

A INFLUÊNCIA DA FILOSOFIA NA CONCEPÇÃO DA PROVA: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO.

THE INFLUENCE OF PHILOSOPHY IN THE DESIGN OF TEST: A DIALOGUE NECESSARY.

Marcelo Ribeiro¹

Resumo: O presente trabalho visa correlacionar a evolução do pensamento filosófico com os debates acerca da teoria geral da prova, abordando, para tanto, as influências das concepções metafísicas e argumentativas sobre a concepção da verdade e a afirmação do procedimento como condição de possibilidade para a instrução processual. Esta situação se agrava pela possível falta de amadurecimento da matriz teórico-filosófica do chamado Neoprocessualismo, na medida em que, sob a chancela do Poder judiciário, limites semânticos são atribuídos por perspectivas individuais. Nesta quadra da história, a percepção de sentidos exerce papel fundamental para a efetividade do projeto constitucional, pois pela mão da hermenêutica, hoje se delimitam os contornos da verdade jurídica, e isto não se pode admitir sem respeito aos valores democráticos. Para, num primeiro momento, é necessário identificar o diálogo que de há muito se estabelece entre a hermenêutica filosófica e a percepção da verdade, vez que sobre isto se afirmam fatos durante a instrução processual, de sorte a justificar a incidência do Direito.

Palavras-chave: Filosofia. Hermenêutica. Prova. Verdade. Consenso.

Abstract: This study aims to correlate the evolution of philosophical thought with discussions about the general proof theory, addressing, therefore, the influence of metaphysical conceptions and reasoning about the concept of truth and the affirmation of the procedure as a condition of possibility for education procedural. This situation is aggravated by the possible lack of maturation of the theoretical and philosophical matrix called Neoprocessualismo, to the extent that, under the seal of the Judiciary, semantic boundaries are assigned by individual perspectives This block of history, perception plays an essential way for the effectiveness of constitutional design paper , because the hand of hermeneutics , today

¹ Marcelo Bezerra Ribeiro é Advogado, Especialista em Processo Civil; Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2002); Mestre e Doutorando em Direito Público pela UNESA/RJ (2011). Professor de Processo Civil em diversos cursos de pós-graduação. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Autor de obras jurídicas. E-mail: cpc.marcelo@yahoo.com.br

delimit the contours of legal fact, and this can not be accepted without regard to democratic values. For, at first, it is necessary to identify the dialogue that has long been established between philosophical hermeneutics and the perception of truth, since it states facts about it during the examining, so as to justify the impact of the law.

Keywords: Philosophy. Hermeneutics. Proof. Truth. Consensus.

1. NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A CONCEPÇÃO DA VERDADE:

Desde o início dos tempos, a prova se correlaciona com a percepção da verdade, sendo indissociáveis para a compreensão do mundo e de nossas experiências. Tecnicamente, a definição de prova atrela-se a tudo aquilo que atesta a veracidade ou autenticidade de algo, demonstrado com evidência.

A repercussão jurídica desta compreensão é elementar para o exercício da jurisdição, vez que o módulo de conhecimento se pauta basicamente pela prática de atos cognitivos. Assim, a investigação dos fatos e sua consequente comprovação, ao tempo em que legitimam a atuação judicial diante do imaginário social, viabilizam a incidência da norma sob o caso concreto. Com outras linhas: a adoção dos referenciais liberais-individualistas, mas adequadamente explicados a seguir, empregam um duplo juízo hipotético para a aplicação do direito, afirmando categoricamente que diante do fato temporal deve ser a prestação, pelo sujeito obrigado, face ao sujeito pretensor; e que dada a não prestação, deve ser a sanção, pelo funcionário obrigado, em face da comunidade pretensora.

Esta estrutura binária de raciocínio sob a qual se mantém ainda hoje boa parte da aplicação judicial, como que por um método simples de subsunção do caso a norma, revela claramente a importância da prova para a função jurisdicional. É dizer: provando-se os fatos, identifica-se, pretensiosamente, o direito objetivo a incidir no caso concreto. A discussão, portanto, assenta-se no modo como se alcança a verdade dos fatos, pois disso decorre, aparentemente, a aplicação do Direito².

