



Direito deve avançar sempre em meio à relação entre prova e verdade

Prova e verdade são problemas filosóficos entrelaçados, que exigem uma radicalidade reflexiva; porém, vivem no Direito uma monotonia teórica, despojada de originalidade, porquanto presos a cálculos dogmáticos, a conceitos convencionais dominados pela linguagem esclerosada dos processualistas e armazenados no uso corrente do quotidiano do foro. Quem só faz dogmática normativo-probatória e mantém informulada a questão filosófica da verdade, pouco entende de prova. Só se regozija num exame preliminar, na antecipação inconclusa de uma compreensão ordinária, numa ideia prévia. Afinal de contas, a verdade é o móvel fundamental da problemática probatória, solicitando sempre um pensamento mais meditativo que analítico. Toda e qualquer consideração jurídico-probatória deve estruturar-se em função da possibilidade, impossibilidade ou quase-possibilidade da verdade.

Assim sendo, não se estuda a prova e só após a verdade, ou vice-versa: o direito probatório já deve avançar sempre em meio à relação total entre prova e verdade (verdade doravante entendida não como um caráter da enunciação, mas como um caráter dos fatos jurídicos, à medida que se revelam como ocorreram, como se manifestaram; verdade como *não-velamento*, como a *a-letheia* heideggeriana) (sobre as relações entre verdade, não-velamento e *aletheia*: Stein, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001, p. 53 e ss.). Por essa razão, até hoje, poucos cientistas do processo estiveram perto de apontar com fecundidade as nuances que definem essa relação. Nem mesmo a poderosa vigilância de Pontes de Miranda, o maior processualista brasileiro de todos os tempos, esteve perto disso (o que infunde a suspeita de que o Brasil, templo da rasidade meditativa, é um dos túmulos mundiais do Direito Probatório).

Entretanto, essa explicitação não é fácil. Cobertura e descoberta, esquecimento e desesquecimento perfazem a música da verdade, que se desvanece desaparecendo no ar exatamente no instante de sua realização probatório-interpretativa. Isso porque a busca pela verdade em estado de pureza bruta se enraíza em uma dupla carência básica: 1) a indigência dos elementos probatórios aportados pelas partes; 2) a indigência do juiz (na qual se encontram mergulhados todos os homens), que compreende [= co-apreende] hermeneuticamente esses elementos. Aliás, uma das grandes lacunas epistemológicas do direito probatório no país é esta: não estar a finitude do juiz e, portanto, as suas limitações (como, por exemplo, as típicas limitações humanas de cariz psíquico-cognitivo), nele previamente entendidas como um problema dogmático vital; não estruturar a aclaração dos fatos partindo das limitações do juiz e não estruturar as limitações do juiz partindo da aclaração dos fatos. A propósito, o clímax representativo da finitude compreensiva do juiz e o signo supremo da precariedade dos seus julgamentos é o direito probatório, que existe justamente porque ele — o juiz — não é onisciente nem onipotente.

O direito probatório é a estruturação normativa da interrogação pela historicidade fático-jurídica. A prova, porque só faz sentido no horizonte do tempo, perpassa pela recomposição historial do passado a partir dos seus vestígios sobreviventes, ou seja, a partir daquilo que Krónos [??????] não engoliu. Essa finitude da tarefa probatória reside justamente no fenômeno corrosivo do tempo (razão por que a relação entre tempo e processo transcende em muito o mero problema da morosidade). Daí por que essa tarefa padece sempre de uma *privação*, a qual torna dificultadas uma desocultação fenomenológica total do pretérito e, em consequência, uma experimentação plena da verdade. Logo, o fato passado raramente é



autotransparente (aliás, a própria facticidade do fato o torna praticamente irreduzível a uma translucidez irrestrita). Sem *privação* — da qual o direito probatório é um eterno prisioneiro —, o presente conteria todo o passado; o passado seria toda presença; o tempo não existiria. Tempo é determinação privativa, pois. É o coração da temática probatória. Ainda assim, o que não se perdeu *no* e *pelo* tempo pode ter sido deturpado (exemplo: memória distorcida por desmemorização), recoberto (exemplo: ocultação estratégica do corpo de delito), dissimulado (exemplo: autoacusação falsa), motivo pelo qual essa coletânea porosa de sobreviventes vestigiais nem sempre é fidedigna.

Com isso já se divisa a paradoxalidade da prova: embora aponte a ausência dos vestígios que ficaram para trás, é ela a única possibilidade de tentar penetrar-se na gênese dos acontecimentos. Mais: entrevê-se uma mútua dependência entre prova e fato, que reciprocamente se apropriam, se necessitam e se envisceram, instaurando uma ambivalência entre eles: o fato, que se mostra retraindo-se na prova, e a prova, que tenta retirá-lo da obscuridade. Isso evidencia que prova e fato se co-pertencem em uma região afastada do esquema sujeito-objeto.

