

A PROVA COMO ESTABELECEDORA DA VERDADE NO PROCESSO CIVIL**LA PRUEBA COMO ESTABLECIMIENTO DE LA VERDAD EN
PROCEDIMIENTO CIVIL**Luciano Machado Ferreira ¹**Resumo:**

Com base nos ensinamentos de alguns juristas, buscar-se-á neste trabalho, até que ponto se é possível, a busca da verdade pela demonstração de provas no processo civil. Tomando como base os conceitos fundamentais e depois partindo para o assunto específico, tentaremos mostrar e desvendar como tal assunto é tratado em nossa doutrina pátria. Começamos tal pesquisa analisando vários aspectos do que venha ser verdade do ponto de vista legal e até que ponto podemos atingi-la. Será possível através de provas chegarmos à verdade dos fatos? É esta pergunta que tentaremos responder por intermédio de alguns conceitos e conclusões do que venha ser de fato a verdade para o processo civil

Palavras-chave: Verdade - Prova - Processo Civil - Brasil**Resumen:**

A partir de las enseñanzas de algunos juristas, se darán cuenta de este trabajo, en qué medida es posible, la búsqueda de la verdad por la demostración de pruebas en los procedimientos civiles. Sobre la base de los conceptos fundamentales y luego salir para el tema específico, y tratar de mostrar cómo desentrañar este tema es tratado en nuestra doctrina patria. Comenzamos esta investigación mediante el análisis de diversos aspectos de lo que será cierto para el punto de vista legal y en qué medida podemos lograrlo. ¿Es posible a través de la evidencia llegar a la verdad de los hechos? Se tratará de responder a esta pregunta a través de algunos conceptos y conclusiones que de hecho puede ser la verdad para el proceso civil,

Palabras clave: Verdad - Prueba - Procedimiento Civil - Brasil**Introdução**

O que se busca neste artigo é tentar aguçar a discussão em até que ponto a prova pode ser de forma absoluta usada como forma de se chegar à verdade que se pretende no processo civil.

¹ Professor do Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN. Doutorando em Direito e Especialista em Ciências Criminais e em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM, E-mail: lucianoprff@oi.com.br

Iniciaremos nossos estudos com alguns conceitos gerais em nosso primeiro capítulo, onde procuraremos analisar a função da prova e o que venha ser a verdade. Nesta busca de conceituar a verdade iremos analisá-la ao argumento de alguns doutrinadores.

Passo adiante, no segundo capítulo, de forma sucinta, mas não tão despretensiosa, iremos ver o significado de prova.

É possível se buscar a verdade e ter sua convicção? Esta é uma pergunta que tentaremos, no terceiro capítulo, responder ou, se não for possível, chegarmos perto de uma conclusão mais aceitável do ponto de vista mais jurídico imaginável e aceitável.

Passo seguinte, no capítulo quarto, evidenciaremos a postura dos magistrados na produção de provas para se buscar a verdade. Traremos à baila até que ponto tal busca é benéfica ao processo, ancorados em posicionamentos de doutrinadores e em alguns julgados.

Sobre a motivação, o convencimento e o ônus da prova, elencados no quinto capítulo, analisaremos seus significados e suas implicações.

Finalizando, em nossa conclusão, mostramos ao leitor as diversas peculiaridades que se percorre até chegar a uma possível verdade pretendida no processo civil. Verdade esta que em muitas das vezes depende da ótica hermenêutica que se pretende dar na casuística. Assim, queremos trazer o leitor a uma discussão e reflexão sobre até que ponto pode a prova ser uma estabelecadora da verdade no processo civil.

1 - Conceitos gerais

Michele Taruffo em sua magnífica obra *La Prueba de los Hechos*, nos fala que a função da prova consiste em estabelecer a verdade dos fatos. Vejamos:

Habitualmente, en el fondo de las concepciones que, en los distintos ordenamientos, se refieren a la prueba judicial está la idea de que en el proceso se pretende establecer si determinados hechos han ocurrido o no y que las pruebas sirven precisamente para resolver este problema (TARUFFO, 2011, p. 21).²

Destarte, antes de darmos um conceito de prova temos que, e é de bom alvitre, definirmos o que venha ser a busca da verdade.

² Habitualmente, no fundo das concepções que, nos diversos ordenamentos, se referem a prova judicial está a ideia de que no processo se pretende estabelecer se determinados fatos tenham ocorrido ou não e que as provas servem precisamente para resolver este problema.

Muitos consideram uma utopia a ideia de se conseguir a verdade absoluta dos fatos pretéritos através dos meios probatórios. A respeito deste assunto Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart (2001, p. 281) já nos disseram:

Deveras, a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que assistiram ao mesmo, ou ainda, daquele que (como o juiz) há de receber e valorar a evidência concreta. Sempre, o sujeito que percebe uma informação (seja presenciando diretamente o fato, ou conhecendo-o através de outro meio) altera o seu real conteúdo, absorve-o à sua maneira, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce (se é que essa palavra pode ser aqui utilizada) a realidade.

