

A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA “VERDADE FORMAL” VS. “VERDADE REAL” NO MODERNO DIREITO PROCESSUAL

OVERCOME THE DICHOTOMY “FORMAL TRUTH” VS. “REAL TRUTH” IN THE
MODERN PROCEDURAL LAW

Vitor Gonçalves Machado¹

RESUMO:

A problemática sobre a “verdade” e o que ela tende a ser dentro do processo judicial não tem despertada a atenção que merece no meio jurídico. A dicotomia verdade material vs. verdade formal ainda persiste em existir no direito processual, acarretando graves prejuízos ao processo sob seu prisma constitucional. A posição de alguns processualistas ainda tende em seguir essa carcomida visão, embora haja entendimentos com importantes análises. Deve haver o resgate da Filosofia, da linguagem, da argumentação e da legitimidade pelo procedimento para se buscar construir a “verdade” no processo. A “verdade” no moderno processo judicial brasileiro deve ser buscada em um procedimento baseado na probabilidade das provas e das teses apresentadas, na intensa argumentação dialética e em colaboração (cooperação) entre os sujeitos processuais, e no respeito às normas, aos direitos, às garantias e aos princípios válidos para o caso em julgamento.

PALAVRAS-CHAVE: verdade; verdade formal; verdade real; procedimento; argumentação; cooperação.

ABSTRACT:

The problem about “truth” and what it tends in civil process has not gained enough attention in the legal field. The dichotomy material truth vs. formal truth persists to exist in procedural law, causing serious damage to the process. The position of some procedural jurists still tends to follow this old vision, although there is in the legal environment important analyzes. There must be the rescue of the Philosophy, language, reasoning and legitimacy by procedure to seek to build the “truth” in the process. The “truth” in the modern Brazilian judicial process should be sought in a procedure based on the probability of the evidence and theses in intense dialectical argumentation and collaboration (cooperation) between all parties involved in the process, and in the respect of the rules, rights, guarantees and principles valid for the case at trial.

KEYWORDS: truth; formal truth; real truth; procedure; argumentation; cooperation.

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera/LFG/Imperium. Pós-graduado em Direito do Estado com ênfase em Metodologia do Ensino Superior pela Universidade Anhanguera/LFG/Imperium. Graduado em Direito pela UFES. Advogado. E-mail para contato: vitor.g.machado@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A busca da “verdade” sempre foi um dos maiores desafios – e também intrigante desejo – do homem. Diz-se, inclusive, que aquilo que levou os homens a filosofar foi muito por causa da admiração de buscar a “verdade”², de conhecer, de duvidar, dessa atividade reflexiva³.

Contudo, é possível notar que a problemática sobre a busca da “verdade” no processo judicial brasileiro, seja o processo civil, ou penal, ou trabalhista, etc., *não* tem despertada a devida atenção que merece no ambiente do moderno direito processual. Indagações como “o que é a verdade?”, ou “para quê serve a verdade?”, ou “como deve ser interpretada a verdade no processo e como buscá-la – por meio de qual procedimento?”, ou, ainda, “qual a importância da verdade para o processo?”, têm sido pouco trabalhadas – de forma mais crítica e atenta – pelos processualistas pátrios.

Já tivemos a oportunidade em discorrer sobre o conceito de “verdade” (MACHADO, 2013, p. 460-464) e também sobre a superação das chamadas “verdades adjetivadas” (ou “verdades nominadas”) no processo judicial brasileiro (MACHADO, 2014)⁴, mas ainda temos que avançar sobre o estudo da (carcomida) visão dicotômica da “verdade” no processo, onde parece ser quase insuperável a afirmação de que existe a **“verdade formal” em contraposição à “verdade real”** (denominada também de “verdade material” ou “verdade substancial”).

De fato – embora ainda não percebida por muitos juristas –, a sacralizada distinção que permanece no direito processual entre a formalização vs. materialização da “verdade”, na qual, basicamente, esta (a verdade material ou real) é objetivo do processo penal e aquela (a verdade formal) é do processo civil, mostra-se como um dos **problemas** mais crônicos existentes, pois pode levar a errôneas interpretações do procedimento e das atitudes dos sujeitos processuais (principalmente do juiz) no descobrimento da “verdade” dos fatos (leia-se: das alegações dos fatos).

² Nesse sentido, conferir: BARROS, 2013, p. 21-22.

³ Interessante é a explicação de Marilena Chauí sobre a “verdade”, que assim escreve: “para a atitude crítica ou filosófica, a verdade nasce da decisão e da deliberação de encontrá-la, da consciência da ignorância, do espanto, da admiração e do desejo de saber. Nessa busca, a filosofia é herdeira de três grandes concepções da verdade: a do ver-perceber, a do falar-dizer e a do crer-confiar” (CHAUÍ, 2010, p. 121).

⁴ “O uso constante e incessante de ‘verdades adjetivadas’ (ou ‘verdades nominadas’) prejudica sobremaneira a conclusão sobre para quê serve o processo e de qual é, afinal, seu objetivo precípua: servir de instrumento para a entrega da tutela jurisdicional a quem dela faz jus. A ‘verdade’ dentro do processo – quando visualizadas as várias nomenclaturas utilizadas pelos juristas – parece ser um dado esquizofrênico, a depender do ponto de vista do doutrinador e do ramo processual estudado, e não, propriamente, dos debates e das provas colhidas e trazidas aos autos do processo” (MACHADO, 2014, p. 175).

O que se pode de antemão afirmar é que não deve existir uma “verdade” em determinado ramo do processo e outra “verdade” em outro ramo (penal vs. civil, por exemplo), simplesmente pela afirmação (falaciosa) de que um desses processos lida com bens jurídicos mais caros, mais preciosos, mais delicados, mais importantes ao homem (exemplificando, a liberdade e a vida), enquanto outros ramos, não. O processo não deve ser visto como um palco de mero jogo retórico, com egos em disputa. Ele é o ambiente próprio para o debate, a dialeticidade, a argumentação construída entre os sujeitos cognoscentes para ao cabo ser possível se chegar a um conceito mais próximo de justiça, além dos postulados da efetividade e da segurança.

Ademais, será demonstrado que importantes doutrinadores ainda trazem em suas ideias o problema da sacrossanta dicotomia verdade formal vs. verdade real, o que representa um mal para o processo sob o seu moderno prisma constitucional.

2. ANÁLISE SOBRE O CONCEITO DE “VERDADE” ENTRE OS PROCESSUALISTAS CIVIS (OU AQUELES QUE DISCORREM SOBRE O PROCESSO CIVIL) E ENTRE OS PROCESSUALISTAS PENAIIS (OU AQUELES QUE DISCORREM SOBRE O PROCESSO PENAL)

Para iniciarmos a análise sobre a compreensão da “verdade” entre os processualistas civis e penais, é mister conceituar o que tradicionalmente a doutrina processual entende por “verdade formal” e “verdade real”, sendo estas as concepções mais utilizadas:

- a) Verdade formal: o juiz não está obrigado a buscar provas, devendo se contentar com aquilo que lhe é trazido pelas partes (ligação com o princípio dispositivo) e extraindo suas conclusões a partir do que está nos autos. Há, pois, um apego maior ao formalismo e a certos requisitos processuais relacionados ao direito probatório (forma) do que ao conteúdo material da prova.
- b) Verdade real (ou verdade material ou substancial): o juiz deve buscar provas tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado. O magistrado figura como coautor na produção de provas. Há preponderância em considerar o conteúdo material da prova em desapego às regras processuais formais, como o instituto da preclusão.

