, na sentença, deve aplicar a regra legal (373, CPC) do ônus da prova (regra de julgamento) e dar pela improcedência; b) mas se foi o réu que assumiu o dito risco, o

<sup>225</sup> BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015.

<sup>226</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Comentários ao art. 373. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1015, *ebook*.

<sup>227</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira*. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

<sup>228</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 [livro eletrônico] / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 316, *ebook*.

juiz deve, depois da instrução e antes da sentença, inverter o ônus da prova e intimá-lo (o réu) para que se manifeste, para, só então, dar pela procedência<sup>229</sup>.

A regra de decisão, “só vem a importar apenas *depois de o juiz ter passado pela fase do convencimento e, obviamente, ter restado em estado de dúvida*”<sup>230</sup>. Antes disso, enquanto ainda está na fase de convencimento, o juiz pode se convencer por verossimilhança, a depender, como dito, das circunstâncias do direito material e do caso concreto, pois há casos em que determinados fatos não têm como ser esclarecidos por meio de provas: “Assim, por exemplo, os casos das chamadas lesões pré-natais, quando não há racionalidade em exigir do autor, para a procedência da ação ressarcitória, a prova de que a doença do recém-nascido deriva do acidente que a sua mãe sofreu quando em gestação”<sup>231</sup>.

Nesse sentido, ao se deparar com um objeto cujo descobrimento total é impossível, o juiz forma a convicção por verossimilhança. Pode não ser um juízo de certeza, mas não há mais um estado de dúvida. Por esta razão, a regra do ônus da prova em sede de convencimento orienta a formação do convencimento a partir de um juízo de verossimilhança. Não restando estado de dúvida, não há que se falar em aplicar a regra de decisão<sup>232</sup>.

Por fim, é importante registrar que o juízo de verossimilhança aqui tratado não remete à tese da verossimilhança preponderante. Esta última consiste na diminuição do módulo da prova, na aplicação da regra do ônus da prova em prol da valorização da demonstração da tese da parte a partir de determinado grau de probabilidade<sup>233</sup>.

Na tese da verossimilhança preponderante, independente da previsão legal ou da natureza do direito material e do caso concreto, o juiz deve julgar por verossimilhança atribuindo um grau de probabilidade matematicamente aferível às provas, aplicando a regra do ônus da prova apenas subsidiariamente, caso um grau mínimo necessário de verossimilhança não fosse atingido<sup>234</sup>.

---

<sup>229</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 119.

<sup>230</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015* / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 195, grifo do autor.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>232</sup> *Ibid.*.

<sup>233</sup> *Ibid.*.

<sup>234</sup> *Ibid.*.

Em caso de atingimento, o ônus da prova não se aplicaria a nenhuma das partes, devendo prevalecer a demonstração que mais fosse verossímil. Na tese sueca, caso a demonstração da versão de uma parte seja minimamente mais verossímil que a da outra parte (com um grau de 51% de verossimilhança contra 49% da outra parte) sua tese deveria ser tida como verdadeira<sup>235</sup>.

Este modelo só poderia ser admitido nos juízos sumários, “[...] quando o juiz deve decidir antes de dar às partes a devida oportunidade de participação. [...] Mas isso não é em decorrência da dificuldade da prova ou da natureza do direito material discutido, mas sim de uma limitação natural derivada da postecipação do contraditório [...]”<sup>236</sup>. Isto porque há dois principais problemas no modelo da verossimilhança preponderante.

O primeiro é a impossibilidade de atribuir às provas um valor matemático que possa lhes atribuir uma escala hierárquica de valoração. Não é possível, tampouco, que se possa medir qual narrativa obteve um percentual mais alto de verossimilhança a partir das provas que lhes sustentaram. A verossimilhança preponderante, nos moldes descritos, necessitaria desses pressupostos<sup>237</sup>.

O outro problema é que, ao adotar a verossimilhança preponderante, a atividade judicante se afastaria da persecução da verdade no processo. Ainda que considerados os limites de alcance à verdade e da prova como meio de reproduzir a verdade, o julgador não deve se furtar de buscar a maior aproximação da verdade e se convencer sobre ela: “Ora, supor que o juiz, *em regra*, deve proferir sentença com base na verossimilhança que preponderar é simplesmente imaginar que o juiz não precisa se convencer [da verdade] para julgar”<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>236</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>237</sup> *Ibid.*

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 107.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal da pesquisa realizada, qual seja, explorar a relação entre a prova e a verdade, a partir da visão de alguns importantes juristas que se ocupam de estudar o processo civil brasileiro, foi alcançado. Partindo destas análises, foi possível desenvolver um panorama geral do assunto e compreender os desdobramentos que esse liame proporciona não apenas na dinâmica de produção das provas, mas em toda a sistemática processual, revelando a magnitude da importância do assunto.

Com efeito, duas principais premissas que foram estabelecidas servem de alicerce para todo o raciocínio produzido. A primeira é que as ideias de prova e de verdade são intimamente ligadas. A segunda é a de que a essência da verdade não pode ser alcançada pelo homem. Isto se dá pela própria falibilidade humana, pela limitação de seus sentidos e pela subjetividade de suas interpretações.

Partindo dessas assertivas, surgem importantes considerações realizadas acerca do liame entre prova e verdade. Uma delas é a compreensão de que, em face da inalcançabilidade da essência da verdade pelo homem, a prova não será capaz de reconstruir um fato pretérito e não é apta demonstrar a verdade pura, real. Tampouco é função do processo a promoção ao alcance desta verdade, bem como não é atribuição do julgador descobrir a verdade revelando-a a partir das provas.