É sabido e cristalino que, de uma forma direta ou indireta, a reconstrução de fatos pretéritos recebe daqueles que os presenciaram uma forte carga subjetiva, ou seja, recebe de seus interlocutores uma forte leitura de acordo com os seus conceitos atuais. Nesta mesma trilha figura o entendimento de Cristiano Farias (2005, p. 202):

É que não se pode olvidar que a reconstrução dos fatos ocorridos – e demonstrados juridicamente através da prova – sofrerá, seguramente, a influência das pessoas que o apresentam (a testemunha, o perito etc.) ou daqueles que o elaboram (no caso de documentos), bem assim como se submete à confluência de fatores subjetivos no espírito do juiz, para quem se dirige, podendo o resultado do julgamento não corresponder à exata forma como se passaram os acontecimentos. Logo, são incontroversas interferências de ordem cultural, psicológica, social, religiosa, sexual (...) na demonstração de fatos ocorridos e, via de consequência, impossível afirmar a verdadeira dimensão dos fatos pretéritos.

Por tal dicotomia, qual seja, a verdade vista pelo expectador e a demonstrada por provas, tem-se o que muitos juristas chamam de verdade material e de verdade formal. Aquela fazendo referências aos fenômenos reais acontecidos e esta a estabelecida no processo por meio de provas ou procedimentos probatórios.

Sobre tal aspecto, Tarufo nos escreve que:

Los juristas habitualmente intentan escapar de este problema recurriendo a una distinción: habrá, por un lado, una verdad <<formal>>(o <<judicial>> o <<procesal>>) que sería establecida en el proceso por medio de las pruebas y de los procedimientos probatorios; y, por otro lado, habría una verdad <<material>> (o <<histórica>>, <<empírica>> o , simplemente, <<verdad>>) referida al mundo de los fenómenos reales o, en todo caso, a sectores de experiencia distintos del proceso y que se obtendría

mediante instrumentos cognoscitivos distintos de las pruebas judiciales. Es habitual también distinguir entre una verdad <<relativa>>, que es típica del proceso, y una verdad <<absoluta>>, que existiría en algún lugar fuera del proceso (TARUFFO, 2011, p. 24).³

Percebe-se então que Taruffo (*La Prueba de Los Hechos*, 2011,p.25) repudia tal ideia de verdade material e verdade formal afirmando que é insustentável a ideia de uma verdade judicial que seja completamente distinta e autônoma da verdade do acontecimento dos fatos, já que no máximo o que se pode ter é a existência de regras jurídicas que nos servem para não excluir a possibilidade de se obter verdades absolutas, mas sim para aproximarmos dela; daí, tal fato, não é suficiente para a distinção de tais verdades. Outra argumentação deste renomado jurista, Taruffo, na mesma obra citada alhures, balizado em teorias do processo, é a de que o processo enquanto tal não tem nada a ver com a busca da verdade dos fatos, qual seja, o processo serve para resolver controvérsias e não para produzir decisões verdadeiras; já que a única verdade que importa é a estabelecida pelo juiz na sentença e nenhuma outra verdade fora da sentença interessa;e,não há outra verdade que interessa ao Estado.

Assim, diante do exposto, podemos coadunar com a ideia de que a determinação dos fatos não pode depender da vontade das partes, já que a verdade é uma só, e que a finalidade da prova é a de formar a convicção do juiz e, ainda, que a verdade material dos fatos não se leva em conta, já que a única verdade que se considerar é aquela que o juiz enuncia na sentença.

2 - A prova

Feitas estas preliminares observações podemos conceituar prova como tudo aquilo que serve ao juiz de maneira que possa ajudá-lo na formação de sua convicção ao proferir sua sentença.

Corroborando, vejamos outro conceito de prova:

³Os juristas habitualmente tentam escapar deste problema recorrendo a uma distinção: fala, por um lado, a uma verdade formal ou judicial ou processual que seria estabelecida no processo por meio das provas e dos procedimentos probatórios; e, por outro lado, fala em uma verdade material (ou histórica ou empírica ou, simplesmente, verdade) referente ao mundo dos fenômenos reais ou, em todo caso, a setores de experiência distintos do processo e que se obteria mediante instrumentos cognoscitivos distintos das provas judiciais. É habitual também distinguir entre uma verdade relativa, que é típica do processo, e uma verdade absoluta, que existiria em algum lugar fora do processo.

Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entender-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração, que se faz, pelos meios legais, da existências ou veracidade de um ato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado (SILVA, 1987, p. 491).

Podemos, ainda, citar o conceito de Vicente Greco Filho (1997, p. 194):

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Ou, ainda, o conceito de Moacyr Amaral Santos (1999, p. 329) que diz ser “a prova pode ser definida como “a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”.

3 - É possível se buscar a verdade e ter sua convicção?

