



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RODRIGO LINS LIMA OLIVEIRA

**A PERSECUÇÃO DA VERDADE E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL:
análise do negócio jurídico processual que tenha como objeto a persecução da verdade**

BELÉM (PA)

2022

RODRIGO LINS LIMA OLIVEIRA

**A PERSECUÇÃO DA VERDADE E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL:
análise do negócio jurídico processual que tenha como objeto a persecução da verdade**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Área de Concentração: Direitos Humanos) da Universidade Federal do Pará, na Linha de Pesquisa Direitos Fundamentais, Concretização e Garantias, Área Temática “Direitos e garantias processuais e extraprocessuais para a administração e solução de problemas e conflitos na concretização dos direitos humanos”, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sandoval Alves da Silva

BELÉM (PA)

2022

RODRIGO LINS LIMA OLIVEIRA

**A PERSECUÇÃO DA VERDADE E O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL:
análise do negócio jurídico processual que tenha como objeto a persecução da verdade**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Área de Concentração: Direitos Humanos) da Universidade Federal do Pará, na Linha de Pesquisa Direitos Fundamentais, Concretização e Garantias, Área Temática “Direitos e garantias processuais e extraprocessuais para a administração e solução de problemas e conflitos na concretização dos direitos humanos”, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sandoval Alves da Silva

Data do exame: ___/___/___

Conceito: _____

Banca examinadora:

Prof. Dr. Sandoval Alves da Silva
(PPGD/UFPA – Orientador)

Prof. Dr. Rosalina Moitta Pinto da Costa
(PPGD/UFPA – Avaliador(a) interno(a))

Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo
(PPGD/CESUPA – Avaliador(a) externo(a))

BELÉM (PA)
2022

RESUMO

O trabalho tem como objetivo aferir a validade do negócio jurídico processual que tenha como objeto as ferramentas de persecução da verdade. Trata-se de trabalho iminentemente teórico, em que são apresentadas teorias e textos normativos para, a partir do método dedutivo, determinar a validade ou não do negócio jurídico processual com tal objeto. As principais referências teóricas são: Michele Taruffo, Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Arenhart, Daniel Mitidiero e Sandoval Alves da Silva (temas “verdade” e “persecução da verdade”); Pontes de Miranda, Marcos Bernardes Mello e Pedro Henrique Nogueira (temas “fato jurídico”, “negócio jurídico” e “negócio jurídico processual”). A conclusão a que se chega é que, por existir um mandamento expresso de persecução da verdade, o negócio jurídico processual que reduz as ferramentas do magistrado para a efetivação desse mandamento é inválido, pela antijuridicidade ou ilicitude do objeto; já o negócio jurídico processual que amplia as ferramentas para a persecução da verdade precisa ser avaliado segundo o caso concreto, com ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos no caso concreto.

Palavras-chave: Persecução da verdade. Decisão justa. Negócio jurídico. Jurisdição. Processo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Rubson e Glorete, pelo amor, carinho e motivação, com que apoiaram meus sonhos, em todos os momentos da minha vida. Ao meu irmão, Rogério, pela oportunidade de debater ideias e aperfeiçoar o conhecimento.

À minha namorada, Valentina, que sempre esteve ao meu lado compartilhando alegrias, incertezas e cansaço, em especial, por sua compreensão perante as horas de convívio reduzido que foram dedicadas às atividades acadêmicas e auxílio em ouvir e repassar ideias.

Ao meu orientador, Professor Sandoval, que foi o elemento propulsor na decisão de seguir na academia, desde a orientação do TCC na graduação, passando pelo trabalho com diversos artigos e trilhando, junto a mim, o caminho do mestrado.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará – PPGD/UFPA, com os quais tive a oportunidade de estudar, pela contribuição que deram à minha formação.

Enfim, agradeço a todos aqueles que, de alguma maneira, contribuíram para que eu pudesse cumprir da melhor maneira possível mais essa etapa da minha vida, o mestrado.

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO**
- 2 VERDADE, JUSTIÇA E PROCESSO**
 - 2.1 Modernidade e pós-modernidade**
 - 2.1.1 Projeto da modernidade*
 - 2.1.2 A derrocada do Projeto Moderno e o surgimento do Projeto Pós-Moderno*
 - 2.1.3 O paradoxo pós-moderno e a resignificação do conceito de verdade*
 - 2.1.4 Diferenciações distinções necessárias*
 - 2.1.4.1 Verdade absoluta e verdade relativa*
 - 2.1.4.2 Verdade e certeza*
 - 2.2 Teorias da verdade no processo**
 - 2.2.1 Teorias que não admitem a verdade no processo*
 - 2.2.2 Teorias que defendem a irrelevância da persecução da verdade no processo*
 - 2.2.3 Teorias que defendem a relevância da persecução da verdade no processo e a verdade “possível”*
 - 2.3 Redução das exigências de prova e a persecução da verdade**
 - 2.4 Verdade e justiça da decisão**
 - 2.4.1 Verdade e juridicidade da decisão*
 - 2.4.2 Verdade e processo justo*
 - 2.4.3 Convicção judicial, direito à prova e acesso à justiça*
 - 2.4.4 Verdade e imparcialidade*
 - 2.4.5 Substitutividade e verdade*
 - 2.5 Escopos da jurisdição**
 - 2.5.1 Escopo social*
 - 2.5.2 Escopos políticos*
 - 2.5.3 Escopo jurídico*
 - 2.6 Verdade no ordenamento jurídico brasileiro**
 - 2.6.1 Persecução da verdade no CPC/2015*
 - 2.6.2 Ônus da prova como “dever” de produção da prova*
 - 2.6.3 Presunções**
 - 2.6.3.1 Presunções judiciais*
 - 2.6.3.2 Presunções legais relativas*
 - 2.6.3.3 Presunções legais absolutas*
 - 2.6.3.4 Regras de experiência*
 - 2.6.3.5 Regras de experiência comum e formas de controle e de aplicação*
 - 2.6.3.6 Regras de experiência técnica e critérios de controle e de aplicabilidade*
- 3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL**
 - 3.1 Noções introdutórias**
 - 3.2 Fato jurídico *lato sensu* e sua classificação**
 - 3.2.1 Conceituação das espécies lícitas de fatos jurídicos*

- 3.2.1.1 *Fato jurídico stricto sensu*
- 3.2.1.2 *Ato-fato jurídico*
- 3.2.1.3 *Ato jurídico lato sensu*
- 3.2.1.3.1 *Espécies de ato jurídico lato sensu*
- 3.2.1.3.2 *Ato jurídico stricto sensu*
- 3.3 Do negócio jurídico ao negócio jurídico processual**
- 3.3.1 Teorias sobre o negócio jurídico**
- 3.3.1.1 *Teorias subjetivas: o “dogma da vontade” nos atos negociais*
- 3.3.1.2 *Teoria “preceptiva”: o negócio jurídico como norma jurídica*
- 3.3.1.3 *O negócio jurídico como ato de autonomia privada: teoria da autorregulação de interesses*
- 3.3.2 Conceito e nuances do negócio jurídico**
- 3.3.3 Negócio jurídico processual**
- 3.3.3.1 *Objecções ao conceito de negócio jurídico processual*
- 3.3.3.2 *Conceito de negócio jurídico processual*
- 3.3.3.3 *Considerações sobre a cláusula atípica de negociação processual*
- 3.3.3.4 *Considerações sobre a existência, a validade e a eficácia do negócio jurídico processual*
- 3.3.3.5 *Validade e eficácia do negócio jurídico processual*
- 3.3.3.6 *O formalismo processual*

4 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL SOBRE A PERSECUÇÃO DA VERDADE

- 4.1 Considerações iniciais**
- 4.2 A relação entre processo, jurisdição e persecução da verdade**
- 4.2.1 *A efetivação do escopo social da jurisdição por meio da justiça da decisão e da juridicidade da decisão e o acesso útil à justiça*
- 4.2.1.1 *Persecução da verdade, juridicidade da decisão e processo justo*
- 4.2.1.2 *Persecução da verdade e acesso à justiça*
- 4.2.2 *Substitutividade e dever de persecução da verdade*
- 4.2.3 *Escopo político e persecução da verdade*
- 4.2.4 *Escopo jurídico e persecução da verdade*
- 4.2.5 *O Código de Processo Civil de 2015 e a persecução da verdade*
- 4.2.6 *Limitações do negócio jurídico processual que amplia as ferramentas de persecução da verdade*

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Constata-se atualmente que o Poder Judiciário está abarrotado de demandas e é pressionado pelas metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Nesse contexto, é possível notar uma desvirtuação da função jurisdicional e do processo, com o distanciamento de suas normas fundamentais, características e escopos. Essa desvirtuação resulta do excesso de decisões que afastam a persecução da verdade do caso concreto e do abuso no uso das presunções como fundamentos de decidir. Como não se persegue a verdade no processo, não se garante às partes, no caso concreto, o acesso à ordem jurídica com justiça. Por conseguinte, tampouco se suscita a conciliação dos litigantes e a consequente pacificação social ou a apreciação do mérito da causa com justiça.

A verdade precisa ser perseguida pelo juiz, justamente para que haja uma decisão justa. É necessário que o magistrado possa substituir-se às partes ou aos sujeitos da melhor forma, entendendo as angústias e razões de todos os sujeitos envolvidos, a fim de proferir uma decisão de acordo com a real vivência deles. Deve ser afastada a convicção de dúvida.

Com o Código de Processo Civil (CPC) de 2015, o negócio jurídico processual ganhou maior relevância, e suas hipóteses de uso foram vastamente ampliadas a partir do surgimento de uma cláusula atípica de negociação processual. Diante disso, é possível aferir que os procedimentos podem ser adaptados pela via do negócio jurídico processual. Essa constatação leva à questão que norteia esta pesquisa: *em que medida é válido o negócio jurídico processual que tem como objeto a verdade ou a sua persecução?*

Para responder a essa questão, adota-se, na presente pesquisa, o método dedutivo. Trata-se de uma abordagem que parte de um contexto geral para um particular (LOUREIRO, 2018, p. 38). Assim, analisam-se, em um primeiro momento, os fundamentos do imperativo de persecução da verdade imposto ao juiz, para posteriormente se avaliar a compatibilidade do instituto do negócio jurídico processual com as ferramentas de persecução da verdade.

A pesquisa é essencialmente teórica, recorrendo-se a obras nacionais e internacionais sobre o tema – que não é exclusivo do Brasil e de seu ordenamento jurídico –, considerando-se que é fundamental examinar as premissas da teoria da verdade e do negócio jurídico processual.

Também serão analisados documentos provenientes do Poder Legislativo – leis e decretos federais, o CPC e a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) –, além de documentos fornecidos pelos tribunais e pelo CNJ, como relatórios e acórdãos pertinentes, embora não se faça aqui uma pesquisa jurisprudencial por essência.

Elegem-se como marcos teóricos do tema “verdade” Michele Taruffo, Sandoval Alves da Silva, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. No que diz respeito aos negócios jurídicos processuais, destacam-se Pontes de Miranda, Marcos Bernardes Mello e Pedro Henrique Nogueira, principais expoentes da teoria do fato jurídico, do negócio jurídico e do negócio jurídico processual.

O objetivo geral da pesquisa é aferir a validade do negócio jurídico processual que tenha como objeto as ferramentas de persecução da verdade. Assim, a pesquisa terá duas perspectivas: uma destinada a analisar a negociação que reduz os instrumentos de persecução da verdade; outra com o objetivo de examinar a negociação que visa ampliar os instrumentos para a persecução da verdade.

Como objetivos específicos, busca-se definir os fundamentos filosóficos, jurídicos e sociais do imperativo de persecução da verdade, partindo-se da análise da legislação (CPC/2015), da teoria dos escopos processuais, da juridicidade da decisão, da justiça da decisão, do acesso à justiça no seu viés útil e da substitutividade da jurisdição.

Para atingir o objetivo geral da pesquisa, também se faz necessário determinar os elementos do negócio jurídico processual, sua origem, as críticas a seu conceito e os conceitos correlatos, os limites de negociação jurídica processual à luz do CPC/2015 e a cláusula atípica de negociação processual (CPC, art. 190). Importa ainda definir o que seria o plano da existência, da validade e da eficácia do negócio jurídico, conforme a teoria do negócio jurídico – aplicável ao negócio jurídico processual.

Em um primeiro momento, são feitas considerações a respeito da modernidade e da pós-modernidade. De modo introdutório, são analisadas as principais premissas da verdade científica no movimento moderno e pós-moderno, passando-se, depois disso, a aferir a posição da verdade dos fatos dentro do respectivo contexto.

São analisadas as teorias da verdade no processo, avaliando-se a (im)possibilidade teórica, ideológica e prática de adoção de um posicionamento mais ou menos cético em relação à persecução da verdade no processo. Nesse ponto, é abordada a teoria da verdade possível, de Taruffo, base para a busca da resposta à questão já levantada.

Também são apresentadas algumas características, pressupostos, fundamentos e escopos da jurisdição que fazem da verdade um valor indissociável do processo, o qual precisa ser concretizado para se alcançar um exercício justo da jurisdição. Cabe fazer uma menção especial à substitutividade, enquanto característica inerente à jurisdição estatal desde o seu surgimento, e ao escopo da jurisdição, que diz respeito à justiça.

Continuando a análise da posição da verdade no processo, examinam-se os fundamentos jurídicos da persecução da verdade no processo. Trata-se de análise essencialmente juspositiva das regras e dos princípios dispostos no CPC/2015 e na CRFB que permitem aferir a verdade como um valor juridicamente protegido pelo ordenamento jurídico pátrio e sua persecução como imperativo que deve ser respeitado por todos os sujeitos envolvidos.

Na parte final da primeira secção, é feito o apanhado geral de todo o trabalho para verificar se foi dada uma resposta à questão ventilada. Estabelece-se a ligação entre processo, verdade e justiça nesse ponto do trabalho. O negócio jurídico processual é apresentado para, posteriormente, analisar sua validade quando o objeto for a verdade ou a sua persecução.

Na secção de negócio jurídico processual, discute-se a teoria do fato jurídico como pressuposto para o debate sobre o ato jurídico *lato sensu*, o negócio jurídico e, conseqüentemente, o negócio jurídico processual. Trata-se de consequência lógica da própria origem dos institutos, considerando que o negócio jurídico processual é espécie de negócio jurídico, que, por sua vez, é espécie de ato jurídico *lato sensu*, que, em última instância, é espécie de fato jurídico *lato sensu*.

Assim, são feitas considerações gerais sobre o negócio jurídico processual, sua classificação enquanto ato processual, avaliando-se o surgimento de cláusula atípica de negociação processual no artigo 190 do CPC, bem como suas consequências para o ordenamento jurídico brasileiro. São apresentadas as teorias do negócio jurídico e as objeções a seu conceito.

No segundo momento da seção, são avaliados os planos do negócio jurídico processual: validade, eficácia e existência. Todavia, o trabalho não visa aprofundar a eficácia ou a existência da convenção processual; seu objetivo é tão somente analisar de forma mais minuciosa a validade, em que se insere o objeto da problemática adotada.

São estabelecidos alguns parâmetros, limites e condições do negócio jurídico processual a partir do próprio processo, tanto em relação a seus fundamentos e escopos, quanto em relação ao regramento do CPC/2015, posto que somente assim será possível efetivar a análise do negócio jurídico processual cujo objeto é a busca da verdade.

No último momento, são analisados os negócios jurídicos processuais que tenham como objeto a verdade ou sua persecução, avaliando-se a possibilidade de negociar a verdade e de restringir (ou de ampliar) a sua busca dentro do procedimento – tudo isso com base nas limitações e nos parâmetros expostos no decorrer do trabalho.

2 VERDADE, JUSTIÇA E PROCESSO

2.1 Modernidade e pós-modernidade

Em defesa do progresso da ciência e contra princípios aceitos pelo público em geral, sem muitos questionamentos, o pensamento moderno, evoluindo desde o Renascimento, questionou os grandes dogmas religiosos e os elementos que puseram freio no avanço científico. É impossível chamar “moderna” uma sociedade que procura organizar-se e agir segundo uma revelação divina ou uma essência nacional. A modernidade caracteriza-se pela difusão dos produtos da atividade racional, científica, tecnológica e administrativa, o que implica uma crescente diferenciação dos setores político, econômico, familiar, religioso e artístico (TOURAINÉ, 2002, p. 17).

Nesse sentido, pensadores como Francis Bacon, René Descartes, bem como autores posteriores, adeptos do movimento iluminista (Voltaire, Rousseau, Montesquieu), promoveram a consolidação de um projeto moderno. Pode-se afirmar que o ideal moderno estava fundado no desenvolvimento implacável das ciências objetivas, nas bases universalistas da ética e em uma arte autônoma, visando a organização racional das condições de vida em sociedade (SOARES, 2019, p. 60).

A proposta de modernidade coloca a ciência no centro da sociedade, substituindo Deus, deixando as crenças religiosas para a vida privada. A proposta prevê uma sociedade marcada pela impessoalidade das leis contra o nepotismo, o clientelismo e a corrupção, em que as administrações públicas não sejam os instrumentos de um poder pessoal, em que vida pública e vida privada sejam separadas, assim como devem ser as fortunas privadas do orçamento do Estado ou das empresas (TOURAINÉ, 2002, p. 18). Assim, a verdade desenha-se como um conceito possível e objetivo, cujo método permitiria conhecer as coisas e racionalizá-las de forma objetiva.

Entretanto, no pós-modernismo, houve um ceticismo em relação aos diversos conceitos propostos e consolidados no período modernista. Trata-se de um fenômeno denominado *deconstructionist vortex*, que afastou da realidade filosófica e científica a verdade e diversos outros conceitos clássicos (WILLIAMS, 2002, p. 3 *apud* TARUFFO, 2016, p. 95).

Feitas tais considerações iniciais, cumpre abordar de forma breve os períodos mencionados, de modo a tornar mais compreensível o conceito de verdade e sua aceitação por parte dos teóricos, evidenciando os momentos em que o conceito foi posto de lado e os momentos em que ganhou notoriedade.

2.1.1 Projeto da modernidade

No Renascimento, a humanidade já se encontrava no centro do universo. Poder-se-ia, a título de exemplo, mencionar a visão de Francis Bacon, segundo a qual os homens poderiam desvendar os segredos da realidade e posteriormente dominar a natureza (SOARES, 2019, p. 59).

Coube a René Descartes lançar os fundamentos do projeto moderno a partir da definição da essência humana como uma substância pensante (penso, logo, existo) e do ser humano como um sujeito racional autônomo. Isaac Newton conferiu o arcabouço científico à modernidade, ao descrever o mundo físico como uma máquina cujas leis imutáveis poderiam ser apreendidas pela mente humana. No campo político-social, John Locke tratou da relação contratual entre governantes e governados e da supremacia dos direitos naturais ante o absolutismo (SOARES, 2019, p. 59).

É parte do projeto da modernidade colocar a ciência no centro da sociedade, substituindo Deus, deixando as crenças religiosas para a vida privada. Haveria, assim, uma sociedade marcada pela impessoalidade das leis contra o nepotismo, o clientelismo e a corrupção, em que as administrações públicas não seriam os instrumentos de um poder pessoal e em que vida pública e vida privada seriam separadas, assim como devem ser as fortunas privadas do orçamento do Estado ou das empresas (TOURAINÉ, 2002, p. 18).

O paradigma da modernidade tem duas características principais: em primeiro lugar, trata-se da análise e da descrição do processo de racionalização especificamente ocidental; em segundo, é uma tentativa de caracterização da situação do homem e do conhecimento do mundo moderno a partir de uma indagação fundamental sobre o destino do homem, no âmbito das

sucessivas formações sociais e nas esferas da sua atividade. Os três principais elementos do paradigma são: a cientificação¹, a tecnização² e a burocratização³ (WEBER, 2002, p. 10-11).

Os proponentes da modernidade cultivavam a expectativa de que a arte e a ciência aperfeiçoariam o controle da ciência, a compreensão do ser e do mundo, o progresso moral, a justiça nas instituições sociais e até mesmo a felicidade humana (SOARES, 2019, p. 60).

A ideia de modernidade, em sua forma mais ambiciosa, sustenta-se na afirmação de que o homem é o que ele faz, existindo uma correspondência entre produção⁴ (tornada mais eficaz pela ciência), tecnologia⁵ (ou administração) e organização da sociedade⁶. Essa cultura científica visava a construção de uma sociedade ordenada, com indivíduos livres, sob a égide da razão. É a razão que anima a ciência e suas aplicações, é a razão que comanda a adaptação da vida social às necessidades individuais ou coletivas, é ela que substitui a arbitrariedade e a violência pelo Estado de direito e pelo mercado (TOURAINÉ, 2002, p. 9).

