

PROVA, FUNDAMENTAÇÃO E PODER INSTRUTÓRIO

PROOF, REASONING AND ACTION STATEMENT POWER

Jorge Cruz de Carvalho

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS.

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Ceará.

E-mail: jcc3pjm@gmail.com

Resumo

O presente artigo objetiva tratar da prova sob o prisma processual, mas também epistemológico. Assim, procura solucionar questões relevantes atinentes ao papel da verdade no processo, à função da prova, à fundamentação das decisões judiciais e, por fim, ao poder instrutório do juiz. A falta de tratamento adequado dessa temática conduziu a doutrina processualista a equívocos como, por exemplo, supor que, através da produção da prova, será alcançada a verdade real, ou que o objetivo da prova é (apenas) convencer o julgador. Trata, ainda, da participação do juiz na produção da prova e da compatibilidade dessa postura ativa - em sede probatória - com os direitos processuais fundamentais das partes, especialmente, o de terem o processo julgado por magistrado imparcial.

Palavras-chave: Prova. Verdade. Convencimento. Fundamentação. Poder instrutório.

Abstract

This article aims to deal with proof from the procedural point of view, but also, in an introductory and epistemological way, with the purpose of solving relevant questions concerning the role of truth in the process, the function of evidence, the reasoning of judicial decisions and, finally, to the instructional power of the judge. The lack of adequate treatment of this subject has led the proceduralist doctrine to misunderstandings, such as assuming that, through the production of the proof, the real truth will be reached, or that the purpose of the proof is (only) to convince the judge. It also refers to the participation of the judge in the production of evidence

THEMIS

and the compatibility of such an active position - on a probative basis - with the fundamental procedural rights of the parties, in particular that of having the case judged by an impartial judge.

Keywords: Proof. Truth. Convincing. Rationale. Action statement power.

1. INTRODUÇÃO

A questão da prova no Direito processual brasileiro, embora versada em todos os livros que tratam de processo, não tem merecido o aprofundamento devido, limitando-se a abordagem, no mais das vezes, ao aspecto puramente formal do tema (estudo dos meios de prova e do procedimento probatório), sem aprofundamento teórico dos conceitos lógico-jurídicos pertinentes.

Com efeito, essa falha metodológica termina por gerar deficiências no trato da matéria e faz surgir concepções equivocadas, inclusive certos mitos processuais, como a verdade real ou verdade substancial, e, para alguns, a parcialidade do juiz que venha a exercer seu poder instrutório.

Por esta razão, no presente trabalho serão discutidos o instituto da prova, sua relação com a verdade, o papel do “valor verdade” no processo e, ainda, o poder instrutório do juiz.

Quanto ao último ponto (poder instrutório), embora textualmente previsto nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, é objeto de acesa controvérsia por aqueles que o enxergam como violação ao modelo constitucional de processo, devido à suposta quebra de imparcialidade do julgador. No âmbito do processo penal, invocam o sistema acusatório - pautado pela rigorosa divisão de funções entre os sujeitos processuais - para defender que seja proscria da gestão da prova pelo magistrado.

A presente temática tem implicações práticas relevantes, daí a necessidade de discussões e estudos que venham a explorar outros aspectos em torno da verdade no instituto da prova, numa abordagem que avence para além das questões formais, o que contribuirá para o aprimoramento do processo e, conseqüentemente, da função jurisdicional.

Para tal propósito, parte-se de um diálogo recorrendo a autores clássicos e contemporâneos, além de pesquisa jurisprudencial, sendo esta relevante para demonstrar as repercussões práticas envolvidas na presente temática.

2. CONHECIMENTO E VERDADE

O termo conhecimento pode ser utilizado para designar o processo através do qual o sujeito cognoscente entra em contato com o objeto e, a partir da sua observação, forma uma imagem mental sobre este. Pode, ainda, designar a própria imagem formada ao final daquele processo.

A depender do propósito do sujeito cognoscente, pode-se falar em diferentes tipos de conhecimento. Há o conhecimento leigo, irrefletido, fruto do campo de experiências ordinárias, que, embora superficial, nos permite realizar as tarefas cotidianas sem termos que recorrer a lógicas aprofundadas de raciocínio. Por outro lado, há os conhecimentos de cunho científico e de matriz filosófica, formados a partir de uma postura reflexiva diante da realidade, portanto, mais elaborados¹.

Partindo-se da premissa de que as condutas humanas são necessariamente finalísticas, pois (dotadas de consciência e de voluntariedade) visam a alcançar um determinado fim, parece razoável supor que o processo de conhecimento (especialmente o científico e o filosófico) teria um propósito deliberado: alcançar a verdade.