Realizada a conceituação dos termos que focaremos neste artigo, cabe dizer que, quando se busca traçar uma comparação entre os pontos de vista que os processualistas civis possuem em contraposição com os que possuem os processualistas penais acerca da “verdade”, verifica-se que a parte relativa à busca da verdade nos manuais de processo civil, normalmente, encontra-se atrelada ao capítulo relativo das *provas*. Já nos manuais de processo penal, essa parte é discorrida, via de regra, logo em seu introito, ou seja, quando do estudo dos *princípios* inerentes ao processo penal.

Cumprindo também dizer, antes de passarmos aos entendimentos dos processualistas e juristas, que a tentativa de superar a dicotomia entre processo civil e processo penal é uma tendência moderna⁵, a qual, embora se reconheça diferenças entre ambos (no âmbito didático deve haver a distinção entre processo civil e processo penal), nada impede que se reconheça a validade da teoria geral do processo, com “a adoção de linhas processuais comuns, universais, para qualquer das exteriorizações desse instrumento de realização da justiça” (AQUINO, NALINI, 2005, p. 61).

O mestre José Frederico Marques, reconhecidamente um processualista de renome tanto da área cível quanto da área penal, disserta no mesmo sentido, salientando que “o processo, como instituto jurídico, é um só, quer quando tenha por conteúdo uma lide penal, quer quando focalize uma lide de direito privado, ou de direito administrativo, ou de direito fiscal” (MARQUES, 2001, p. 05).

E, ao analisar o irreconciliável dualismo que muitos pretendem estabelecer entre processo civil e processo penal, assim escreve o mestre:

Pretende-se estabelecer um dualismo irreconciliável entre processo civil e penal, em nome do princípio da especialização. Bem de ver, no entanto, que esta ou se refere ao procedimento, e então surge no próprio seio de cada um dos processos; ou se liga ao conteúdo do processo, e então nada tem com este, mas tão-só com os preceitos legais sobre os interesses em conflito na lide a ser decidida. Pode-se falar, por exemplo, em especialização do juiz penal; mas com isso em nada é atingido o processo, pois que tal especialização se refere a maior conhecimento do direito penal e disciplinas afins, e nunca a radicais transformações de ordem processual (MARQUES, 2001, p. 07).

Paulo Rangel, apesar de não concordar em sua inteireza com tal pensamento, cita o mesmo José Frederico Marques, o qual afirma que o processo tem uma teoria geral que é aplicável em todos os seus ramos, porém para fins práticos encontra-se dividido em dois

⁵ Segundo José Renato Nalini e José Carlos G. Xavier de Aquino, essa tendência à unificação da parte geral do processo já se verifica no âmbito dos Juizados Especiais, nada impedindo o trato simultâneo às questões penais e cíveis oriundas de um único fato (AQUINO, NALINI, 2005, p. 62).

grandes ramos: o direito processual civil e o direito processual penal. “Este último é o conjunto de princípios e normas que disciplinam a atuação da jurisdição penal, enquanto que o primeiro consiste na regulamentação da jurisdição não-penal” (MARQUES *apud* RANGEL, 2011, p. 10).

Após essa inicial compreensão, é momento de passar aos entendimentos dos processualistas, esclarecendo desde já que, para não sobrecarregar o leitor, foram construídos quadros esquemáticos com as visões dos doutrinadores de forma resumida e propícia a estabelecer as devidas comparações e diferenças (ou concordâncias) entre seus pensamentos.

2.1. A “VERDADE” NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Como os doutrinadores que discorrem sobre o processo civil brasileiro entendem a “verdade”? Será que compreendem no sentido de prevalecer a denominada “verdade formal”, ou não? Como deve ser buscada a “verdade” no processo para os processualistas civis? Vamos ver:

AUTOR (PROCESSO CIVIL)	O QUE ENTENDE?
Rodolfo Kronenberg Hartmann	É impossível atingir uma verdade absoluta, e por isso já não devemos mais falar em verdade material ou verdade formal, mas sim em uma verdade processualmente válida , que é aquela verdade mais próxima possível (ou menos imperfeita possível) do que efetivamente ocorreu (HARTMANN, 2014, p. 301-302).
Humberto Theodoro Júnior	Há uma preocupação no processo com uma ampla busca da verdade real , mesmo que isso represente um desiderato inatingível pelo conhecimento humano. A busca pela verdade deve ter uma especial participação do juiz, assumindo o comando oficial do processo com base nas garantias fundamentais (THEODORO JUNIOR, 2004, p. 12).
Ernane Fidélis dos Santos	Vigora no processo (qualquer processo) o princípio da verdade real , mas que não significa a verdade absoluta, devendo existir no julgamento, pelo menos, um juízo de probabilidade de existência ou não dos fatos (SANTOS, 2011, p. 601-602).
Ovídio A. Baptista da Silva	É a verossimilhança , entendida como a verdade contextual e possível , que preside a atividade processual, tanto do juiz quanto, em especial, dos litigantes. Deve-se dar importância aos “significados” dos “fatos”, à linguagem, à argumentação, à retórica