¹ De acordo com o uso mais antigo e mais generalizado da palavra, “ciência” podia referir-se a qualquer corpo sistematizado de conhecimento, qualquer que fosse seu objeto de estudo. Modernamente, o termo assumiu um sentido mais restrito, referindo-se à física, à química, à biologia etc., mas não à jurisprudência, à história, à teologia etc. Se na metade do século XIX, o termo “cientificismo” era neutro, significando, simplesmente, “o hábito e modo de expressão de um homem da ciência”, nas primeiras décadas do século XX, o cientificismo passou a ser visto como um “preconceito”, uma “superstição”, uma “aberração” da ciência. Hoje em dia, predomina esse tom negativo. “Na verdade, as conotações pejorativas do ‘cientificismo’ estão agora tão profundamente enraizadas que os defensores da autonomia da ética, ou da legitimidade do conhecimento religioso etc., às vezes pensam que, em vez de se engajarem de fato em refutar os argumentos de seus críticos, seja suficiente descartá-los com uma palavra: ‘cientificistas’” (HAACK, 2012, p. 5). Desse modo, a cientificação tornou-se um dos elementos do período moderno, havendo um apego ao conhecimento desenvolvido pelas ditas ciências exatas, que postulavam verdades científicas com um grau maior de validade.

² Pode-se definir o tecnicismo como “a disposição econômica, ideológica e existencial que preconiza como axiologicamente superiores apenas os instrumentos e atividades profissionais caracterizados por um suposto desenvolvimento tecnológico mais apurado, circunstância que [...] alça os ‘especialistas’ desses ramos de atuação a um patamar de predominância no grande jogo de espelhos sociais” (BITTENCOURT, 2010, p. 62). Pode-se concluir que o tecnicismo trata da especialidade do conhecimento, em que se priorizavam técnicas específicas em cada área de conhecimento – um dos paradigmas da modernidade.

³ “Uma burocracia, uma vez plenamente realizada, pertence aos complexos sociais mais dificilmente destrutíveis. A burocratização é o meio específico por excelência para transformar uma ‘ação comunitária’ (consenso) numa ‘ação associativa’ racionalmente ordenada. Como instrumento da transformação em ‘relações associativas’ de dominação, ela era e continua sendo, por isso, um meio de poder de primeira categoria para aquele que dispõe do aparato burocrático, pois, com possibilidades de resto iguais, uma ‘ação associativa’, ordenada e dirigida de forma planejada, é superior a toda ‘ação de massas’ ou ‘comunitária’ contrária. Onde quer que a burocratização da administração tenha sido levada conseqüentemente a cabo, cria-se uma forma praticamente inquebrantável das relações de dominação” (WEBER, 1999, p. 222). Em outras palavras, pode-se afirmar que a burocratização é o processo de estruturação formal da organização, permitindo, dessa forma, organizar as atividades humanas para a realização de objetivos comuns no longo prazo.

⁴ Utiliza-se o termo como referência à produção de bens e serviços. Quer-se referir, independentemente do sistema de produção (*scientific management*, automatização etc.), ao Modelo de Produção e Consumo Capitalista que teve como marco a Primeira Revolução Industrial (1785), “a partir da qual, tanto a produção, quanto o consumo tornaram-se constantes na vida das pessoas e atingiram a escala mundial” (VIEIRA, 2011, p. 644).

⁵ Aprimoramento da técnica e especialização da produção. *Vide* nota anterior.

⁶ Sociedade pautada pela produção e pela tecnização, com pouco cuidado com as conseqüências sociais do desenvolvimento técnico e científico desenfreado.

O projeto sociocultural da modernidade está baseada em dois pilares fundamentais: a regulação e a emancipação. O pilar da regulação é constituído pelos princípios do Estado, do mercado e da comunidade, ao passo que o pilar da emancipação é pautado por três lógicas da racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura, a racionalidade moral-prática da ética e do direito e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica. Pela sua “complexidade interna, pela riqueza e pela diversidade das ideias novas que comporta e pela maneira como procura a articulá-las, o projeto da modernidade é ambicioso e revolucionário e capaz de assegurar valores da justiça e da autonomia, da solidariedade e da identidade, da emancipação e da subjetividade, da igualdade e da liberdade” (SANTOS, 2002, p. 70-71).

O cerne do programa moderno residia na confiança na capacidade racional do ser humano. A razão é o ponto central no processo cognitivo. Não se trata simplesmente de uma faculdade humana. A razão remete à existência de uma ordem e de uma estrutura fundamentais inerentes à realidade. O programa moderno alicerça-se na premissa de que há uma correspondência entre “a tessitura da realidade e a estrutura da mente”, o que permite à mente perceber claramente a ordem imanente do mundo exterior (SOARES, 2019, p. 62).

Na modernidade, acredita-se que se tem acesso ao ente simplesmente pelo fato de o “eu” (penso, logo existo) poder representar o objeto (LIMA, 2016, p. 198). À luz do pensamento de René Descartes, o conceito de “sujeito” está ligado ao homem e os demais entes transformam-se em objetos desse homem/sujeito. Aqui o conhecer adquire também uma nova concepção, sendo possível afirmar que conhecer é aquilo que, de forma indubitável, é representado pelo sujeito. Para isso, é importante a existência do método – “nome para o procedimento assegurador e conquistador que se abate sobre o ente, a fim de assegurá-lo como objeto para o sujeito” (HEIDEGGER, 2007, p. 127).

Sendo o homem considerado o “sujeito”, capaz de representar os entes como objeto, e sendo a “verdade” compreendida como uma certeza derivada da ação calculadora, o “homem passa a ter uma relação de conquista e de assenhoração com o mundo circundante” (LIMA, 2016, p. 200). É ele quem determina o que pode ser considerado acerca do mundo enquanto objeto. Para Descartes, a verdade (científica) significa “a certeza da representação que se representa e assegura” (LIMA, 2016, p. 201).

Assim, colocando a ciência e a razão como ponto fulcral do projeto, a modernidade privilegia a posição do homem como sujeito que pode conhecer do mundo (objeto). Trata-se de uma certeza a respeito da representação do objeto, partindo-se de determinado método científico. O método científico, apesar do avanço de suas técnicas, não representa a realidade.

Todavia, tal paradigma foi alvo de críticas, de modo que, em grande parte, seus principais fundamentos foram superados e deram lugar a outros. Na próxima subseção, são apresentadas algumas críticas e posições que colaboraram para a superação do paradigma moderno e de seu modelo de verdade. Em um primeiro momento, o Projeto Moderno parece ser compatível com uma ideia de realismo ingênuo, por conceber as verdades da ciência como absolutas⁷.

2.1.2 A derrocada do Projeto Moderno e o surgimento do Projeto Pós-Moderno

Boaventura de Sousa Santos afirma que o programa da modernidade estava fundado na estabilidade dos pilares regulatório e emancipatório e no equilíbrio entre eles. Entretanto, trata-se de um programa extremamente complexo, por isso, sujeito a contradições.

Assim, a vocação maximalista dos pilares regulatório e emancipatório, bem como dos princípios e lógicas internas, inviabilizou o cumprimento das promessas modernas. A demasiada expansão do espaço social ocupado pelo mercado, a maximização da racionalidade científica e, de um modo geral, o desenvolvimento exacerbado do paradigma regulatório em detrimento do emancipatório contribuíram para o que se denominou colapso da modernidade (SOARES, 2019, p. 66-67).

A razão de matriz iluminista foi banalizada, de modo que seu horizonte e seu campo de indagação foram restringidos aos interesses do poder. A racionalidade moderna não atendeu às exigências originárias do homem (liberdade, justiça, felicidade e, especificamente, verdade), tendo sucumbido às exigências do mercado (SOARES, 2019, p. 67).

A partir de tal colapso, deixou de ser verdadeira a suposição de que o conhecimento era objetivo, bom e exato. Daí um ceticismo em relação à verdade e ao conhecimento. O mundo deixa de ser pensado como um objeto a ser descoberto pelo homem, pura e simplesmente. O trabalho do cientista passa a ser condicionado pela história e pela cultura. A verdade, que era concebida pelo homem, passa a ser a verdade de determinado grupo social ou cultura – esse relativismo vai para além das concepções sobre verdade (SOARES, 2019, p. 68).

O reposicionar do preconceito na estrutura de compreensão demonstra uma clara desvalorização da razão. O Iluminismo, tentando livrar o pensamento de todo preconceito e de

⁷ O mundo gira em torno do homem, que busca o conhecimento a partir do objeto. O método científico é tido como meio absoluto para que a verdade seja descoberta. A crítica à razão absoluta era considerada uma heresia no auge do período moderno. Havia uma ingenuidade da comunidade em relação ao saber científico, o que gerou críticas aos teóricos do período.

toda obscuridade que existe, acaba retornando para onde começou. “A premissa da misteriosa obscuridade, onde se encontra uma consciência coletiva mítica anterior a todo pensar” (GADAMER, 2012, p. 412), é tão dogmática quanto um estado perfeito de esclarecimento total e de saber absoluto. A sabedoria originária é a outra face da ignorância originária. A fé é transferida para a ciência (GADAMER, 2012, p. 412-413).

A ciência não é um sistema de enunciados bem estabelecidos e certos ou mesmo um sistema que avança em direção a um estado final – o ideal científico da *episteme* passa a ser considerado como um mito. Todo enunciado científico é provisório e, portanto, relativo (CHAUÍ, 1984, p. 215). Assim, faz-se necessário analisar de forma não exaustiva algumas das premissas pós-modernas.

O termo “pós-modernidade” é utilizado para nominar o período de transição decorrente da crise do paradigma cultural da modernidade, o qual não cumpriu parte das suas promessas ou as cumpriu em excesso, provocando, assim, vários problemas sociais que conformam o referido momento de crise (SANTOS, 2002, p. 70).

O marco principal de todo pensamento pós-moderno é a falta de confiança no discurso unificante. A realidade social pós-moderna funciona como um fenômeno fragmentado, multifacetado, fluido e plural, e não como uma totalidade unificada (SOARES, 2019, p. 72). Em relação ao direito, os tempos pós-modernos suscitam diversos desafios. São tempos em que há um ceticismo em relação à capacidade de a ciência do direito resolver adequadamente os problemas que perturbam a sociedade em geral, considerando a velocidade da mudança social (MARQUES, 1995, p. 155). Trata-se de uma verdadeira crise de desconstrução, fragmentação, desregularização e desracionalização das instituições jurídicas, que, obviamente, afetou a função da verdade dentro do direito.

O direito assume um caráter reflexivo e tenta adequar-se à coexistência societária. Em outras palavras, o direito passa a sedimentar-se na consciência do indivíduo que busca a existência harmônica em sociedade. Está sempre aberto e inconcluso, porque pode haver mudança fática e axiológica dentro de determinada sociedade (SOARES, 2019, p. 73).

Considerando-se que o direito é uma das modalidades da experiência histórico-cultural, o processo normativo dá-se de forma integrante, porque as normas estão inseridas em um conjunto normativo, são aplicadas a determinadas circunstâncias e a contextos históricos, nos quais incidem valores que formarão modelos jurídicos (REALE, 1994, p. 74). O fenômeno jurídico deixa de ser hermético e passa a ser permeável a valores e a fatos da realidade, tornando-se dinâmico, tal qual a historicidade, que é característica da vida humana.

Diz-se que o fenômeno jurídico é prospectivo pelo fato de que as normas possuem uma textura mais aberta, em decorrência da própria dinamicidade do direito. As fórmulas genéricas e com textura aberta permitem a flexibilização na aplicação do direito, considerando os fatos e valores de determinada sociedade (SOARES, 2019, p. 73).

No período pós-moderno, o fenômeno jurídico também passa a valorizar a dimensão discursivo-comunicativa, pois o direito é uma manifestação da linguagem humana. Nesse sentido, o direito deve buscar sua significação em interações comunicativas, precisando recorrer a instrumentos linguísticos da semiologia e da semiótica (SOARES, 2019, p. 74).

Tratar como complexo o fenômeno da interpretação jurídica significa dizer que esse fenômeno mobiliza diversas facetas psíquicas, com o acoplamento de estados interiores ao mundo externo por meio da linguagem. É a linguagem, portanto, que constitui o mundo exterior, pois é por meio dela que significamos tudo. A significação, por meio da mediação linguística e da compreensão, é o que compõe o mundo. Obviamente que nem todas as concepções e significações são idênticas, mas é isso que torna o fenômeno jurídico plural e relativo no pós-modernismo (ARRUDA JR.; GONÇALVES, 2002, p. 327).

A teoria e a prática do direito passam a enfatizar o estabelecimento das condições para que sejam decididos os conflitos por meio de técnicas persuasivas. O raciocínio jurídico busca concatenar fórmulas axiológicas de consenso, tais quais os princípios. O sistema de operação lógico-formal, baseado em evidências, dá lugar aos juízos de valor (SOARES, 2019, p. 75).

Além disso, o direito pós-moderno é relativo no sentido de que não concebe verdades jurídicas absolutas, mas tão somente dados provisórios e relativos. Qualquer assertiva pode ser tida como possivelmente verdadeira na interpretação do direito, por isso se fala em “direito relativo” (SOARES, 2019, p. 75).

É na transição pós-moderna que o fenômeno jurídico plural, prospectivo, discursivo e relativo decreta a quebra do mito da certeza do conhecimento jurídico. O ceticismo marcante do pós-modernismo leva a filosofia, a ciência, a hermenêutica e o direito a duvidarem e a abandonarem algumas premissas em que sempre se fundaram.

2.1.3 O paradoxo pós-moderno e a ressignificação do conceito de verdade

A ideia de que a verdade deveria ser banida da filosofia foi sustentada por Richard Rorty, para quem a verdade era um *nonsense*. A verdade seria um acordo alcançado por um grupo de amigos ao dialogarem racionalmente. No período pós-moderno, a ideia de verdade foi

desconstruída – passou-se a abordar de forma cínica a verdade, a objetividade e o conhecimento (TARUFFO, 2016, p. 95).

Denominou-se *New Cynics* o grupo dos teóricos que previram a crise dos conceitos tradicionais e, cabe mencionar, negaram qualquer preocupação com a verdade (HAACK, 2007, p. 20 apud TARUFFO, 2016, p. 95-96).

Já se afirmou que existem verdades múltiplas, dependendo do ponto de vista de determinados grupos sociais, e que o aceite de uma narrativa por um número suficiente de pessoas gerava a verdade (FELDMAN, 2000, p. 159). Também já se afirmou que o conhecimento científico deveria dar lugar a uma sociologia da ciência, como se as orientações sociais dos cientistas fossem o único critério para atestar a validade de suas descobertas (WILLIAMS, 2002, p. 10).

O paradoxo nessas abordagens é evidente, visto que cada um tem sua verdade pessoal e ninguém comete erros – sendo verdadeira qualquer construção do mundo para aqueles que nela creem. Poder-se-ia então afirmar que houve um período em que os negros realmente foram inferiores aos brancos (*apartheid*)? ou ainda que a Terra é plana e que o Sol gira em torno dela? (TARUFFO, 2016, p. 96).

Um paradoxo interessante diz respeito ao sucesso do pensamento de Martin Heidegger na cultura filosófica italiana. Foi a cultura progressista que impôs Heidegger como modelo, não somente esquecendo a explícita adesão dele ao regime nazista, mas, sobretudo, desconsiderando as implicações substancialmente nazistas da sua filosofia. Surge assim uma definitiva separação entre o conhecimento e o mundo. A verdade de um enunciado podia ser aferida a partir da coerência dele com outros enunciados que constituiriam o contexto em que o primeiro está inserido (TARUFFO, 2016, p. 97).

Era assim negada qualquer possibilidade de existir um conhecimento, que fosse de algum modo verdadeiro, sobre qualquer acontecimento externo ao sujeito. O movimento do “giro linguístico” foi responsável por extinguir as conexões entre a linguagem e o mundo externo – movendo a questão da verdade exclusivamente para a dimensão linguística. A verdade como produto exclusivo da linguagem negou qualquer realidade independente do fenômeno linguístico. A verdade é redirecionada, saindo da realidade do mundo para a coerência do discurso ou consenso (TARUFFO, 2016, p. 97-98).

Assim, a verdade e o conhecimento científico direcionam-se para um modelo em que o método científico não é o único caminho para determinar o conhecimento. O mesmo ocorre na ciência jurídica: há uma transição das teorias pós-modernas e ingênuas para teorias críticas que buscam definir como parâmetro um conceito de verdade gradual, que não esteja totalmente

aquém da realidade dos fatos, mas também não se determine pela possibilidade de descoberta absoluta da realidade.

Os efeitos da embriaguez pós-moderna foram sendo atenuados com o tempo, o que gerou a crise irreversível de determinadas concepções ingênuas (românticas) sobre a verdade. É verdadeiro que a problematização da linguagem e de sua relação com a realidade e a racional relativização dos conceitos foram aquisições significativas do período. Formou-se assim um período marcado por significativas mudanças de perspectiva no que concerne ao problema da verdade (TARUFFO, 2016, p. 98-99).

Naturalmente não é possível falar em verdades absolutas, que são dogmas somente de algumas religiões integralistas e instituições metafísicas. Também não é possível pensar em correspondências automáticas entre pensamento e mundo, ou entre linguagem e mundo (TARUFFO, 2016, p. 99-100).

Delimita-se, a partir disso, formas de realismo crítico que convergem em pontos de significativo relevo. O primeiro ponto de convergência é que faz sentido julgar que o mundo existe: trata-se de um pressuposto necessário para que haja a possibilidade de existirem opiniões e teorias sobre a verdade (TARUFFO, 2016, p. 100). O segundo ponto diz respeito a uma ideia alética da verdade: os enunciados sobre os eventos do mundo real são verdadeiros ou falsos a partir da existência ou não desses eventos no mundo real. É a realidade do mundo que determina a veracidade dos enunciados sobre os eventos. Um ponto posterior diz respeito à possibilidade de um conhecimento confiável sobre tal verdade (TARUFFO, 2016, p. 100-101).

É possível afirmar que existe uma verdade possível e cognoscível mesmo sem adotar os termos realistas acima mencionados. Trata-se da concepção epistêmica de verdade, segundo a qual a verdade de um enunciado diz respeito à existência de justificativas válidas para se julgar verdadeiro um enunciado. Essa concepção também coloca a verdade no centro das atenções, posto que, em pelo menos um dos seus significados, o conceito de justificativa pressupõe a verdade do que se pretende justificar (TARUFFO, 2016, p. 101-102).

Quanto aos teóricos que defendem o realismo crítico, quando estendemos suas premissas teóricas ao direito e, especificamente, à posição da verdade no processo, constata-se facilmente que são inteiramente compatíveis com um processo justo. Trata-se na verdade de um marco teórico que fundamenta e autoriza a afirmação de que a verdade existe, não de modo absoluto como já foi proposto, mas existe uma verdade possível, que assume limitações e norteia a busca da decisão justa.

2.1.4 Distinções necessárias

2.1.4.1 Verdade absoluta e verdade relativa

A distinção entre verdade absoluta e verdade relativa demonstra-se inútil, pois não mais é possível falar em verdades absolutas. Isso não significa que a verdade, por ser relativa (gradual), sempre será subjetiva e por isso não merece atenção.

A verdade é um fenômeno complexo, poder-se-ia dizer que é objetiva e relativa. Considerando que a verdade de um enunciado depende unicamente da verdade do evento por ele representado, não seria equivocado afirmar que é objetiva nestes termos: o enunciado somente pode ser verdadeiro ou não verdadeiro. Entretanto, pode ser que o grau de confirmação do enunciado seja relativo, porque os meios para que se conheça o evento são limitados – há nesse caso uma maior ou menor aproximação da verdade do enunciado (dependendo dos conhecimentos e meios disponíveis). Poder-se-ia então afirmar que a verdade é relativa no sentido de que o seu conhecimento está relacionado ao contexto em que surge, ao método empregado para buscá-la e à qualidade das informações obtidas. Sintetizando tudo o que foi dito: o conhecimento sobre a verdade é relativo, a verdade não o é (TARUFFO, 2016, p. 104-105).

Em resumo, a verdade é objetiva, de modo que não pode ser compreendida como relativa. A relatividade é atributo não da verdade dos fatos, mas da possibilidade de conhecimento da verdade dos fatos. Não possuímos as ferramentas necessárias para chegar à verdade, mas isso não quer dizer que ela não seja objetiva, segundo o evento ocorrido. Por isso, não podemos afirmar que “a verdade é relativa e por isso não podemos buscá-la”, visto que a relatividade está relacionada com os meios e as ferramentas usados para descobrir a verdade.

2.1.4.2 Verdade e certeza

Enquanto a verdade é objetiva e determinada pela realidade do evento de que se fala, a certeza é um *status* subjetivo que diz respeito à psicologia daquele que fala, correspondendo a um grau elevado de intensidade de convencimento do sujeito. A certeza de um sujeito sobre a verdade de determinada situação não torna a situação verdadeira – o que ocorre somente pela correspondência da realidade com a situação mencionada (TARUFFO, 2016, p. 108-109). O problema é afirmar que o magistrado deve embasar seu juízo sobre os fatos em uma noção de certeza, que é eminentemente subjetiva. A intensidade de uma convicção errada não muda o erro (TARUFFO, 2016, p. 109-110).

Por isso, é fundamental um sistema probatório que contemple o máximo de ferramentas para a persecução da verdade para o juiz. Explica-se: a decisão é proferida por um juiz, com meios limitados de conhecimento da verdade, tomando por base a convicção ou certeza sobre os fatos e fundamentos jurídicos. Apesar da diferença entre certeza e verdade, não há como negar que, quanto maior o conhecimento dos fatos por parte do juiz, mais próxima da verdade a certeza está. Em outras palavras: a certeza é baseada em elementos de convicção (as provas), por isso, quanto maior e mais ampla a persecução da verdade, maiores as chances de vínculo entre certeza e verdade.