Conceitualmente, na perspectiva lógica, a verdade pode ser vista como a coincidência entre a imagem mental formada pelo sujeito cognoscente e o objeto estudado em toda a sua inteireza:

1 Há ainda o “conhecimento” religioso, tido como uma “verdade revelada”, não decorrente da observação racional do mundo pelo indivíduo, mas de algo que lhe foi passado por um “ser iluminado”. Tais verdades, muita vez, desafiam a lógica científica, porém, são mantidas intactas porque revestidas de caráter dogmático, o que as torna imunes a qualquer crítica. É certo que há religiões que adotam um caráter (além de filosófico) de “ciência prática”, como o Espiritismo, porém, o tema não deve ser aqui tratado.

A verdade do discurso, portanto, determina-se como a adequação do discurso à coisa, isto é, como adequação do deixar e propor, pelo discurso, a coisa proposta. Daqui surge aquela definição de verdade amplamente atribuída à lógica: *veritas est adaequatio intellectus ad rem*. Com isto se pressupõe inquestionavelmente como evidente que o discurso, isto é, o *intellectus*, que se expressa no discurso, tem a possibilidade de adequar-se de tal forma que naquilo que alguém diz só vem à fala aquilo que está ali, que ele mostra as coisas como elas realmente são. (GADAMER, 2002, p. 61).

Ocorre que o conhecimento humano, ainda que se adote o máximo rigor científico, não alcançará a verdade, considerando-se esta como a compreensão do objeto estudado em toda sua plenitude. Há fatores que influenciam na formação da imagem de determinado objeto, desde simples limitações sensoriais até preconceitos que, ressalte-se, podem ser ignorados pelo próprio sujeito, ao que se pode denominar “preconceito implícito” (MARMELSTEIN, 2016).

Sobre o tema, vale transcrever a seguinte lição doutrinária:

Além da imperfeição dos sentidos, e de uma série de outros fatores que levam à falibilidade do conhecimento, é preciso lembrar, para que se tenha uma compreensão crítica da excessiva simplificação constante das imagens usadas anteriormente, que o sujeito e objeto fazem parte, ambos, da mesma realidade. Não existe um sujeito inteiramente racional e isolado do mundo que o cerca, o qual apreende, de forma completa, um objeto também perfeitamente segmentado das demais parcelas da realidade. Deve-se lembrar que o próprio sujeito é, de algum modo e em algum grau, determinado pelo ambiente que o circunda, e que o objeto é apenas uma parte da realidade à qual o sujeito dá maior atenção ou ênfase, sendo preciso ter em mente que a identificação do objeto e o ato de fazer nele um exame apartado dos demais segmentos da realidade é um ato do sujeito cognoscente, que assim, de certa forma, o determina [...]. (MACHADO SEGUNDO, 2016, p. 40-41).

Percebe-se, de plano, que a *verdade real ou substancial* é inacessível ao ser humano, constatação que traz implicações para o processo, notadamente, para a conceituação e interpretação da prova e para o papel desempenhado pelo valor verdade.

À luz das premissas ora estabelecidas, passa-se à análise das questões processuais que constituem o cerne do artigo.

3. PROVA, CONVENCIMENTO E FUNDAMENTAÇÃO

O termo prova é uma expressão polissêmica, ora associada a meio de prova (instrumento), ora à atividade probatória (procedimento) e, por fim, ao resultado desse procedimento, quando, então, se pode afirmar que algo está “provado” (racionalmente demonstrado e apto a formar convicção).

A finalidade da prova, segundo a concepção corrente, é demonstrar o acerto de teses controversas sobre determinados fatos, desde que relevantes para o julgamento da causa, e, assim, formar o convencimento do órgão julgador.

Nessa perspectiva, consta da obra de diversos autores, como Frederico Marques, que a prova seria “*o meio e o modo de que usam os litigantes para convencer o juiz da verdade da afirmação de um fato [...]*”. (MARQUES, 1974, p. 175).

A prova, enquanto resultado do emprego do meio e do procedimento adequados, envolve componente subjetivo, consistente na adesão do sujeito à hipótese construída sobre determinados acontecimentos. Para que um fato possa ser considerado provado, devem necessariamente estar presentes: a) objeto definido (elemento objetivo); b) esteio probatório (procedimento de realização da prova); c) adesão (que consiste na aceitação da hipótese como verdadeira). (MARTINS, 2013).

A crítica que se pode fazer à doutrina, portanto, não é à admissão do elemento subjetivo na produção da prova, o que, de fato, é indissociável de qualquer atividade cognitiva. Critica-se, na verdade, a atenção quase exclusiva que se dá a esse elemento subjetivo: o convencimento.

THEMIS

Como foi referido no tópico anterior, a formação do conhecimento sobre determinado objeto - processo mental que também ocorre na apreciação da prova - é passível de influências internas e externas ao indivíduo, algumas ocorrendo até mesmo à sua revelia.