Quando dissemos que a prova não pode traduzir a verdade estamos a afirmar é que a essência da verdade é inatingível. Afora o processo civil, mas também em qualquer outro ramo de conhecimento trazer a verdade por provas de fatos já passados é uma tarefa de difícil conclusão, contudo, no processo civil há ainda uma inverdade que o persegue: o juiz ao aplicar a lei no caso concreto deve saber de forma nítida de toda a verdade dos fatos já acontecidos e o que é objeto da lide.

Nesta mesma linha de pensamento, vejamos, novamente, o que diz Michele Taruffo (2011, p. 31) a tal respeito:

La afirmación de la imposibilidad de un conocimiento de los hechos reales deriva, en general, de la asunción de una u otra teoría idealista o antirrealista, como por ejemplo las propias de las doctrinas de Dummett o de Rorty, y pretenden encontrarse también en el pensamiento de Quine.⁴

⁴A afirmação da impossibilidade do conhecimento dos fatos reais deriva, em geral, da aceitação de uma ou outra teoria idealista ou antirrealista como, por exemplo, as próprias doutrinas de Dummett ou de Rorty, pretendem também se encontrar no pensamento de Quine.

Conclui-se que um instituto do direito processual que é atingido pela questão acima apresentada é a coisa julgada material, uma vez que esta é a expressão da verdade dos fatos apresentados no processo. Mas, se a verdade é inatingível pelo processo, não pode a coisa julgada material ter encontro com a verdade. O que torna a coisa julgada material legítima à definição da lide não é saber se a mesma alcançou a verdade, mas sim em saber se ela proporcionou às partes igualdade em participação no processo afim de que se pudesse alcançar sua solução.

O juiz não fica impossibilitado de descobrir a essência da verdade, qual seja, já que é impossível ao magistrado a descoberta da verdade pelas provas apresentadas, o mesmo não deve se afastar da convicção do alcance desta verdade. A convicção da verdade não é sinônima de encontro da verdade. Quando se tem a convicção de uma verdade pode muitas das vezes ter a certeza que tal fato não tenha acontecido de certa maneira.

O ilustre Calamandrei (1955, p. 190) nos relata que: “(...) a natureza humana não é capaz de alcançar verdades absolutas (...) é um dever de honestidade acentuar o esforço para se chegar o mais perto possível dessa meta inalcançável (...)”

A este esforço falado por Calamandrei chamamos de convicção da verdade. Taruffo, na obra acima citada, cita Calamandrei e cerrando fileiras com este renomado mestres nos dá uma diferenciação entre verdade e verossimilhança, vejamos:

Un concepto que es a menudo vinculado al de la verdad, para determinar sus eventuales analogías y las posibles distinciones, es el concepto de verosimilitud. Esta vinculación es a menudo analizada en sede epistemológica, pero reviste también una notable importancia en el ámbito de la teoría del proceso, en especial a partir de un famoso ensayo de Calamandrei. El aspecto epistemológico general del problema no puede ser discutido en este lugar, aunque algunos de sus elementos deberán ser tenidos en consideración; en cambio, vale la pena examinar la noción jurídica de verosimilitud para esclarecer si puede tener un significado y, en su caso, cuál sería éste, en el ámbito de una teoría de la determinación judicial de los hechos. (TARRUFFO, 2011, p. 183).⁵

⁵ Um conceito que está muitas vezes ligada à verdade, para determinar suas possíveis analogias e distinções possíveis, é o conceito de verossimilhança. Esta relação é frequentemente analisada com base epistemológica, mas também é de importância considerável no campo da teoria do processo, especialmente a partir de um famoso ensaio de Calamandrei. O aspecto geral epistemológico do problema não pode ser discutido aqui, embora alguns dos seus elementos devem ser levados em consideração, no entanto, vale a pena examinar a noção legal de verossimilhança para esclarecer se pode ter um significado e, quando apropriado, o que seria, no contexto de uma teoria da determinação judicial dos fatos. (TARRUFFO, 2011, p. 183).

Neste mesmo diapasão, continua o nobre Taruffo:

La confusión que se produce es, por otra parte, mucho más grave en el plano conceptual, ya que consiste, como es evidente en el ensayo de Calamandrei, en la introducción de una ambigüedad sistemática no resuelta en torno al término <<verosimilitud>>. En efecto, se reconducen al mismo dos significados distintos: a) según el primero, verosimilitud se refiere a algo que tiene <<la apariencia de ser verdadero>>, afecta a la alegación del hecho y es una valoración independiente y preliminar respecto al procedimiento probatorio; b) en el segundo sentido, verosimilitud equivale a probabilidad, advirtiéndose, sin embargo, que en el proceso la verosimilitud-probabilidad se usa como <<sustituto de la verdad>> (TARRUFFO, 2011, p. 184)."⁶

Finalizando, o festejado autor, ainda nos informa:

En resumen, es impropio hablar de verosimilitud en todas las ocasiones que la ley usa calificaciones distintas para indicar valoraciones que afectan a cosas muy distintas, desde la naturaleza del contrato a las sumarias informaciones o a la aparente fundamentación de la demanda o de la excepción, pero que no se refieren a la verosimilitud del hecho alegado. En todos estos casos las dificultades definitorias o reconstructivas son la obvia consecuencia del uso indebido de un concepto como el de verosimilitud, que tiene un significado preciso y también un campo de aplicación bastante restringido en el ámbito de la disciplina del proceso. (TARRUFFO, 2011, p. 190).⁷

Assim, como demonstrado torna-se impossível ao magistrado penetrar na essência da verdade e é desta dificuldade que nasce a convicção da verdade que deve o mesmo perseguir sempre já que o processo é um instrumento inapto para tal, porém, o mesmo deve servir para a eliminação de conflitos.