Nesse sentido, a prova não é propriamente um espelho plano dos fatos, um mediar de conhecimento absoluto sobre eles, dado que ela mesma é um acontecer fático, que se radica na facticidade; por isso carrega consigo um ambivalente velamento-desvelamento, que sói marcar a persistente incompletude de toda a compreensão da verdade. Por força da sua constituição estrutural circulariforme, a prova é o ponto-de-partida, a estrada real e o ponto-de-chegada para um esforço hermenêutico de tentativa de descoberta, não raro frustrante, que sempre parte de uma escassez fragmentária muitas vezes corrompida.

No entanto, a interrogação pela verdade dos fatos trilha uma senda que precisa ser interrompida por uma “de-cisão”, por um “corte”, que não permite às partes um eterno movimento probatório de descoberta. O projeto de apropriação dos fatos precisa sofrer uma oclusão, um fechamento (afinal, “????? ??????????? ??????” – Heráclito, Fragmento 123), já que todo processo deve ter fim em um lapso razoável. Com alguma frequência, porém, essa interrupção antecede o tempo ótimo de maturação do desvelamento. Isso torna ainda mais complicada (e, em certa medida, decaída) a retidão historial da imagem fenomenal do passado. Mais: isso faz com que o juiz tenha de cessar a interrogação e decidir sobre os fatos, tal como se mostraram probatoriamente, constituindo-os fenomenologicamente como manifestação. Desse modo, o passado se torna no processo um sinônimo de produção ou coisa produzida. Ele só emerge *per iudicis definitionem*, enquanto fundamentado pelo juiz a partir de sua compreensão finita do conjunto probatório e enquanto implicado em uma comunicação decisória concreta, instaurado em uma espécie de “constitutividade reveladora dos fatos”. Somente há fatos pretéritos enquanto há um juiz mergulhado na própria facticidade, que, com base no mosaico probatório abrigado nos autos, procede performaticamente à composição (jamais à re-composição) de uma melodia feita dos ecos ambíguos do passado, decidindo sobre como, onde e quando eles ocorreram. Com isso se vê que a “verdade” eclode de uma estrutura fundamental circum-abrangente que envolve tanto a circularidade do fato-da-prova como a circularidade da prova-do-fato [“verdade” = verdade possível no processo = modificação privativa da verdade = aparência]. A “verdade” é aquilo que sustenta o “e” que une prova e fato entre si.

Na realidade, o jogo probatório torna-se uma unidade composta ensimesmada (*quod non est in actis non est in mundo*), que se estrutura sob standards avaliativos, tariffações, regras de exclusão, regras de inclusão, etc. Essa unidade se descola do passado e forma no processo um “bloco de anunciação autônomo”, sobre o qual são projetados os sentidos globais prévios fornecidos pela petição inicial e pela



contestação. Isso significa que a compreensão hermenêutica dos elementos probatórios compõe uma “representação” coerente, que não corresponde necessariamente à verdade, mas a uma aparência. Por isso, os poderes instrutórios do juiz podem obstruir ainda mais o acesso às dimensões originárias do passado: espessando o bloco probatório, exigindo acomodação da prova de ofício ao bloco, reestruturando o anúncio fenomenal do passado e, como resultado, podendo produzir uma distorção, um jamais-manifesto, uma inédita não-verdade (imagine-se, por exemplo, o juiz que ordena de ofício prova de fato constitutivo do direito do autor, embora o réu — por força de perda, extravio, perecimento ou destruição — não mais disponha da irreproduzível prova do fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito: sem a prova de ofício, o pedido do autor estaria fadado a uma *justa* improcedência por falta de prova; com a prova de ofício, haverá uma *injusta* procedência). Logo, esses poderes não são uma fonte garantida de reserva para a verdade e, conseqüentemente, para a justiça (isso sem falar dos graves riscos que eles trazem à imparcialidade judicial — o que será objeto de artigo futuro). É preciso frisar isso com veemência para que se refreie a onda ativista-inquisitorial que hoje empolga o Poder Judiciário e se recupere, de uma vez por todas, o chão perdido da judicatura serena.

Isso vai de encontro à doutrina probatória tradicional, ainda hegemônica, que supõe a verdade sob a forma (raramente explicada) de um conceito já disponível. Aqui, crê-se em uma verdade recomposta por adições, em que se somariam elementos de prova correspondentes a cada um dos elementos do *factum probandum*. Se assim é, as iniciativas oficiais probatórias seriam uma maneira privilegiada de encontrar-se com o passado, visto que abririam fendas à entrada benfazeja de dados capazes de aumentar a adequação da aparência à verdade.