Estar *convencido* acerca de algo é a culminância de um processo que se dá no âmbito subjetivo, no campo psíquico daquele que estuda. Os eventos puramente internos (v.g.: cogitações, crenças interiores, convicções), via de regra, não repercutem no mundo jurídico, já que o Estado (seja quando legisla, seja quando julga) não tem capacidade (fática) nem respaldo jurídico-constitucional para imiscuir-se a esse nível na intimidade das pessoas.

Nessa perspectiva, ainda quando o sujeito cognoscente é um agente público no exercício do seu mister, a íntima convicção sobre fatos e hipóteses teóricas não tem qualquer importância prática ou jurídica². Importa saber, contudo, especialmente no caso do juiz, se ele é capaz de justificar racionalmente uma tomada de decisão, amparado em fatos e argumentos lógico-jurídicos, à luz do esteio probatório utilizado no processo.

A relevância da prova, muitas vezes relegada pela doutrina ao aspecto puramente “psicológico” do convencimento, está, ao contrário, indissociavelmente ligada ao que dispõe a Constituição Federal, precisamente no seu artigo 93, IX, ao impor que sejam fundamentadas todas as decisões judiciais.

Essa perspectiva, portanto, no âmbito de um processo democrático, deve sobrelevar-se a outros aspectos secundários da prova. A relação entre prova e argumentação lógica - desenvolvida pelas partes e pelo juízo, em ambiente dialético e paritário - é o que dá concretude às garantias constitucionais dos litigantes.

A fundamentação das decisões judiciais é o mecanismo apto a garantir às partes - e ao povo, titular de todo o poder - o controle das decisões judiciais. É

2 Cabe ressaltar, quanto ao agente público, a hipótese em que as razões (legítimas) expostas na motivação do ato divergem do propósito (ilegítimo) buscado. Nesse caso, tem-se desvio de finalidade, espécie de abuso de poder passível de invalidar o ato praticado e de sujeitar o seu autor a responsabilização nas esferas cível, administrativa e criminal.

na argumentação racional, segundo as provas e o direito, que o Poder Judiciário (cujos membros não se submetem ao escrutínio eleitoral) confere legitimidade ao exercício de sua função constitucional.

A forma superficial como o instituto da prova é tratado por parte da doutrina, que atenta apenas para aspectos infraconstitucionais, não passou despercebida à observação de André Cordeiro Leal:

[...] Quando os autores não silenciam sobre o tema, sua quase unanimidade limita-se à interpretação dos textos legais atinentes à sentença, ainda que presos aos antigos sistemas, segundo dois aspectos: por um lado, esses autores conferem liberdade ao julgador quanto à apreciação da prova; por outro, declaram que essa liberdade é relativa, porque o juiz deve permanecer adstrito às leis materiais e aos fatos e circunstâncias constantes dos autos. Nenhuma ressalva fazem acerca dos desdobramentos do princípio constitucional do contraditório em relação ao sistema de apreciação de provas no Código de Processo Civil. (LEAL, 2002, p. 98).

A função da prova, intrinsecamente associada ao dever/garantia de fundamentação das decisões judiciais, mais do que convencer o julgador ou “revelar” uma verdade utópica, é, a um só tempo, legitimar o discurso contido na decisão e forçar o magistrado a demonstrar logicamente as razões do acolhimento de determinada(s) hipótese(s) em detrimento de outra(s).

A apreciação racional da prova, devidamente exposta através de fundamentação idônea, impõe ao julgador análise reflexiva das hipóteses ventiladas nos autos, o que diminui a possibilidade de erro, normalmente atrelado ao viés de confirmação, que consiste no desejo (muitas vezes inconsciente) de confirmar uma hipótese apressadamente formulada sobre caso.

Para Daniel Kahneman, existem duas formas de pensar, sendo uma rápida e outra, devagar. A forma de pensamento rápido estaria associada ao conhecimento leigo, não reflexivo, não comprometido com a análise meticulosa da realidade, como referido no tópico anterior. Essa forma de pensamento, por ele denominada de “Sistema 1”, tem importante papel no cotidiano das pessoas, permitindo a tomada

THEMIS

rápida de decisões. Isso somente é possível porque, a partir do campo pessoal de experiência, são criados padrões. Desse modo, presentes certos pressupostos, o cérebro “já sabe” o que virá depois (KAHNEMAN, 2012).

Ainda segundo Daniel Kahneman, existe outra forma de pensamento, mais lenta, portanto, mais reflexiva do que a primeira (“Sistema 2”). As percepções formadas no “Sistema 1” são submetidas à análise do “Sistema 2”, que, verificando enquadrar-se no padrão já concebido por aquele, “chancela” o pensamento (Ibid., 2012).