	e ao princípio da tolerância com o “outro” (SILVA, p. 03-11).
Alexandre Freitas Câmara	As expressões a serem utilizadas em substituição a verdade formal e verdade material são “probabilidade” e “certeza”. O processo busca proferir julgamento baseado em certeza (em substituição a verdade material) , mas muitas vezes se contenta com decisões baseadas em probabilidades (em substituição a verdade formal) , como ocorre quando o réu é revel e a decisão se baseia em uma presunção (CÂMARA, 2007, p. 40; CÂMARA, 2013, p. 430).
Elpídio Donizetti	A verdade só pode ser uma, e apenas pode ser a verdade real , aquela obtida a partir da cabal comprovação dos fatos (DONIZETTI, 2014, p. 600).
Hermes Zaneti Júnior	A verdade absoluta jamais pode ser atingida. O máximo que se pode ser obtido no processo civil é uma verdade provável , um juízo de probabilidade, com alto grau de correção, advindo de um elevado contraditório processual e do comprometimento com uma decisão justa e uma preventiva discussão entre o juiz e as partes (ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 79-84).
Cássio Scarpinella Bueno	É imperioso abandonar a clássica distinção entre verdade real (para o processo penal) e a verdade formal (para o processo civil). Sendo o processo público e os compromissos do juiz com a sociedade também o são, a “verdade” a ser buscada pelo juiz no processo civil deve ser a “ verdade real ”, dotando o magistrado de uma maior quantidade de poderes e atribuições, devendo ser viabilizada, ainda, uma compreensão mais ampla do princípio do contraditório, sobretudo dentro do contexto de “colaboração” e “cooperação” (BUENO, 2014a, p. 133; BUENO, 2014b, p. 247).
Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart	A ideia de verdade formal é hoje absolutamente inconsistente e a verdade real sobre determinado fato histórico não passa de uma utopia no processo. Assim, o resultado que chegará o magistrado nunca passará de um juízo de verossimilhança , devendo a “verdade” ser <i>construída</i> por meio de um procedimento que tenha em conta a argumentação em colaboração, assumindo importante papel o contraditório e as premissas que ensina Habermas, tais como a importância do discurso, do diálogo, do debate, da argumentação, tudo para formar a ideia da chamada “ verdade factível ” (MARINONI, ARENHART, 2011, p. 34-52).
Sidnei Amendoeira Junior	Não existe a distinção entre verdade formal e verdade real. O que se pode atingir no processo é um grau bem extremado de probabilidade , aproximando-se da certeza. A verdade processual é aquela possível , diferente da verdade formal, que é aquela derivada do conformismo e da neutralidade do juiz (AMENDOEIRA JUNIOR, 2012, p. 507-509).

Marcelo Rodrigues Abelha	A verdade que é buscada no processo não é a verdade formal nem a verdade real (esta é inatingível, uma utopia), mas sim a verdade que assume a feição de verossimilhança, de aparência da verdade . De todo modo, deve ser dado amplos poderes ao juiz para perseguir a verdade no processo, de forma independente e imparcial e com base no efetivo contraditório e no que foi angariado da participação dos litigantes (RODRIGUES, 2010, p. 212-213).
Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco	No campo do processo civil , o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal , limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando o pedido autoral ou a defesa do réu por falta de provas; já no campo do processo penal , só excepcionalmente o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal, pois deve aqui buscar a verdade real , em virtude da natureza pública do interesse repressivo (CINTRA <i>et al</i> , 2010, p. 71).
Fredie Didier Junior, Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga	A ideia da verdade real é utópica. Por isso, a verdade que deve ser buscada no processo é aquela mais próxima possível da real , onde há presença da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes comprovarem, através da argumentação, a veracidade de suas alegações (DIDIER JUNIOR <i>et al</i> , 2009, p. 21-22).
Vicente Greco Filho	O juiz civil deve julgar conforme a verdade que está nos autos, ou seja, a verdade formal ; já o magistrado penal deve perseguir a verdade real , tendo maiores poderes inquisitivos que o juiz civil em razão dos interesses envolvidos no processo penal (GRECO FILHO, 2003, p. 200).
Misael Montenegro Filho	As partes devem se contentar com a verdade formal , que é aquela verdade sobreposta para os autos, pois o fato como tema central do litígio comporta múltiplas interpretações, por exemplo, pelo autor, pelo réu, e, eventualmente, outra visão pelo juiz (MONTENEGRO FILHO, 2014, p. 419).
Rui Portanova	Vigora no processo civil o princípio da verdade real (também chamado verdade material ou substancial), sendo o princípio uma consequência da visão moderna e publicista do processo. É importante ressaltar que o Código não impõe limites à busca da verdade pelo juiz (PORTANOVA, 2013, p. 199-200).
Arruda Alvim	O processo não possui como um fim absoluto a descoberta da verdade. O resultado obtido no processo (verdade formal) deve ser o mais próximo possível da verdade material , sendo certo que há uma maior ou menor severidade na aferição das provas em função do bem da vida em lide (ALVIM, 2013, p. 962-964).
Luiz Fux	O juiz não tem um compromisso com a verdade, mas sim com a justiça, a estabilidade e a segurança sociais. O que importa no

	processo é a verdade do judiciário , ou seja, aquela que migra para os autos. Mas, normalmente, o resultado da prova é a verossimilhança , que se aufere mediante um juízo de probabilidade sobre as provas colhidas pelas partes ou pelo juiz (FUX, 2001, p. 594-595).
Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery	O ideal no processo é a busca da verdade real , mas o sistema processual civil admite casos em que poderá valer para o julgamento a verdade formal, exceto nos casos de direitos indisponíveis (NERY JUNIOR, NERY, 2010, p. 200 e p. 632).
Moacyr Amaral Santos	O juiz quer e precisa saber da verdade em relação aos fatos afirmados pelos litigantes, devendo formar sua convicção pela livre apreciação das provas constantes nos autos, sendo-lhe vedado valer-se de fatos e circunstâncias que estão fora dos autos do processo. A afirmação do juiz necessariamente deve corresponder à verdade (SANTOS, 2004, p. 392 e p. 336-337).

2.2. A “VERDADE” NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

A iniciar a demonstração de como é tratada a “verdade” entre os doutrinadores que escrevem sobre o direito processual penal, não é difícil notar a presença mais forte da discussão em torno do chamado princípio da verdade real.

Muitos doutrinadores, com uma visão mais moderna a respeito do processo penal, escrevem com perspicaz sobriedade a respeito do mito da verdade real, como Eugênio Pacelli de Oliveira e Aury Lopes Junior. Outros autores também analisam de forma brilhante a questão da “verdade” no processo penal, como Paulo Rangel, Renato Brasileiro de Lima e Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho. Passamos à análise:

AUTOR (PROCESSO PENAL)	O QUE ENTENDE?
Eugênio Pacelli de Oliveira	Toda verdade judicial é uma verdade processual , por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica. A verdade no processo será uma verdade reconstruída, com maior ou menor grau de contribuição das partes e, eventualmente, do magistrado. Mas compete à acusação, no processo penal, a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, podendo ser falado, assim, de uma verdade material (OLIVEIRA, 2008, p. 285-287).