Seguro de que a compreensão da verdade se impõe sobre a percepção de mundo, e de que isto se coloca em patamar mais amplo que as pretensões e limites do ordenamento

² No sentido do texto, Chiovenda vai dizer que: “toda norma encerrada na lei representa uma vontade geral, abstrata, hipotética, condicionada à verificação de determinados fatos, que, em regra, podem multiplicar-se indefinidamente. Toda vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previstos pela norma, forma-se *uma vontade concreta da lei*, ao tempo em que, da vontade geral e abstrata, nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado”. (CHIOVENDA, Giuseppe. **instituições de direito processual civil I**, *Op. cit.*, 2000, v. 1, p. 18).

jurídico, passamos a avaliar, ainda que brevemente, como as correntes filosóficas têm tratado do tema ao longo da história, a fim de identificar as influências de suas conclusões sobre a finalidade da prova e a delimitação da verdade, ainda que sob o contorno processual.

2. A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO METAFÍSICO.

Já houve época em que a verdade se atrelou à essência das coisas. Tempo em que o pensamento metafísico-aristotélico afirmou uma relação de sujeição do homem ao objeto. Sob a premissa de que as coisas possuiriam em si o seu próprio sentido, o papel da filosofia consistiria na busca da verdade essencial. Esta corrente intelectual, que ainda hoje exerce forte influência sobre o estudo da prova, permite expressões como: a real finalidade da lei, o real sentido da norma, o verdadeiro espírito do legislador.

No sentido do texto, Mittermayer vai dizer que:

Esta visão, típica de uma filosofia vinculada ao paradigma do objeto, embora tenha todos os seus pressupostos já superados pela filosofia moderna, ainda continua a guiar os estudos da maioria dos processualistas modernos. Não obstante todas as lições da moderna filosofia, combatendo duramente essa visão do conhecimento, o direito permanece recorrendo a esse paradigma para explicar sua função e o processo continua apoiando-se nesta vetusta ideia para legitimar sua função.³

A estrutura deste pensamento filosófico, ao que se quer afirmar, afasta qualquer ingerência do homem na percepção e interpretação do Direito, que tão somente levanta o “véu de sentido” a fim de revelar a essência das coisas. Esta é, pois, uma realidade previamente definida e definitiva para o homem. Forma-se, assim, no imaginário jurídico, a falsa constatação de limites de sentido para a linguagem, costumeiramente definido pelos tribunais superiores, como se uma espécie de “teto hermenêutico” pudesse se estabelecer para a interpretação em razão da essência das coisas.

Crer nesta essência natural das coisas, a ser descoberta pelo sujeito, seja por meios técnicos procedimentais ou raciocínios dedutivos, embora confortável para a suposta comprovação do fato e aplicação do direito objetivo, conduz, de certa forma, apenas ao conhecimento de algo que já está no texto, como se os conceitos pudessem nos conduzir apenas a um único significado. Constata-se, portanto, que para a metafísica clássica, a verdade

³ MITTERMAYER, C. J. A., **Tratado da prova em matéria criminal**, p. 78.

se alcança pela captação adequada da essência das coisas, relegando à linguagem um papel comunicativo e secundário no processo de conhecimento.

A esteira desta corrente filosófica nos remete a ideais Aristotélicos existentes desde o século IV A.C., há muito superados pela hermenêutica filosófica, com repercussões diretas para a compreensão da verdade e o objeto da prova, pois defender ainda hoje uma verdade real sob o enfoque metafísico-aristotélico é afirmar um ideal de exatidão sem com isso se ter qualquer compromisso com o caso concreto ou com a retomada da faticidade. Não se pode imaginar, nesta quadra da história, que sob a multiplicidade da vida e da complexidade social, sejamos reféns de sentidos exatos e previamente delimitados, sem com isso inviabilizar qualquer esperança de efetividade constitucional, já que a proposta de isonomia substancial não conjuga singularidades hermenêuticas na delimitação semântica dos princípios e direitos fundamentais.