⁶ A confusão que ocorre é, aliás, muito mais grave, no nível conceitual, já que consiste, como é evidente no julgamento de Calamandrei, na introdução de uma ambigüidade sistemática não resolvida em torno do termo "verossimilhança". Como efeito, nos conduz a levar para dois significados distintos: a) no primeiro, a verossimilhança se refere a algo que tem "a aparência de ser verdadeiro", afeta a alegação do fato e é uma avaliação independente e preliminar respeito do procedimento probatório; b) na segunda direção, verossimilhança equivale à probabilidade, advertindo, sem embargo, que no processo a verossimilhança-probabilidade se usa como "substituto da verdade". (TARRUFFO, 2011, p. 184).

⁷ Em suma, é impróprio falar de verossimilhança em todas as ocasiões que a lei usa qualificações distintas para indicar valorações que afetam a coisas muito distintas, desde a da natureza do contrato até o resumo das informações ou até a aparente fundamentação da demanda ou a exceção, mas que não se relacionam com a verossimilhança do fato alegado. Em todos esses casos as dificuldades definidoras ou de reconstrução são o resultado óbvio do uso indevido de um conceito como verossimilhança, que tem significado preciso e também um campo de aplicação bastante limitado no campo da disciplina do processo. (TARRUFFO, 2011, p. 190).

4- A atuação do juiz na produção de provas

Quando a produção de provas pelas partes for insuficiente poderá de ofício o magistrado fazer a complementação desta, contudo, tal complementação não significa que o juiz está à procura da verdade, o que ele procura nesta produção de provas é garantir subsídios na formação de sua convicção para resolução do mérito.

É imperioso ao magistrado antes de formar sua decisão no caso em lide que o mesmo tenha convencimento prévio e tal lhe possibilitará ter influência direta nesta decisão. Não está ele a procura da verdade que conforme já visto tem sua essência inatingível. O que o magistrado procura ao atuar de ofício diante da insuficiência de provas das partes é fortalecer a formação de seu convencimento para a decisão de mérito.

A participação do juiz na produção de provas não é fator de inibição para que as partes não façam tal tarefa. Ademais, a participação das partes na produção de provas é o grande fator de legitimação do processo. São as partes no processo que têm melhores condições de saber quais provas devem ser produzidas já que a produção de provas de ofício por parte do juiz sofre algumas limitações nos diversos ordenamentos jurídicos.

A produção de provas pelas partes têm forte influência no convencimento do magistrado no deslinde da causa posta à sua apreciação, ao passo que a participação do juiz na produção de provas tem apenas um caráter supletivo.

Na esteira deste pensamento, Augusto M. Morello (2001, p. 185), citando nossa doutrina, sobre o tema nos informa:

Seguramente que esa postura del operador decisivo - el juez director - dibuja una clara tendencia actual.

En 1983 el sagaz y estudioso procesalista José Carlos Barbosa Moreira expuso sobre este particular: "La aspiración a la mayor efectividad de la tutela jurisdiccional sugiere, intuitivamente, la utilización más intensa de los medios de averiguación de los hechos. Razones de orden vario exigen, bajo ciertas circunstancias, que el proceso renuncie a la pesquisa irrestricta de la verdad, no qual por eso dejará de ser exacto, en línea de principio, que la justicia de la decisión se condiciona al esclarecimiento - tan completo cuanto pueda ser - de la situación fáctica subyacente en el litigio. Si no bastan, por tanto, los elementos suministrados por las partes, actuará el juez en el sentido de complementarlos: la consagración de la iniciativa oficial en la actividad de la instrucción, va tomando un lugar común en los ordenamientos de nuestros días". Concluyendo con esta observación: "no parecerá tal

vez excesivo considerar que en esta materia, no obstante algunas resistencias, ha pasado el tiempo, en verdad, de las declaraciones de principio, y los esfuerzos deben ahora concentrarse en la realización de condiciones que estimulen a los jueces a ejercitar, in concreto, poderes que ya les habían sido atribuidos en abstracto.⁸

Deveras, podemos observar que a figura do juiz espectador já não tem mais espaço nos diversos ordenamentos jurídicos. Sua atuação hodiernamente deve ser diligente e ter interesse no resultado útil do seu fazer pessoal ao de ofício produzir provas. Deve ter comando sobre as provas, mostrando uma atitude ativa e não mais alheia e alienígena na produção de provas. Como afirma Morello (2001, p. 185): " Debe conocer lo que está ocurriendo y eso que se sucede, que esté bien hecho y para servir."