Fernando Capez	O princípio da verdade real (ou material) é um dos princípios informadores do processo penal , tendo o juiz o dever de investigar os fatos como se passaram na realidade; apenas excepcionalmente o juiz criminal pode se curvar diante da verdade formal. Por sua vez, vigora no processo civil o princípio da verdade formal ou princípio dispositivo, embora haja clara tendência publicista no processo para que o juiz assuma uma posição mais ativa (CAPEZ, 2007, p. 22-23 e p. 28).
Guilherme de Souza Nucci	A verdade formal é a que emerge do processo, conforme os argumentos e as provas trazidas pelas partes, presente maior no processo civil . Já a verdade real , que prevalece no processo penal , é aquela situada o mais próximo possível da realidade, mas essa busca não quer dizer a ilimitada produção de provas, pois há vedações legais que devem ser respeitadas. Assim, embora deva existir a distinção entre verdade formal e verdade real (para que seja demonstrada a finalidade diversa existente entre processo civil e processo penal), diz-se que a verdade é una e sempre relativa , consistindo busca inviável, no processo, encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram (NUCCI, 2007, p. 97-99; NUCCI, 2011, p. 19).
Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna	No processo penal, o julgamento deve se basear na máxima probabilidade ou ausência de dúvida razoável , pois é impossível falar em verdade real no processo (inalcançável para o homem), devendo o juiz se basear numa certa versão dos fatos que não deixa qualquer dúvida de que o réu praticou o crime (BEDÊ JUNIOR, SENNA, 2009, p. 102-105).
Aury Lopes Junior	A verdade real é um mito forjado pelo período inquisitivo, a qual buscava uma “verdade” a qualquer custo e pelas práticas probatórias as mais diversas possíveis. Por conta do “ritual judiciário”, há no decorrer do processo um labirinto de subjetividades e contaminações, fazendo com que o problema todo passe para a órbita da “verdade”, e não da verdade processual, da verdade real, etc. O processo não possui a função de revelar a “verdade”, mas não se pode abandoná-la. A sentença vem a ser um ato de crença, de fé , que pode ou não coincidir com a “verdade”. A “verdade” é, assim, contingencial , e não estruturante, e o juiz formará seu convencimento construindo a “sua” história do delito com base nos significados da norma e “ elegendo ” as versões entre os elementos fáticos demonstrados (LOPES JUNIOR, 2010, p. 259-262 e p. 265-272).
Renato Brasileiro de Lima	Deixou de existir a dicotomia entre verdade formal (processo civil) e verdade real (processo penal). No processo civil, tem sido admitido um maior poder do juiz para determinar as provas necessárias ao esclarecimento da verdade; já no processo penal , o princípio que vigora não é o da verdade real (ou material), mas sim o da busca da verdade , entendido como livre investigação da

	<p>prova no interior do pedido e imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova. Ou seja, para que haja um processo justo, deve haver meios efetivos para atingir a maior aproximação possível da verdade (LIMA, 2012, p. 47-48).</p>
Norberto Avena	<p>O princípio da verdade real, conhecido também como princípio da verdade material ou substancial, está presente no processo penal, mas a busca pela verdade real deve respeitar direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais; já no âmbito do processo civil, é o princípio da verdade formal que vigora (AVENA, 2013, p. 43).</p>
Paulo Rangel	<p>Não se pode afirmar que no processo civil vigora uma verdade ficta (ou verdade formal), enquanto que no processo penal vige a verdade processual. Ambos os ramos movem-se pelo princípio da verdade processual, apenas devendo se atentar para o direito tutelado, se disponível (via de regra, o direito é disponível no juízo cível) ou indisponível (como geralmente é no juízo criminal) (RANGEL, 2011, p. 06-10).</p>
Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves	<p>Busca-se, através da prova, a demonstração da verdade processual (ou verdade relativa), eis que é impossível alcançar através do processo a verdade absoluta (REIS, GONÇALVES, 2014, p. 247).</p>
Marcellus Polastri Lima	<p>Difícilmente ou nunca se conseguirá atingir a certeza absoluta no processo. Busca-se no processo a chamada “verdade provável”, ou seja, aquela mais próxima possível (considerada em graus) da verdade (LIMA, 2009, p. 04, 12 e 19).</p>
Fernando da Costa Tourinho Filho	<p>Atualmente, é preferível o termo “verdade processual” em substituição a “verdade real”, sendo relevante afirmar que sua busca não é um valor absoluto, pois ela está limitada por valores éticos e jurídicos do Estado de Direito, que formam uma espécie de barreira intransponível que prejudica a fiel e integral reconstrução dos fatos (TOURINHO FILHO, 2005, p. 226).</p>
Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho	<p>A dicotomia verdade formal vs. verdade material se transformou em algo grave, acabando por prejudicar a teoria e a prática penais. A posição adotada no processo penal transformou a busca da verdade num valor mais sagrado, mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual. A “verdade material”, assim, deve ser entendida corretamente como uma verdade judicial, prática, uma “verdade processualmente válida”, e não uma verdade obtida pelo juiz a qualquer preço e sob quaisquer circunstâncias (GRINOVER <i>et al</i>, 2006, p. 147-148).</p>
Ronaldo Batista Pinto	<p>No processo penal, o princípio da verdade real quer dizer que o juiz deve atuar de maneira a buscar a reconstrução histórica e a verdade efetiva dos fatos, não se satisfazendo com a mera verdade</p>

	formal trazida pelas partes. Não pode prosperar a posição de inércia do juiz, como ocorre com frequência no processo civil, pois o processo penal lida com direitos mais caros da pessoa. A decisão do magistrado deve ser a mais próxima possível da verdade real (PINTO, 2000, p. 05-06).
Julio Fabbrini Mirabete	No processo penal, ao contrário do processo civil, busca-se a verdade real , excluindo-se, assim, via de regra, os limites artificiais da verdade formal (como as presunções, as ficções, as transações, etc.), deixando claro que há exceções que remetem a certos limites para a busca da verdade real no processo penal (MIRABETE, 2004, p. 47).
José Carlos G. Xavier de Aquino e José Renato Nalini	Modernamente, não é aceita a distinção entre verdade real para o processo penal, e verdade formal (ou verdade dos autos) para o processo civil. Tanto quanto possível, importa também para o processo civil alcançar a verdade possível , e, tanto quanto possível, a verdade real . Na verdade, sendo a verdade absoluta inapreensível para nós, no processo devemos alcançar o máximo grau possível de verdade , com as limitações do homem (AQUINO, NALINI, 2005, p. 61 e p. 91-93).

3. A SUPERAÇÃO DOS DOGMAS ATRAVÉS DO RESGATE DA FILOSOFIA, DA ARGUMENTAÇÃO E DA LEGITIMIDADE PELO PROCEDIMENTO

O ponto inicial que o sujeito cognoscente (intérprete do Direito) deve partir a fim de erradicar a existência da velha dicotomia verdade formal vs. verdade real é entender que esta, enquanto um trágico objetivo do processo penal, representa um mito, e aquela, como um indevido princípio do processo civil, deve ser superada em razão do culto ao formalismo exacerbado (extremo apego às formalidades processuais em detrimento do conteúdo, do objeto posto em litígio) existente no seu conceito⁶.