Cai por terra, assim,

a teoria objetivistas (instrumentalista, designativa). Não há essências. Não há relação entre nomes e as coisas. Não há qualquer essência comum entre as coisas no mundo. Abandona-se o ideal da exatidão da linguagem, porque a linguagem é indeterminada. O ideal da exatidão é um mito filosófico. Esse ideal de exatidão completamente desligado das situações de uso carece de qualquer sentido, como se pode perceber no parágrafo 88 das IF, o que significa dizer que é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do contexto sócio-prático em que são usadas. A linguagem é sempre ambígua, pela razão de que suas expressões não possuem uma significação definitiva. Pretender uma exatidão linguística é cair numa ilusão metafísica.⁴

Em resumo desta primeira fase, pode-se dizer que: na metafísica clássica, as coisas trazem em si o seu próprio sentido. Neste mundo, o sujeito está assujeitado pela coisa. A linguagem é secundária no processo de conhecimento, vez que traduz sentidos já previamente determinados e serve apenas para a comunicação. Essências predefinidas e imutáveis afirmam ideais universais, e emprestam fundamentação a ideais religiosos e ao homem medievo.

3. A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO CIENTÍFICO-LIBERAL.

⁴ STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 170-171.

Romper com essa tese, que ao final da época medieval ainda serve como fonte de legitimação, calcada no ideal grego de busca de verdades universais; ao tempo em que afirma um novo centro de poder, fundamenta também o arcabouço teórico para a formação convencional do Estado Absolutista, que ao quanto aqui já se pôde demonstrar, nas primeiras linhas deste texto, decorre do pacto racional e motivado dos indivíduos. É dizer, de forma mais direta: o pacto para a formação do Estado Absolutista em muito decorre das correntes nominalistas de Hobbes e do conceitualismo de Locke, na exata medida em que afirmam teses contratualistas, estabelecendo uma nova unidade de poder, mediante o pacto de cada homem, que transfere a um único ente o direito de governança, por meio de uma deliberação coletiva.

Nesse sentido é que o nominalismo de Guilherme Ockham⁵ se contrapõe ao ideal de universalidade, inaugurando assim uma subjetividade, a ser exercida pelo indivíduo com amplo espectro de atuação e força diante desta nova percepção de mundo. Negam-se os conceitos dados das coisas, rompendo-se com as posturas metafísico-essencialistas, para defender a subjetividade do homem e o consenso racional como fonte legitimadora do Estado Moderno. As repercussões jurídicas disto são evidentes, pois as teses realistas, que na época medieval entregavam o comando das coisas a uma razão divina, assentam-se agora na vontade do homem. A essência da lei, portanto, agora reside na vontade do homem, que de certa forma, torna-se “legislador”.

Não por outro motivo, processualistas da ordem de Liebman afirmam que “julgar” consiste em valorar determinado fato ocorrido no passado. Esta valoração, feita com amparo do direito objetivo vigente, determina, em corolário, a norma concreta a reger o caso⁶.

Observa-se, de fato, que a relação objeto sujeito é radicalmente alterada, de sorte a privilegiar a subjetividade assujeitadora do homem. Os sentidos, nesta nova ordem, deixam de estar nas coisas e passam a residir na mente do indivíduo. Em arremate, conclui-se que o homem deixou de estar assujeitado pela essência das coisas e pelo ideal de verdades universais, e passou a ser assujeitador dos sentidos.

Deve-se ainda registrar, que para as correntes contratualistas, a linguagem ocupa lugar de destaque, pois se apresenta como veículo necessário à comunicação entre os homens e para a formação de um consenso racional.

⁵ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 131.

⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, t. I, p. 4.

Esta virada paradigmática de superação do essencialismo, mais tarde sofre as influências da filosofia iluminista, e efetiva-se com Descartes, sob o ideal liberal-individualista de mundo, afirmando a verdade com o resultado de procedimentos técnicos e adequados ao correto uso da razão.

Sob essa perspectiva, a verdade, enquanto finalidade da produção probatória torna-se uma questão acerca do uso seguro da razão, e não por acaso, vai atrelar-se ao método científico com o qual trabalham as ciências naturais, em franco desenvolvimento na modernidade. Com linhas mais simples: a questão acerca do que é verdadeiro abandona a referência aristotélica-essencialista, e passa a discutir o procedimento como mecanismo técnico para a aferição da certeza. Inaugura-se, com isso, a metafísica moderna, onde o uso correto da razão passa a ser o caminho seguro para a concepção da verdade⁷.