Com efeito, a função da prova no processo é forçar o órgão julgador a “pensar devagar” e reflexivamente, pois terá que formular um raciocínio lógico - expondo-o à crítica - na decisão que vier a proferir (dever constitucional de fundamentação).

O magistrado pode ser experiente, já ter analisado centenas ou milhares de casos “iguais”, tendo formado um vasto campo de experiência profissional sobre determinado tipo de demanda, ter construído padrões, mas, ainda assim, terá que submeter suas convicções *prima facie* à prova (literalmente) quando do julgamento de cada novo caso.

É possível, por óbvio, que o pensamento reflexivo confirme a impressão inicial do magistrado sobre a causa, o que muitas vezes acontece. Porém, o que era apenas uma crença baseada em máximas de experiência profissional, que não atendem ao imperativo constitucional de fundamentação das decisões, passa a ser um raciocínio lógico, passível de demonstração, revestido de alguma cientificidade.

Marcelo Lima Guerra, em crítica ao que chama de “psicologismo” do estudo da prova, traz precisa lição sobre o tema, em consonância com o que aqui está dito:

[...] O simples fato de *existir* no juiz um estado psicológico de *certeza* acerca de determinada hipótese fática, não oferece nenhuma garantia *per se* de que tal hipótese é, efetivamente, verdadeira (ou mereça ser aceita como tal). Como se vai demonstrar, em razão do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais o juiz não

pode se contentar em, intimamente, formar uma crença sobre qual das hipóteses conflitantes sobre os fatos da causa seria a verdadeira e adota-la como razão de decidir (como uma das premissas do raciocínio que fundamenta sua decisão da causa). (GUERRA, 2010, p. 4)

A prova, portanto, na perspectiva ora analisada, seria um método de decisão racional, como conclui o autor supra, ao dizer que “no direito brasileiro, a prova judicial é um método de contornos específicos, consistindo em um *método de deliberação racional (escolha justificada) sobre alegações de fato controvertidas*”. (Ibid., 2010).

O Código de Processo Civil de 2015 avançou na implementação do contraditório e da ampla defesa, enquanto poder de influência das partes sobre a decisão que será formada - aliás, nota característica da democracia é a participação dos atingidos pela decisão, seja ela qual for, no seu processo de formação - ao prever a necessidade de “contraditório prévio” (artigo 10). Assim, deve o magistrado submeter às partes as hipóteses formadas em sua mente acerca do caso deduzida em juízo, quando não tenham sido postas nos autos pelos demais sujeitos processuais.

A aceitação, a partir dos ensinamentos epistemológicos, de que a verdade real é algo improvável, embora não relegue o “valor verdade” a segundo plano, retira do processo a missão fundamental de alcançá-la, colocando-a, antes, como mais um elemento do jogo.

Pouco sentido faria, por exemplo, sacrificar direitos e garantias como contraditório, vedação de provas ilícitas e duração razoável do processo, sob o pretexto de se prestigiar uma verdade quiçá ilusória.

Aliás, o tratamento dado à prova ilícita³ é demonstração segura de que o “valor verdade”, a exemplo dos demais interesses com relevância jurídica, é relativo. Ainda que capaz de formar o *convencimento* do julgador, a prova ilícita não servirá ao magistrado para fundamentar sua decisão. Da mesma forma se dá quando a lei prevê, por exemplo, no âmbito cível, a confissão ficta. O juiz simplesmente tem

3 Artigo 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]”

THEMIS

por confessado o fato e assim deve considera-lo para decidir, independentemente de sua convicção pessoal. (COELHO, 2007).

Sobre a proibição do uso de provas ilícitas, que devem ser excluídas do processo e, portanto, desconsideradas na construção argumentativa da sentença judicial, ainda que traga importantes elementos de convicção, vale transcrever excertos da ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal, referente à atuação ilícita do Fisco no processo administrativo tributário, com repercussão no processo penal:

E M E N T A: FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - INADMISSIBILIDADE - ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) - SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE “CASA” - NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - FISCALIZAÇÃO - PODERES - NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTE E DE TERCEIROS. - Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar **ilícito constitucional.** - **A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, “respeitados os direitos individuais**

e nos termos da lei” (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia - que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários - restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. [...] - **O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do “privilège du préalable”, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. [...] A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. [...]” (2008).**

A opção feita pelo constituinte, segundo interpretação da Corte suprema na hipótese descrita⁴, é de prevalência da garantia constitucional (no caso, inviolabilidade domiciliar) sobre a busca da verdade no processo. Esse entendimento reforça que a verdade não é o valor sobranceiro no processo, não se trata de algo a ser buscado a qualquer custo, antes deve dialogar com outros elementos do sistema jurídico, especialmente as garantias processuais das partes.