O entendimento de ser o processo civil orientado à busca da verdade formal é uma ideia antiga e totalmente esvaziada. Institutos como a preclusão e a regra estanque do ônus da prova não podem fazer frente ao que traz um importante conteúdo de alguma prova, por

⁶ A partir da teoria da verdade formal (ou, como insistem alguns autores, “princípio da verdade formal”, assim como sustentam o “princípio da verdade material”), caso um fato seja alegado no processo e a outra parte não o impugna especificamente, este se torna incontroverso e tende a se tornar verdadeiro (art. 302 do CPC vigente, parte final: “presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados”). Um exemplo “bobo” de como isso é levado a sério nos dá Lopes da Costa, citado por José Eduardo Carreira Alvim: “se o autor afirmou que o fato ocorreu num dia chuvoso, e o réu deixa de negar esta circunstância, não importa que, na realidade, naquele dia, o sol tenha secado os rios” (CARREIRA ALVIM, 2007, p. 279).

exemplo. Além disso, sequer se mostra válido o argumento de que o processo civil tutela bens jurídicos menos importantes que o processo penal. O que dizer do casamento, da propriedade, da intimidade da pessoa, da família, da proteção às crianças e aos adolescentes? Todos esses institutos são tutelados pela legislação civil, tratando-se, pois, de interesses fundamentais do ser humano que o direito processual civil almeja proteger. Assim,

[...] a ideia de verdade formal é (...) absolutamente inconsistente e, por essa mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente, perdendo seu prestígio no seio do processo civil. *A doutrina mais moderna nenhuma referência mais faz a esse conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática* (destaque nosso) (MARINONI, ARENHART, 2011, p. 35).

No que tange à verdade real, ensina Eugênio Pacelli de Oliveira que o aludido princípio vem a ser uma disseminação da cultura inquisitiva, expressão portadora de efeitos mágicos, que veio a autorizar uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação do Ministério Público (ou da acusação) no processo penal. Sob a argumentação da relevância dos interesses tratados no processo penal, e considerando a gravidade das questões penais enfrentadas, chegou-se à conclusão que a verdade neste ramo deve ser buscada de forma mais ampla e mais intensa, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no processo civil. Por isso, mesmo em tempos mais recentes, instalavam-se práticas probatórias as mais diversas possíveis, ainda que sem qualquer previsão legal, tudo em nome da busca da verdade (OLIVEIRA, 2008, p. 285-287).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart também escrevem que “o mito da verdade substancial tem servido apenas para atarracar o processo, alongando-o em nome de uma reconstrução precisa dos fatos, que é, como visto, impossível” (MARINONI, ARENHART, 2011, p. 42).

Faz-se relevante dizer que jamais se conseguirá, através do processo penal (ou mesmo do processo civil, ou do processo trabalhista, etc.), reconstruir fidedignamente os fatos tais como ocorreram. Se há a necessidade de dar uma decisão mais próxima da justiça, há igualmente que se respeitar princípios, direitos e garantias, principalmente as regras do devido processo legal e as limitações à atividade probatória⁷.

Compreende-se, assim, que a necessidade de superar os dogmas da verdade formal e da verdade real é uma realidade moderna do processo constitucional brasileiro. Para tanto,

⁷ Nesse sentido: VAZ, 2010, p. 171.

urge repensar o que será a “verdade” no processo e como construí-la (procedimento), não importando qual ramo do direito processual esteja em evidência.

Em artigo anterior (MACHADO, 2014), salientamos a importância de privilegiar o contraditório como “valor-fonte” do processo; a implementação de um projeto democrático no âmbito do direito processual; a interdisciplinaridade com a Filosofia e os pensamentos de Jürgen Habermas; a visão publicista que deve possuir o processo e os institutos inerentes ao direito probatório; a presença de um juiz mais ativo; e a necessidade de se positivar (e praticar) no processo o princípio da cooperação (ou da colaboração), como já está se discutindo no novo Código de Processo Civil (vide art. 3º, § 3º, e art. 6º, do Substitutivo de 31/03/2014 ao Projeto de Lei nº 166/2010).

Contudo, há ainda mais traços importantes para serem destacados, sobretudo quando o foco é superar uma dicotomia quase que inabalável na tradição processualista brasileira.

Para tanto, encontramos em Niklas Luhmann, Theodor Viehweg e novamente em Jürgen Habermas os pontos iniciais do pensamento, base esta que pretende ser moldurada com os entendimentos essenciais que escrevem os processualistas brasileiros Ovídio Baptista, Cássio Scarpinella Bueno, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, do lado do processo civil; e Aury Lopes Junior, Eugênio Pacelli de Oliveira, Renato Brasileiro de Lima, Paulo Rangel, José Carlos G. Xavier de Aquino e José Renato Nalini, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, no campo do processo penal.

O começo da construção da “verdade” no processo parte da teoria de Habermas e dos seus aspectos fundamentais que devem repercutir no âmbito do direito processual, quais sejam, o diálogo, a interação, o discurso, a argumentação, a cooperação, a comunicação, o consenso e a linguagem.

Frisa-se que a *linguagem* deve ser uma preocupação intrínseca ao Direito, pois a atividade jurídica a todo instante trabalha com a interpretação de enunciados, com a comunicação através de debates ou oitivas em audiências, etc. Por isso, é extremamente necessário que o intérprete do Direito tenha a consciência que muitos dos “problemas” vividos no ambiente jurídico são, de fato, “apenas” problemas linguísticos⁸.

⁸ Por isso, Tárek Moussallem (2001, p. 38) entende que a “verdade” é a relação entre enunciados, sendo correto afirmar que a “verdade” somente é criada porque a linguagem é independente da realidade. Ou seja, ela nada tem a ver com uma relação entre a linguagem e a realidade, mas sim entre linguagens (explica-se uma palavra por outra palavra), da mesma forma que não se pode estabelecer a relação entre suporte físico e objeto representado para dizer o que é significado, pois este é a relação entre significações entre suportes físicos (entre linguagens).

A necessidade de tratar bem o campo da linguagem significa enfrentar dois dos três piores vícios que ocorrem na linguagem ordinária e que são amplamente visualizados no Direito: a ambiguidade e a vaguidade (o terceiro problema/vício da linguagem ordinária é a alta carga emotiva, que está também fortemente presente no discurso e no labor dos juristas).

Para Ricardo Guibourg (1993, p. 47-48), a falta de precisão do significado (designação) de uma palavra, ou seja, a dúvida da aplicabilidade de uma palavra em casos reais ou imaginários se chama *vaguidade*; já por *ambiguidade*, Guibourg (1993, p. 49-50) entende que se trata da condição de uma palavra que possui mais de um significado, advindo, muitas vezes, da extensão de um nome a diversos aspectos ou elementos de uma mesma situação.

Uma vez dissipados (ou ao menos amenizados) os vícios da vaguidade, da ambiguidade e da alta carga emotiva, então podemos fazer jus ao projeto implementado por Habermas, no sentido de buscar o consenso discursivo através da *argumentação*, do *diálogo* e da *cooperação* voltados para o entendimento mútuo racional entre os participantes. Esta aí a essência da busca cooperativa da “verdade”, a qual deve se fazer presente no processo.

Mas para Habermas, todos os participantes sabem que um consenso fundado na convicção não é possível quando não há relações simétricas entre os envolvidos na comunicação, não importando o pano de fundo cultural. Deve haver uma adoção recíproca de perspectivas para serem possíveis as relações de reconhecimento mútuo, devendo existir “uma disposição comumente pressuposta de também considerar as tradições próprias com os olhos de um estranho, de aprender uns com os outros” (HABERMAS, 2004b, p. 325).