Consequência disto para o ordenamento jurídico: o Estado Liberal, convenientemente passa a se preocupar com métodos e procedimentos, desindexando dos textos constitucionais qualquer compromisso com a faticidade. O Direito, enquanto ciência preocupasse com a técnica, em detrimento dos valores sociais. Na seara processual, corroboram-se divisões da verdade, atribuindo ao processo civil a responsabilidade para a persecução de uma verdade formal, pautada no procedimento e limitada às alegações e fatos afirmados durante a instrução, enquanto o processo criminal passa a se preocupar com a verdade material, autorizando o juiz, quando necessário, a apurar e verificar fatos não contemplados na instrução penal, se disto puder se colher a verdade dos fatos.

Conjugam-se, assim, a subjetividade do intérprete na valoração das provas, com o método racional para emprestar certeza ao resultado desta equação. A prova, portanto, destina-se a formar convicção no âmago do julgador a respeito dos fatos controversos no processo, sem que isto autorize arbitrariedades, vez que *ao manipular os meios de prova para formar seu convencimento, o juiz não pode agir arbitrariamente; deve, ao contrário, observar um método ou sistema*⁸.

Esta relação da verdade com o processo, entretanto, não se dá de forma inexorável, vez que o método procedimental para a constatação dos fatos sobre limitações constitucionais, em razão dos direitos fundamentais, tais como a intimidade, privacidade e dignidade. Há, portanto, uma contradição evidente entre a finalidade da produção probatória e o sistema

⁷ Sobre o tema, destacam-se: O Discurso do Método, de Descartes; e Crítica da Razão Pura, de Kant. Em ambos os casos se evidencia o uso correto e incorreto da razão, enquanto faculdade humana disposta à percepção da verdade.

⁸ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Ed Forense. 2013. p. 455.

adotado para a sua persecução⁹. Não por outro motivo, inadmitem-se provas obtidas por meios ilícitos e em alguns procedimentos, restringem-se os meios de provas a serem produzidos. Isto, ao que me parece, se justifica em função de duas premissas: primeiro, a concepção da verdade não nos é(?) garantida imperiosamente pelo método; segundo, a subjetividade do homem não nos permite trabalhar com um único resultado, ainda que sob balizamentos cartesianos.

Neste sentido, Marinoni vai dizer que:

Não é preciso muito esforço mental para notar que o conceito de verdade no processo (e subsequentemente, dos institutos processuais que com ela operam) não pode afastar-se da ideia de verdade que se tem nos demais ramos do conhecimento (em uma perspectiva mais moderna). Em outros termos, a questão da verdade (e, assim, da prova) deve orientar-se pelo estudo do mecanismo que regula o conhecimento humano dos fatos. E, voltando os olhos para o estágio atual das demais ciências, a conclusão a que se chega é uma só: a noção de verdade é, hoje, algo meramente utópico e ideal (enquanto absoluto).¹⁰

Supera-se, assim, a convicção iluminista da verdade absoluta pela metafísica moderna, o que nos autoriza a concluir por uma finalidade judicial desindexada da certeza universal e absoluta.

4. PROVA E CONSENSO: A INFLUÊNCIA DA MATRIZ HABERMASIANA.

Superado(?) este paradigma iluminista da subjetividade assujeitadora do intérprete¹¹, a delimitação semântica da prova passa a conjugar teses discursivas com clara finalidade de convencimento retórico. O diálogo, enquanto instrumento para a comunicação dos sujeitos, durante o exercício da jurisdição, serve como instrumento para convencer as outras partes envolvidas acerca de determinado fato.

A prova, sob esta perspectiva, é o resultado de um procedimento racional e discursivo, que para além das convicções pessoais do intérprete, se projeta na relação jurídica como pretensão de validade, de sorte a convencer os demais interlocutores. Em linhas mais simples: a interpretação do homem sobre o fato, com inegável carga de subjetividade, é

⁹ MARINONI, Luis Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. Ed RT. 2009. p. 253.

¹⁰ MARINONI, Luis Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. Ed RT. 2009. p. 251.

¹¹ Para maiores considerações acerca da superação deste referencial filosófico da consciência, recomendamos a leitura da obra: “**A Perspectiva Hermenêutica do Direito na Pós-Modernidade**”, de nossa autoria.

submetida ao contraditório e passa pela percepção dos outros indivíduos, de sorte a confirmar que uma percepção individual dos fatos se aproxima das demais interpretações possíveis para o caso. Destarte, não se provam fatos, mas suas versões.