É preciso sublinhar, porém: o juiz não é “o” sujeito instaurador da “verdade”, uma vez que ela não surge apenas de um ato decisório-judicial, mas também dos meios de prova hermeneuticamente compreendidos aos quais o ato se reporta. Daí a impossibilidade de uma pura objetivação do pretérito: nem tudo se reduz à subjetividade do juiz; nem tudo se transforma em “objeto”. Igualmente, não é o juiz um sujeito restaurador, pois o passado não se reconstrói na decisão como o reencaixe mecânico das peças de um quebra-cabeça. Na realidade, se há algo que o juiz pode instaurar, esse algo é, quando muito, a *certeza*; se há algo que se pode restaurar, quando muito é a *paz* que de toda certeza deflui.

Nesse sentido, a “verdade” é menos uma transparência limpa do fato-em-si e mais uma imagem turva do fato-probatoriamente-mostrado (obs.: no processo não há um de-monstrar de fatos, mas um mostrar, um estender-diante, o que desmente a estrutura da “verdade” como conformidade entre conhecimento e objeto).

Reconhecer isso é importante para que se compreenda adequadamente a condição humana do julgar em si mesmo, que é sempre uma interrogação na imanência, no limite, na finitude. É importante, outrossim, para expulsar radicalmente do âmbito da problemática probatória os restos e detritos de teologia natural, que crê na ingênua descoberta absoluta dos fatos no processo, como se aí vigesse uma transparência total fornecida pela Luz Divina.

Isso não significa, todavia, uma rejeição ou renúncia completa à conquista da *veritas transcendentalis*: ela é a matriz inspiradora do direito probatório; não teria ele seriedade se não mantivesse virtualmente aberto o seu horizonte para a transcendência, o ilimitado, o infinito. Não por outra razão punem-se, por exemplo, o falso testemunho e a falsa perícia (CP, artigo 342). Ora, a verdade é um “estado ideal de



coisas”. É desejável que a aparência coincida com a verdade. Por conseguinte, a verdade é um dos princípios axiais do direito probatório.

Contudo, ela é “um” dos princípios, não “o” supraprincípio. A finitude tem a sua positividade e é preciso curvar-se a ela, aceitando-se os limites da possibilidade probatória de desvelamento e, então, o risco essencial de se estar na não-verdade. Ademais, o princípio da verdade não raro colide com outros tão caros quanto ela, impedindo que seja ela — a verdade — arrancada a qualquer custo. Se assim não fosse, não se poderia explicar, por exemplo: a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor em caso de revelia; a presunção de veracidade dos fatos que, por meio de coisa ou documento não exibido pelo requerido, o requerente pretendia provar; a inadmissão da prova que, embora elucidativa, se obteve por meio ilícito; o trânsito em julgado de sentença irrevocável fundada em perícia ou testemunho falso; o decurso do prazo decadencial bienal para rescindir sentença fundada em perícia ou testemunho falso; a impossibilidade de analisar-se mérito de cobrança caso não se apresentem embargos monitórios; a presunção de confissão dos fatos alegados contra a parte que, intimada pessoalmente, não comparece ou, comparecendo, se recusa a depor; a sentença de improcedência por falta de provas; a proibição de uso, pelo juiz, de sua ciência privada dos fatos, ainda que não desponham no processo; a impossibilidade de testemunho de fato sob sigilo profissional; a insubmissão da testemunha a polígrafos ou detectores de mentiras.

Daí a ambivalência estrutural a que está condenado o direito probatório, que, ancorado na própria finitude humana, institucionaliza, a um só tempo, (1) o alcance da verdade, (2) o não-alcance da verdade e (3) a aceitação da não-verdade.

Aliás, é contra (2) e (3) que lutam irresignadamente os partidários de Michelle Taruffo, como se a não-verdade fosse um sinônimo imoral de mentira e sob a ingênua crença de que podem robustecer o tônus investigativo do direito probatório. Isso porque não conseguem simplesmente aceitar que a interrogação jurídico-probatória sói ficar muito aquém das exigências da tradição epistemológica. O direito probatório, como índice da finitude do juiz, tende a repousar em si mesmo, criar as suas próprias especificidades, instituir recursivamente a direção e o sentido dos próprios movimentos, sem buscar a todo custo qualquer medida além de si mesmo, na não-medida extrínseca de qualquer teleologia epistêmica. A “verdade” brota do modo como o direito probatório se estrutura, mas a estrutura do direito probatório não brota exclusivamente do modo da verdade. Dessa comezinha incompletude da conquista da verdade nasce a melancolia da perene precariedade do julgamento humano e, portanto, a penúria do processo.

É certo que no direito probatório está o único caminho de ida para o “reino puro da verdade”. Mas é certo também que ali estão os caminhos de volta e alguns subcaminhos que levam aos “reinos impuros” da “verossimilhança” e da “não-verdade”. O problema é que nunca se sabe qual deles se está trilhando...

Date Created

20/12/2016