Enxergamos algo muito parecido com esta teoria nos enunciados que estão formando o novo Código de Processo Civil brasileiro: o princípio da cooperação (ou da colaboração), o qual, apenas como exemplo, foi expressamente positivado no Código de Processo Civil de Portugal vigente, em seu artigo 266º, que segue:

Artigo 266º - Princípio da cooperação:

1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.
2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.
3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 519º.
4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício da faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever

processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

Sucintamente, entende-se que o princípio da cooperação fortalece (i) a importância e a necessidade do efetivo contraditório no decorrer de todo o processo judicial; (ii) a necessária fundamentação da decisão judicial; e (iii) a oportunidade de participação das partes como atividade para influenciar nas decisões judiciais. A colaboração (ou cooperação) como princípio redundante em conceber o processo como um palco para o *diálogo* entre as partes e o juiz, e não necessariamente um combate, um “jogo” egoístico, com egos em disputa – o que percebemos muito na realidade, nas “brigas” entre advogados ou entre estes com membros do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da Magistratura.

A conciliação, a mediação, a transação e outras formas de composição amigável do litígio (presentes no processo civil), embora possam envolver concessões mútuas, muitas vezes numa espécie de “barganha” entre interesses opostos, são, na verdade, institutos expressivos de buscar a *visão do outro* participante do discurso, numa verdadeira *democratização do procedimento*.

Mas como conceber o consenso e a cooperação entre interlocutores que estão em posição assimétrica de poder, já que a condição ideal de discurso para Habermas é que eles estejam em posição isonômica, como salientado acima? De fato, não podemos negar que talvez o problema central do jusfilósofo seja esse imaginário de um “mundo ideal” onde os participantes do discurso estejam em condições iguais, com ampla participação e total inclusão, conseguindo, através da troca de argumentação, chegar perfeitamente a um entendimento mútuo. De todo modo, Habermas, ao que parece, vislumbrou a possibilidade dessa crítica se fazer presente e escreveu:

Contudo, não podemos esperar, nas condições imperfeitas do mundo real, (a) que os pressupostos pragmáticos dos discursos racionais, necessários para um entendimento mútuo, sejam sempre cumpridos e (b) que todos os participantes realmente sigam as normas reconhecidas como válidas, mesmo quando estão de acordo (HABERMAS, 2004b, p. 55).

Não obstante a crítica – a qual temos consciência –, o que importa mais, para nós, é vislumbrar a relevância da teoria de Habermas se fazer presente no processo quando pensamos não somente em buscar a “verdade” das alegações dos fatos, mas também em buscar *positivar a ética* que se espera de todos os participantes do processo através do dever de cooperação, do diálogo e da visão pela perspectiva do outro sujeito do discurso.

E o consenso, unicamente considerado, pode, em certa perspectiva, ser prejudicial aos sujeitos. Explicamos: imagine um plebiscito no Brasil a respeito da pena de morte para “ladrões”. Agora, se a maioria da população brasileira votar a favor, haverá um consenso e passará a vigorar tal pena para as pessoas que praticam o crime de furto ou de roubo, por mais índigo que isso seja na presente fase dos direitos humanos e da racionalidade do homem. Foi um exemplo “forçado” esse? O que dizemos, então, sobre as atrocidades nazistas praticadas nas décadas de 1930 e 1940? Estudos comprovam que o consenso social conseguido durante o Terceiro Reich foi o principal fator que culminou para o avanço e para a força política do nazismo, tendo o povo alemão aceitado prontamente Adolf Hitler e celebrado os objetivos de restaurar a grandeza do Reich e “limpando” os supostos estrangeiros na política e na sociedade (GELLATELY, 2011, p. 24).

Por isso, considerando as críticas dirigidas à Habermas sobre a “verdade” como consenso entre os interlocutores que argumentam em uma posição simétrica, temos que, a nosso ver, devemos dar igual relevância (ou até maior) ao **procedimento** em que se pauta a construção da “verdade” no processo.

Niklas Luhmann compreende que o que confere **legitimidade é o procedimento** mesmo, e não uma de suas partes componentes (por exemplo, a sentença definitiva). Sendo o processo judicial pautado para obter uma decisão final (lembrando que não existe no processo civil brasileiro o chamado *non liquet*: “não está claro”, deixo de julgar), que possa ou não agradar às partes ou uma das partes, ou, ainda, a sociedade, deverá ser o procedimento pautado sobre o qual as partes aprenderão a aceitar a decisão que irá ocorrer, devendo assumi-la sem contestar, mesmo que seja desfavorável a uma ou outra parte. Não se trata de função precípua do procedimento juridicamente organizado encontrar a “decisão certa ou verdadeira”, que espelhe a “verdade absoluta”, incontestável. Se fosse assim, haveria a possibilidade de encontrarmos processos infundáveis, todos buscando a verdade “verdadeira” dos fatos. Como salienta Luhmann, há a necessidade de decisão, e “um sistema que tenha de assegurar a possibilidade de decisão de todos os problemas levantados, não pode, simultaneamente, garantir a justiça da decisão” (LUHMANN, 1980, p. 24). Tércio Sampaio Ferraz Junior, analisando a teoria de Luhmann, disserta que dessa forma há a criação de lealdades pelos sujeitos do processo, sendo criadas condições para que os oponentes “decidam por si próprios, mas através dos papéis que vão assumindo no correr do procedimento” (FERRAZ JUNIOR *apud* LUHMANN, 1980, p. 04). O efeito obtido é o de limitar o conflito, havendo o controle aos poucos da maior discrepância entre as partes no início do processo,

criando-se as condições necessárias mediante o procedimento para a aceitação de uma decisão final.

Note-se, porém, que a função legitimadora do procedimento não está em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão. Um comportamento contrário é possível, mas a parte que teima em manter sua expectativa decepcionada acaba pagando um preço muito alto, o que a força a ceder. Neste sentido, a função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis (FERRAZ JUNIOR *apud* LUHMANN, 1980, p. 04).

Em se tratando dos poderes e dos deveres do juiz, é importante observar que o magistrado, o qual ocupa um espaço salutar na busca da “verdade” das alegações dos fatos, deve dar sua decisão em qualquer caso levado ao seu conhecimento. E *decidir*, nas palavras de Ferraz Junior, é um *ato de comunicação, é um discurso racional*, “é uma ação humana e qualquer ação humana ocorre numa situação comunicativa”. Sendo um discurso racional, então dele se exige fundamentação. E não apenas deve ser provado, mas sim *com-provado*. Ferraz Junior explica que essa comprovação *não necessariamente significa consenso*, porém as regras sobre a obtenção do consenso devem ser obedecidas, e, assim, mesmo que uma decisão judicial não conquiste a adesão dos seus destinatários, podemos dizer que tal decisão é legítima e houve discurso fundamentante (racional) (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 299).