2.2 Teorias da verdade no processo

Inicialmente, importa conhecer os três principais grupos de teorias sobre a posição da verdade no processo. As teorias da verdade no processo são, resumidamente, classificadas por Michele Taruffo (2005) da seguinte maneira: 1) as que não admitem a verdade no processo; 2) as que acreditam ser irrelevante a busca da verdade no processo; 3) as que acreditam fundamental a verdade no processo. Todas serão analisadas sob três prismas: teórico; ideológico e prático.

2.2.1 Teorias que não admitem a verdade no processo

A primeira linha de pensamento, bem difundida e norteadora de quase a totalidade da atividade processual probatória na jurisdição brasileira, defende a impossibilidade de se alcançar a verdade dos fatos no processo civil (SILVA; OLIVEIRA; SIQUEIRA, 2021, p. 71).

Existem três principais impossibilidades nessa linha. A primeira impossibilidade é a teórica, ligada à teoria da verdade, em que não se pensa na prática ou na finalidade do processo. Entre os defensores dessa impossibilidade, estão os idealistas, que entendem que o conhecimento está no plano da mente, ou seja, tudo o que a mente capta é mera percepção derivada dos sentidos, uma vez que o plano mental não tem ligação com o mundo tangível. As referidas teses visam dissolver a possibilidade da verdade no plano teórico da filosofia, mas, quando confrontadas com a realidade da teoria da prova, tornam-se dificilmente aplicáveis (TARUFFO, 2005, p. 30-36). Parece-nos que tais teorias retiram a própria funcionalidade da teoria da prova, prejudicando o processo civil como um todo.

Nas palavras de Taruffo “uma maneira de negar que no processo pode ocorrer uma verdadeira determinação dos fatos consiste em negar que, em princípio, seja possível

estabelecer a verdade de qualquer coisa. Em outras palavras, a impossibilidade da verdade no processo se configura como um caso específico de uma posição teórica mais geral baseada em um ceticismo filosófico radical que exclui a cognoscibilidade da realidade” (2005, p. 28).

Há também quem defenda a impossibilidade ideológica. Nesse segundo caso, afirma-se que a verdade do processo não deve ser perseguida, uma vez que não é o objetivo principal do processo e ainda atrapalha o seu objetivo principal (TARUFFO, 2005, p. 37).

Existem então basicamente duas oposições à verdade no processo com base em sua finalidade e em sua ideologia. De acordo com a primeira, a finalidade do processo é resolver conflitos, logo, a persecução da verdade poderá ser preterida pela solução de conflitos, ou seja, a decisão deve apenas satisfazer as partes, dando-lhes uma resposta sem levar em conta a verdade, visando unicamente solucionar o conflito. Apesar disso, há uma nítida contradição nessa afirmação, visto que um bom critério para resolver os conflitos de forma definitiva seria pautar a decisão pela verdade dos fatos (TARUFFO, 2005, p. 39).

Outra oposição entre a finalidade do processo e a verdade resultaria do fato de que o processo é um espaço para o exercício da liberdade e da autonomia das partes (ou melhor, dos sujeitos envolvidos no conflito), configurando-se – de certo modo – um modelo inquisitivo a ação ou atividade do juiz no sentido de perseguir a verdade, que supostamente violaria as garantias das partes e teria caráter autoritário (TARUFFO, 2005, p. 40-44).

Não há vínculo entre persecução da verdade e modelo inquisitivo, tampouco entre não persecução e modelo dispositivo. No entanto, o que ocorre no modelo inquisitivo é uma deturpação da persecução da verdade para satisfazer a interesses particulares, o que é totalmente não racional e diferente dos modelos tangíveis de alcance da verdade (TARUFFO, 2005, p. 40-44).

Não devemos confundir a persecução de uma verdade real, absoluta, de modo completamente arbitrário, com a persecução da verdade de forma racional e passível de controle. Qualquer instituto pode ser interpretado e deturpado de forma a prejudicar o devido processo legal, cabendo a devida utilização nas conformidades éticas, teóricas, ideológicas, práticas e constitucionais.

Quanto aos que negam a verdade pela impossibilidade prática de alcançá-la, afirmam que o processo não tem meios para alcançá-la. O juiz não dispõe de alternativas legais suficientes para tentar chegar a tal verdade. Haveria ainda a limitação pelo tempo e a liberdade para tanto. Ora, isso nitidamente poderá ser superado, inclusive por meios jurídicos, de forma a dar a liberdade ao juiz para perseguir tal verdade (TARUFFO, 2005, p. 45).

O conceito que se nega na prática é nitidamente o da verdade absoluta, que obviamente não é o ideal para o caso. Deve ser tomada como parâmetro uma verdade tangível e relativa que

possa, dentro das limitações concretas, ser alcançada e não ser totalmente diferente da verdade dos fatos (ou não se importar com a compatibilidade entre a versão contada e o que efetivamente ocorreu) (TARUFFO, 2005, p. 46-47).

Obviamente haverá modelos processuais que não possuem instrumentos jurídicos que colaborem para que a verdade possível seja alcançada, mas isso não quer dizer que não poderá haver processos que possuam regras suficientes para esse fim (TARUFFO, 2005, p. 46-47). Quanto mais instrumentos existirem em determinado ordenamento jurídico para que a persecução da verdade seja efetivada, mais justas serão as decisões nele proferidas.

2.2.2 Teorias que defendem a irrelevância da persecução da verdade no processo

Há também aqueles que acreditam ser irrelevante a persecução da verdade no processo. Para os defensores dessa visão, a interpretação e as atividades são apenas retóricas, sendo a finalidade final do advogado narrar um fato para convencer o juiz, e não para alcançar a verdade dos fatos, pouco importando que ela seja alcançada ou não (TARUFFO, 2005, p. 48-51).

Uma variante dessa linha entende que existem métodos semióticos que são aplicados a problemas linguísticos, ou seja, o processo é um espaço em que são criadas narrativas pelas partes (pelos sujeitos envolvidos); por isso, o processo deve ser estudado do ponto de vista linguístico, não havendo uma efetiva ligação com o mundo empírico. Uma expressão linguística poderá somente remeter a outras, e assim por diante, em um ciclo que não tem fim e dissocia a realidade da linguagem do processo. Tudo é uma narração e assim deve ser considerado, sendo irrelevante a verdade dos fatos para o processo (TARUFFO, 2005, p. 52).

Nesse caso, a finalidade da teoria da prova não é o fato em si; é, antes, a afirmação que se faz dele. Um fato em si não pode ser verdadeiro ou falso no processo, mas a assertiva que os sujeitos envolvidos fazem dele, na petição inicial ou na contestação, é o que será alvo de comprovação da prova.

2.2.3 Teorias que defendem a relevância da persecução da verdade no processo e a verdade “possível”

Há finalmente aqueles que acreditam que a verdade é relevante para o processo, o qual poderia de algum modo alcançá-la, por ser direcionado para uma verdade minimamente provável (TARUFFO, 2005, p. 53).

Primeiramente, há os que acreditam na possibilidade teórica de se encontrar a verdade ainda que no campo do possível. Menciona-se, oportunamente, o realismo ingênuo, segundo o qual, basicamente, o conhecimento é igual à realidade em sua integralidade, sendo possível ao intelecto humano conhecer a realidade (TARUFFO, 2005, p. 57).

O realismo ingênuo parece não ser compatível com o processo, visto que o processo dificilmente terá contato direto e integral com os fatos para afirmar que determinada percepção ou prova é a realidade dos fatos.

Há também os realistas críticos, que aperfeiçoam o realismo ingênuo no sentido de que conseguem estabelecer uma correlação de correspondência, em certa medida, entre a linguagem e o mundo empírico. Para essa linha de pensamento, há uma linguagem por correspondência (gradual), sendo possível, com base nas afirmações e na dialética, alcançar a verdade possível sobre a assertiva linguística (TARUFFO, 2005, p. 59).

Dependendo do marco referencial adotado por determinado sujeito, poderia haver uma versão do mundo que seria igualmente aceita como outra versão, advinda de outro marco referencial. Assim, há diversas versões que são possíveis, e igualmente aceitáveis, sendo necessário que a verdade no processo coincida com alguma dessas versões (TARUFFO, 2005, p. 60-62).

Não existe uma verdade percebida pelos sentidos de forma absoluta, existe tão somente uma versão de mundo tão plausível quanto outras. A verdade nesse sentido é um atributo de determinadas versões de mundo, sendo inaceitável que duas versões de mundo totalmente opostas possuam o atributo de serem verdadeiras (TARUFFO, 2005, p. 60-62).

Obviamente que o debate processual deverá preencher alguns requisitos para que não haja a imposição de uma versão de mundo em detrimento de outra: isonomia entre os debatedores (concretizado pela paridade de armas no processo civil brasileiro); proibição da controvérsia erística (disputa argumentativa no debate filosófico, especialmente pelos sofistas) para alcançar a verdade dos fatos; desconsideração da matemática pitagórica na avaliação da verdade (como capaz de por si só definir o que é ou não verdadeiro) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 53).

Importa analisar as teorias para sustentar de forma finalística a verdade no processo, ou seja, para sustentar que a verdade pode (e deve) ser compatibilizada com os objetivos do processo e da jurisdição, sendo fundamental para uma decisão justa com base na verdade possível. A decisão justa não é incompatível com os escopos processuais (jurídico, político e social), conforme será demonstrado (TARUFFO, 2005, p. 63-65).

A justiça sem dúvida é um fundamento do direito, e não apenas do processo; como tal, deverá ser objetivo do Estado ao se substituir aos sujeitos e exercer a jurisdição.

Não se diz que é possível encontrar uma verdade absoluta dos fatos, mas a decisão será injusta e incorreta caso não resida em um substrato fático, concreto e real. Na teoria da decisão, por exemplo, é necessário que se identifique o fato para que o juiz possa aplicar a norma ao conjunto fático apresentado, consubstanciando uma decisão verdadeira (TARUFFO, 2005, p. 66-67).

Ainda há quem aceite o afastamento da verdade do caso concreto, mas, nesse caso, é impossível esperar que possa ser construída uma decisão justa e democrática, visto que faltará a essência dessa decisão justa, que reside na correspondência possível entre o evento fenomênico e as versões apresentadas, pois o fato é tão importante na incidência da norma ou na ponderação e na subsunção da norma ao fenômeno ocorrido quanto a hipótese normativa (TARUFFO, 2005, p. 69-70).

Cabe ainda dizer que o processo será autoritário se não perseguir a verdade, porque, sem fundamento fático, a decisão será arbitrária e violadora de garantias fundamentais, por não se preocupar com um dos principais efeitos da aplicação do direito – a persecução da verdade para que a norma garanta a existência, a validade, a eficácia e os efeitos dos atos e fatos jurídicos (TARUFFO, 2005, p. 69-70).

Os teóricos que defendem que a verdade deve nortear o processo creem que é plausível um ordenamento jurídico que seja capaz de permitir ao magistrado e às partes perseguirem a verdade dos fatos. Ainda assim, existem críticas às normas que limitam e regulam a busca da verdade (TARUFFO, 2005, p. 72).

Em relação às críticas, primeiramente, deve-se observar que tais normas são residuais, não diferenciando a verdade do processo daquela que há fora dele, sendo necessárias, em algum grau, para a concretização de determinados valores jurídicos. Além disso, é importante mencionar que há muitas regras que, em sentido oposto, dão liberdade ao juiz e aos envolvidos no conflito para atuarem perseguindo a verdade e para assumirem o dever de manifestar-se de acordo com ela (TARUFFO, 2005, p. 72).

Segundo a premissa que consagra o modelo da verdade possível, as regras que limitam as provas que o magistrado pode utilizar para descobrir a verdade existem para consagrar valores jurídicos. Na realidade, “o direito não tem um compromisso inflexível de alcançar a verdade” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 40). O que há é o dever de persegui-la sob pena de proferir decisões injustas.

No processo, há regras que limitam a produção de provas e o dever fundamental da persecução da verdade pelo magistrado, mas não se pode ignorar que o campo extraprocessual também é extremamente limitado em relação ao alcance da verdade. Sendo assim, é possível aferir que ambas as verdades são possíveis, e não absolutas, e não podem ser totalmente divergentes (TARUFFO, 2005, p. 74-75).

Daí a necessidade de que os aspectos de fora do processo sejam analisados também na teoria da prova, uma vez que, quanto mais forem convergentes as circunstâncias (contexto⁸), mais parecidas serão as verdades possíveis⁹ (versões de mundo com características de verdade) (TARUFFO, 2005, p. 74-75).

Desse modo, é fundamental que sejam concebidos, de forma geral, os meios de prova, tal como ocorre na teoria do livre convencimento motivado, utilizada no ordenamento jurídico pátrio. Apenas assim, os aspectos internos e externos do processo poderão assemelhar-se.

Seguindo essa razão, fica evidente que podem ser criadas infinitas versões da realidade, seja pelo contexto, seja pelo subjetivismo do analisador. Independentemente disso, tudo caminha para uma verdade possível, ou seja, um norte, para que se adote a correta versão de mundo, havendo uma diferença puramente quantitativa entre as versões de mundo, e não qualitativa, inclusive entre a versão processual e a versão material (TARUFFO, 2005, p. 76).

Há uma conexão entre a verdade processual e a não processual, pois ambas fazem parte de determinada verdade possível, que abarca diversas versões de mundo, as quais se diferenciam pelo contexto ou pela análise do objeto em questão. Desse modo, não pode haver total divergência entre a verdade processual e a não processual (TARUFFO, 2005, p. 79).

Parece-nos claro que o Norte, a verdade possível, o conceito proposto, assemelha-se na realidade à pretensão de verdade, ou seja, ao interesse de que a investigação probatória seja direcionada a uma verdade – ainda que a verdade não possa ser alcançada pelas limitações impostas pelo contexto.

⁸ Contexto, para a presente pesquisa, é o conjunto dos marcos referenciais que fundamentam uma determinada versão de mundo, dizendo respeito especialmente à cultura, à língua, às regras, aos conceitos, às noções e aos meios de conhecimento. É o contexto que faz com que as verdades sejam possíveis, uma vez que se altera o marco referencial da visão de mundo conforme se alteram suas circunstâncias (TARUFFO, 2005, p. 75).

⁹ “Calamandrei, notando que é difícil estabelecer uma precisa diferença entre as noções de possibilidade, verossimilhança e probabilidade, esclarece que possível é o que pode ser verdadeiro, verossímil é o que tem aparência de ser verdadeiro e provável é o que se pode provar como verdadeiro. Pondera mais que, se se toma como termo de referência a comprovação da verdade, pode-se dizer que as três qualificações (possível, verossímil e provável) constituem, nessa ordem, uma gradual aproximação ao reconhecimento do que é verdadeiro. E, conclui: ‘quem diz que um fato é verossímil, está mais próximo a reconhecê-lo verdadeiro do que quem se limita a dizer é possível; e quem diz que é provável, está mais avançado do que quem diz que é verossímil, já que vai mais além da aparência e começa a admitir que há argumento para fazer crer que a aparência corresponde à realidade” (WATANABE, 1999, p. 127 apud SOUZA, 2000, p. 83).

Conclui-se, então, que as regras que limitam a busca da verdade no processo nada mais são que uma diferença de contexto, que não desqualifica a versão de mundo em que se encontram, devendo ser considerada como uma verdade possível (TARUFFO, 2005, p. 79).

Partindo dessas premissas e desse modelo de verdade, examinar-se-á como isso pode ser alcançado na prática e na teoria da ciência do direito, bem como no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na CRFB/1988 e no CPC/2015.

2.3 Redução das exigências de prova e a persecução da verdade

Afirma-se que a essência da verdade é inatingível. Em outros termos, a verdade não pode ser descoberta ou achada. No entanto, isso não exime o julgador de julgar o mérito da demanda com convicção de verdade. Assim, a impossibilidade de atingir a essência da verdade não impede que o magistrado desenvolva, dentro das suas limitações, uma convicção para pôr fim ao conflito (de forma efetiva e justa) (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 460).

Em determinadas situações, o legislador impõe que a decisão seja tomada com base em probabilidade ou verossimilhança. São situações que exigem uma cognição sumária para decidir. É o que ocorre na tutela antecipatória e na tutela cautelar (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 461).

Essas técnicas naturalmente limitam a produção de provas, porque o legislador determina que o magistrado se contente com a probabilidade do direito. Trata-se de expressa autorização para que o magistrado decida com base em convicção de probabilidade ou verossimilhança (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 461-462).

De fato, o magistrado pode excepcionalmente decidir ao final do processo com base em convicção de verossimilhança. No entanto, é necessário ter em mente a distinção entre a decisão do magistrado no curso do processo – nesse caso, a lei exige que a decisão seja tomada com base em convicção de probabilidade (tutela antecipatória e cautelar) – e a decisão do magistrado ao fim do processo, também fundada em convicção de verossimilhança – a lei processual nada dispõe a respeito, embora se entenda que o juiz pode reduzir a prova a módulo (e de forma excepcional), assim como em outros momentos processuais (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 462).

Por isso, é necessário analisar determinadas situações em que a busca da verdade se mostra impossível, cabendo redimensionar as exigências de prova e avaliar em quais situações isso será possível, de modo que sejam estabelecidas formas de tomar a decisão correta diante de tal dilema.

Pode-se sistematizar a posição adotada definindo uma ordem cronológica para a adoção de técnicas que visam a persecução da verdade. De modo sucessivo e complementar, utilizam-se técnicas cognoscitivas (teoria da demonstração dos fatos) e técnicas persuasivas (teoria da argumentação) (SILVA, 2017, p.315-317) – as primeiras devem ser esgotadas, sendo demonstrado tudo aquilo que for possível por meio da prova, enquanto as segundas são empregadas quando a teoria da demonstração dos fatos não puder ser suficientemente efetiva.

O pressuposto lógico dialético e argumentativo consiste em conceber e considerar 1) aquilo que for verdadeiramente demonstrado ou comprovado pela prova e 2) o que for certamente falso por processo de demonstração lógica, partindo-se das provas que já foram produzidas; caso os fatos não tenham sido suficientemente esclarecidos, importa avaliar 3) aquilo que for provavelmente verdadeiro (quando é necessário reduzir as exigências probatórias) (SILVA, 2017, p. 315).

Desse modo, embora o juiz deva buscar a verdade, o alcance desse dever pode ser dispensado em casos excepcionais, considerando a dificuldade em estabelecer com precisão os fatos do caso. É possível recorrer à inversão do ônus probatório ou mesmo à redução das exigências de prova para a formação do convencimento judicial adequado ao caso concreto (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Limitada a persecução da verdade e não alcançado um grau satisfatório de convicção, são tomadas as seguintes medidas, sucessivamente e respectivamente: 1) redistribuição do ônus da prova como dever de produzir prova; 2) utilização dos mecanismos de redução das exigências de prova, aceitando-se um *standard* probatório reduzido para que seja decidida a causa; 3) em último caso, como *ultima ratio*, utilização das presunções, incluídas as legais absolutas e relativas e judiciais. Nesse ponto, não cabe examinar o disposto no ordenamento jurídico brasileiro (o que será feito em outro momento), mas tão somente reafirmar que a persecução da verdade é subsidiada por outros mecanismos que impedem a “não decisão”.

A noção de presunção, por exemplo, parte da ideia de que o conhecimento de certo fato pode ser induzido pela verificação de outro, ao qual, normalmente, o primeiro está associado. É importante notar que as presunções assumem papel relevante, prestando-se, por vezes, como uma espécie de “redução do módulo de prova”¹⁰. Aplica-se nesse caso a técnica de diminuição

¹⁰ Apesar de compreendermos que a presunção é uma redução do módulo de provas em certo sentido, adotamos o termo “presunção” para designar o mecanismo de decisão do magistrado com base em nenhuma, ou quase nenhuma, prova. Por óbvio que existem presunções que decorrem de especulações baseadas em provas, ainda que indiretas, produzidas nos autos. Entendemos que essas presunções devem ser classificadas como redução das exigências de prova.

das exigências legais e judiciais sobre a solidez das provas que seriam necessárias para aceitar um fato como verossímil (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.)

Verificando o legislador ou o juiz que a prova de certo fato é muito difícil ou especialmente sacrificante, poderá servir-se da ideia de presunção para construir o raciocínio capaz de conduzi-lo à conclusão sobre a ocorrência do fato, pela verificação do contexto em que normalmente ele incidiria. Como se vê, esse poderoso instrumento é importante aliado do processo para a prova de fatos de difícil verificação (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.) Convém, porém, ter cuidado para não usar o instrumento de forma abusiva, posto que, conforme explicado, quando se divergir em muito da verdade possível, estar-se-á colaborando para a construção de uma decisão judicial injusta.

2.4 Verdade e justiça da decisão

Dada a relação existente entre modelo democrático e verdade, não parece coerente afastar tal valor do âmbito da administração da justiça. A administração da justiça (justiça estatal) é um setor fundamental da vida social e das atividades do Estado, por isso o valor verdade também deveria ser tido como basilar para a manutenção do modelo democrático. É completamente incoerente imaginar um sistema sociopolítico fundamentado na verdade em que a administração da justiça fosse fundada no erro e na distorção da verdade (TARUFFO, 2016, p. 120-121).