4 Em situação diversa, quando a prova ilicitamente obtida é benéfica para o réu, o entendimento jurisprudencial tem sido outro, justificando o seu uso para proteção do acusado contra o risco de condenação injusta. No caso do processo tributário, por envolver, como na persecução penal, relação assimétrica, de império do poder público sobre o cidadão, entende-se por aplicar a mesma lógica hermenêutica, de sorte do que o contribuinte, militando a prova ilícita a seu favor, poderia utilizá-la para evitar penalidade tributária incompatível com o ordenamento jurídico. Essa conclusão, inclusive, foi adotada em discussão realizada em sala de aula, na disciplina Poder Público e Litigiosidade, ministrada pelo Professor Hugo de Brito Machado Segundo, no Programa de Mestrado do Centro Universitário Christus-UNICHRISTUS, 2017.1.

THEMIS

O papel da verdade no processo, portanto, deixa de ser o de missão inarredável. Segundo Rui Cunha Martins, trata-se de “*um elemento entre vários (atenção: não é dizer pouco) – no seio dos dispositivos processuais*” (MARTINS, 2013, p. 65).

O paradigma democrático instaurado pela Constituição Federal de 1988 impõe decisões judiciais fundamentadas e racionais (art. 93, IX). Embora esse paradigma seja preponderante no sistema jurídico brasileiro, não deixa de sofrer “contaminações” pontuais do paradigma autoritário, anterior à Carta constitucional vigente, que, no campo decisório, mantém vieses de íntima convicção. Essa coexistência de paradigmas, embora soe estranha, foi acolhida pelo próprio texto constitucional, mas em caráter excepcional.

É o que ocorre no julgamento colegiado do tribunal do júri, em que o conselho de sentença, cuja composição atual é de 07 (sete) juízes⁵ leigos, profere decisões *não* motivadas, pautadas por juízo de íntima convicção.

No campo da Sociologia do Direito, Max Weber, ao discorrer sobre a evolução do sistema de justiça, precisamente quanto à superação dos *juízos decisórios irracionais*, faz a seguinte menção ao tribunal do júri, ainda válida para os dias atuais, pois, nesse ponto, não houve significativa mudança no instituto:

[...] Uma “justiça de cádi⁶” diretamente irracional é praticada, em grande extensão, na justiça penal, em forma de justiça “popular” do jurados. Corresponde ao sentimento dos leigos não instruídos juridicamente, a quem aborrece o formalismo do direito em cada novo caso concreto, e além disso aos instintos da classe não privilegiada, que exigem justiça material. (WEBER, 2015, p. 151).

5 Enquanto tramita o PL n. 8045/2010 (projeto de Código de Processo Penal), discute-se a ampliação desse número para 08 (oito) jurados. Sobre a tramitação do projeto, cf.: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>

6 Cádi é o juiz que julga segundo a Charia, lei canônica do Islã, baseada no Alcorão, fortemente influenciada por dogmas religiosos e, portanto, não comprometida com um tipo racional de dominação.

Entretanto, a persistência (excepcional) do julgamento baseado no sistema da íntima convicção⁷, restrito ao Tribunal do Júri, espelha uma exceção que apenas confirma a regra (persuasão racional).

Aqui, a exceção foi colocada apenas para ressaltar que os paradigmas não se superam num dado momento cronológico, antes coexistem numa relação de lateralidade, de horizontalidade, influenciando-se (ou “contaminando-se”) reciprocamente (MARTINS, 2013). No caso do Direito, cabe aos seus aplicadores a construção gradual da transição paradigmática capitaneada pela Constituição Federal vigente, a partir do seu sopro democrático.

Ocorre que esse percurso não é trilhado de forma linear e há meios informais de fazer prevalecer o paradigma antigo, fincado no aspecto da íntima convicção, em detrimento da percepção da prova como método de fundamentação racional de decisões judiciais.

Decisões marcadas pelo solipsismo ainda são encontradas, embora cada vez mais escassas, na medida em que a mudança de paradigma é operada. A influência da valorização excessiva do aspecto subjetivo (adesão, convencimento) da prova já levou a posicionamentos como o que segue, oriundo do Superior Tribunal de Justiça, já sob a vigência da Constituição Federal de 1988:

7 Está registrado nos “anais da história do júri brasileiro” episódio curioso, que ganhou bastante notoriedade. Trata-se de julgamento em que uma carta psicografada pelo respeitável médium Francisco Cândido Xavier foi utilizada para absolver um réu. O *desencarnado* teria dito ao médium, por meio de faculdades mediúnicas, sua versão sobre o fato “delituoso”, qualificando-o como accidental. As declarações foram reduzidas a termo pelo médium, como de costume, em uma “carta psicografada”. Ora, apesar de todas as evidências que o documento mediúnico apresentava quanto a sua autenticidade (v.g.: informações precisas que seriam de conhecimento apenas dos familiares da vítima e dela própria), a admissão fundamentada de tal meio de prova seria dificilmente aceita em sede de julgamento monocrático. Ainda que convicto da sua veracidade (e este autor partilha dessa convicção), não seria viável a absolvição, sendo ela (carta) a única “prova”, vez que se trata de documento produzido unilateralmente, cuja verificação de autenticidade seria materialmente impossível. Aqui fica clara a distância entre crença e fundamentação. O juiz pode ter uma crença formada sobre os fatos, mas somente poderá adotar como convicção aquilo que, racionalmente, à luz das provas, possa ser justificado para certificação do direito. Para mais, cf.: MARCEL, Souto Maior. As vidas de Chico Xavier. São Paulo: Planeta do Brasil, 2003.

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. (BARROS, 2003)

A baixa preocupação com a racionalidade do argumento já protagonizou momentos de digressão poética no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

Por entender que se trata de uma questão que não poderá deixar de ser mencionada na história deste STF, refleti serenamente sobre o caso, como se estivesse longe dos homens e fora do tempo, como se estivesse a contemplar o mar imenso, em eterno movimento, e as montanhas coroadas de neve eternas em sua imobilidade milenar, e concluí que entre o discurso econômico, de duvidosa correção, e o discurso jurídico claramente enunciado na Constituição, não havia o que hesitar. (BROSSARD, 1991).

A evolução do pensamento, em qualquer área do conhecimento humano, jamais ocorre *per saltum*, antes decorre de um processo lento e paulatino, à medida em que o novo paradigma se estabelece. Como ensina Karl Popper, “*o progresso na ciência, embora revolucionário⁸ ao invés de meramente cumulativo, é, em um certo sentido sempre conservador; uma nova teoria, embora revolucionária, deve sempre*

8 O termo “revolucionário” não está aqui empregado como ruptura, mas como evolução científica embasada em (e a partir de) conhecimento anteriormente aceito e consolidado no meio científico.

ser capaz de explicar, completamente, o sucesso da sua predecessora.” (POPPER, 2004, p. 67-68).

A mudança de paradigmas no âmbito científico, enquanto “*conjunto de ilustrações recorrentes e quase padronizadas de diferentes teorias nas suas implicações conceituais, instrumentais e na observação*” (KUHN, 2005, p. 67), é algo inerente ao progresso do conhecimento e revela “*padrão usual de desenvolvimento da ciência amadurecida*” (Ibid., p.32).

No tópico seguinte, são abordadas a evolução histórica do papel do Poder Judiciário e a gestão da prova pelo juiz.

4. PODER INSTRUTÓRIO E IMPARCIALIDADE

O direito processual civil tem como marco histórico de sua autonomia o ano de 1868, quando o Oskar von Bülow desenvolveu a teoria da relação jurídica, através da qual logrou distinguir a relação processual (de natureza pública) da que lhe é subjacente, de direito material (de natureza privada). Bülow pontificou que “o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, é dizer, uma relação jurídica” (BÜLOW, 1964, p. 1)⁹.

Porém, justificadamente para a época, por razões de ordem temporal-especial, Bülow atribuída ao Poder Judiciário um papel sobranceiro em relação ao legislador. Afinal, a função jurisdicional precede mesmo à noção de ordenamento jurídico. A tarefa de julgar, de fato, precede a ideia de lei (geral e abstrata) como hoje conhecemos. É natural que essa concepção produzisse efeitos ainda por algum tempo, mesmo sob o pálio do Estado de direito.

Mesmo com o advento do Direito pautado por normas jurídicas de cunho geral e abstrato, formadas como anteparo de um sistema de dominação racional (WEBER, 2015), para qual muito contribuíram os romanos, o papel do Judiciário, embora diminuído, ainda assim, continuou relevante, já que responsável pela tarefa de aplicação da norma com caráter de definitividade.

9 Tradução livre. Na versão utilizada nesta pesquisa, traduzida para o espanhol: “el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica.”

THEMIS

Após as revoluções liberais, com a passagem do Estado absoluto¹⁰ para o modelo de Estado de Direito¹¹, e, posteriormente, com o surgimento do Estado Democrático de Direito¹², cresceu no meio jurídico, progressivamente, a necessidade de racionalização das decisões judiciais e de limitação dos poderes de gestão da prova pelo juiz, até chegarmos ao modelo atual.

Atualmente, acerca da influência judicial na produção da prova, há pelo menos duas correntes bem distintas que se extremam. Uma delas advoga que o juiz deve ter postura ativa na sua produção, a fim de propiciar o descobrimento da “verdade possível” no processo; outra corrente, por sua vez, considera que qualquer postura ativa do juiz em matéria probatória compromete sua imparcialidade e, por consequência, o modelo constitucional de processo.