Em sentido conexo posiciona-se Theodor Viehweg, que produziu relevante obra sobre a tópica no Direito. Viehweg disserta que a tópica pretende fornecer indicações de como comportar-se em situações mais problemáticas, a fim de não ficar preso, sem saída. A tópica vem a ser uma forma de pensar casuística e problematicamente. Assim, o juiz, ao fundamentar sua decisão, deve relatar sobre quais provas se apoiou, devendo esse conjunto probatório ser compreendido pelas partes:

A ninguém é dado conduzir uma prova objetiva sem lograr estabelecer com seu interlocutor, pelo menos, um círculo batizado pelo entendimento comum. (...) Os *topoi* e os catálogos de *topoi* têm, em consequência, uma extraordinária importância no sentido da fixação e da construção de um entendimento comum. Desenvolvem perguntas e as respostas adequadamente e indicam o que é que parece digno de uma reflexão mais profunda (VIEHWEG *apud* BITTAR, 2012, p. 467).

Margarida Maria Lacombe Camargo, ao comentar o entendimento de Viehweg e sua importância para o estudo do Direito, salienta que o jurista alemão defende a argumentação dialética, e não a analítica, em razão da “riqueza de ideias e soluções que a tensão estabelecida entre teses e antíteses proporciona à multiformidade do comportamento social”.

Como explicado por Viehweg, “tal tipo de pensamento promove a invenção, mostrando-se adequado a explicações mais complexas, apesar de dificultar a tomada de decisão” (CAMARGO, 2003, p. 143). E o jurista continua: “se fundamental é necessariamente argumentar e contra-argumentar, então é uma atividade que só é possível se se satisfazem determinados deveres de comunicação” (VIEHWEG *apud* CAMARGO, 2003, p. 143).

Dessa maneira, o mais importante, ao nosso sentir, é o **procedimento** positivado pelo legislador e adotado pelos participantes do processo, marcado pelo agir mais ético entre as partes e entre estas e o juiz em busca (cooperadamente) da solução pacífica do litígio, onde percebemos, então, a aproximação com Habermas.

Por sua vez, no plano das normas, como bem ilustrado por boa parte da doutrina⁹, temos previsões legais expressas tanto no CPC quanto no CPP de superação da verdade formal no processo civil e da verdade real no processo penal, pois, em muitas ocasiões, a legislação processual civil mitiga o que se entende por verdade formal e fortalece a chamada verdade real, enquanto que ocorre o contrário na legislação processual penal.

A começar pelo processo civil, podemos citar os artigos 130, 342, 355 e 440 do CPC, abaixo citados, como dispositivos legais que se identificam com a aplicação do chamado princípio da verdade real:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.

Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

Já no CPP e também na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995, na sua parte relativa aos Juizados Criminais), observamos alguns artigos que se identificam com a aplicação do denominado princípio da verdade formal e com alguns institutos presentes no campo do direito privado, como a transação, que seguem:

⁹ Conferir, por todos: BARROS, 2013, p. 37-38.

Art. 207, CPP. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Art. 621, CPP. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Art. 72, Lei 9.099. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 73, Lei 9.099. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Art. 74, Lei 9.099. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Ademais, não podemos nos esquecer, quando visualizamos o denominado princípio da verdade real no âmbito do processo penal, que a busca da “verdade” deve ser limitada por valores éticos e jurídicos do Estado de Direito, conforme ensina Tourinho Filho. Como exemplos de normas que limitam a perseguição da “verdade”, o mestre cita os seguintes direitos e garantias que estão dispostos na Constituição Federal de 1988, mais especificamente no artigo 5º: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (inciso III); são invioláveis “a intimidade e a vida privada” (inciso X); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (inciso XLIX); é inviolável “o domicílio e o sigilo da correspondência” (incisos XI e XII); são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (inciso LVI); “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inciso LVII) (TOURINHO FILHO, 2005, p. 226).

4. CONCLUSÃO

Após visualizadas muitas posições que adotam eminentes processualistas brasileiros tanto do âmbito civil quanto do campo penal, percebemos que alguns autores ainda não concebem como deveria a “verdade” e sua busca no processo, ou tratam distintamente o que deve ser compreendido como a busca da “verdade” a depender do ramo do processo e seus objetivos, ou seja, consagram, ainda, a dicotomia verdade formal vs. verdade real¹⁰.

No entanto, esta tendência é prejudicial ao processo e às partes que anseiam pela justa composição da lide, sendo igualmente lesivo tal pensamento quando concordamos que, como instituto jurídico, o processo é um só, quer quando tenha uma lide penal ou uma de direito privado, ou de direito administrativo, etc¹¹. A variação que pode ocorrer, como de fato ocorre dentro do próprio direito processual civil e do direito processual penal, nas lições do mestre José Frederico Marques (2001, p. 05), é a forma de procedimento.

O procedimento, como salientamos neste estudo, é a base-mestre para a formação da “verdade” no processo judicial¹² e para se alcançar uma decisão mais próxima da justiça, não se esquecendo, aliás, de consagrar outros postulados igualmente relevantes na órbita processual do Estado Democrático de Direito, como a efetividade, a celeridade e a segurança jurídica.

Devemos buscar um procedimento que prime pelo debate entre o juiz e as partes a respeito da valoração dos fatos, devendo ser admitido no procedimento o denominado contraditório preventivo, “princípio geral que obriga o juiz à preventiva discussão com as partes, no exercício dos seus poderes de ofício, toda vez que uma determinada decisão interfira no processo” (ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 81).

Marinoni e Arenhart (2011, p. 42-52) escrevem que o procedimento para a busca da “verdade” (para a *construção da verdade*) deve ser por meio de uma argumentação em colaboração (não em conflituosidade), assumindo relevante papel o princípio do contraditório e o discurso habermasiano (baseado principalmente no consenso discursivo), deixando claro as ideias de diálogo, de argumentação e de persuasão.

¹⁰ Conferir: CINTRA *et al*, 2010; GRECO FILHO, 2003; CAPEZ, 2007; NUCCI, 2007; AVENA, 2013; PINTO, 2000; MIRABETE, 2004.

¹¹ Conforme ensina o professor Cássio Scarpinella Bueno, “o processo é público e os compromissos do juiz com a sociedade também o são, trata-se de processo voltado à aplicação da lei penal ou da lei não penal”, e, por isso, “a distinção entre as ‘verdades’ (se é que ela existe e como se toda a verdade não fosse, necessariamente, convencional e relativa) não justifica a distinção destes – e de outros – ramos do direito processual”. Veja-se que, para Bueno, os valores agasalhados pela Constituição Federal, que devem ser realizados pelo processo, seja civil, seja penal, são os mesmos. Ainda, o “modo de ser” do processo é somente um, vinculado à Lei Maior (BUENO, 2014a, p. 133).

¹² Além, obviamente, da interdisciplinaridade com a Filosofia e com o que os (jus)filósofos trazem de importante sobre a concepção da “verdade”.