Os reflexos desta corrente filosófica para o objeto da prova e a instrução processual são evidentes, vez que para as teorias discursivas e em especial a teoria Habermasiana, as pretensões de validade ficam suspensas durante a dilação probatória, afirmando-se ao final como legítima, pelo diálogo desenvolvido na relação jurídica processual. Assim, pode-se mesmo afirmar, que a “verdade jurídica”, para os sujeitos do processo é alcançada, não mais pela descoberta da essência das coisas, nem tão pouco pelo juízo arbitrário do sujeito iluminista¹², mas como consequência de uma ação comunicativa, voltada para a formação do consenso racional e motivado, que ao final pode corroborar a visão de mundo afirmada por uma das pretensões iniciais.

Em uma de nossas experiências acadêmicas, procuramos demonstrar isso na graduação, por meio de uma breve atividade descritiva. Na ocasião, usávamos uma blusa de botão (que para mim era da cor salmão). No início da aula, solicitei a dois dos estudantes que descrevessem a peça, advertindo-os de que isto seria parte da lição. Ao nos defrontarmos com a interpretação de cada um dos dois indivíduos envolvidos, constatamos que para o primeiro aluno, simpatizante da matéria processual, a blusa era da cor salmão, bem cortada, de oito botões e com bom caimento. Já para o segundo aluno envolto na dinâmica descritiva, a mesma(?) blusa era rosa, desbotada, amassada e já precisava ser trocada.

O fato, e isto parece ontológico, consistia no uso de uma camisa de botão. Todavia, a forma como este fato é interpretado pela subjetividade do intérprete, vai sempre conjugar a diversidade de resultados, a diversidade de normas¹³. Destarte, ao serem questionados sobre a cor da camisa e suas especificidades, obviamente encontramos versões diferentes.

Dentro desta relação, o objeto da prova reside na pretensão de validade asseverada pelos interlocutores, que querem fazer valer suas percepções de mundo, ainda que de forma pontual, durante a relação jurídica processual. Sendo eu o “juiz” desta causa, provou-se, por meio do discurso que considera uma situação ideal, onde todos os envolvidos se encontram equiparados na dinâmica da argumentação e defesa de suas percepções, a validade da pretensão que versava sobre a cor salmão, afastando-se com isso a pretensão do segundo interlocutor.

¹² Não por outro motivo adotou-se no Brasil um sistema de avaliação de provas pautado no livre convencimento.

¹³ Adota-se aqui, mais uma vez, a concepção da norma como o resultado da interpretação.

Retomando-se a esteira filosófica, verificamos que, dentre outras correntes discursivas-procedimentalistas, a Teoria da Ação Comunicativa Habermasiana, que no Brasil exerce forte influência sobre a produção e interpretação dos textos jurídicos, desenvolve como referência para a percepção de conceitos, o uso de uma razão prática para a formação de um consenso racional, dialético e social.

Sua tese apresenta um novo espaço de interlocução para a formação do sentido, desalojando, como centro gravitacional da semântica, o indivíduo, que agora submete sua percepção de mundo à necessidade de adesão de outros interlocutores. Almeja-se, com isso, alterar a relação assujeitadora do homem, abandonando-se, pretensamente, o esquema sujeito-objeto, para adotar, pela interlocução, uma relação de sujeito-sujeito que se constrói e desenvolve sem sentidos previamente determinados e em condições ideais de fala.

Segundo as precisas lições de Álvaro Ricardo de Souza Cruz¹⁴, esta situação ideal de fala deve observar:

- a) Igualdade de chance no emprego dos atos de fala comunicativos por todos os possíveis participantes do discurso, incluindo aqui o direito de proceder a interpretações, fazer asserções e pedir explicações de detalhamentos sobre a proposição, dissentir, bem como de empregar atos de fala regulamentativos;
- b) Capacidade dos participantes de expressar ideias, intenções e instituições pessoais.

Para a tese Habermasiana, portanto, o debate democrático ocorre em condições ideais, na qual se encontrariam seus participantes, não se apresentando no mundo como fenômeno empírico. Em verdade, faz-se uma suposição necessária, que a razão estabelece no início de um discurso argumentativo, para legitimar o resultado normativo, o que evidentemente, para esta tese, se entrega pelo procedimento de construção do diálogo. Assim, mesmo sem desconsiderar os frequentes desentendimentos e entraves na comunicação entre os falantes, permanece inalterada a premissa para quem se dispõe a falar, qual seja, a que seu interlocutor vai compreender o que lhe foi dito.