François Rabelais, médico e escritor renascentista francês, conhecido também por seu ceticismo jurídico em relação ao modo de decisão dos juízes, imaginou um tal de juiz Bridoye, detalhando a tomada de decisão do juiz de forma demorada¹¹. Após a análise de todos os supostos documentos, o juiz Bridoye tomaria a decisão com base no lançar de dados e venceria quem obtivesse a pontuação maior (TARUFFO, 2016, p. 122-123).

A crítica contida no conto de Rabelais diz respeito ao fato de que a formalidade dos julgados muitas vezes destrói o conteúdo e a substância da decisão. A formalidade prepondera

¹¹ “Tendo bem visto, revisto, lido, relido, passado e folheado as queixas, adiamentos, comparações, comissões, informações, antecipações, produções, alegações, contestações, réplicas, tréplicas, pareceres, despachos, interlocuções, retificações, certidões, protelações, escrituras, agravos, ressalvas, ratificações, confrontações, acareações, libelos, apostilas, cartas reais, compulsórias, declinatórias, antecipatórias, evocações, remessas, contra-remessas, baixas, confissões, suspensões, prosseguimentos, e outros incidentes, provocados por uma ou outra parte [...], coloco na extremidade do gabinete toda a papelada do réu e tiro-lhe a sorte [...]. Isso feito, coloco a papelada do autor [...] na outra extremidade da mesa [...]. E então uso os meus dadinhos [...]. Tenho outros dados bem bonitos e harmoniosos, os quais uso, [...] quando a matéria é mais clara, quer dizer: quando a papelada é menor” (RABELAIS, 1552, p. 10-30).

sobre a materialidade da decisão – importa mais como se decide do que efetivamente o que é decidido (TARUFFO, 2016, p. 121).

Além disso, o juiz Bridoye fazia de tudo para protelar¹² sua decisão, justificando a sua demora com o argumento de que o condenado aceitaria mais facilmente a decisão. É facilmente verificável que a aceitação da decisão pelo público também era fundamental nesse contexto.

No mesmo sentido, explica como funcionara a tomada de decisão, evidenciando o procedimento, considerado em si mesmo, que atuaria no favorecimento da aceitação social da decisão. A decisão é legitimada não com base em seu conteúdo, mas com base no procedimento adotado para que ela seja alcançada – uma aceitação dos interessados e social do procedimento, sem que necessariamente haja consenso absoluto entre os interessados (LUHMANN, 1995, p. 103-100).

A *procedural justice* foi um movimento que visou verificar empiricamente o procedimento mais aceito e, portanto, mais justo. De acordo com esse movimento, a natureza, o conteúdo e a qualidade das decisões produzidas são substancialmente irrelevantes – mesmo do ponto de vista dos sujeitos envolvidos. O pressuposto implícito é o de que a qualidade das decisões não é necessária para que se tenha uma boa administração da justiça – porque as decisões decorrentes de determinado procedimento seriam justas *a priori*. A compatibilidade da decisão com a realidade dos fatos é completamente irrelevante para o caso (TARUFFO, 2016, p. 124-125).

As teorias afirmadas tratam o processo como um instrumento exclusivo da administração de conflitos, sendo sua finalidade última fazer com que o conflito entre as partes termine. Obviamente que o fim do conflito interessa à sociedade como um todo, que é beneficiada com a pacificação social advinda de tal administração¹³. Entretanto, cabe lembrar que não há relação alguma entre a solução da controvérsia e a justiça da decisão – uma decisão pode pôr fim à controvérsia de forma injusta (TARUFFO, 2016, p. 130).

¹² “Eu detenho, dilato e adio o julgamento, a fim de que o processo, bem ventilado, esmiuçado e debatido, chegue, pela passagem do tempo, à maturidade, e de tal sorte, pelo que após advenha, se torne mais docemente suportado pelas partes condenadas” (RABELAIS, 1552).

¹³ O conflito resulta de uma profunda falta de entendimento entre duas ou mais pessoas, é um choque, um enfrentamento. Para que uma sociedade possa conviver de forma relativamente harmônica, deve buscar formas de gerir, transformar e restaurar os conflitos no seu interior (e quem sabe até estimulá-los), sempre tendo em vista mudar a situação anterior de forma a construir novas conexões com as pessoas e garantir vínculos mais humanizados. O conflito é inevitável em razão da interdependência dos seres humanos, e todos são corresponsáveis pelas suas causas, reais ou percebidas (ARAÚJO, 2019, p. 321). A atividade jurisdicional, exercida por decisões justas, é uma forma de pacificação e restauração dos conflitos – decisões injustas atuam de modo a intensificar o conflito.

Desse modo, faz-se necessário aferir alguns critérios que determinam a justiça da decisão, para compreender, segundo tais critérios, por que a persecução da verdade deve ser condição sem a qual a decisão será tudo – menos justa.

2.4.1 Verdade e juridicidade da decisão

A perspectiva muda completamente quando não se admite qualquer solução da controvérsia, mas se determina que a decisão da controvérsia deva ser realizada em conformidade com o direito (juridicidade). A ação tem o objetivo não de solucionar a controvérsia, mas de apurar a existência de uma situação juridicamente qualificada. Nesse contexto, cabe examinar a conformidade da decisão com o direito como elemento qualificante (TARUFFO, 2016, p. 138-139). Trata-se da apuração da posição jurídica que é o objeto da jurisdição, compreendendo as dimensões fática e jurídica da controvérsia (FERRAJOLI, 2007, p. 203 e p. 212). Apuram-se os fatos e o direito para que se possa aplicar a lei da forma correta.

Nesse contexto, existem decisões boas e decisões ruins. Mais do que colocar um fim na controvérsia, faz-se necessário que a decisão proferida seja boa, incluindo um elemento de justiça substancial (TARUFFO, 2016, p. 139).

É necessário que os fatos sejam apurados de forma satisfatória no processo, pois somente poderá ser aferida a posição jurídica favorável ou desfavorável a partir do estabelecimento mínimo dos fatos. A maioria das normas prevê um fato que, quando ocorrido, gera determinada consequência jurídica – sendo impossível que se aplique a consequência jurídica sem que se saiba da ocorrência ou não do fato (TARUFFO, 2016, p. 139-140).

A incidência da norma em um dado fato para torná-lo jurídico somente pode ser aferida a partir da determinação de um suporte fático concreto. As normas podem ser subdivididas em regras e princípios. As regras, normalmente, são aplicadas a partir da subsunção, com a incidência do suporte fático abstrato (texto normativo) no suporte fático concreto (fatos), estando completamente vinculadas à persecução da verdade dos fatos; caso contrário, não ocorrerá a correta aplicação da norma. Em relação aos princípios, apesar da textura aberta e da necessidade de aplicação do regime de ponderação ou proporcionalidade, não é possível concretizar a norma jurídica sem a análise precisa do caso concreto – sem o caso concreto, o princípio nem sequer pode ser aplicado, em virtude de seu grande grau de abstração. Por isso, a verdade deve ser perseguida com o máximo de ferramentas possíveis, senão a própria aplicação do direito ficará prejudicada.

2.4.2 Verdade e processo justo

Cabe menção a pelo menos duas noções diferentes de justo processo. De acordo com a primeira delas, há justo processo quando todas as garantias processuais são respeitadas, em particular aquelas que dizem respeito às partes. Trata-se de concepção análoga às concepções de *procedural justice*¹⁴, que há muito já foram tratadas pela jurisprudência e pela doutrina constitucionais. O processo seria justo quando o procedimento articulado é o correto (TARUFFO, 2016, p. 140-141).

Na segunda noção de justo processo, não somente há o devido cumprimento das garantias processuais, mas também há a busca de decisões substancialmente justas. Não é suficiente que as garantias processuais sejam respeitadas, rejeitando-se a ideia de que o procedimento correto gera *a priori* decisões justas, pois, mesmo com o devido cumprimento do procedimento correto, podem ser tomadas decisões injustas (TARUFFO, 2016, p. 141).

Nessa concepção, é necessário que sejam respeitadas, conjuntamente, algumas condições para que haja justo processo: 1) as garantias processuais devem ser observadas – ideia análoga à do *procedural justice*; 2) deve ocorrer a correta aplicação do direito, com a escolha certa da norma que será utilizada como critério de decisão, conforme o princípio da legalidade; 3) deve ser feita uma apuração correta dos fatos, de modo que não existe decisão justa quando os fatos em que será aplicada a norma são falsos. Somente quando presentes as três condições simultaneamente é que se poderá falar em justo processo (TARUFFO, 2016, p. 142-143).

Considerando os elementos anteriores, a aplicação do direito e a realidade dos fatos dependem de um esforço de persecução da verdade. Não é possível aplicar o direito, conforme já mencionado, sem conhecer os fatos. Também é certo que a apuração correta dos fatos será mais bem realizada quanto maior for o esforço de persecução da verdade.

2.4.3 Convicção judicial, direito à prova e acesso à justiça

¹⁴ Poder-se-ia mencionar como expoente da corrente Rawls, que propõe apresentar uma concepção puramente procedimental da justiça, livrando o justo da tutela do bem, ou seja, estabelecendo os princípios de justiça sem nenhuma pressuposição pertinente ao bem. Rawls utiliza a técnica construtivista para reformular ideias provenientes da tradição do contrato social a fim de produzir uma concepção razoável da objetividade e da justificação, baseada no acordo público entre juízos bem ponderados. O objetivo é um acordo livre, uma reconciliação graças à razão pública (RAWLS, 2000, p. 212).

Acesso à justiça significa que a tutela de um direito é a possibilidade efetiva de sua apreciação judicial, pois o acesso à jurisdição sempre compreende um aspecto formal – que é representado pela ação e pela defesa – e um aspecto material – que diz respeito à superação dos obstáculos econômicos e sociais para resolver a questão de direito material, o que inclui a produção probatória (direito à prova), inclusive de ofício. Isso porque a violação do direito à prova implica, como consequência, um ataque à utilidade do acesso à justiça – de nada adianta permitir que um indivíduo ingresse com uma ação, se é impossibilitada, ou obstaculizada, a produção de provas em seu favor (GODINHO, 2009, p. 299).

É a prova que promove o accertamento dos fatos e permite o conhecimento da realidade de modo a formar o convencimento do juiz na verdade (CREMASCO, 2019, p. 80-81). A prova permite também a substituição dos demandantes, ou interessados, pelo juiz, por meio do conhecimento das razões, versões ou asserções fáticas que os levaram a ir a juízo (SILVA, 2014, p. 24).

A persecução da prova está intimamente ligada à possibilidade de formação da convicção judicial sobre o mérito. Em outras palavras: sem a produção da prova, não será viável que o magistrado profira decisão condizente com o caso concreto debatido (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.). Em assim sendo, é colocado em xeque o acesso útil à justiça. A demanda objetivamente considerada (causa de pedir e pedido), efetivamente, não será analisada, visto que os fatos não poderão ser elucidados de maneira adequada, e as razões que levaram o sujeito ao juízo não serão efetivamente conhecidas – sendo completamente retirada a utilidade da ação que fora proposta.

Poder-se-ia mencionar que ocorre a negativa de tutela jurisdicional por negativa de acesso à justiça no viés probatório. A prestação jurisdicional é negada em relação à sua utilidade, considerando que, sem o exercício do direito à prova, de nada adianta a provocação do Judiciário e eventual sentença. Daí a afirmação de que o direito à prova, o acesso à justiça, a prestação jurisdicional e a convicção judicial possuem íntima ligação. A correlação entre eles precisa ser efetivada, sob pena de negativa de prestação jurisdicional.

2.4.4 Verdade e imparcialidade

A ideia clássica de imparcialidade advém do brocardo latino *nemo iudex in causa sua* – que significa que ninguém será juiz em causa própria. O sujeito não pode julgar aquilo em que tem interesse ou aquilo em que lhe seria proveitosa a escolha de um dos lados (DANTAS, 2021, p. 31). No mesmo sentido, tal interesse deveria ser direto, de modo que o julgador fosse

transformado em parte no processo, podendo ser incluída a proximidade entre as partes e os advogados como motivo de perda da imparcialidade (MONNERAT, 2017, p. 343).

Ainda conforme a doutrina clássica, é comum associar o conceito de imparcialidade à equidistância e à impessoalidade do juiz em relação às partes, sem se compromissar com a vitória de nenhuma delas. Tal equidistância e impessoalidade, todavia, não significam um total descompromisso do juiz com a decisão correta, ou seja, um descompromisso em dar razão à parte que, segundo o ordenamento jurídico, deve-se sagrar vencedora (CABRAL, 2007, p. 343). Trata-se de uma equidistância mínima entre o julgador, os litigantes e o conflito. Tal equidistância pode ser chamada “imparcialidade” (MARQUES, 2018, p. 110).

Em sentido oposto, Marcelo Barbi Gonçalves define jurisdição como sendo “a tutela de interesses exercida por um terceiro indiferente no processo”. Para o autor, indiferença significa que o juiz é estranho ao caso que lhe é posto, *não significa que o magistrado deve valorar igualmente os interesses contrapostos, mas, sim, que ele deve estar alheio em relação ao interesse que lhe incumbe julgar*. Para ele, a imparcialidade impõe uma igual consideração dos valores colidentes e é interna, enquanto a indiferença seria externa (2020, p. 426-430). Entretanto, tal posição afasta o juiz, de modo que a própria prestação jurisdicional fica prejudicada.

Não cabe avaliar o mérito da teoria, mas, brevemente, pode-se mencionar que a imparcialidade é um estado inicial, que se vai modificando no decorrer do processo (concessão de tutela provisória, julgamento parcial do mérito, sentença etc.). No momento da sentença, o magistrado, literalmente, decidirá por um dos lados (de forma parcial). Daí a incompatibilidade do conceito de indiferença com a prestação jurisdicional.

A imparcialidade é fundamental para qualquer sistema de administração da justiça, em que pesem a variabilidade e a complexidade do conceito mencionado, não somente no direito. É condição preliminar e parte integrante da verdade. Trata-se de um critério de verdade interno ao procedimento de elaboração do juízo. Somente é possível perseguir a verdade quando há imparcialidade, embora a imparcialidade não seja a única condição para tanto. Cabe lembrar que a imparcialidade deve ser direcionada a um escopo – a busca da verdade. Somente um juiz direcionado à busca objetiva da verdade tem um critério seguro para a tomada de decisões. Se assim não fosse, sua tomada de decisão seria baseada em fatores diversos, como seus prejulgamentos ou seu interesse pessoal na causa (TARUFFO, 2016, p. 143-144).

Poder-se-ia confundir a imparcialidade do magistrado com sua passividade. Entretanto, o problema é muito mais aparente do que real. Na realidade, se se permitisse que a atividade instrutória fosse desenvolvida por dois sujeitos que são parciais e não consideram a qualidade

da tomada de decisão, mas visam interesses particulares, estar-se-ia atentando contra a imparcialidade. Todavia, o magistrado com poderes instrutórios adequados, por ser sujeito imparcial no feito, tem muito mais interesse em buscar a verdade e tomar a decisão justa para o caso concreto (TARUFFO, 2016, p. 144-145).

O mero exercício dos poderes instrutórios pelo magistrado não retira sua imparcialidade. Contudo, o exercício de tais poderes com parcialidade poderia comprometer a decisão final – posto que a verdade estaria contaminada pelo interesse do magistrado na causa. A verdade objetivamente considerada é um excelente escopo para nortear a tomada de decisão (TARUFFO, 2016, p. 146).

A imparcialidade necessita da persecução da verdade, visto que, sem a persecução da verdade, sujeitos parciais determinariam o rumo do processo – abrindo margem para que pudessem sair vitoriosos com base em estratégias, em esperteza e até na vulnerabilidade de uma das partes. A persecução da verdade é critério objetivo para guiar o convencimento do magistrado, atuando como norte na busca da convicção de certeza sobre a demanda. Não há dúvida de que as partes participam do diálogo probatório, mas é necessário que o Estado-Juiz controle o diálogo e dele participe.

2.4.5 Substitutividade e verdade

Sempre houve mecanismos para resolver os conflitos entre indivíduos. Cumpre ressaltar em um primeiro plano que, após a autotutela, em que prevalecia o direito do mais forte, havendo pouca racionalidade na resolução de conflitos, as convicções, emoções, intuições e razões do juiz influíam no conflito, mas de forma pouco racional e sem a observância dos preceitos de igualdade próprios de um Estado democrático de direito (SILVA, 2014, p. 299).

Não existia a concepção de um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individuais e impor o direito acima da vontade dos particulares. A força era usada para concretizar a pretensão individual. Até os atos criminosos resolviam-se por meio da vingança privada (PASSOS; SILVA, 2021, p. 444).

Com o passar do tempo, as sociedades começaram a perceber os problemas que existiam na forma de dizer e de executar o direito por meio da autotutela, razão pela qual o Estado foi gradativamente se afirmando e conseguiu submeter os particulares, absorvendo o poder de ditar as soluções para os conflitos, problemas e insatisfações sociais (CPIS) vivenciados pela sociedade (PASSOS; SILVA, 2021, p. 444-445). Paralelamente ao fortalecimento do Estado, houve uma mudança paulatina na tarefa de dizer o direito, a qual passou das mãos dos

envolvidos diretamente no conflito a um terceiro imparcial, o árbitro (*judex*) – que inicialmente exercia a função judicante em substituição aos sujeitos (SILVA, 2017, p. 5-6).

Vedada então a autotutela, o sistema instaurado consistia em uma arbitragem obrigatória, que se diferenciava da anterior, que era facultativa. Nesse período, o Estado começa a estabelecer, de forma abstrata, regras destinadas a servir de critérios objetivos e vinculativos para as decisões. Em razão disso, surge a figura do legislador. Após esses períodos (*ordo judiciorum privatorum*), o Estado começou a impor-se de forma imperativa sobre os particulares, de modo a prescindir da sua voluntária submissão e a determinar a solução para os conflitos de interesses, o que deu origem à jurisdição (*cognitio extra ordinem*) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 29).

Após esse momento, houve a estatização da jurisdição, quando foi transmitido ao Estado o dever de decidir o litígio entre os indivíduos ou sujeitos envolvidos. Houve um ganho na racionalidade da decisão, uma vez que se transmitia o litígio a um terceiro, que absorvia os sentimentos das partes ou dos sujeitos envolvidos e emitia uma decisão imparcial (SILVA, 2014, p. 299), pelo menos teórica e supostamente.

A ação processual, assim, surge em substituição à ação material, que autorizava o ofendido a atuar por suas próprias forças (AMARAL, 2004, p. 542). Nesse sentido, quando uma pessoa demanda, por meio do exercício do direito de ação, que um órgão jurisdicional resolva os seus problemas por ela, essa pessoa “incapacita-se” automaticamente para resolvê-los e passa tal responsabilidade a terceiros parciais (advogados com a representação postulatória) e imparciais (juízes com poderes de substituição e de decisão com base na vontade dos sujeitos nos conflitos, problemas e insatisfações sociais deduzidos em juízo), o que se denomina de substitutividade jurisdicional (SILVA; ALVES; SIQUEIRA, 2021).

A substitutividade é uma característica inerente à jurisdição. Trata-se de um modelo de heterocomposição: um terceiro substitui as vontades das partes ou dos envolvidos e determina a solução (a gestão) do problema apresentado (de forma derivada) (DIDIER JR., 2019, p. 189). Os sujeitos aceitaram essa forma de solução ou administração do conflito, seja por acordo material individual (arbitragem), seja por contrato social processual (jurisdição pública) (SILVA; OLIVEIRA; SIQUEIRA, 2021, p. 69).

Entretanto, com o passar do tempo, houve um distanciamento entre os sujeitos que litigavam e o juiz que detinha o poder decisório, o que gerou incongruências. Como poderia haver a substituição adequada do demandante pelo juiz se ele não detinha as razões e os sentimentos dos sujeitos envolvidos no processo?

A resposta indica que a substituição permaneceu ocorrendo sem a percepção integral da dor ou do trauma dos envolvidos, suscitando a dificuldade de conseguir, como resultado, uma decisão justa. O advogado foi um dos catalisadores desse afastamento, uma vez que postula somente em interesse de sua parte no litígio, podendo, inclusive, inventar emoções e criar razões para influir no convencimento do magistrado, negligenciando a vivência do demandado, pois orienta os sujeitos do litígio para uma versão mais compatível com a alegação que favorece a parte de que é patrono (SILVA, 2017, p. 299-300).

A indignação do demandante (ou do demandado) é ainda maior quando há sucumbência em virtude de regras presuntivas, uma vez que, nesse caso, há uma ficção da realidade, não se constatando que o fato existiu ou que a razão e o sentimento ocorreram; eles presumem-se ocorridos, sem que haja a persecução do fato e da vivência dos envolvidos na demanda (SILVA, 2017, p. 301).

Nesse sentido, a própria ação processual, marcada pela substitutividade, somente pode ser concretizada após a definição das versões apresentadas e da versão que se amolda ao pressuposto fático descrito na norma em questão. Trata-se de uma técnica denominada triagem dos fatos pertinentes e da adequação da versão da “situação da vida” ao pressuposto fático normativo, representando o dever processual de procurar o conteúdo existencial dos acontecimentos, como, por exemplo, fazer reviver o drama de uma confiança traída, de uma emoção ridicularizada ou de um sofrimento de uma injustiça sofrida (RIGAUX, 1997, p. 53).