Isto não significa de forma alguma haver dissociação entre a prova e a verdade. Pelo contrário, a prova é um instrumento pelo qual o processo busca a mais efetiva aproximação da verdade possível, sendo certo que esta construção deve, para tanto, contar com a máxima colaboração, cooperação e participação de todos os sujeitos do processo.

Nesse sentido, a busca pela verdade terá como objetivo fornecer ao julgador elementos necessários para que ele possa formar o seu convencimento sobre o que ele entende ser a verdade, se utilizando das técnicas adequadas para tal finalidade. Porém, esta convicção não é isolada, produzida na mente do julgador desconectada de qualquer elemento externo à sua cognição, ou ligada apenas ao seu subjetivismo.

Na verdade, este convencimento é vinculado à própria dialética construída no caso concreto, fazendo com que a decisão judicial seja um produto intersubjetivo, criado a partir da interação de todos os sujeitos do processo. Além disso, o convencimento é também vinculado a uma interpretação (hermenêutica) do julgador, sobre o particular, contaminada pelo processo histórico de significação dos elementos a partir da cultura e da tradição, que necessariamente alçam a figura do julgador a uma condição de produto do contexto social em que está inserido, e que vai, ao julgar, transmitir esse caldo de cultura para suas decisões.

Por tratar de um recorte específico de uma parte da doutrina mais atual do processo civil, deve-se reconhecer que a presente monografia não se propõe a apresentar uma variedade de posições doutrinárias diferentes da que aqui foi proposta. Com efeito, um possível aprofundamento da pesquisa nesse sentido poderia revelar correntes que defendam a possibilidade, por exemplo, de que a verdade real pode ser alcançada pela prova no processo, o que levaria a análise da relação entre a prova e a verdade a outros caminhos distintos dos aqui foram trilhados.

Isto conduz a duas derradeiras reflexões: (i) a exploração da relação entre a prova e a verdade não necessariamente se resume aos posicionamentos adotados neste trabalho (muito embora a literatura consultada seja da maior relevância no direito processual civil brasileiro); e (ii) resta evidenciada a complexidade do tema central do presente trabalho, de modo que, em face da fragilidade e da criticidade dos ingredientes principais do tema (a verdade e a prova, respectivamente), pode surgir a oportunidade de promover uma análise dialética entre diversas visões sobre esta temática.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AURELLI, Arlete Inês. Comentários aos arts. 335 a 342. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 882-909. *ebook*

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm)> Acesso em: 17 de mai de 2021

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 17 de mai de 2021

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)> Acesso em: 17 de mai de 2021

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 17 de mai de 2021

BRAGA, Paula Sarno. *Processo Civil: Tutela de Conhecimento – Procedimento Comum*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivum, 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único / Cassio Scarpinella Bueno*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *ebook*

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro / Alexandre Freitas Câmara*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *ebook*

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários aos arts. 1º ao 9º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 38-86. *ebook*

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira*. 11. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método / Hans-Georg Gadamer; tradução de Flávio Paulo Meurer*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos; tradução de Milton Camargo Mota*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

LEAL, Stela Tannure. Prova Relevante x “Cognição Suficiente”: Da necessidade de reconstrução de conceitos em matéria probatória para a emersão do contraditório como influência. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 797-834, jan/jun. 2014. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11937/9348>> Acesso em: 17 mai 2021.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Comentários ao art. 373. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1012-1017. *ebook*

MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015 / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2 [livro eletrônico] / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *ebook*

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno [livro eletrônico] / José Miguel Garcia Medina*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *Ebook*

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil, volume único*. 10. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivum, 2018.

PEIXOTO, Ravi. Comentários aos arts. 374 a 380. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). *Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1017-1032. *ebook*

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo / Humberto Dalla Bernardina de Pinho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *ebook*

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. Os Poderes Instrutórios do Juiz no Novo CPC. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 327-341.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs). *Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores,*

Lucas Buril de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 283-306.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. *ebook*

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica a construção do Direito / Lenio Luiz Streck*. 11. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. *ebook*

\_\_\_\_\_. As provas e o novo CPC: a extinção do poder de livre convencimento. *In: DIDIER Jr. F.; JOBIM, M. F.; FERREIRA, W. S. (Coord.). Direito Probatório / coordenadores, Fredie Didier Jr. [et al.]*. 2. ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016a. p. 107-114.

\_\_\_\_\_. Comentários aos arts. 369 a 372. *In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (orgs). Comentários ao código de processo civil / organizadores Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha; coordenador executivo Alexandre Freire*. São Paulo: Saraiva, 2016b. p. 995-1012. *ebook*

\_\_\_\_\_. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC. *In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Coleção Novo CPC doutrina selecionada, v. 3: provas / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016c. p. 369-375.

STRECK, Lenio Luiz; DEZORDI WERMUTH, Maiquel Ângelo. Da Epistemologia da Interpretação à Ontologia da Compreensão: Gadamer e a tradição como background para o engajamento no mundo (ou: uma crítica ao juiz solipsista tupiniquim). *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro. vol. 6. núm. 10. p. 111-142. 2015. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/11159/11708>>

TAVAREZ, Juarez. *Prova e verdade [livro eletrônico] / Juarez Tavares; Rubens Casara*. 1. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. *ebook*

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum / Humberto Theodoro Júnior*. 60. ed. [2. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *ebook*

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