Paulo Rangel, por sua vez, disserta que a verdade consensualmente obtida somente terá validade se o for através da ética da *alteridade*, compromissada com o outro como ser igual a nós, por sua diferença, ou seja, a “verdade” no processo deve ser vista sob um enfoque da ética, e não do consenso. Para o autor, há questões que não se pode transigir (como a liberdade e a vida), pelo menos enquanto *eticamente* considerados (RANGEL, 2011, p. 06-09).

Assim, compreende-se que a “superação da quase insuperável” dicotomia verdade formal (para o processo civil) vs. verdade real (para o processo penal) é um passo extremamente relevante (e urgente) que deve ser dado para a modernização do processo. Parece que, quando ainda se consagra esta dicotomia, pelo menos no âmbito das provas, o juiz, a depender da natureza da lide (civil ou penal), vestirá duas camisas: ou usará uma *camisa de força*, caso esteja lidando com uma demanda civil (consequência da perpetuação da verdade formal no processo civil); ou vestirá uma *camisa do super-homem*, caso esteja em questão uma demanda penal (consequência da consolidação da verdade real no processo penal). Brincadeiras à parte, o que vemos na realidade é exatamente uma posição totalmente inerte (conformismo e neutralidade) do juiz no âmbito do processo civil em contrapartida com uma posição altamente voraz, um “caçador de provas”, no âmbito do processo penal.

Em resumo, pensamos que a “verdade” no processo judicial (seja qual ramo for: civil, penal, trabalhista, eleitoral, etc.) deve ser construída modernamente a partir de um *modelo procedimental democrático e ético* baseado nos seguintes pressupostos (*tripé* para a construção da “verdade” no processo), sob pena de não ser dotada de legitimidade (o procedimento) e de não se chegar a um resultado mais próximo de ser justo, efetivo e seguro para as partes e para a sociedade eventualmente atingida pelos reflexos das decisões judiciais:

- Deve basear-se na *probabilidade* das provas e das teses apresentadas no decorrer do processo, de onde se pode extrair que determinada argumentação é mais plausível (mais próxima da verdade possível para o conhecimento humano) e preferível a outras por seu maior poder de explicação (sem dar preferência unilateral a uma versão dos fatos) e maior controle racional (passível de prova e oposição).
- Deve se basear na *argumentação (comunicação)*, particularizada com a intensa *argumentação dialética (processo dialético argumentativo)* e em *colaboração (cooperação)* entre os sujeitos cognoscentes do processo (partes e juiz, sendo que a este deve ser conferido um papel ativo e dinâmico, não podendo esperar pela busca da “verdade” pela *prova* de forma passiva nem ir ao seu encontro vorazmente, sem controle e racionalidade), convencendo-se de certa versão dos fatos trazidos pelos

participantes do processo (partes, advogados, terceiros, *amicus curiae*, peritos, etc.) a partir das provas válidas e lícitas, ou, quando não, requerendo a produção de provas de forma imparcial e condizente com todos os princípios constitucionais que se refletem no direito material e processual; e que exista nos debates e argumentações desenvolvidos pelos sujeitos processuais a garantia do contraditório pleno e amplo (visão da *participação democrática do processo* dentro do Estado Democrático de Direito) e a paridade de tratamento, em um procedimento adequado e cooperativo, onde a decisão possa ser fruto dos debates e racionalmente fundamentada.

- Deve se basear, ainda, no respeito às *normas, princípios, direitos e garantias legais válidas* especificamente para cada caso posto em litígio (lembre-se da missão precípua do juiz: julgar é aplicar a norma ao fato), devendo observar principalmente as regras do devido processo legal a partir de uma maior *perspectiva publicista* (constitucionalista) do processo, e em que, sendo convalidada pelo respeito ao citado procedimento e às normas jurídicas, bem como comprovada pelas provas idôneas trazidas pelos sujeitos do processo (partes e juiz), terá valor normativo e legitimidade, trazendo segurança jurídica aos jurisdicionados, de modo que a decisão definitiva, mesmo que não tenha sido proferida com alto grau de certeza pelo magistrado nem com consenso entre as partes, mas tenha mesmo assim transitada em julgado, acarretará a formação da coisa julgada e a pacificação da lide.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Manual de direito processual civil*. V. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AVENA, Norberto. *Processo penal: versão universitária*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 10. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Atlas, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 1. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014a.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 2. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014b.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. 1. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: *Revista de Processo*, Vol. 153, nov. 2007, p. 33-43.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Teoria geral do processo*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Contornos sobre a prova na investigação de paternidade. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (coor.). *Prova, exame médico e presunção: o artigo 232 do Código Civil*. Salvador: JusPodivm, 2006.

FERNANDEZ, Joseph M. An exploration of the meaning of truth in Philosophy and Law. In: *U. Notre Dame Austl. L. Rev. (UNDALR)*, v. 53, 2009, p. 53-83.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GELLATELY, Robert. *Apoiando Hitler: consentimento e coerção na Alemanha nazista*. Tradução de Vitor Paolozzi. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo*, vol. 164, out. 2008, p. 29-49.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. V. 2. 16. ed., atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUIBOURG, Ricardo *et al.* *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1993.

HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004b.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. V. I. 2. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2012.

LIMA, Marcellus Polastri. *A prova penal (de acordo com a reforma processual penal)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO, Vitor Gonçalves. As “verdades adjetivadas” no moderno direito processual brasileiro: um problema a erradicar. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ORSINI, Adriana Goulart de Sena (orgs.). *Processo e Jurisdição I: (re)pensando o Direito: desafios para a construção de novos paradigmas*. Vol. XXIII. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 173-193.

_____. Que é (ou o que deveria ser) a “verdade” no moderno processo civil?. In: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (orgs.). *Processo e Jurisdição: 25 anos da Constituição Cidadã: os atores sociais e a concretização sustentável dos objetivos da República*. Vol. XXI. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 458-477.

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

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. atualizada por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Millenium, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. V. 1. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado (e legislação extravagante)*. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.02.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Provas no processo penal*. 2. ed. rev., atual, e ampl. com a obra “o valor da confissão como meio de prova no processo penal”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10. ed. atualizada de acordo com a reforma processual penal de 2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. In: *Revista de Processo*, vol. 219, maio 2013, p. 89-106.

PINTO, Ronaldo Batista. *Prova penal segundo a jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 19. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei 12.304, de 04 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito processual penal esquematizado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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 de direito processual civil*. Vol. 2. 23. ed., rev. e atual por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Verdade e Significado. In: *Portal da Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre/RS. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista\(3\)%20%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ov%C3%ADdio%20Baptista(3)%20%20formatado.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O cego de Paris II – o que é a “verdade” no Direito? In: *Consultor Jurídico*, 17 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-17/senso-incomum-cego-paris-ii-verdade-direito>>. Acesso em: 07 jan. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova, princípio da verdade real, poderes do juiz, ônus da prova e sua eventual inversão, provas ilícitas, prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). In: *Revista de Direito Privado*, vol. 17, jan. 2004, p. 09-22.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 3. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

VAZ, Denise Provasi. Estudo sobre a verdade no processo penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 83, mar. 2010, p. 163-174.

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