O vácuo de vivência^{15 16} do magistrado em relação às razões das partes decorre do fato de que a verdade foi aos poucos relegada a não essencial no momento de decidir. Obviamente que o distanciamento tem como consequência a precarização da substitutividade, característica essencial da função jurisdicional.

Com base nesses fundamentos, parece coerente afirmar que o juiz deve utilizar mecanismos para alcançar em certo grau a verdade dos fatos, as razões, as emoções e sensações dos sujeitos a fim de proferir uma decisão justa. Ele deve suprir o vácuo de vivência que é deixado por todos os acontecimentos que o distanciam da verdade das partes (SILVA, 2017, p. 302).

¹⁵ O vácuo de vivência caracteriza-se pela insensibilidade ante os problemas e dores do outro, dada a ausência de vivência e de apreensão de outro modo de vida, diferente do meu. Esse vácuo acarreta a dificuldade de compreender o outro, de gerar empatia, podendo levar ao desenvolvimento de julgamento injustos, infundados e descontextualizados (SILVA, 2019, p. 292).

¹⁶ Em contraposição ao conceito de vácuo de vivência, o excesso de vivência é dor e trauma sentidos de tal sorte que se perde a racionalidade, isto é, o excesso de vivência é a condição em que a análise do caso fica prejudicada pela exacerbada vivência pessoal do indivíduo ante o conflito ou conflitos semelhantes, de modo que ele não consegue dissociar tal análise das experiências pretéritas. Portanto, o julgamento fica tendencioso, viciado e predeterminado pelos fatos (SILVA; OLIVEIRA; SIQUEIRA, 2021, p. 71).

A forma de suprir esse vácuo existencial relativo às versões de mundo apresentadas pelas partes é justamente perseguir a verdade ou, minimamente, tentar persegui-la, visto que a persecução da verdade é a razão de ser do fato da demanda que será analisada pelo magistrado.

É nítida a correlação entre verdade e justiça no modelo jurisdicional. Não há como proferir uma decisão justa, substituindo-se as partes em sentimentos e razões, sem que se conheçam os fatos que levaram as partes a litigar, pois são essas versões que buscam suprir o vácuo de vivência das partes pelo juiz, que, como não sabe da vida dos litigantes, pouco ou nada sabe das razões e dos sentimentos dos envolvidos no litígio. A ação processual somente se pode concretizar de maneira justa quando a persecução da verdade do fato puder ser enquadrada na hipótese normativa (SILVA, 2017, p. 303).

É inerente à atividade jurisdicional a substituição das partes (ou dos sujeitos) em conflito pelo juiz. De igual forma, é essencial que a substituição da vontade das partes pela vontade do juiz seja feita com base na verdade. Por outras palavras, é fundamental que o juiz conheça os fatos ocorridos, as angústias sofridas e as razões daquele litígio para proferir um julgamento adequado e justo. Não é possível que o juiz detenha a vontade das partes para resolver o litígio sem conhecer dos fatos e das razões (SILVA; OLIVEIRA; SIQUEIRA, 2021, p. 71).

A primeira tarefa de substituição pelo juiz é a concretização do direito, que passa pela convicção acerca da verdade dos fatos (cognição), e a segunda tarefa é a efetivação da tutela jurisdicional, que significa realizar o direito no mundo dos fenômenos (execução) (SILVA; OLIVEIRA; SIQUEIRA, p. 71). Tanto em um caso quanto no outro, é fundamental que os fatos sejam conhecidos e atestados para que se possa efetivamente falar em uma justiça do caso concreto, com uma substituição adequada da vontade do magistrado pela vontade dos sujeitos – seja no momento da execução, seja na fase de conhecimento.

Desse modo, sendo o processo civil um meio para a tutela jurisdicional “adequada, efetiva e tempestiva” dos direitos por meio de um processo justo, devem-se adotar todas as técnicas processuais necessárias e idôneas para a sua efetivação (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 23-24, n.p.). Portanto, a concretização e a realização do direito a uma tutela jurisdicional justa passam, necessariamente, pela persecução da verdade, sendo fundamental o conhecimento de suas diversas teorias, como será apresentado a seguir.

2.5 Escopos da jurisdição

O processo não é um instituto uniforme e imutável, cujo objetivo é simples e facilmente verificável pelo jurista. Por isso, faz-se necessária a análise dos diversos escopos processuais

que permeiam toda a atividade jurisdicional. Não basta analisar friamente tais objetivos, é fundamental determinar a finalidade do processo em cada um de suas fases: execução, conhecimento, atividade jurisdicional de urgência e tentativa de autocomposição.

A afirmação de que o processo é um instrumento é amplamente difundida. Todavia, todo instrumento funciona como um meio para determinado fim. No caso do processo, não poderia ser diferente. Para que se possa dizer que o processo é um meio que visa atingir determinado objetivo, é necessário determinar os propósitos norteadores da instituição processo, bem como as condutas dos agentes estatais que fazem uso dele. Por isso, definir e determinar os escopos processuais significa revelar o grau de utilidade do processo (DINAMARCO, 2008, p. 177-178).

Obviamente que a abordagem da problemática teleológica da atividade jurisdicional não pode ter a pretensão de encontrar respostas definitivas e universais, porque a jurisdição é voltada para a realização dos fins do Estado, considerando suas diretrizes políticas, sociais e culturais, que podem variar no espaço e no tempo (DINAMARCO, 2008, p. 177-178).

No mesmo sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2006, p. 62-63) afirma que o processo não existe por si só, mas é um produto do homem e, inevitavelmente, um produto de sua cultura. Não existe homem a-histórico ou a-cultural. Dessa forma, torna-se totalmente inadequado conceber o processo como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário – sem conceber os valores humanos e sua cultura no seu desenvolvimento. A própria estrutura processual depende dos valores adotados, e não se trata apenas de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo processual, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial.

Apesar da variabilidade dos escopos da jurisdição, a tomada de consciência de que o processo é um instrumento teleológico tem o valor de direcionar ou nortear o sistema e tornar o processo mais apto a produzir os resultados a que se propõe. É uma forma de colocar a técnica jurídica a serviço de objetivos, não só jurídicos, mas também políticos, sociais (e até axiológicos). O processualista contemporâneo precisa tomar consciência de pelo menos três planos: jurídico, social e político. Mais que o objetivo assumido perante o direito, faz-se necessário que sejam assumidas as responsabilidades para com a sociedade e perante o Estado (DINAMARCO, 2008, p. 179-182).

2.5.1 Escopo social

A legitimidade do Estado pode ser aferida com base em sua capacidade de organizar a vida em sociedade por meio do seu poder. Trata-se de um auxílio para que cada membro da sociedade possa realizar suas aspirações individuais, conservando e desenvolvendo bens e valores (DINAMARCO, 2008, p. 188).

Nesse sentido, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade de um escopo fundamental de ambas, que é a paz social. É notável que tanto o direito quanto o processo compõem um sistema voltado para a pacificação de conflitos. A vida em sociedade gera insatisfações, em razão de condutas que são contrárias a determinados interesses. Essas insatisfações justificam todas as atividades jurídicas estatais, e é justamente sua eliminação que confere legitimidade ao Estado (DINAMARCO, 2008, p. 189).

A legislação e a atividade jurisdicional oferecem uma promessa de pôr fim a esses estados. A atuação estatal funciona com o estímulo a ações agregadoras e o desestímulo às ações desagregadoras. Esse mecanismo é facilmente visível quando se considera a licitude ou a ilicitude de determinado ato (DINAMARCO, 2008, p. 189-190).

Isso não significa dizer que se busca consenso nas decisões; o que se visa é imunizar as decisões estatais contra os ataques dos contrariados ou vencidos. Trata-se de resolução do conflito por meio do que seja reconhecidamente idôneo. Em outras palavras, exauridos todos os escalões de julgamento, busca-se alcançar aquela que seria a melhor solução realizável. Obviamente que para isso é fundamental a participação do vencido na decisão e um procedimento adequado para conferir idoneidade ao sistema em si mesmo (DINAMARCO, 2008, p. 190).

Para que a missão social pacificadora ocorra de maneira adequada, é fundamental que seja considerado o teor da decisão. O valor justiça é muito relevante. De fato, eliminar os conflitos mediante critérios justos é o mais elevado escopo social das atividades jurídicas (DINAMARCO, 2008, p. 191).

Como já mencionado, a justiça no processo que considera a *procedural justice*, a legalidade (juridicidade) da decisão e a apuração adequada dos fatos é a forma ideal de resolver os conflitos. Isso não significa somente resolver os conflitos, mas tratá-los para que a resolução seja, em certa medida, justa, segundo os critérios apresentados.

A tomada de consciência desse objetivo do processo conduz ao melhor entendimento e à melhor justificação, com uma série de ideias inerentes à ordem processual, incluindo seus pilares fundamentais.

Afirma-se que a natureza pública do processo e suas tendências de publicização dariam origem a uma excessiva concentração de poderes na mão do juiz, seja em sua iniciativa, seja para investigação probatória. Da participação efetiva do juiz, que não se deve portar como espectador do duelo entre as partes, não se pode inferir que o processo é de seu domínio absoluto. Todavia, defende-se que o princípio do dispositivo e o da demanda atuariam como limitações indispensáveis para o exercício da jurisdição, não sendo devida a atuação *ex officio* do juiz (DINAMARCO, 2008, p. 194).

Para Dinamarco, a exigência de imparcialidade seria uma das limitações a atuação do juiz. De fato, se o julgador assumir uma postura emocional diante do feito, perde as condições espirituais para julgar de forma serena. O dilema reside então em escolher negar que a jurisdição tenha o compromisso de dar efetividade aos seus preceitos ou aceitar seu exercício espontâneo. Dinamarco posiciona-se no sentido de que a intromissão indiscriminada do Estado nas relações entre os indivíduos traria sério risco de inquietar mais do que pacificar, formando um Estado paternalista e contrário aos dizeres democráticos. Desse modo, justifica-se a regra da inércia dos órgãos jurisdicionais (DINAMARCO, 2008, p. 194).

Sem dúvida, a imparcialidade é fundamental para qualquer sistema de administração da justiça, em que pesem a variabilidade e a complexidade do conceito mencionado, não somente para o direito. É condição preliminar e parte integrante da verdade. Todavia, trata-se de um critério de verdade interno ao procedimento de elaboração do juízo. Somente é possível buscar a verdade quando há imparcialidade, embora a imparcialidade não seja a única condição para tanto. Cabe lembrar que a imparcialidade deve ser direcionada a um escopo – a busca da verdade. Somente um juiz direcionado à busca objetiva da verdade tem um critério seguro para a tomada de decisões. Se assim não fosse, sua tomada de decisão seria baseada em fatores diversos, como seus prejulgamentos ou seu interesse pessoal na causa (TARUFFO, 2016, p. 143-144).

O exercício dos poderes instrutórios do juiz, conforme já mencionado, não retira sua imparcialidade, entretanto, o exercício desses poderes com parcialidade poderia comprometer a decisão – porque a verdade, contaminada pelo interesse do juiz, conduz inevitavelmente a uma não verdade. A verdade objetivamente considerada é um excelente escopo para nortear a tomada de decisão (TARUFFO, 2016, p. 146).

Assim, fica claro que a imparcialidade não é um óbice à atuação ativa do juiz em busca da verdade dos fatos, a imparcialidade é condição para a busca da verdade, como a busca da verdade é o critério norteador de uma decisão imparcial, já que pode ser aferida de maneira

objetiva, em que pesem as limitações do magistrado em sua busca. Tudo isso foi abordado preliminarmente na subseção 2.4.4 “Verdade e imparcialidade”.

O equilíbrio entre os dizeres de um Estado Social, com um juiz participante e a disponibilidade dos direitos e interesses entre as partes, seria então o cenário ideal para se falar em uma adequada prestação jurisdicional (DINAMARCO, 2008, p. 195-196).

Institutos como a revelia, a contumácia e o ônus da prova são formas de equilibrar o sistema (DINAMARCO, 2008, p. 196). Tais ferramentas, resguardada sua importância para a segurança e a inteireza do ordenamento jurídico, não podem sobrepor-se à justiça da decisão e à persecução da verdade dos fatos – pilares sociais, éticos, filosóficos e jurídicos de qualquer Estado Democrático.

Verifica-se, entretanto, que diversos institutos do processo civil estão ligados à verdade. A coisa julgada surgiu também intrinsecamente ligada à verdade, a natureza jurídica da coisa julgada era fundada na presunção de verdade dos fatos versados na sentença – a escolástica via como principal objetivo do processo a verdade (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Cabe mencionar que, na Roma antiga, era possível que o juiz declarasse *sibi non liquere*, deixando de decidir aquilo que se baseasse em fatos que não haviam sido plenamente conhecidos por ele – o que demonstra a importância histórica da verdade para o processo (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Posição semelhante pode ser observada no sistema brasileiro de tutela coletiva: o Código de Defesa do Consumidor (CDC) confere tratamento diferenciado à coisa julgada, determinando que na decisão de improcedência por insuficiência de provas não incidirá a coisa julgada material, podendo haver nova ação, no caso de haver novas provas – trata-se da coisa julgada *secundum eventum litis* (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Assim, em diversos momentos, a verdade tem sido a base da pacificação social dos conflitos com justiça. Não se afirma que a simples aceitação do instituto da revelia ou o ônus da prova como regra de julgamento gera a pacificação do conflito com justiça.

Os juízes têm o poder de determinar a produção de provas de ofício, mas isso não significa que possam substituir-se às partes. A prova de ofício serve para auxiliar o magistrado na formação de sua convicção, sempre de forma supletiva, e não para descobrir a verdade. Ademais, quando atuar de ofício, o magistrado deve facultar às partes considerar sobre a oportunidade da prova, participar da produção da prova e falar sobre o resultado da prova. Assim, não pode o magistrado retirar das partes a possibilidade de participar e de interpretar as provas (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 461).

Sem dúvida, no diálogo probatório, as partes devem ser priorizadas em detrimento do magistrado. Não se pode imaginar que um terceiro, estranho ao conflito, conheça dos fatos mais do que os próprios envolvidos. O que não significa afirmar que, em caso de insuficiência de provas, seja vedado ao juiz buscar a verdade para lastrear a decisão, que, conforme afirmado, precisa ser justa.

Obviamente que, em determinadas situações, o legislador impõe que a decisão seja tomada com base em probabilidade ou verossimilhança. São situações que exigem uma cognição sumária para decidir. É o que ocorre na tutela antecipatória e na tutela cautelar (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 461).

Essas técnicas naturalmente limitam a produção de provas, visto que o legislador determina que o magistrado se contente com a probabilidade do direito. Trata-se de expressa autorização para que o magistrado decida com base em convicção de probabilidade ou verossimilhança (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 461-462).

Nesses casos, é possível que o juiz decida com base em determinada regra presuntiva. Entretanto, é preciso que o magistrado, efetuando um julgamento com base em presunção, não leve em consideração as angústias, a vivência e o próprio conflito em consideração (SILVA, 2017, p. 299-300). E como pacificar o conflito com justiça se não se está a considerar o próprio conflito?

Esse afastamento gera um nítido prejuízo no processo de substituição do juiz às partes, visto que, ao decidir, ele não considera as razões da forma correta e profere uma decisão injusta. O mesmo ocorre quando há um julgamento pautado por uma presunção, visto que a presunção desconsidera qualquer conjunto fático e faz o julgamento basear-se em puro arbítrio.

À luz desses fundamentos, parece justo afirmar que o juiz deve utilizar mecanismos para alcançar a verdade dos fatos e as emoções e sensações das partes de maneira a proferir uma decisão justa. Ele deve suprir o vácuo de vivência que é deixado por todos os acontecimentos que o distanciam da verdade das partes (SILVA, 2014, p. 302).

A forma de suprir esse vácuo existencial relativo às versões de mundo apresentadas pelas partes é justamente perseguir a verdade ou, minimamente, tentar persegui-la, uma vez que essa é a verdadeira razão de ser da demanda que será analisada pelo magistrado. Não se pode buscar sanar o vácuo de vivência com regras presuntivas que obviamente podem conduzir a decisões totalmente dissociadas da verdade dos fatos.

A verdade precisa ser perseguida pelo juiz para que possa haver uma decisão justa. É necessário que o magistrado se substitua às partes da melhor forma, entenda as angústias e

razões de ambas as partes, para que profira uma decisão de acordo com a real vivência dos sujeitos envolvidos, devendo afastar a convicção de dúvida (SILVA, 2014, p. 323).

Contrariando a ideia de utilizar o ônus da prova, para que haja compatibilização entre o escopo social da pacificação de conflitos com justiça e a disposição, em certa medida, das partes para com o processo, são propostas técnicas que devem ser utilizadas pelo juiz como forma de amenizar o dilema apontado por Dinamarco (2008).

A utilização da carga dinâmica do ônus da prova mencionada no § 1.º do artigo 373 do CPC, evitando a vitória por esperteza ou astúcia de determinado litigante e a derrota com base na desídia ou dificuldade probatória de outro, é um exemplo claro. Nesse caso, o ônus da prova é utilizado não como regra de julgamento, mas como dever probatório (SILVA, 2017, p. 312).

A afirmação de que determinado litigante deve sucumbir tão somente pela contumácia, apesar de seguir uma linha de causa e consequência (o litigante não atuou, não participou de determinado ato e por isso merece as consequências de tanto), atenta, de uma forma ou de outra, contra a justiça da decisão.

O CPC atual confere poderes ao juiz para buscar o mínimo arcabouço probatório e decidir com base nele. Obviamente que haverá casos em que a prova não poderá ser alcançada pelo julgador e em que as partes também não apresentarão subsídios suficientes para um julgamento justo. Nesses casos, e somente nesses casos, é que se deve recorrer a regras presuntivas como a revelia, a contumácia e o ônus da prova.

A título de resumo e de breve conclusão sobre a ideias do tópico, pode-se afirmar que a pacificação de conflitos de forma justa pressupõe que seja utilizada a verdade como critério para decidir as questões. Conflitos podem ser pacificados sem que seja utilizada a verdade como critério, mas a solução será tudo, exceto justa. Por isso, o escopo social da jurisdição somente poderá ser concretizado por meio da persecução da verdade.

2.5.2 Escopos políticos

O comprometimento do sistema processual com a política conduz à necessidade de definir os modos pelos quais ele é predisposto a influir politicamente. Política é o fenômeno da sociedade enquanto detentora de poder, ou seja, um fenômeno do Estado – que não deixa de ser social e jurídico (DINAMARCO, 2008, p. 198).

O processo assenta-se em três elementos fundamentais: o primeiro é o poder, definido como a capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente, segundo os fins que o legitimam; o segundo diz respeito ao valor liberdade – que envolve a limitação e os contornos

do poder e de seu exercício, considerando a dignidade dos indivíduos; o terceiro concerne à participação democrática, dos cidadãos por si mesmos e por meio das suas diversas associações (DINAMARCO, 2008, p. 198).

Os dois primeiros elementos são dois polos de equilíbrio que o Estado, por meio do exercício jurisdicional, visa manter; já a participação é um valor inalienável, que confere legitimidade ao processo político. Os três valores são missão da atividade do Estado, por meio do exercício da jurisdição, por isso podem ser tidos como o escopo político (DINAMARCO, 2008, p. 198-199).

A participação democrática, por sua vez, pode ocorrer dentro de um processo judicial. Toda e qualquer influência nos centros de poder que têm algum peso na tomada de decisão é uma forma de participação democrática. Podem-se citar como exemplo a ação popular – instrumento de que se vale o cidadão para colaborar com a moralidade pública e criar condições para anular atos administrativos – e a ação civil pública – cujo titular não é diretamente o povo, mas permite a participação dos cidadãos no diálogo probatório e na formação do convencimento (DINAMARCO, 2008, p. 202).

Atualmente o direito processual é um ramo, entre tantos, do direito público que se volta para a organização da sociedade e não somente para a distribuição de bens. A destinação do direito processual vai além da satisfação individual de interesses e da realização do preceito jurídico concreto (DINAMARCO, 2008, p. 199).

A organização do Estado depende do exercício organizado do poder legítimo, por meios legítimos, sendo fundamental a atuação do processo para tal finalidade. É decidindo e impondo decisões que o Estado afirma o seu próprio poder e a autoridade de que instrumentalmente estão investidos os seus agentes, para a busca de fins determinados. Além de decidir, a decisão é imposta e revestida de imunização (definitividade), não admitindo revisões (DINAMARCO, 2008, p. 200).

Em cada caso, o ordenamento jurídico é realizado concretamente, mas é inegável que o exercício contínuo do poder reafirma a condição do Estado de entidade responsável pela organização da vida social. Em não havendo autoridade nas decisões estatais, especialmente no exercício jurisdicional, não haveria sentido em possuir o melhor dos ordenamentos jurídicos substanciais. Além disso, a confiança no Estado pacificador e respeitoso da liberdade é fator legitimador indispensável do exercício do poder (DINAMARCO, 2008, p. 200).

Cabe mencionar que a legitimidade do exercício do poder por parte do Estado está intimamente ligada às liberdades. Trata-se das garantias de preservação da esfera individual do cidadão em sua relação com o Estado. É a afirmação de que o ente estatal deve limitar o

exercício do seu poder para não invadir a esfera de liberdade dos indivíduos, evitando danos à vida do grupo e ao desenvolvimento dos seus objetivos comuns (DINAMARCO, 2008, p. 201).