O atual Código de Processo Civil (2015) parece haver acolhido a primeira posição, majoritária na doutrina e pacífica na jurisprudência, ao admitir a participação do juiz na produção da prova, cujo papel não se limita a deferir (ou indeferir) as diligências requeridas pelas partes, mas a determinar de ofício sua realização, quando entender necessário “ao julgamento do mérito”¹³.

O Código de Processo Penal trilha essa mesma senda, conforme redação conferida pela Lei nº 11.690/2008 ao artigo 156, I e II¹⁴, dando poder ainda mais amplo ao magistrado para, de ofício, antes de iniciada a ação penal, determinar a produção antecipada de prova. Nesse ponto específico (produção de prova antes

10 Estado acima da lei.

11 Estado subordinado à lei, porém, ainda não democrático.

12 Estado submetido à lei, devendo esta ser editada com participação (direta ou indireta) da maioria, respeitados os direitos fundamentais da minoria.

13 “Art. 370. Caberá ao juiz, **de ofício** ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. (Sem negrito no original).

14 “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, **facultado ao juiz de ofício**: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” (Sem negrito no original).

de iniciada a ação penal), é inequívoco que houve violação ao sistema acusatório, na medida em que o inquérito policial se destina à formação da *opinio delicti* do Ministério Público, somente se justificando a participação do magistrado nessa fase inquisitorial quando a medida pretendida pela autoridade policial ou pelo órgão de acusação estiver resguardada por cláusula constitucional de reserva de jurisdição (v.g.: interceptação telefônica, busca e apreensão).

A tese contrária à participação ativa do juiz na produção da prova encontra sólida posição doutrinária na corrente *constitucionalista* do processo. A esse respeito, vale transcrever a seguinte lição:

A importante característica do sistema inquisitorial não é apenas a acumulação das funções de julgar e acusar, mas também, e principalmente, a gestão da prova pelo juiz. O juiz inquisidor segue um quadro paranoico, em que exerce um papel duplo, julga e investiga. E dessa característica de gestor da prova o nosso processo penal não está livre, tanto na redação original quanto nas modificações feitas, principalmente, pela Lei nº 11.690/08, que trata da prova. (BARROS, 2009, p. 4).

A crítica é formulada em face do processo penal brasileiro, porém, *mutatis mutandis*, aplica-se igualmente ao âmbito extrapenal, pois o seu cerne, que é principiológico, reside no fato de o juiz, ao produzir diretamente prova, equiparar-se à parte, em (suposto) abandono da posição de sujeito imparcial, que é um dos postulados do modelo constitucional de processo.

A corrente constitucionalista merece loas por conferir ênfase à interpretação constitucional dos institutos processuais, com relevante papel na mudança (nem sempre tranquila) do paradigma autoritário de processo para o democrático. Porém, não se pode concordar com a sua visão sobre a gestão da prova pelo magistrado, que, amparada na falsa premissa da quebra de imparcialidade, reduz o juiz à absoluta passividade diante dos fatos.

A parcialidade não pode decorrer do poder instrutório por princípio, eis que, ao determinar uma prova, o magistrado não sabe – em tese – a quem essa

THEMIS

prova irá beneficiar e qual tese será prejudicada. Somente após a sua produção é que se poderá fazer essa avaliação, no momento da prolação da sentença e sob o cotejo de todas as provas produzidas.

É certo que a busca pela verdade processual (por razões já expostas neste trabalho) não pode ser erigida a escopo absoluto, capaz de justificar postura inquisitorial do julgador. Por outro lado, é igualmente certo que se deve buscar uma decisão final conectada o quanto possível com a realidade subjacente ao processo, inclusive, quando for necessário, através do exercício do poder instrutório pelo magistrado.

Figura entre os direitos fundamentais o da *inafastabilidade da jurisdição*, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, que não se resume apenas ao aforamento de uma ação. Trata-se de direito à jurisdição efetiva, concebida como aquela que garante às partes o exercício dos direitos processuais fundamentais, mas que também é capaz de produzir eficácia útil para *fora do processo*, no campo material.

Por ser o Judiciário uma instância garantidora de direitos, cabe a ele zelar por essa efetividade (que também é direito fundamental), o que se afigura incompatível com a postura absolutamente passiva diante da produção de prova, da mesma forma que seria incompatível com a democracia qualquer atitude tendenciosa em favor de qualquer das partes.