Esta nova perspectiva torna-se extremamente influente durante a reconstrução dos ordenamentos pós-modernos, na medida em que a concretude de textos jurídicos vagos e indeterminados, agora presentes nos textos constitucionais perpassa pela necessária discussão

¹⁴ SOUZA, Álvaro de. **Habermas e o direito brasileiro**, pag. 94.

e amadurecimento do sentido. Este último, ao que vimos, já não é mais fruto do entendimento individual, mas sim o resultado de um consenso racional, prático, ideal e coletivo.

De fato, enquanto para o positivismo exegético e normativo do estado liberal a impossibilidade de controle do sujeito solipsista relegou para segundo plano o problema da aplicação do direito, a teoria do agir comunicativo, neste ponto, destaca-se pela correlação entre a formação da norma, neste momento empregada como o fruto da interpretação, e a possibilidade de participação da coletividade. Exemplo didático desta influência filosófica nos é entregue pela prática de audiências públicas, realizadas recentemente pelo STF, no julgamento da lei de Biossegurança (ADI 3510) e dos fetos anencéfalos (ADPF 45), vez que a prática deste ato processual entregou, por meio de procedimento previamente estabelecido, o exercício do contraditório¹⁵. Assim, diversos segmentos da sociedade se manifestaram sobre a delimitação semântica da origem da vida¹⁶.

5. UM CONCEITO DE PROVA.

Com base nessas lições, podemos constatar que a questão da prova assume significados plurívocos, não se limitando à esfera judicial nem tão pouco se encerra na seara processual, vez que sua correlação com a delimitação da verdade não se faz sem boa base de conhecimento filosófico. Dito isto, podemos definir a prova, dentro da perspectiva jurisdicional, **como o resultado de um procedimento retórico, previsto antecipadamente no ordenamento com amparo nos mandamentos constitucionais, e que sob as premissas da racionalidade, equipara contra-faticamente as partes da relação jurídica processual, a fim de que possam validar suas pretensões hermenêuticas.**

Necessária é a observação de que a prova não se confunde com os meios de provas admitidos dentro deste exercício dialético, para a validação das percepções de mundo

¹⁵ A ADI 3510 foi realizada em 20 de abril de 2007, sob a relatoria do Ministro Ayres Brito. A ADPF 101 foi realizada em 27 de junho de 2008, sob a relatoria da Ministra Carmem Lúcia.

¹⁶ Sobre o tema, Bolzam de Moraes vai dizer que: “prosseguimos rumo à necessidade de ultrapassar um modelo eminentemente individualista, refratário às exigências de um mundo globalizado / mundializado e a consequente emergência de um novo modelo, atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito e, em especial, apto a compreender a jurisdição constitucional em ambiente de participação cidadã.

Trata-se, portanto, de fertilizar o Estado contemporâneo para recepcionar a constitucionalização do processo. Estabelece-se assim um círculo: o estado contemporâneo é carente de um processo constitucionalizado, de um processo democratizado e, de outro, este impescide de um contexto arraigado ao paradigma do Estado democrático de Direito.

Visto isso, consideramos incontornável o debate em torno das audiências públicas, aqui apresentadas como uma das principais ferramentas utilizadas por um novo modelo de processo atento às modificações do contexto pós-burocrático, ou seja, um modelo democrático e coletivo, aberto à participação do cidadão e à transparência democrática.”. MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **Constituição e Ativismo Judicial**. Lumen Juris, 2011. p 198.

deduzidas em juízo. Não se apresentam como prova, portanto, as técnicas documentais, testemunhais, periciais e as demais espécies admitidas pela legislação processual.

Observa-se também, que a verdade, enquanto objeto da prova, não reside na essência das coisas nem decorre do exercício arbitrário e individual de quem descreve a ocorrência do fato, pois esta pretensão deve se submeter ao exercício da comunicação com os outros sujeitos do processo. É dizer: a realidade não reproduz fatos pretéritos, mas apresenta versões subjetivas, que submetidas ao contraditório, podem afirmar-se válidas com o término da instrução processual.