É necessário encontrar um equilíbrio entre a liberdade e o exercício do poder. O princípio da separação de poderes já foi visto como limitador dos poderes estatais, tendo forma rígida, protegendo abstratamente o conceito de liberdade desenvolvido na relação direta entre o indivíduo e o Estado. Todavia, atualmente esse princípio deve ser inspirado pela teoria dos direitos fundamentais, ostentando a flexibilidade necessária para que o Estado cumpra a tarefa de garantir a liberdade e a integridade das relações sociais, bem como um mínimo existencial (BONAVIDES, 2011, p. 586).

O valor social da verdade, quanto ao seu aspecto político, consiste na vinculação entre verdade e democracia. A verdade é um atributo necessário da relação entre Estado democrático e seus cidadãos (ZAGREBELSKY, 2008, p. 125). O uso da mentira e a ausência de verdade foram traços característicos dos regimes totalitários. Além disso, a verdade é necessária para que exista a confiança do cidadão no Estado e é fundamental para que os indivíduos possam usufruir da liberdade (não há liberdade com o falseamento de informações). Assim, é óbvio que a situação sociopolítica de um Estado que se diz democrático parte do princípio de que a verdade é um valor basilar (*standard*) para uma relação entre Estado e cidadãos e até entre particulares (TARUFFO, 2016, p. 118-120).

Quanto à participação, deve-se ter em mente que não se trata de participação necessariamente direta no processo político ou mesmo no processo. Trata-se, em verdade, de qualquer forma de influência sobre os centros de poder. Qualquer peso na tomada de decisão é considerado uma participação (DINAMARCO, 2008, p. 202).

Em relação ao culto às liberdades e a afirmação do poder estatal, pode-se afirmar que o equilíbrio entre ambos os escopos precisa de um fio condutor. Não se pode afirmar a qualquer custo o poder estatal, assim como não é possível conceder liberdade ilimitada aos cidadãos, sem intervenção alguma. O critério balizador de ambos os escopos é a verdade. O poder estatal somente poderá ser confirmado quando legítimo, quando a própria aplicação do direito levar à confirmação do ordenamento jurídico. Verifica-se a ocorrência de um fato, para então aplicar o direito e afirmar o poder estatal.

Três são as variáveis que afetam a autonomia individual: 1) a compreensão que a pessoa possui de si, de sua cultura e do que se espera dela como indivíduo; 2) a capacidade psicológica de formular opções para si; 3) as oportunidades objetivas¹⁷ que lhe permitam atuar (DOYAL;

¹⁷ É importante ainda asseverar que a liberdade de agência não se confunde com a liberdade política. Quem tem a capacidade de questionar as normas de sua cultura (liberdade política) goza de uma autonomia

GOUGH, 1994, p. 90). Assim, a liberdade, enquanto autonomia do indivíduo, para ser concretizada, necessita de uma compreensão do ambiente em que o sujeito está inserido. Não será possível determinar a existência de alguma autonomia, caso não sejam estabelecidos fatos – seja para determinar a compreensão sobre cultura ou ambiente, seja para verificar as possibilidades objetivas de atuação. Dos três critérios mencionados, somente um está vinculado exclusivamente ao indivíduo, sem considerar a realidade (verdade dos fatos) que o cerca.

2.5.3 Escopo jurídico

Em relação ao escopo jurídico, ressalta-se que a regra do caso concreto já existia antes mesmo do caso, de forma perfeita e acabada, interessando agora dar efetividade à atuação do direito¹⁸ (DINAMARCO, 2008, p. 246).

Assim, o escopo jurídico diz respeito à atuação concreta da vontade do direito. Em uma primeira observação, destacando-o dos demais (escopo social e escopo político), poder-se-ia achar que seria totalmente técnico, com uma profunda indiferença social e política. Entretanto, o escopo jurídico é complementado pelos demais.

Cabe ainda fazer referência ao termo “concreto” empregado na definição do escopo jurídico. Verifica-se que a alusão ao concreto visa justamente dar importância à realidade no exercício da jurisdição. Trata-se de advertência que busca evitar uma legislação muito genérica e abstrata, que perca referibilidade em relação a pessoas, fatos e circunstâncias da vida real (DINAMARCO, 2008, p. 256-257).

Evidencia-se que o escopo jurídico não está dissociado da realidade dos fatos. Fica evidente que a persecução da verdade é condição para que o direito possa ser concretizado, segundo as circunstâncias da realidade.

O fato jurídico, conforme análise que será feita em momento posterior da pesquisa, depende de um suporte fático concreto para que haja a incidência do suporte fático abstrato. Um fato jurídico não pode surgir sem um fato, adequadamente aferido, por meio de prova idônea para tanto, da mesma forma que não é possível fazer valer a vontade concreta do direito sem conhecer a concretude do fato ao qual se pretende aplicar (fazer valer) a vontade do direito.

significativamente maior do que quem é oprimido politicamente. Por esse motivo, prefere-se falar em *autonomia como liberdade de agência*, que admite graus de reflexão – um dos quais é o grau superior da autonomia crítica, que envolve a participação democrática. Para atingir esse grau mais elevado (autonomia crítica), é preciso que os indivíduos disponham tanto da liberdade de ação quanto da liberdade política, sem as quais serão considerados incapacitados objetivamente (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 99).

¹⁸ Ressalta-se que, embora a locução inicialmente empregada por Chiovenda trate somente de lei, a abrangência do termo vai para toda e qualquer manifestação do direito, por qualquer veículo ou espécie normativa.

É evidente que, em todos os escopos processuais (jurídico, político e social), a persecução da verdade tem papel fundamental em sua concretização. Não se pode falar em paz social, em liberdade, em participação política, em exercício de poder do Estado e na atuação da vontade concreta e objetiva do direito sem falar previamente em verdade. A persecução da verdade não pode garantir a entrega de um suporte fático concreto mínimo, mas é a garantia de que se fez o possível para concretizar os escopos.

2.6 Verdade no ordenamento jurídico brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro consagra em diversos diplomas o mandamento da persecução da verdade, mencionando faculdades, poderes-deveres e normas que regulamentam a persecução da verdade e até preveem punição para quem atenta contra o valor. Assim, fazendo uso do método indutivo, partindo dos dispositivos isolados e considerando toda a sistemática do CPC/2015, chega-se à conclusão de que a persecução da verdade é um dever fundamental.

A primeira opção da atividade jurisdicional é a decisão com base na verdade dos fatos – dever expresso no CPC/2015 e condição para a justiça da decisão, conforme demonstrado. Nem sempre, porém, como visto, será possível alcançar um conhecimento satisfatório dos fatos.

Nos casos em que a verdade não puder ser perseguida, por limitações de qualquer ordem, o órgão jurisdicional não pode deixar de proferir decisão. Daí a necessidade de mecanismos, em ordem preferencial, para manter a qualidade da decisão.

Não sendo possível aferir como os fatos ocorreram, faz-se necessário: 1) redistribuir o ônus da prova como dever de produzir prova; 2) adotar mecanismos de redução das exigências de prova, aceitando-se o *standard* probatório reduzido para que seja decidida a causa; 3) em último caso, como *ultima ratio*, recorrer às presunções, incluídas as legais absolutas, as relativas e as judiciais. Segue a análise.

2.6.1 Persecução da verdade no CPC/2015

A análise do CPC/2015 tem como objetivo demonstrar que a persecução da verdade não constitui uma norma dispositiva, que poderia em tese ser superada; trata-se antes de um mandamento legal fundado na ordem constitucional para que o magistrado busque a verdade dos fatos a fim de proferir uma decisão justa, concretizando o devido processo legal justo.

A sistemática adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro destina-se a dar ao juiz o dever de perseguir a verdade, impondo-lhe atuar de forma a buscar sua convicção. Esse poder-

dever de persecução da verdade ganhou enorme importância, especialmente com o CPC/2015 (SILVA, 2017, p. 315).

A partir da interpretação construtiva do ordenamento brasileiro, é possível aferir que o modelo de persecução da verdade é reafirmado pelo CPC/2015 já nos artigos 5.º, 6.º e 7.º, que consagram, logo de início, a boa-fé, a paridade de armas e a colaboração como obrigação das partes, o que indica que esse comportamento é fundamental para que seja alcançada a decisão justa e em tempo razoável (SILVA, 2017, p. 315-316):

Art. 5.º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7.º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (BRASIL, 2015)¹⁹.

O princípio, em relação ao magistrado, possui 3 (três) formas de consubstanciação: o dever de esclarecimento (o magistrado deve pedir esclarecimento quando necessário); o dever de consultar (o magistrado deve consultar as partes ou os sujeitos envolvidos no conflito antes de decidir, para que possam colaborar (influir) na sua decisão); o dever de prevenir (o magistrado aponta deficiências, pedindo correção). Tudo isso para que as partes (sujeitos), juntas, em regime de colaboração, concretizem a verdade no processo.

A boa-fé processual também é instrumento ético para um ambiente processual baseado na persecução da verdade. É óbvio que não ocorrerá uma absoluta cooperação processual, visto que as partes (sujeitos) têm interesses diametralmente opostos; por isso, colaborarão com o juízo na medida do possível, mas segundo o padrão ético exigido pela ordem jurídica.

A boa-fé e a lealdade processual visam evitar exagero na defesa dos valores individuais de cada parte (envolvido) – o abuso de defesa, por exemplo, é punido com base na ausência de boa-fé processual. Para quem deu causa ao vício, a impossibilidade de beneficiar-se com os efeitos do vício causado é um nítido exemplo de má-fé pela aplicação do princípio da boa-fé, pois são vedadas atitudes contraditórias no processo (ou o aproveitamento da própria torpeza ou incúria).

¹⁹ Além dos artigos mencionados, em nossa opinião, também merece destaque o artigo 8.º do CPC/2015, que exige que o juiz atenda aos fins sociais e à exigência do bem comum ao aplicar o ordenamento jurídico.

Os artigos 77, I²⁰, 79²¹ e 80²² do CPC/2015 exigem a verdade como dever dos sujeitos envolvidos no conflito e de seus procuradores, consagrando-a como necessária para o modelo de justiça adotado pela CRFB/1988 e pelo ordenamento jurídico brasileiro (SILVA, 2017, p. 317).

Os artigos ainda tratam da litigância de má-fé, condenando aquele que faltar com a verdade nos atos processuais ou mesmo que tentar atrapalhar a persecução da verdade dos fatos. Fica evidente o pressuposto ético do processo. Evidenciam também a possibilidade prática de direcionar o processo para uma decisão pautada pela verdade (SILVA, 2017, p. 317); a partir daí, persegue-se uma teoria da justiça para acomodar o caso concreto.

Os artigos 357, II²³, 370²⁴ e 371²⁵ demonstram nitidamente o dever fundamental de o magistrado perseguir a verdade possível e nela fundar seu convencimento. Por isso, ele deve delimitar as questões fáticas, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, apreciar aquelas provas constantes nos autos e indicar o motivo do seu conhecimento e de determinado sentido (SILVA, 2017, p. 317).

Fica assim evidente o modelo cooperativo no diálogo probatório, devendo haver a colaboração entre as partes ou sujeitos envolvidos no conflito e o magistrado para alcançar a verdade; uma vez alcançada, o magistrado poderá assimetricamente impor a decisão, fundada na verdade possível alcançada nos autos (SILVA, 2017, p. 317).

O dever fundamental de persecução da verdade também é expresso no artigo 357 do CPC, por exigir que o magistrado resolva as questões processuais pendentes no saneamento processual. Nesse momento, o magistrado deverá distribuir o ônus da prova, definindo o que a parte (sujeito) precisar provar (SILVA, 2017, p. 319).

Vale lembrar que o ônus da prova como regra de julgamento apenas deverá ser usado em último caso, por se tratar de presunção, que pode ir contra a verdade dos fatos e levar a uma decisão injusta por falta de persecução da verdade possível (SILVA, 2017, p. 319).

²⁰ “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; [...]” (BRASIL, 2015).

²¹ “Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente” (BRASIL, 2015).

²² “Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; [...]” (BRASIL, 2015).

²³ “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; [...]” (BRASIL, 2015).

²⁴ “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito” (BRASIL, 2015).

²⁵ “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL, 2015).

Sem maiores esforços argumentativos, no capítulo do CPC/2015 sobre a ação rescisória, há pelo menos duas hipóteses que tratam diretamente desse compromisso do Código com o valor da verdade nas decisões judiciais. Tais hipóteses estão consagradas no artigo 966, incisos VI e VII²⁶.

De acordo com o inciso VI do artigo 966, fica claro que o CPC/2015 busca rescindir o trânsito em julgado de uma decisão que pode estar baseada num conhecimento errôneo sobre os fatos em razão da falsidade demonstrada, o que revela a nítida força normativa do dever fundamental de persecução da verdade possível no processo.

Por outro lado, é pacífico na doutrina que, havendo outras provas e fundamentos, além da prova falsa, a decisão não poderá ser rescindida. A razão é óbvia: havendo outros fundamentos aptos a manter a decisão que se busca rescindir, a decisão não poderá ser desconstituída.

No momento em que a doutrina define ser necessário que a prova seja o fundamento da decisão no juízo rescindendo, confirma-se que se busca não evitar a contaminação da decisão por determinada ilicitude, mas tão somente não permitir que uma decisão baseada em fatos não verdadeiros (ou falsos) se perpetue simplesmente por haver o trânsito em julgado; havendo fatos errôneos, a decisão do juízo neles motivada será injusta, independentemente da teoria da justiça que se adote, visto que o pressuposto de verdade inserto na teoria desenvolvida não mais subsiste.

Outro ponto muito importante com relação à ação rescisória no CPC/2015: a possibilidade de rescisão do julgado quando o autor obtiver prova que seja suficiente para alterar a convicção do magistrado quanto à verdade dos fatos, desde que o autor obtenha “prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável” (CPC, art. 966, VII). Logo, desde que o autor não tenha feito uso dessa prova por circunstâncias alheias à sua vontade.

No CPC/1973, a rescisória era condicionada a um documento novo, entendendo-se que o documento deveria existir anteriormente ao momento em que a decisão que se visava desconstituir fosse proferida.

O CPC/2015 ampliou essa hipótese de cabimento. Com a modificação do texto legislativo, passou-se a permitir a prova documentada e não apenas o documento novo. Atualmente é possível, no entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo,

²⁶ “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável” (BRASIL, 2015).

que seja realizado um exame de DNA após o trânsito em julgado e que essa prova seja documentada e utilizada para garantir alimentos à criança e ao adolescente, obviamente desde que haja a devida documentação dessa prova.

Há uma nítida compatibilização entre os valores segurança jurídica e persecução da verdade possível no processo, visto que a coisa julgada pode ser rescindida em detrimento da verdade dos fatos. Permite-se que a rescisória seja utilizada no caso de haver a possibilidade de o magistrado alcançar a verdade e tomar uma decisão justa.

Vale mencionar ainda que o prazo para a rescisória no caso de prova nova somente começa a contar da data de sua descoberta. Mais uma evidência jurídica de que em alguns casos a verdade poderá prevalecer, inclusive sobre a coisa julgada.

2.6.2 Ônus da prova como “dever” de produção da prova

Devem-se a Carnelutti passos importantes para a definição de “ônus”. Em um primeiro momento, guiando-se pelo grau de liberdade do sujeito, o autor classificou o ônus como espécie de “dever” em sentido amplo. Tal dever teria, como expressão máxima da ausência de liberdade, a sujeição, mitigada progressivamente pela *obrigação*, pelo *ônus* e pela *faculdade* (MARINONI; ARENHART, 2019).

A sujeição representa ausência de liberdade do sujeito, que nada pode fazer senão se sujeitar ao comando da norma. Na obrigação, apesar da existência de um comando determinando um agir, existe certo grau de liberdade para que o indivíduo infrinja a norma, sofrendo a sanção correspondente – o cumprimento corresponde a um interesse de outrem, decorrente de determinado vínculo jurídico. Diante do ônus, o sujeito tem liberdade para agir segundo seus próprios interesses – em conformidade ou em desconformidade. Caso decida desconsiderar o comando normativo, não comete ilícito algum ou sofre qualquer sanção jurídica (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

O ônus é definido como uma espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma predeterminada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada (LEONARDO, 2000, p. 182).

A ideia de ônus, habitualmente, é ligada a um comportamento necessário para a obtenção de um resultado favorável, ao passo que, diante do ônus da prova, a parte que detém o ônus pode obter um resultado favorável mesmo que não o cumpra, ou seja, ainda que sem produzir prova. O julgamento favorável ao autor pode fundamentar-se em provas produzidas de ofício ou pela parte adversa. Isso indica, com clareza, que a produção de prova não é um

comportamento necessário para o julgamento favorável – ou para o resultado favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova sujeitar-se-á ao risco de um resultado desfavorável (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Sendo assim, o ônus da prova não é regra de julgamento sempre, mas tão somente um indicativo de que há maior chance de que a decisão se dê de determinada forma quando não houver a produção, pela parte onerada, da prova. Seria contraditório afirmar um dever de persecução da verdade e a necessidade de que a parte que não produziu a prova tenha um julgamento desfavorável, isso pelo fato de que a teoria da persecução da verdade está relacionada exatamente com a posição ativa do magistrado que deve afastar convicção de dúvida buscando a prova de ofício. O ônus da prova, em resumo, funciona primeiro como dever probatório; somente quando não esclarecido o fato por qualquer dos sujeitos processuais, funcionará como regra de julgamento.

Antes da fixação dos fatos controvertidos, do deferimento das provas e da distribuição do ônus da prova, o juiz deve abrir às partes ampla oportunidade de discussão (diálogo), fundamental para que se possa chegar à definição de quais fatos são controvertidos, quais provas permitem a elucidação dos fatos e quem deve assumir o ônus da prova (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Entretanto, o ambiente de diálogo em que as partes atuarão deve ter como participante também o juiz. O diálogo precisa ocorrer entre os sujeitos processuais, e não somente dizer respeito às partes.

É dever de todos os sujeitos processuais a investigação dos fatos, visto que o juiz e os demandantes propõem as provas de maneira conjunta, em regime de colaboração, pois a disponibilidade do direito material não se transfere para o processo. Tal participação pressupõe, por obviedade, que seja garantida a igualdade entre os demandantes e sua participação (MATTOS, 1999, p. 127-134). Estando todos os sujeitos processuais aptos à produção de provas e estando os principais fatos da causa delimitados pela petição inicial e pela contestação, não há motivo para que o magistrado não participe da determinação dos principais fatos e questões que devem ser elucidados para o julgamento da causa.

Os objetivos principais são racionalizar o desenvolvimento do processo, de maneira que não se perca energia com fatos não controvertidos, e facilitar a compreensão das provas necessárias e adequadas e a distribuição do ônus da prova. Ressalta-se que, antes da produção da prova, será preciso dar às partes a oportunidade de falar sobre a importância da elucidação do fato e da adequação da prova (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Em sentido similar, denomina-se individualização fática o estabelecimento dos fatos que devem ser provados e dos meios de prova que devem ser utilizados para prová-los, visto que os enunciados das partes têm pretensão de verdade, mas precisam submeter-se a controle e confirmação, o que ocorre por meio da prova (TARUFFO, 2005, p. 117-118). Observe-se que se trata exatamente da definição dos fatos controvertidos, sobre os quais recairá a prova.

Em relação à diferença entre o direito à prova e a regra do ônus da prova, o primeiro é somente um indicativo à parte de que a produção da prova lhe confere maiores chances de obter um julgamento favorável. Ainda que o ônus da prova seja associado ao risco da sua não produção, não é possível negar que a parte que possui esse ônus tem o direito de produzir todas as provas adequadas à demonstração do seu direito. O ônus e o direito não são sinônimos, posto que o ônus tem a ver com as consequências processuais do comportamento da parte, enquanto o direito se dirige contra o Estado, que não pode negar o direito de produzir prova²⁷ (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Entretanto, sobre a questão levantada, o fato de uma prova ser convincente não elimina a possibilidade de o juiz formar o seu convencimento em sentido diverso. Tratando-se do direito à prova, convincente é apenas uma qualidade da prova, e isso não retira a possibilidade de que outra prova leve a julgamento diverso. Daí ser possível verificar que o direito à prova precisa ser respeitado independentemente da distribuição que é feita do ônus da prova. Negar a produção de determinada prova poderia ser considerado inclusive uma violação do artigo 77, I²⁸, do CPC/2015, bem como de toda a sistemática normativa que fundamenta o dever da persecução da verdade, já mencionada anteriormente.

2.6.3 Presunções

2.6.3.1 Presunções judiciais

Presunções judiciais são ilações retiradas da ocorrência de um fato pela verificação (prova) de outro, por meio de raciocínio elaborado exclusivamente pelo juiz – sem qualquer interferência *a priori* do legislador. Segundo Andrea Proto Pisani, adquirido o conhecimento

²⁷ Não se tolera sobretudo que o juiz ou o tribunal possa indeferir a produção de prova relevante e, posteriormente, aplicar o ônus da prova para prejudicar aquele que requereu a produção de prova indeferida. Nessa linha, já compreendeu o STJ configurar cerceamento de defesa “quando o juiz indefere produção de provas requeridas e, em seguida, julga o pedido improcedente por força, justamente, da insuficiência de provas” (STJ (2. Turma). REsp 1.805.500/RS. Relator: Min. Herman Benjamin. Publicação: *DJe* 17/06/2019).