Diante de uma cautelar ou de uma antecipação de tutela (tutelas de urgência), percebe-se nitidamente que há uma limitação de produção de provas pelas partes, levando o magistrado a uma convicção de probabilidade ou de verossimilhança. Contudo, devemos ter muita calma com estes institutos, pois, o que estaremos a dizer é que, de forma excepcional, em alguns casos pode-se julgar com a convicção da verossimilhança.

Nesta mesma linha de pensamento, Augusto M. Morello (2001, p. 199) nos diz:

Lo que importa de manera capital - como tan brillantemente lo demuestra Michele Tarufo - es que esa motivación, anclada en los aspectos de la prueba, sea lógica, es decir coherente, que el juez explique cuáles han sido las razones que le hicieron preferir 'esas' pruebas en particular, sin indebidas omisiones, y en una visión del conjunto, en lugar de las conducentes y decisivas. El mérito de la prueba es siempre controlable, debe serlo; las partes han de poder verificar si ello ha sido o no racional. Adecuado.⁹

⁸ Certamente que esta postura do operador decisivo - o juiz diretor - desenha uma clara tendência atual. Em 1983, o astuto e estudioso processualista, José Carlos Barbosa Moreira, afirmou a este respeito: "O desejo de maior efetividade da tutela jurisdicional sugere, intuitivamente, o uso mais intenso dos meios de averiguação dos fatos. Razões de várias ordens exigem, abaixo de certas circunstâncias, que o processo renuncie a pesquisa irrestrita da verdade; não por isto deixará de ser exato, na linha de princípio, que a juiça da decisão está condicionada ao esclarecimento - tão completo quanto pode ser - da situação fática subjacente do litígio. Se não bastasse, portanto, as informações fornecidas pelas partes, direcionará o juiz no sentido de complementá-los: a consagração da iniciativa oficial na atividade de instrução, vem tomando um lugar comum nos ordenamentos atuais. "Para concluir esta observação: "não parecerá talvez excessivo considerar que nesta matéria, não obstante algumas resistências, nos últimos tempos, na verdade, declarações de princípio, e os esforços devem agora concentrar-se na promoção de condições que estimulem juizes para exercer, em particular, os poderes e que tinha sido atribuído a eles no abstrato.

⁹ O que importa de maneira capital - como brillantemente demonstrado por Michele Tarufo - é que essa motivação, enraizada nos aspectos da prova, seja lógico, que seja coerente, que o juiz explique quais foram as razões que o fizeram preferir "estas" provas em particular, sem omissões indevidas, e em

Vê-se, num primeiro momento que cabem às partes e seus advogados atentarem para a produção de provas por parte dos magistrados para que os mesmos não abusem de desviem do papel preponderante das partes no processo, qual seja, a produção de provas.

Tal preocupação é evidenciada também pelo ilustre doutrinador, Marcelo Abelha Rodrigues, em sua obra *Manual de direito processual civil*:

A proposição das provas cabe, em primeiro lugar, às partes, porque conhecem bem os fatos e se encontram em condições superiores à do juiz no sentido da identificação das fontes de prova. Além disso, *a iniciativa probatória das partes representa talvez a mais clara expressão do princípio fundamental do contraditório*. Nada obstante, o juiz não deve permanecer à mercê do aproveitamento das iguais oportunidades concedidas às partes no concernente à iniciativa em tema de prova. À adequada formação da convicção do juiz e, conseqüentemente, à justiça da decisão impõem-se o melhor esclarecimento dos fatos e o decorrente descobrimento da verdade. Por isso, *relevante é a iniciativa probatória do juiz*. E indispensável é a conciliação entre o abandono do imobilismo do juiz, espectador em tema de prova, e o princípio do contraditório (RODRIGUES, 2008, p. 184).

Reforçando tal pensamento, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) corroborando com as ideias alhures citada tem diversos julgados na mesma direção. Vejamos:

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DE AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHAS. POSSIBILIDADE. DIREITO INDISPONÍVEL. ART. 130, CPC. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. HERMENÊUTICA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

[...]

II – Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, **o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial**, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

III – *Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária*, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto *direito indisponível (ações de estado)*, ou quando o julgador, em face das provas

uma visão do conjunto, no lugar das conducentes e decisivas. O mérito da prova é sempre controlável, deve sê-lo; as partes devem ser capazes de verificar se era sensato ou não. Adequado.

produzidas, se encontre em *estado de perplexidade* ou, ainda, quando haja *significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes*.

(STJ, REsp nº 43.467/MG, Órgão julgador: Quarta Turma, relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, data do julgamento: 12 de dezembro de 1995). (grifo nosso)

Abaixo, mais outra decisão no mesmo sentido também proferida pelo egrégio STJ é:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL. ÔNUS DA PROVA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR. ADMISSIBILIDADE.