O debate dos fatos e a ampla produção da prova (inclusive de ofício pelo juiz) não são apenas uma questão processual, são também impostos pela maior dificuldade de se compreender a sociedade hipermoderna, que se reflete no microcosmo do processo em escala reduzida. No contexto social (e processual) complexo e de risco (BECK, 2016), a ação de conhecer tornou-se mais penosa, exigindo linguagem apropriada e esforços cooperativos de todos os sujeitos processuais.

A este respeito, corroborando com as ideias desenvolvidas acerca do risco, as incertezas da sociedade pós-moderna são bem postas por Zigmunt Bauman:

Muitos aspectos da vida contemporânea contribuem para se superar a sensação de incerteza: para uma visão do futuro do “mundo como tal” e do “mundo ao nosso alcance”, essencialmente indeterminável, incontrolável e por isso assustador, e da corrosiva dúvida sobre se as constantes de ação do contexto atual continuarão constantes por tempo suficiente para permitir o cálculo razoável de seus efeitos... Vivemos hoje, para tomar emprestada a feliz expressão cunhada por Marcus Doel e Davi Clarke, na atmosfera do medo ambiente. (BAUMAN, 1998, p. 32/33).

Diante de tamanho desafio proposto pela modernidade complexa, diante, inclusive, da desigualdade material das partes, que quase sempre se projeta para dentro do processo e obsta o exercício de uma jurisdição efetiva, não parece adequado impedir a participação ativa (porém, moderada) do juiz na produção da prova processual. Essa restrição não daria qualquer contribuição para a democracia processual.

Eventuais excessos do julgador no campo da prova devem ser conditos pela exigência de rigor na fundamentação de suas decisões, inclusive para justificar a necessidade de produção de prova *ex officio*.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho, partindo das recentes discussões em torno da noção epistemologia, procurou demonstrar a necessidade de incorporação desse conhecimento propedêutico ao estudo da prova no direito processual.

Com arrimo nessa análise inicial, restou afastado o mito da verdade real, por ser improvável (quicá, impossível) a formação de imagem absolutamente fidedigna do objeto de estudo, dadas as várias limitações do ser cognoscente. Com efeito, o papel da verdade é redimensionado no campo processual, deixando de ser *a missão* do processo, mas permanecendo como um de seus elementos fundamentais.

A função da prova, portanto, deixa de ser alcançar a verdade real. Menos ainda o seu objetivo exclusivo deve ser convencer o juiz, pois o convencimento

THEMIS

é aspecto absolutamente subjetivo, cujas razões mais íntimas são insondáveis até mesmo para o magistrado. Destarte, a prova foi colocada como método de fundamentação racional para tomada de decisões.

Não interessa ao Direito o convencimento formado na mente do julgador, mas se ele é capaz de justificar racionalmente, com amparo na prova produzida, a decisão tomada no processo.

Por fim, após breve análise da evolução histórica do Poder Judiciário, o autor demonstrou a compatibilidade entre o poder instrutório do juiz e os direitos fundamentais processuais das partes, notadamente, o de terem a causa julgada por juiz imparcial. Demonstrou, ainda, que a ampla possibilidade de produção de prova é uma exigência da sociedade complexa e de risco, característica da hipermodernidade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. **[Re]forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BAUMAN, Zigmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução: Mauro Gama, Cláudia Maritnelli; Revisão técnica: Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco.** Rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. Código de Processo Civil, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 1 jul. 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 1 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 279.889-AL. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Primeira Seção, julgado em 27/08/2003. Voto do Min. Humberto Gomes de Barros. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=525558&num_registro=200101540593&data=20030407&tipo=69&formato=PDF . Acesso em: 2 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 534. Relator(a): Min. Celso de Mello, Plenário, julgado em 27/06/1991. Voto do Ministro Paulo Brossard. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1521582> . Acesso em: 2 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93050, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539135> . Acesso em: 2 jul. 2017.

BÜLOW, Oscar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradución: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1964.

COELHO, Luiz Fernando. Dogmática e crítica da prova no processo. **Revista de Processo**. Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. São Paulo, ano 32, n. 154, dez. 2007, p. 22 e seguintes.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução: Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução: Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.

THEMIS

GUERRA, Marcelo Lima. Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza** – CE nos dias 09, 10 11 e 12 de Junho de 2010, p. 7742 e seguintes. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf> . Acesso em: 01 jul. 2017.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução: Cássia de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Discriminação por preconceito implícito**. Texto-base de palestra proferida no I Congresso Nacional de Direitos Humanos, proferida em 10/12/2016, em Balneário de Camboriú. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2016/12/11/palestra-discriminacao-por-preconceito-implicito/>. Acesso em: 1 jul. 2017.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 2.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do Direito: the brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologica comprensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. Téc. de Gabriel Cohn, 4. ed. Reimpressão. Brasília Editora Universidade de Brasília, 2015.

RECEBIMENTO: 8/8/2017

APROVAÇÃO: 14/10/2017