²⁸ “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade”.

de um fato secundário por meio de fontes materiais de prova e elaborado um raciocínio judicial que permita deduzir dele o fato principal ignorado, há presunção judicial (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

O conhecimento (dedução) do fato resulta de uma inferência lógica, sem comprovação direta, a partir da comprovação de outros fatos que levam a crer na ocorrência do fato inferido pela presunção do juízo da causa. Existe um fato secundário provado alheio àquele que se busca provar, que é considerado provado por meio de um critério racional indutivo baseado na normalidade da ocorrência das coisas ou na probabilidade lógica de terem ocorrido de determinada forma judicial (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

O grau de credibilidade da presunção judicial repousa na convicção da procedência da ilação formulada. Exemplificando: verificada a ocorrência do fato X, sempre haverá a ocorrência do fato Y, de modo que, da ocorrência de X, o juízo pode inferir a ocorrência de Y; quanto maior a probabilidade de o fato X ocorrer ou quanto maior a veracidade de X, maior será a probabilidade de Y ser verdadeiro. É evidentemente necessário que a fórmula silogística seja verdadeira, ou seja, que de fato a ocorrência de X sempre levará à ocorrência de Y – sem essa relação lógica, não se pode aferir com precisão a ocorrência de Y (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Na lição de Marinoni e Arenhart (2019), as presunções constituem o resultado do raciocínio judicial que parte do indício (fato indiciário) e de sua prova (indiciária). Isso significa que a presunção é um juízo, e não uma prova ou um fato. Não pode ser considerada dessa forma.

Cabe mencionar que o juiz pode indeferir a produção da prova do indício do qual decorrerá a presunção se verificar que, ainda que se tenha esse fato como provado, o fato primário não o segue como consequência, seja porque do fato provado (indício) podem, segundo as máximas da experiência, resultar inúmeros outros fatos, e não somente o que se pretende como conclusão lógica, posto que isso retiraria qualquer credibilidade da presunção, seja porque o fato provado não é capaz de gerar a elaboração mental indutiva pretendida. Ora, a validade da ponte mental hipotética para a certeza do fato que se pretende efetivamente ter como provado é elemento indispensável para a garantia do raciocínio idôneo e da probabilidade de veracidade da presunção (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Finalmente, é importante considerar que o valor da presunção se fundamenta em sua capacidade de satisfazer os seus aspectos *intensivo* e *extensivo*²⁹. O critério *extensivo* diz respeito ao fato de a presunção ser apta a demonstrar a totalidade do fato probando, ou seja, o

²⁹ As denominações são oriundas do direito americano (v. JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. Civil procedure cit., p. 349).

fato principal, que se pretende provar. Para o critério *intensivo*, é relevante saber se do fato indiciário pode decorrer outro fato que não o que se pretende provar. Logo, a demonstração, pela parte contrária, de que o indício não cobre a totalidade do fato probando, ou ainda de que do fato secundário podem advir outros fatos que não somente o fato principal, é elemento que abala a credibilidade da presunção – quanto mais forte essa demonstração, menos razoável se apresenta a utilização da presunção (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

É sempre importante observar que a presunção tem a função de suprir um vácuo de vivência que não pôde ser suprido com a persecução da verdade, ou seja, o instituto visa estabelecer fatos que não foram estabelecidos adequadamente, em virtude da própria limitação do processo para definir os fatos. Sendo assim, ela precisa ser minimamente coerente com a versão de mundo que se apresenta com as demais provas, não podendo dissociar-se em muito daquilo que foi estabelecido pela teoria da demonstração dos fatos e pelas teorias da argumentação que foram utilizadas.

Frise-se que a presunção judicial não exige que a regra de experiência faça concluir, de modo preciso e absoluto, que do fato indiciário decorre o fato probando. Isso, aliás, diante da possibilidade de soma ou de contradição entre as presunções judiciais, é bastante evidente. Contudo, nada pode impedir, em casos excepcionais, que o juiz forme um juízo de procedência a partir de presunções que apontem apenas para uma “verossimilhança preponderante”. Obviamente que o instituto deve ser utilizado como *ultima ratio* somente quando a verdade não pode ser alcançada, devendo, em todo caso, ser perseguida, sob pena de a decisão ser injusta e a tutela jurisdicional, prestada de maneira inadequada (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Considerando a própria fragilidade da presunção judicial, não é correta a sua utilização *a priori*. A presunção judicial é um instituto elaborado a fim de suprir a falta de prova sobre determinado fato controvertido. A assertiva, para ser considerada, primeiro deve ser fundamentada com elementos de prova e, somente se não for possível determinar sua veracidade com base nesses elementos, passa-se a tentar firmar o raciocínio indutivo que conduza à presunção do juízo em relação a determinado fato.

Nesse caso, a presunção pressupõe o esgotamento da persecução da verdade por sua própria natureza, considerando que o órgão julgador, que tem o dever de buscar a verdade, é o mesmo órgão que aplicará a presunção quando falhar na primeira atividade. Trata-se de pressuposto lógico o prévio esgotamento de busca da prova para a posterior busca de uma presunção que se direcione a determinado fato.

2.6.3.2 Presunções legais relativas

Não há uma grande diferença entre as presunções judiciais e as presunções legais relativas. A diferença reside no fato de que, no caso das presunções legais relativas, o raciocínio silogístico racional indutivo é realizado pelo legislador, e não pelo juízo.

Em um e em outro caso, estabelece-se entre dois fatos uma relação que permite, certificando-se a ocorrência do primeiro, afirmar a ocorrência do segundo, pelo simples motivo de andarem normalmente juntos. Em um caso, deixa-se ao órgão judicial o estabelecimento da correlação entre os dois fatos, ao passo que no outro é o próprio legislador quem dá como pressuposta a correlação. Cabe mencionar que existe a possibilidade de que venham aos autos elementos capazes de demonstrar que, naquele caso concreto, não existe o nexo, tendo-se passado as coisas de modo diverso do costumeiro. Ao órgão judicial, naturalmente, competirá valorar a prova colhida, a fim de verificar se ela tem ou não suficiente força persuasiva para afastar a presunção (MOREIRA, 1977, p. 59-60). Obviamente que a valoração dependerá do conjunto probatório dos autos, sem que se possa adotar a presunção legal relativa com a desconsideração dos demais elementos de prova.

Na presunção relativa, ainda que o legislador tenha partido de um tipo de raciocínio semelhante ao que o juiz desenvolve para chegar a uma presunção judicial, a presunção é uma consequência jurídica (gerada pela norma jurídica), enquanto na presunção judicial é uma consequência lógica. Portanto, se a presunção judicial é um mecanismo de convencimento do juiz, a presunção relativa nada mais é do que a imposição de um dever de dividir o ônus da prova de determinado modo (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Segundo o artigo 373 do CPC/2015, ao autor incumbe a prova do fato constitutivo e ao réu, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Isso quer dizer que o ônus da prova é normalmente distribuído segundo tal dizer legal. Porém, quando sobre determinado fato incide uma presunção legal relativa, a parte a quem essa presunção prejudica fica com o ônus de provar o contrário, pouco importando a sua posição no processo. Essa “distribuição” do ônus da prova é feita não mais com base em um critério processual, mas a partir de uma situação que caracteriza determinado sujeito perante o direito material (MOREIRA, 1977, p. 60).

Nesse sentido, é possível compreender que as presunções relativas representam uma das técnicas adotadas pelo legislador para qualificar como impeditiva, e não constitutiva, a relevância de um fato no âmbito da específica hipótese legal abstrata (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

A afirmação acima não contradiz o fato de a presunção relativa admitir prova em contrário, por isso é relativa. Assim, para ser mais preciso, parece adequado simplesmente

afirmar que a presunção relativa considera um fato provado, mas abre oportunidade para que ele seja provado em contrário pela parte que não teria o ônus da prova, com a advertência de que a presunção relativa não se limita a simplesmente distribuir o ônus da prova como dever de apresentar a prova, mas fixa as consequências jurídicas (regra de julgamento) da ausência de prova contrária ao fato presumido (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

A presunção relativa é um meio de distribuição do ônus da prova conforme determinado raciocínio silogístico. Em outras palavras: não sendo possível a comprovação de um fato, a legislação sugere que se dê o fato por ocorrido de determinada forma – impedindo o não julgamento ou reduzindo as exigências probatórias de certo feito. Trata-se de permissão para a redução da formação do convencimento judicial adequado ao caso concreto (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.), sempre, porém, com a persecução, apriorística, da verdade a partir da comprovação dos fatos – conforme mencionado, com a utilização de técnicas cognoscitivas (teoria da demonstração dos fatos) e, somente posteriormente, caso necessário, das técnicas persuasivas (teoria da argumentação).

Diferentemente da presunção judicial, em que a presunção é realizada por um raciocínio silogístico do próprio órgão responsável pela persecução da verdade, na presunção relativa o legislador atua como gerador do raciocínio mencionado. O juiz assume o dever de avaliar a procedência de tal raciocínio bem como o esgotamento das fontes de prova antes de fazer uso da presunção legal relativa – tudo isso em decorrência do dever fundamental de persecução da verdade, mencionado em tópico anterior.

2.6.3.3 Presunções legais absolutas

A presunção legal absoluta está vinculada ao direito material, conduzindo o legislador a transformar um fato indiciário em um fato principal. Ao fato indiciário, soma-se a consequência jurídica que seria própria do fato principal.

Os critérios que determinaram a previsão normativa da presunção absoluta dizem respeito a uma opção do legislador e, portanto, inscrevem-se no plano da política legislativa. Sua relevância é pré-jurídica. Uma vez editada a norma, a respectiva eficácia manifesta-se com autonomia em relação aos motivos que levaram à sua edição; não fica obscurecida a verdade pelo papel que eventualmente possa desempenhar a *ratio legis* em matéria de interpretação. Na presunção relativa, o que se dispensa é apenas a prova de certo fato; na presunção absoluta, dispensa-se o próprio fato, em si mesmo (MOREIRA, 1977, p. 62-64).

Desse modo, a presunção absoluta não tem vinculação com um eventual raciocínio indutivo que leve à presunção ou mesmo a determinada distribuição de poderes e posições pelo legislador em casos específicos; na verdade, tem sua eficácia vinculada à simples edição da norma que a produz – independentemente da ocorrência do próprio fato.

Para a validade da presunção imposta pela lei de forma absoluta, nenhuma outra indagação é permitida ao juiz, nem a de questionar as premissas em que se embasa a presunção, nem mesmo a de verificar se, no caso concreto, permanece válida a suposição do legislador (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Essa negativa de valoração pelo juiz decorre do fato de que, na presunção absoluta, altera-se o próprio suporte fático abstrato que rege a situação. Em outras palavras, a presunção absoluta não apenas importa em uma redistribuição do ônus da prova, mas também influi na própria regra de direito material, que passa a incorporar em sua hipótese descritiva os novos elementos contidos na norma da presunção absoluta. Essa é a razão pela qual não se admite, diante das presunções absolutas, a prova em contrário, nem mesmo se considera viável que o juiz afaste essa presunção diante da completa ilogicidade do silogismo (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

No caso das presunções absolutas, não se trata de qualquer raciocínio indutivo; trata-se, antes, de verdadeira alteração do suporte fático abstrato de determinada norma. A presunção, em verdade, não é presunção, é consequência jurídica de determinado *suporte* fático. Desse modo, o raciocínio silogístico é completamente irrelevante, não sendo necessário que a persecução da verdade se apoie nos fundamentos daquela presunção.

A persecução da verdade deve dizer respeito ao fato indiciário que gera a presunção, já que nesse caso ele compõe a própria norma, e não o fato principal. Os efeitos jurídicos estão a ele vinculados. Podemos citar como exemplo as regras de impedimento: um pai juiz recebe a petição de um filho advogado, motivando sua decisão no fato de que não tem relação alguma com seu filho e por isso não haveria impedimento para o julgamento da causa; nesse caso, independentemente da origem da presunção absoluta, estando preenchido o suporte fático que a autoriza, ela gerará os efeitos jurídicos – no caso, o impedimento do magistrado. Não se trata de presunção em seu sentido estrito, trata-se de verdadeira norma, com consequências jurídicas a partir da incidência da norma no suporte fático.

2.6.3.4 Regras de experiência

Inicialmente, cumpre esclarecer que, para formar seu raciocínio decisório em determinados litígios, o juiz pode utilizar regras de experiência, cujo objetivo é permitir a análise da relação entre indício e fato essencial. Tais regras podem ser de natureza comum ou técnica – ambas tratadas no artigo 375 do CPC/2015.

Regras de experiência comum decorrem de generalizações feitas pela própria sociedade com base em suas crenças religiosas, regras morais ou mesmo leis naturais, lógicas ou científicas³⁰. De outro lado, regras de experiência técnica decorrem do conhecimento técnico científico sobre determinada situação (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

As regras de experiência comum não são apenas aquelas que, induzidas da experiência, permitem um raciocínio dedutivo capaz de afirmar a verdade de um fato; são também aquelas que surgem do senso comum. Ancoradas na experiência, são fundamentais para que o juiz compreenda determinado fato e a relação entre o indício e o fato essencial, ainda que não possam garantir a incontestabilidade do raciocínio que ligou um ao outro (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Obviamente que, pela fragilidade e pela contestabilidade de determinadas regras de experiência, considerando que derivam do senso comum, é essencial que sejam controladas pelas partes. O juiz, por meio de argumentação racional, deve demonstrar a idoneidade da regra de experiência, assim como a oportunidade do seu uso para a decisão. Somente assim será possível racionalizar a utilização das regras de experiência e permitir o seu controle (MARINONI; ARENHART, 2019).

As decisões, na prática, não tratam das regras de experiência, e muitas vezes o juiz e as partes nem percebem a sua utilização. Portanto, a exigência de argumentação racional sobre a validade das regras de experiência, embora imprescindível para a racionalidade da decisão e para o adequado uso do recurso, não existe no cotidiano forense (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.). Entretanto, cumpre conhecer seu conceito e as formas de seu controle, porque poderão ser utilizadas no raciocínio decisório do magistrado.

2.6.3.5 Regras de experiência comum e formas de controle e de aplicação

³⁰ Poder-se-iam confundir as regras de experiência comum que decorrem do pensamento científico com as regras de experiência técnica, visto que ambas decorrem, fundamentalmente, do pensamento científico. Todavia, enquanto as primeiras tratam de uma visão do senso comum sobre a ciência, as segundas resultam diretamente do pensamento científico.

É importante que as partes possam contestar a idoneidade de determinada regra de experiência aplicada pelo magistrado, posto que seu fundamento é o próprio senso comum, estando suscetível a eventual mau uso.

Em primeiro lugar, a motivação deve demonstrar que a regra de experiência é contemporânea do momento em que a decisão é tomada e remete ao que acontece na sociedade, não bastando a sua relação com algumas pessoas. Em outras palavras: a regra de experiência deve ser extraída do senso comum da coletividade ou da comunidade em que o fato a ser demonstrado está inserido. Trata-se do controle pela proveniência e pela atualidade da regra de experiência (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Ocorrendo contradição entre regras de experiência comum, nenhuma delas merece presunção de credibilidade. Diante de uma circunstância desse tipo, seria arbitrário o uso de uma regra de experiência em vez de outra, a menos que existentes outros argumentos a dar guarida a uma delas (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.) A própria existência de um conflito entre regras de experiência demonstra que, de fato, nenhuma delas pode ser considerada regra de experiência, posto que há divergência na comunidade ou no senso comum da coletividade em que estão inseridas.

Cabe lembrar a premissa de que toda e qualquer regra de experiência circula no patamar da probabilidade. Dessa constatação, decorre a consequência lógica de que a sua idoneidade funda-se em seu grau de probabilidade, ou melhor, na probabilidade que a motivação afirma existir a partir de certos dados. Em sendo assim, não se pode colocar a regra de experiência acima da comprovação de determinado fato, ou mesmo de eventual presunção extraída de raciocínio lógico indutivo. A teoria da comprovação dos fatos e a teoria da argumentação (baseada na lógica silogística) devem sobrepor-se a regras que derivam da pura percepção do senso comum, dada a sua fragilidade comprobatória e argumentativa (pilares da persecução da verdade).

A regra de experiência tem a sua credibilidade reduzida quando possui muitas exceções. É lógico que essa credibilidade se reduz proporcionalmente ao número de exceções, até o ponto de que a regra de experiência possui tantas exceções que deixa de ser regra de experiência. Esclarece-se, por óbvio, que o fato de uma regra de experiência ter exceções não elimina a possibilidade de sua utilização; porém, por reduzir a sua credibilidade, exige que o juiz a confirme a partir de outros argumentos ou provas ou das circunstâncias do caso concreto (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Todos esses mecanismos de controle permitem a utilização das regras de experiência com o mínimo de segurança. Obviamente que uma decisão judicial que esteja fundamentada,

em grande parte, em regras de reconhecimento fica fragilizada por se distanciar da verdade dos fatos. A regra de experiência parte de um conhecimento generalizado, que muitas vezes não considera as nuances do caso concreto. Aferir que determinado fato, sentimento, dor ou angústia foi vivenciado por uma regra social derivada do senso comum não permite uma atividade de substituição das partes pelo magistrado de forma adequada – tornando incerta a justiça da decisão.

2.6.3.6 Regras de experiência técnica e critérios de controle e de aplicabilidade

Como já mencionado, regras de experiência técnica decorrem do conhecimento da comunidade científica sobre determinado fato. O consenso a respeito de uma regra técnica não é imprescindível ou até mesmo desejável, posto que a ciência sempre está em evolução, com técnicas frequentemente modificadas, sendo muito habitual a inexistência de consenso na esfera científica sobre certas questões (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Em certos casos conflitivos, o uso de regras técnicas ainda sem respostas unânimes na ciência permite ao juízo recorrer a um perito. O objetivo da participação do perito é definir os limites da discussão sobre a regra técnica, assim como o seu grau de credibilidade na comunidade científica. Isso facilitaria a definição das próprias questões em que poderiam ser utilizadas determinadas presunções ou mesmo recair a produção probatória, ainda que de forma indireta. Segundo Marinoni e Arenhart, uma questão controvertida para os cientistas não pode ser solucionada por um perito judicial. Nesse caso, a função do perito é explicar a posição da comunidade científica sobre o conteúdo da questão (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

O fato absolutamente natural de não existir definição científica acerca da questão técnica não impede a sua consideração pelo juiz. O juiz não busca alcançar uma verdade da mesma qualidade da verdade científica – as exigências que são impostas aos cientistas são completamente diferentes daquelas que se colocam ao juiz. Acontece que o juiz, ao aplicar uma regra de experiência técnica, deve demonstrá-la na motivação. Se houver dúvida quanto à regra e o juiz não determinar a intervenção pericial, a motivação certamente será falha, e a regra adotada poderá ser objeto de controle por meio de recurso (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Desse modo, fica claro que a regra de experiência científica possui relevância superior à regra de experiência comum, por ser baseada em fundamentos científicos, ainda que não unânimes. Considerando o dever fundamental da persecução da verdade, o magistrado precisa requerer a prova científica quando a situação assim demandar e, em caso de haver divergência

sobre determinada questão controvertida no campo técnico e científico, as teorias da argumentação terão papel importante no convencimento do magistrado, que deverá, fundamentadamente, motivar sua decisão.

Um ponto crucial é compreender que a prova científica, quando puder esclarecer, ainda que parcialmente, determinada questão controvertida, precisará ser usada, sob pena de violação do dever fundamental da persecução da verdade e até de negativa de tutela jurisdicional por violação do acesso à justiça em seu viés probatório³¹.

³¹ Para mais, ler Silva (2014).

3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

3.1 Noções introdutórias

O conceito de fato jurídico serve aos diversos ramos do conhecimento jurídico, enquadrando-se na Teoria Geral do Direito e possuindo *status* de *conceito jurídico fundamental*. Logo, sendo o negócio jurídico uma espécie de fato jurídico, podemos tratá-lo como conceito jurídico fundamental (ou lógico-jurídico) (NOGUEIRA, 2016, p. 121).

Existem elementos mínimos que permitem identificar o negócio jurídico como um conceito da Teoria Geral do Direito. O que não quer dizer que se trate de um conceito imutável e estanque em qualquer âmbito do direito, havendo uma feição do instituto para cada setor do ordenamento jurídico, conforme os valores historicamente eleitos por determinada comunidade. No conceito lógico-jurídico de negócio jurídico, vemos o negócio jurídico civil, o negócio jurídico administrativo, o negócio jurídico processual, entre outros (NOGUEIRA, 2016, p. 122).

Para compreender o conceito de negócio jurídico processual, faz-se necessário compreender o fato jurídico, considerado em seu sentido amplo, bem como as espécies abrangidas pelo referido conceito.

3.2 Fato jurídico *lato sensu* e sua classificação

A doutrina germânica, representada inicialmente pelos pandectistas, identificou alguns elementos essenciais do fato jurídico, considerando também que o fato poderia causar efeitos jurídicos. Um direito nasce, extingue-se e modifica-se a partir do fato jurídico, trata-se de uma verdadeira pronúncia do ordenamento jurídico ligada a determinado fato (WINDSCHEID *apud* MELLO, 1988, p. 107).