- Os juízos de 1º e 2º graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC.

- *A iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.*

- Embora recaia sobre o devedor-embargante o ônus de demonstrar a inexatidão dos cálculos apresentados pelo credor-exequente, deve-se admitir a iniciativa probatória do julgador, feita com equilíbrio e razoabilidade, para aferir a exatidão de cálculos que aparentem ser inconsistentes ou inverossímeis, pois assim se prestigia a efetividade, celeridade e equidade da prestação jurisdicional.

(STJ, REsp 1.012.306/PR, Órgão julgador: Terceira Turma, Relatora: Nancy Andrichi, data do julgamento: 28 de abril de 2009, data da publicação: 07 de maio de 2009) (grifo nosso)

E, ainda, para frisar tal entendimento:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ. DETERMINAÇÃO EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. ART. 130 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. No caso dos autos, determinou o Tribunal *a quo* o retorno dos autos à primeira instância, cassando, por conseguinte, a sentença de improcedência prolatada, na medida em que, *tendo admitido expressamente o magistrado singular que as provas colacionadas aos autos não seriam suficientes para verificação da alegada violação de cláusulas contratuais, deveria ter determinado, ex officio, sua realização.*

2. "A experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males

de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar o sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas de um sadio ativismo" (Instituições de Direito Processual Civil, volume III, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, páginas 52-54).

3. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 629.312/DF, Órgão julgador: Quarta Turma, Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, data do julgamento: 27 de março de 2007) (grifo nosso)

Assim, o magistrado ao atuar de ofício na produção de provas deve ater-se à razoabilidade para não fugir de seu papel primordial na solução dos litígios.

El juez muchas veces estará en la necesidad de hacer rodeos, de valerse de diversas herramientas del pensamiento, ordenar, planear, tasar, seleccionar, descartar, componer, entrelazar y urdir en una trama o lienzo de indicios y derivaciones presuncionales. Con ellas el operador ha de quedar (al menos) con la tranquilidad de haber hecho, hasta los límites más avanzados de lo razonable, lo imprescindible, sin lo cual no podría persuadir a los otros (las partes) para iluminar el meollo objeto de la prueba. La búsqueda (probabilidades, posibilidades, verosimilitud, certeza o verdad) de lo que le era inexcusable y forzoso tener en claro, para recién después poder juzgar (MORELLO, 2001, p. 199).¹⁰

5 - A motivação, o convencimento e o ônus da prova.

A motivação na produção de provas se presta a um controle racional que tem reflexo na própria sentença. Isto nos leva a assegurar que a motivação sobre os fatos é capaz de responder a função que lhe é própria, estar-se-á a satisfazer a exigência de controle sobre a razoabilidade de aplicação do juiz sobre as provas.

E, ainda, Taruffo (2011, p. 435-436) nos informa:

Es también habitualmente aceptada la tesis de que a motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el juez ha llegado a la decisión; es, más bien, la exposición de un razonamiento justificativo mediante el que el juez muestra que la decisión se funda sobre base racionales idóneas para hacerla aceptable.
(...)

¹⁰O juiz muitas vezes estará na necessidade fazer rodeios, de valer-se de diversas ferramentas de pensamento, ordenar, planejar, avaliar, selecionar, descartar, compor, entrelaçar e tecer em um quadro ou quadro de indícios e derivações presumíveis. Com elas, o operador tem que permanecer (pelo menos) com a tranquilidade de ter feito, até os limites mais avançados da razoabilidade, é essencial, sem o qual não poderia persuadir os outros (as partes) para iluminar o tema central da prova. A busca (probabilidades, possibilidades, verossimilhança, certeza ou verdade) do que era imperdoável e forçado tem que ficar claro, para só então se poder julgar (MORELLO, 2001, p. 199).

Desde este punto de vista, se entiende fácilmente que los criterios de control racional de la convicción del juez, de los que se ha hecho mención anteriormente, pueden usarse también como criterios de justificación racional del juicio sobre el hecho. Motivar los hechos significa explicitar, con la forma de una argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una eficacia determinada a cada medio de prueba y que, sobre esta base, fundamenta la elección a favor de la hipótesis sobre el hecho de que, con las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica más elevado. Esto supone que la motivación debe dar cuenta de los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, de las inferencias que partiendo de ellos se han formulado y de los criterios utilizados para extraer sus conclusiones probatorias; del mismo modo, la motivación debe dar cuenta también de los criterios con los que se justifica la valoración conjunta de los distintos elementos de prueba, así como las razones que fundamentan la elección final para que la hipótesis sobre el hecho esté justificada.¹¹

Vimos que o juiz pode quando da dificuldade das provas e em casos próprios do direito substantivo julgar os casos com base na verossimilhança. Mas, a pergunta que se faz é como fica naqueles casos em que o autor não produziu o fato constitutivo de seu direito a contento e o juiz encerra o processo alegando que o ônus da prova não foi observado. Neste caso poderia o juiz de ofício fazer a produção de provas (seria a resposta mais adequada), mas muitas das vezes esta produção se torna inócua para o deslinde do caso ou até mesmo o magistrado desconhece outros meios para se fazer tais provas. Daí, ocorrendo dúvidas ao magistrado em sentenciar deverá o mesmo sentenciar julgando improcedente o pedido baseado na regra do ônus da prova.