Retomando-se aqui o diálogo com a faticidade, pensemos no exemplo do constrangimento de determinado consumidor, que na saída do supermercado se vê abordado por seguranças em função do alerta automático de algum dispositivo de segurança. A ocorrência do fato é real, e sobre isto não parece haver maiores divergências. Todavia, a interpretação deste fato acontece em horizontes diferentes de percepção, de sorte que a pretensão (versão) assume, fatalmente, destinos divergentes. Por este motivo, a empresa irá deduzir em juízo a alegação de que o fato se resumiu a mero constrangimento, sem com isso caracterizar dano moral, e para tanto vai requerer a produção de prova testemunhal. Dou outro lado, sustenta o consumidor, sob a sua ótica individual, que o disparo do alarme e a posterior abordagem do segurança lhe causara grave constrangimento, configurando com isso o dano moral e sua conseqüente necessidade de reparação, requerendo o mesma espécie de procedimento para a validação de sua pretensão. Qual seja: a via testemunhal.

A instrução probatória, sob esta ótica, não se presta (nem se pode propor) à reconstrução dos fatos. Estes já se foram, restando para o magistrado avaliar as interpretações individuais e submetê-las ao exercício dialético, de sorte a legitimar a atuação judicial e com isso conferir validade a uma versão, ainda que para tanto não se alcance o consenso dos interlocutores, aqui considerados como partes da demanda, uma vez que a versão do magistrado pode sempre representar uma nova pretensão sobre os fatos afirmados em juízo.

6. A INFLUÊNCIA DA FILOSOFIA NA CONCEPÇÃO DA PROVA: CONCLUSÃO.

Ao quanto aqui já se pôde demonstrar, a trilha do desenvolvimento intelectual sobre a percepção da verdade sempre trouxe contribuições significativas para a seara processual, que em decorrência da matriz filosófica já adotou referenciais metafísicos-aristotélicos, cartesianos e metodológicos, para mais modernamente trabalhar com a interlocução

democrática das partes envolvidas, a fim de validar as versões interpretativas do fato, dentro da dinâmica processual.

A vertente mais atual da hermenêutica jurídica, em consequência da influência filosófica, defende o uso do procedimento argumentativo a ser empregado na instrução probatória, para persecução da verdade¹⁷. Isto, de um lado considera as pretensões de validade dos interlocutores sob a dinâmica do contraditório e da isonomia, mas de outro reproduz, ainda e mais uma vez, versões individuais de mundo, que apenas se confrontam durante a relação jurídica processual, a fim de formar o convencimento judicial e embasar a decisão, por critérios racionais¹⁸. Dito de outra forma: ao que nos parece, a Teoria da Ação Comunicativa não supera por completo o ideal liberal-individualista da filosofia da consciência, pois enquanto objeto da prova, as versões sobre o fato deduzidas em juízo trazem em si percepções solipsistas. Em linhas mais simples: diante da impossibilidade de se alcançar a verdade por meio do procedimento racional-metodológico, a hermenêutica filosófica assume um caráter relativista, pois passa a estabelecer regras e procedimentos para a interpretação, de sorte a validar pretensões individuais que se encerram nos limites da relação onde se travaram os discursos.

Ao final, se pode identificar uma fusão entre a ontologia fundamental, retomada pela absorção jurídica da faticidade; e o procedimento argumentativo. Isto nos coloca uma contradição evidente, vez que a teoria Habermasiana para a obtenção do consenso é epistemológica e trabalha com uma situação ideal de fala, e ao mesmo tempo procura considerar a faticidade e seu caráter ontológico¹⁹.

Esse papel privilegiado que se reconhece para as condições ideais de fala na apuração e percepção da verdade argumentativa, no entanto, pode afastar o conteúdo dos direitos fundamentais, comprometendo, desta forma, a cumplicidade inexorável entre

¹⁷ Não se pode esquecer que para Habermas, a argumentação é a única forma para alcançar a verdade; e esta somente será construída por meio de um procedimento ideal de fala.

¹⁸ Em obra posterior à *Verdade e Justificação*, o próprio Habermas expõe as limitações do procedimento, ao dizer que: “até bem pouco tempo eu procurava explicar a verdade em função de uma justificabilidade ideal. De lá para cá, percebi que essa assimilação não pode dar certo. Reformulei o antigo conceito discursivo de verdade, que não é errado, mas é pelo menos incompleto. A redenção discursiva de uma alegação de verdade conduz à aceitabilidade racional, não à verdade. Embora nossa mente falível não possa ir, além disso, não devemos confundir duas coisas. Resta-nos assim a tarefa de explicar por que os participantes de uma discussão se sentem autorizados – e supostamente o são de fato – a aceitar como verdadeira uma preposição controversa, bastando para isso que tenham, em condições quase ideais, esgotado todas as razões disponíveis a favor e contra essa proposição e assim estabelecido a aceitabilidade dela”. HABERMAS, J. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 60-61.