Luiz Guilherme Marinoni, jurista de escol, (2004) a respeito do tema escreve:

¹¹ É também habitualmente aceito a tese de que a motivação não pode ser considerada como uma explicação do procedimento lógico ou psicológico com o qual o juiz chegou à decisão é, todavia, a exposição de um raciocínio justificativo mediante o qual o juiz mostra que sua decisão se funda sobre bases racionais idôneas para torná-la aceitável. (...)

Deste ponto de vista, é facilmente compreensível que os critérios para o controle racional da convicção do juiz, de referir que tem sido feito anteriormente, também podem ser usado como critérios de justificação racional de julgamento sobre o fato. Motivar os fatos significa explicitar, com a forma de um argumentação justificativa, o raciocínio que permite atribuir uma determinada eficácia de cada meio de prova e que, sobre esta base, fundamenta a escolha a favor de hipóteses sobre o fato de que, com as provas disponíveis, tem um grau de confirmação lógica superior. Isto pressupõe que a motivação deve levar em conta os dados empíricos assumidos como elementos de prova, as inferências baseadas neles foram formuladas e os critérios utilizados para extrair suas conclusões probatórias; mesmo assim, a motivação deve levar em conta também os critérios que justificam a valoração conjunta dos vários elementos de prova, assim como as razões que fundamentam a escolha final para que a hipótese é justificada.

Portanto, *além de ser falsa a suposição de que o juiz sempre julga depois de "ter descoberto a verdade", é impossível afirmar que o juiz pode deixar de julgar por não estar convencido*. No máximo, o que alguém poderia dizer é que a sentença, quando lastreada em dúvida, não produz coisa julgada material, quando se teria uma espécie de coisa julgada "*secundum eventum probationis*". Porém, a aceitação dessa tese eliminaria a própria razão de ser da coisa julgada material, que é, como se sabe há muito, a de impedir a eternização dos conflitos. Dizer que uma sentença, que trata do litígio, não se reveste da autoridade da coisa julgada material, é simplesmente afirmar que ela não tem valor algum. Ou mais precisamente: retirar a coisa julgada da sentença é o mesmo que concluir que o juiz está autorizado a não julgar.

SALAVERRÍA, em excelente obra sobre a motivação das sentenças, lembra que se é possível esperar até o final dos tempos a solução definitiva do debate a respeito do local em que nasceu Colombo, um conflito obviamente não pode ser colocado no congelador até que surja uma informação capaz de permitir a sua solução à distância de qualquer dúvida. Conforme explica, os assuntos submetidos ao juiz – como a maioria dos concernentes à vida prática – devem ser resolvidos imperiosamente em um prazo de tempo; "*con pruebas si las hay bastantes o, si no, resignadamente con presunciones*"¹.

Não há mais como supor que a decisão jurisdicional encontre fundamento na verdade, *pois é óbvio que não existe uma verdade, mas tantas versões de verdade quantas forem necessárias. Cada parte tem a sua, e o juiz, para proferir a decisão, elabora a própria - que pode ser a versão inteira ou parcial de uma das partes*.

É certo que o juiz *deve buscar se convencer da verdade*. Mas, essa convicção se faz com base na argumentação ou nas provas trazidas ao processo, inclusive as determinadas de ofício, o que *gera uma verdade construída no processo*. O que legitima a decisão jurisdicional ou a coisa julgada é a devida participação das partes e do juiz, ou melhor, *as próprias regras que criam as balizas para a construção da verdade processual*.

Augusto M. Morello (2001, p. 173) também, com seu brilhantismo hodierno, nos proclama que tal motivação deve ser acima de tudo adequada.

Los gestos del juez deben corresponder a los requerimientos mediante un análisis serio, completo, razonado y profundo del conjunto de la prueba útil y decisiva. Vale especialmente para la prueba la exigencia de que al respecto se decida debe venir motivado adecuadamente. Con mayor razón si tal resolución restringe o limita el ejercicio de un derecho fundamental - y el derecho a probar lo es porque constituye la espina dorsal del proceso justo -, de tal forma que la razón determinante de la decisión puede ser conocida por el afectado, entre otras razones

porque la parte que la propuso debe saber cuál es la causa rechazo, para después de reflexionar sobre ella, decidir se la impugna, si estima las razones dadas, la consciente, o no caso es correcta la argumentación que ha repelido la prueba.¹²

Conclusão

Não é nova a busca da verdade pela produção de provas no superado seu estudo e talvez nem o seja ou, jamais, tal estudo seja esgotado, devido ao mesmo ser provido de forte cunho dialético e uma enorme carga subjetiva quando de sua produção; já que cada personagem no processo dá a valoração da verdade o que melhor lhe aprouver.