¹⁹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 89.

processo e constituição²⁰. É dizer, em arremate: como exigir a aplicação da teoria Habermasiana durante a instrução processual, em uma audiência, por exemplo, se as condições ideais de fala não se reproduzem no mundo empírico? Ainda que sejam asseguradas tais condições, a fundamentação da decisão, pautada pela percepção argumentativa de validade da pretensão deduzida não estaria desindexada do conteúdo? Estas, portanto, são as críticas e considerações que fazemos, ainda que brevemente, à teoria argumentativa para a delimitação do objeto da prova.

Inegável o refinamento da tese, que já no nosso tempo influência fortemente a doutrina nacional. Todavia, não se pode também deixar de apontar o que nos parece estar em contradição e descompasso com a efetividade dos direitos fundamentais.

Em consequência do que aqui se expôs sobre a influência da filosofia para a percepção da verdade e a organização e finalidade da instrução processual, parece evidente que a fase atual emprega um procedimento racional para que se alcance, pela reconstrução dos fatos, então representados por interpretações pessoais de mundo, uma validação dialética, decorrente de uma argumentação contra-faticamente equilibrada das partes no processo. Ao final, o objeto da prova recai sobre alegações acerca de fatos, que pelo caleidoscópio individual do homem, apresenta em juízo, uma pretensão subjetiva dos acontecimentos.

Não se supera, portanto, a ingerência iluminista do sujeito pensante em si mesmo, que ainda hoje se apresenta durante a instrução probatória, como senhor dos sentidos, afirmando, pela ação comunicativa, uma dimensão plural de sua individualidade, sem com isso suplantar o esquema sujeito-objeto.

Trabalhamos, ainda hoje, com referenciais ideológicos liberais, que de um lado empregam rígido procedimento para a persecução de uma verdade científica, e de outro, delegam ao homem uma espécie de responsabilidade individual para comprovar, em condições ideais de fala, sua pretensão de sentidos sobre a ocorrência de determinado fato. Nesta quadra da história, o projeto constitucional não pode afirmar-se somente pelas mãos da subjetividade assujeitadora do indivíduo. Não se pode mesmo admitir, que na eminência de um novo código de processo civil, correntes ideológicas de cunho eminentemente individualistas sejam reiteradas na persecução da verdade ou que sirvam de balizamento para a delimitação do objeto da prova.

²⁰ Para maiores considerações, retome-se a leitura das correntes substancialistas e procedimentalistas, já apresentadas nesta obra.

A influência da filosofia Habermasiana sobre a teoria geral da prova é evidente, com consequências diretas sobre seu objeto e procedimento. Necessárias, portanto, estas breves considerações²¹.

BIBLIOGRAFIA:

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Malheiros Brasil, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasil, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CANOTILHO, J J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** 1. ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil I**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942, v. 1.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

DESCARTE. **Discurso do método**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Claudia Berliner; rev. da tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Positivismo Jurídico**. 5ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

²¹ No sentido do texto, Lênio Streck vai dizer que: “Habermas sabia do problema do solipsismo que assombrava a ideia kantiana de razão prática. Ademais, como leitor privilegiado da situação histórica da filosofia do século XX, Habermas conhecia muito bem as armadilhas metafísicas presentes nas concepções tradicionais e/ou convencionais de razão-prática. Daí, que sua solução, para escapar dos problemas que ele sabia existir na razão prática, será substituí-la pela razão comunicativa. Isto é sintomático: Habermas conhece o problema que emana do solipsismo do sujeito moderno e, para resolver este problema, em substituição à razão prática solipsista, apresenta um novo paradigma calcado naquilo que ele chama de razão comunicativa. Não mais o sujeito estaria no centro, mas a própria sociedade, o espaço público etc..”. STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009. p 462.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. Candido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. I.

MARINONI, Luis Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. Ed RT. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. DE MORAIS, José Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2010.