Tal discussão apesar de parecer antiga não merece ser esquecida já que cabe aos operadores do direito manter sempre viva as discussões que têm, em último fim, a busca da justiça.

Partimos nossos estudos dos conceitos gerais sobre o assunto e adentramos no conceito de prova, onde procuramos ver de uma forma mais didática e conceitual o que tais institutos significam. Passo seguinte indagamos se era possível se buscar a verdade e ter sua convicção? Onde ao final respondemos que tal busca da verdade no processo era impossível, porém é lá que se elimina todos os conflitos.

Mostramos que a atuação do magistrado ao tocante às provas deve ser uma atitude pró-ativa, qual seja, o mesmo não é mais aquela figura que só assiste ao "espetáculo", pelo contrário, deve participar dele. E, por fim estudamos a motivação, o convencimento e o ônus da prova.

Assim podemos dizer que é através do estudo da prova que se chega a uma aproximação da verdade, qualquer que seja esta. Num Estado Democrático de Direito a produção de provas no processo civil é salutar ao seu firmamento na ordem jurídica posta. A imparcialidade do juiz na produção e manejo de provas dá à Constituição Federal alta efetividade em seus princípios.

Se ocorrer lacunas nas narrativas dos fatos e sendo necessárias o seu preenchimento deve de ofício o magistrado apontá-las. Esta atitude ativa por parte deste magistrado tem

¹² Os gestos do juiz devem corresponder aos requerimentos mediante uma análise séria, completa, fundamentada e profunda do conjunto de prova útil e decisiva. Vale, especialmente, para a prova que a respeito se utiliza, a mesma deve ser motivada adequadamente. Com maior razão se tal resolução restringir ou limitar o exercício de um direito fundamental - e o direito a provar é porque constitui a espinha dorsal processo justo - de tal forma que a razão determinante da decisão pode ser conhecida pela afetado, entre outras razões, porque a parte que propôs deve saber qual é a causa de rejeição, para depois refletir sobre ela, decidir se a impugna, se satisfeito com as razões dadas, consciente, ou no caso se é correta a argumentação que foi repelida a prova.

um fim em si mesmo: celeridade processual e a busca da verdade. Deve dar às partes o acesso ao que possam desconhecer e até mesmo aquilo que lhe sejam inacessíveis. Tudo isto deve ser feito de forma a não prejudicar a imparcialidade na condução do processo. Deve o magistrado o tempo todo se policiar quanto a sua atuação de ofício nesta produção de provas para evitar que se possa tornar um investigador ou até mesmo um inquisidor.

O juiz deve pautar-se com cuidado para não se tornar um investigador ou um inquisidor quando da produção de provas de ofício. Sua imparcialidade neste campo deve ser a todo tempo perquirida afim de não macular o processo civil. A busca pela verdade não dá ao juiz um 'passe livre' para fazer em seu nome uma produção de provas que fuja até dos propósitos pretendidos e até mesmo queridos pelas partes.

Qualquer que seja a parte envolvida no litígio deve ter um resultado na jurisdição que seja justo e eficaz. Para tanto, não implica que o juiz deva ser uma figura neutra e fria, pelo contrário, deve o mesmo conduzir o processo de forma que se alcance a justiça desde o seu início.

Tal qual como as partes, deve o juiz se pautar pela uma excelente produção de provas, pois, esta dará a todos o devido processo legal na sua mais ampla plenitude. E, em breve síntese podemos concluir que todo o fato tem três versões: a sua, a minha e a que interessa ao processo civil.

Referências

CALAMANDREI, Piero, Verità e verosimiglianza nel processo civile, *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1955.

CARNELUTTI, Francesco. La prueba civil. 2 Ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al.* Teoria Geral do Processo. 23 Ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito procesual Civil*. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A inversão do ônus da prova nas ações coletivas: o verso e o reverso da moeda. In: SAMPAIO, Aurisvaldo Melo; FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord). *Estudos de Direito do Consumidor*: Salvador: Tutela Coletiva, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. A questão do convencimento judicial. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 503, 22 nov. 2004 Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5966>>. Acesso em: 02 jan. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*, São Paulo: RT, 2001.

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

MORELLO, Augusto M. *La prueba tendencias modernas*. Buenos Aires: Platense. 2 ed. 2001 ampliada.

NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas do Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 10 ed, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. vol. único. 3ed. São Paulo: Método, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*, São Paulo: Método, 2010.

TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Madrid: Trotta, 4 ed., 2011.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y verdad. *Derechos y Libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, ano VII, jan.-dez./2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Livre apreciação da prova, ciência e raciocínio judicial: considerações sobre a "cientificização" da prova no processo*. In: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coord.). *Processo, verdade e justiça: estudos sobre a prova judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.