A concepção de fato jurídico de Pontes de Miranda é a melhor, pois define de maneira precisa o instituto, analisando seus principais elementos estruturais. Pontes de Miranda (1974, p. 77) afirma que “fato jurídico é o fato ou complexo de fatos em que houve a incidência de uma regra jurídica”. Assim, pode-se afirmar que o fato jurídico *lato sensu* deriva da incidência da norma (suporte fático) no fato.

Quanto à classificação dos fatos jurídicos, seus elementos substanciais residem nos dados contidos no suporte fático hipotético. Denomina-se elemento cerne aquele núcleo que caracteriza o fato jurídico como espécie. Pontes de Miranda aponta os seguintes elementos

nucleares diferenciais do fato jurídico: a) conformidade ou não com o direito e b) presença ou ausência do elemento volitivo no suporte fático hipotético do ato (MELLO, 1988, p. 114-115).

Cabe observar que a classificação proposta por Miranda (1974) é toda construída com base no elemento nuclear do suporte fático hipotético (contido no texto normativo) e não na concretude da juridicização, o que delimita as categorias de forma mais precisa.

Existem fatos que se concretizam exatamente como dispõem as prescrições jurídicas – são os denominados fatos lícitos, que estão em conformidade com o direito. Por outro lado, existem os fatos cuja concreção depende de uma violação ou de uma negação do direito – os chamados fatos ilícitos (MELLO, 1988, p. 115).

Aferidos os pressupostos de existência, verifica-se que os fatos jurídicos apresentam dois tipos de características: comuns e particulares. No que diz respeito às características comuns, tanto fatos jurídicos contrários ao direito, quanto fatos jurídicos em conformidade com o direito são *constituídos a partir da incidência de um suporte fático (hipotético) de normas jurídicas em fatos do mundo real (suporte fático concreto)*, passando, por isso, a integrar o mundo jurídico. Além disso, fatos lícitos e ilícitos *geram efeitos jurídicos* (extinção, modificação ou criação de relações jurídicas) (MELLO, 1988, p. 116).

Quanto às características particulares, concernem ao próprio elemento cerne do fato jurídico, aquilo que diferencia o lícito do ilícito, a conformidade ou a não conformidade com o direito (MELLO, 1988, p. 116).

É equivocado afirmar que o fato ilícito não constitui fato jurídico. Na realidade, o único critério para que determinado fato se torne jurídico é o seu ingresso no mundo jurídico a partir do fenômeno da incidência. A ilicitude, portanto, é um elemento nuclear (cerne) de suporte fático de diversos atos e fatos que estão regulados por normas jurídicas. Desse modo, não existe diferença ontológica entre lícito e ilícito, ambos sofrem a incidência juridicizante de uma norma jurídica. A diferença entre lícito e ilícito é axiológica, ou seja, está relacionada com o valor. Isso pode ser observado quando um fato que outrora era lícito passa a ser ilícito e vice-versa, tudo em conformidade com os valores de determinado momento e local (MELLO, 1988, p. 117-118).

A primeira grande classificação dos fatos jurídicos *lato sensu* não pode deixar de distinguir os fatos em conformidade com o direito e os fatos contrários ao direito. A partir dessa divisão, nas respectivas categorias, deve-se verificar a presença ou não de um ato humano volitivo (MELLO, 1988, p. 119).

De acordo com o segundo critério, os fatos jurídicos (lícitos ou ilícitos) assim se classificam: a) fatos cujo suporte fático é um fato da natureza ou de origem animal, em que não há necessariamente a participação de um ato humano – trata-se dos fatos jurídicos *stricto sensu*;

b) fatos jurídicos cujo cerne (essencial) é um ato humano – alguns não consideram a vontade de praticar esse ato, sublinhando seu resultado (ato-fato jurídico); outros consideram a vontade como cerne do fato jurídico *lato sensu*. Os atos jurídicos *lato sensu* subdividem-se em negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu* (MELLO, 1988, p. 120).

Tomando por base a divisão apresentada, examinam-se aqui os fatos lícitos, tanto os que consideram o ato humano que provém da vontade, quanto aqueles fatos de origem natural e animal. Cabe lembrar que o problema do trabalho está relacionado ao negócio jurídico, daí o destaque dado aos fatos jurídicos cujo cerne é o elemento volitivo.

3.2.1 Conceituação das espécies lícitas de fatos jurídicos

3.2.1.1 Fato jurídico *stricto sensu*

Fato jurídico *stricto sensu* é aquele cujo suporte fático é composto, em seu cerne, somente por elementos da natureza, independentemente de qualquer ato humano. Ainda que haja elementos humanos no suporte fático, eles não estarão ligados ao cerne do ato (elementos essenciais). A classificação é realizada com base no suporte fático abstrato, está relacionada não com a concretude, mas tão somente com os elementos essenciais (cerne) que compõem o ato (MELLO, 1988, p. 131).

Podemos mencionar como exemplo de fato jurídico *stricto sensu* a morte para o direito civil. É possível que a morte ocorra por assassinato, assim haverá a presença do elemento humano; para o direito civil, porém, o assassinato não está vinculado ao cerne do fato jurídico, não dando azo à alteração de classificação.

3.2.1.2 Ato-fato jurídico

O ato-fato jurídico é o fato jurídico *lato sensu* que, para existir, necessita de uma conduta humana, mas o suporte fático abstrai desse ato qualquer elemento volitivo como relevante. Embora a ação humana precise estar contida na norma, é indiferente a presença ou não de vontade para que os efeitos ocorram. Nesse caso, o fator resultante da prática do ato é muito mais importante que a vontade de praticá-lo (MELLO, 1988, p. 137).

Entre os ato-fatos jurídicos, podemos mencionar os reais, ou materiais, que dão prioridade ao fato resultante, sem considerar o elemento volitivo. Não se leva em conta a vontade de praticar o ato, mas tão somente o resultado, o dado fático com lugar no mundo, que

não pode ser ignorado. Um exemplo é o caso do louco que pinta um quadro, ainda que sem vontade de pintar, e depois o adquire (MELLO, 1988, p. 137).

Os ato-fatos jurídicos também incluem os casos de indenizabilidade sem culpa: quando um ato humano, não contrário ao direito, gera o direito à indenização, independentemente de haver vontade da parte de quem praticou o ato. Poder-se-iam mencionar os casos em que um ato, revestido de um excludente de ilicitude (exercício regular de direito, por exemplo), gera o dever de indenizar, independentemente da vontade do agente. Como exemplo, pode-se citar a combinação do artigo 160, II, com o artigo 1.519 do Código Civil (CC) (MELLO, 1988, p. 138).

Podem-se mencionar os casos de caducidade sem culpa, que trata de situações que têm por efeito a extinção do direito e da pretensão, independentemente de culpa do titular. Normalmente o suporte fático é composto por determinado lapso de tempo e pela inércia do interessado, independentemente da sua vontade (ausência do elemento volitivo), por isso mesmo são atos-fatos jurídicos (MELLO, 1988, p. 140-141).

3.2.1.3 Ato jurídico lato sensu

Os atos jurídicos, por sua vez, podem ser definidos como os atos de vontade humana, realizados em conformidade com o direito, que tendem à produção de efeitos jurídicos. Essa espécie costuma ser denominada ato jurídico *lato sensu* (CÂMARA, 2014, p. 272).

Denomina-se ato jurídico *lato sensu* o fato jurídico cujo suporte fático tenha como cerne a manifestação consciente de vontade, que visa obter um resultado juridicamente protegido, não proibido e possível. Seus elementos essenciais são: 1) *uma exteriorização de vontade*, por meio de manifestação ou de declaração, que constitua o suporte fático abstrato de uma norma jurídica; 2) a *consciência da exteriorização* ou, em outras palavras, o intuito de realizar a conduta referida; 3) a *finalidade de obtenção de um resultado protegido, ou não proibido, pelo direito* e possível (MELLO, 1988, p. 144).

O ato jurídico *lato sensu* é um ato humano volitivo. É necessário que haja a exteriorização da vontade, pois será difícil a apuração de uma reserva mental. A manifestação, primeira forma de exteriorização de vontade, é o comportamento de alguém diante de determinada situação, enquanto a declaração é a manifestação qualificada da vontade. Alguém que joga lixo na rua está manifestando sua vontade de despejá-lo, enquanto alguém que diz que jogará o lixo na rua está declarando tal vontade (MELLO, 1988, p. 145).

O ordenamento jurídico por vezes exigirá a forma qualificada de manifestação de vontade (declaração), não sendo suficiente a mera manifestação da vontade. Portanto, trata-se

de elemento complementar, não essencial, da norma jurídica; quando exigido de uma determinada forma, será necessário para que concretize a existência do ato jurídico (MELLO, 1988, p. 145). Obviamente, quando o direito exigir a simples manifestação de vontade, a declaração servirá, posto que é forma qualificada de manifestação de vontade.

A consciência de vontade que é relevante para o direito exige a consideração daquilo que é declarado e a vontade de declarar. Assim, um gesto involuntário não configura um ato jurídico. Igualmente, quando as circunstâncias de determinado fato conduzirem o sujeito à inconsciência de determinado fato, também o ato jurídico inexistirá, porque sua vontade não era consciente. A consciência da vontade diz respeito não à finalidade de praticar um ato jurídico, mas ao querer aquilo que se manifesta (MELLO, 1988, p. 149-151).

Quanto ao resultado lícito (não proibido ou protegido pelo direito) e possível, quer-se dizer que o objeto do ato jurídico precisa ser lícito e possível. Todo ato jurídico possui uma atribuição prática que a ordem jurídica protege e encampa. Tal atribuição constitui objeto³² do ato jurídico e é caracterizada pela eficácia que lhe concedem as normas jurídicas. Diz-se que um ato jurídico é eficaz quando a atribuição prática que lhe fora concedida pelo ordenamento jurídico atinge seu objetivo. Nem todo ato jurídico será eficaz, mas é necessário que, no mínimo, possa sê-lo – não há ato jurídico quando não houver nem sequer a possibilidade de alteração do conteúdo da esfera jurídica dos sujeitos, por isso a manifestação de vontade precisa ter uma finalidade possível (MELLO, 1988, p. 151-153).

O objeto do ato jurídico *lato sensu* está afeto a três principais aspectos: (in)existência, (i)licitude e (im)possibilidade. A falta (inexistência) de objeto do ato jurídico não gera ato jurídico algum, acarreta a inexistência, para o mundo jurídico, daquilo que foi praticado. A ilicitude e a impossibilidade, geralmente, acarretam a invalidade do ato jurídico, desfiguram o ato jurídico, tornando-o ilícito – quando não implicarem a inexistência do ato – conforme a orientação de cada ordenamento jurídico (MELLO, 1988, p. 154-155).

3.2.1.3.1 Espécies de ato jurídico *lato sensu*

É possível dividir os atos humanos, protegidos ou não vedados pelo direito, que têm como elemento nuclear a vontade, em *atos jurídicos stricto sensu* e *negócios jurídicos*. Os atos jurídicos *stricto sensu* são aqueles que têm sentido predeterminado, sem escolha da categoria

³² Trata-se da atribuição que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico, ou seja, a configuração que altera de algum modo a esfera jurídica dos figurantes. Um ato jurídico implica a criação de direitos e obrigações, alterando de algum modo a relação jurídica que antes ali existia (MELLO, 1988, p. 149-151).

jurídica, seus efeitos são predeterminados e inalteráveis pela vontade dos interessados. Os negócios jurídicos são aqueles em que há liberdade para que os sujeitos determinem os efeitos e limites do autorregramento dos seus interesses, escolhendo o conteúdo eficaz das relações jurídicas que decorram dos referidos atos³³ (MELLO, 1988, p. 156-157).

Em ambos os casos, o suporte fático são atos voluntários e conscientes, que visam a obtenção de uma finalidade não proibida ou protegida pelo ordenamento jurídico. Todavia, como é perceptível, a diferença reside no fato de que, no ato jurídico *stricto sensu*, o poder de escolha é praticamente inexistente, enquanto, no negócio jurídico, o poder existe, variando conforme os seus tipos (MELLO, 1988, p. 157).

Pontes de Miranda (1974, p. 395), em lição sobre a diferença entre negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*, afirma que os segundos são ações humanas que podem subdividir-se em manifestações de vontade, manifestações de conhecimento e manifestações de sentimento; nos negócios jurídicos processuais, o suporte fático é sempre composto pela manifestação de vontade.

O ponto de semelhança está nos atos jurídicos *stricto sensu* que manifestam vontade; a diferença reside no autorregramento da vontade, que somente está presente nos negócios jurídicos. Nos atos jurídicos *stricto sensu*, não cabe aos sujeitos qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas correspondentes. No negócio jurídico, a vontade de produção do efeito (eficácia) é parte do suporte fático ou, em outras palavras, o efeito escolhido pelos sujeitos compõe o suporte fático; já nos atos jurídicos *stricto sensu*, a manifestação de vontade não molda os efeitos produzidos (NOGUEIRA, 2016, p. 134-135).

Desse modo, em que pesem as semelhanças, trata-se de dois atos jurídicos distintos, de modo que é necessário identificar suas principais características e avançar até o conceito de negócio jurídico processual.

3.2.1.3.2 Ato jurídico *stricto sensu*

Um exemplo de ato jurídico *stricto sensu* é o reconhecimento da filiação ilegítima: não há margem para a escolha de categoria jurídica, cabe somente ao genitor declarar o reconhecimento. Os efeitos do reconhecimento são invariáveis e inexcluíveis pelo querer de

³³ Esses atos jurídicos em sentido amplo podem ser divididos, por sua vez, em dois subgrupos: os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos. Ambos são atos de vontade humana lícita e diferenciam-se pela direção da vontade (CÂMARA, 2014, p. 272).

quem reconhece – não há margem de liberdade ou possibilidade de autorregramento (MELLO, 1988, p. 162).

Por isso, essa espécie de ato jurídico não permite a escolha de categoria jurídica, sendo seus efeitos necessários. Em outras palavras, os efeitos são preestabelecidos pelas normas jurídicas de forma invariável (MELLO, 1988, p. 162).

De forma geral, é exigida a mera manifestação para que seja concretizado o suporte fático dos atos jurídicos *stricto sensu*. Todavia, nada impede que seja exigida a manifestação qualificada (declaração) de vontade para a concretização do ato (MELLO, 1988, p. 162-163) – como já informado, tal escolha diz respeito somente à forma do ato jurídico, elemento complementar (não essencial).

Diferentemente do negócio jurídico, o ato jurídico *stricto sensu* consiste no fato jurídico em que o elemento essencial (nuclear) do suporte fático é a manifestação ou a declaração unilateral de vontade, cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas de modo invariável – não cabendo às pessoas poder de escolha ou fixação do conteúdo das relações jurídicas respectivas (MELLO, 1988, p. 162-163).

3.3 Do negócio jurídico ao negócio jurídico processual

3.3.1 Teorias sobre o negócio jurídico

3.3.1.1 Teorias subjetivas: o “dogma da vontade” nos atos negociais

No período dos pandectistas, o negócio jurídico era visto como uma declaração de vontade com a finalidade imediata de produzir efeitos jurídicos (extinguir, modificar ou criar uma dada relação jurídica). Nesse sentido, a vontade torna-se fundamento do negócio jurídico. Falava-se em dogma da vontade justamente porque a vontade era considerada como a desencadeadora dos efeitos jurídicos dos negócios. Negócio seria o ato por meio do qual se produziriam efeitos jurídicos diretamente ligados ao querer externado pelo agente (LEHMANN, 1956, p. 210).

As “teorias subjetivistas” podem ser divididas em três grupos: a) aquelas que consideram a vontade em si, independentemente da declaração externada – sendo provada a ausência de vontade negocial, estaria excluída a validade da declaração externada; b) as teorias que dão maior relevo à declaração de vontade externada, que vincularia o agente ao que foi declarado; c) as intermediárias, que visam vincular o declarante ao conteúdo da declaração,

quando houver interesse digno de proteção do outro figurante. O CC de 2002 não definiu a teoria adotada, o que gera controvérsias sobre o assunto (NOGUEIRA, 2016, p. 125-126).

A última vertente dá ênfase não à vontade de querer, mas à vontade de produzir efeitos práticos, voltados empiricamente para a consecução de um fim jurídico. “O que é verdadeiramente constitutivo do negócio é o comportamento declarativo – a existência de um comportamento que, exteriormente observado, apareça com uma manifestação de vontade de certos efeitos práticos sob a sanção do ordenamento jurídico” (PINTO, 1991, p. 339).

3.3.1.2 Teoria “preceptiva”: o negócio jurídico como norma jurídica

Em contraposição às teorias subjetivas, surgiram as teorias preceptivas ou objetivas, que não definem o negócio em função da vontade do agente. Emilio Betti (2008, p. 88-114) tece as seguintes críticas às teorias subjetivistas: a) a vontade como fator psicológico é incompreensível e incontrolável, pertencendo unicamente ao foro íntimo da consciência individual; b) o negócio não se limita ao espírito, visto que gera um critério de conduta com valor normativo; c) a “mitologia da vontade” traz a crença na onipotência da vontade individual, visto que não há limites para a consciência interna; d) o “dogma da vontade” não justificaria a existência de um querer que é sustentado por uma pessoa viva e capaz, visto que ela pode substituir um querer pelo outro.

A essência normativa do negócio é a autonomia, o autorregramento de interesses nas relações privadas. O particular estabelece um regulamento vinculativo, no seu interesse, para as relações com os outros. O negócio jurídico configura-se como um preceito, por interesse próprio de quem o estabelece, destinado a realizar os efeitos correspondentes na vida (BETTI, 2008, p. 90-102).

O negócio jurídico é fato criador do direito. A norma jurídica é tratada como jurídica por possuir a sanção como mecanismo de coerção para o cumprimento daquele “dever-ser” (KELSEN, 1997, p. 26-30).

Nessa visão, o negócio jurídico não é, por si só, uma norma jurídica, mas pode vir a ser quando em seu preceito houver uma sanção prescrita no caso de descumprimento do dever negocial. Os negócios são normas desde que regulem as relações entre os indivíduos e prescrevam uma sanção para o caso de descumprimento (KELSEN, 1997, p. 184-185).

3.3.1.3 O negócio jurídico como ato de autonomia privada: teoria da autorregulação de interesses

Existem autores que não se filiam às concepções objetivistas (preceptivas e normativistas), mas não aceitam o “dogma da vontade”, transferindo o elemento fundamental do negócio jurídico para a “autonomia privada”. O negócio jurídico seria um ato de autonomia, compreendida como poder dos particulares, indivíduos ou grupos de regular seus próprios interesses e o modo de ser de suas relações jurídicas (MIRABELLI, 1978, p. 12).

O negócio não pode constituir comando, pois nele não se verifica uma posição de supremacia de um sujeito sobre o outro; tampouco pode constituir a si mesmo, pois tudo isso decorreria do próprio ordenamento jurídico. As cláusulas contratuais não são fonte do direito, pois os particulares não possuem poder normativo. O negócio jurídico é o ato de autonomia privada que vincula o sujeito ou os sujeitos que o praticam a ter a conduta conforme o regulamento dos interesses que traçaram (GOMES, 1995, p. 265-267). Gomes aproxima-se da teoria de Betti quando admite a função de regulação de interesses, mas não aceita o caráter preceptivo (NOGUEIRA, 2016, p. 130-131).

Apresentadas as principais teorias do negócio jurídico, faz-se necessário determinar um conceito de negócio jurídico para que se possa avançar no tema do negócio jurídico processual.

3.3.2 Conceito e nuances do negócio jurídico

O direito romano não conhecia a figura do negócio jurídico como uma categoria de caráter geral (ALVES, 1992, p. 184). A adoção de conceitos fundamentais (lógico-jurídicos) apenas foi possível após os glosadores, apesar de utilizados de forma isolada. Coube aos pandectistas sistematizar a noção de negócio jurídico, que havia surgido no século XVIII (WIEACKER, 2004, p. 254).

A época em que surgiu o conceito de negócio jurídico demonstra seu caráter liberal-individualista, relacionado diretamente à ideia de autonomia privada, como livre associação dos indivíduos – traço marcante do Estado Liberal. Todavia, a partir do final do século XX, houve novas tentativas de adequar o negócio jurídico às exigências do Estado Social e a autonomia da vontade à ideia de força normativa da Constituição (NOGUEIRA, 2016, p. 123-124).

O negócio jurídico é um ato pelo qual, em razão do autorregramento da vontade, o sujeito manifesta vontade visando a criação, a extinção ou a modificação de uma relação

jurídica previamente definida no ordenamento jurídico³⁴. A vontade não é o que cria efeitos, na realidade a vontade é tão somente o suporte fático de uma norma. O negócio jurídico é um fato jurídico em que o elemento nuclear do suporte fático é a manifestação consciente da vontade; o sistema jurídico faculta aos sujeitos envolvidos no negócio jurídico, dentro de limites predeterminados e de amplitude variada, o poder de escolha de uma categoria jurídica e do conteúdo eficaz de relações jurídicas, quanto a seu surgimento, sua permanência ou sua intensidade no mundo jurídico (NOGUEIRA, 2016, p. 133-134). O fato jurídico surge da incidência da norma (suporte fático) no fato. No caso dos negócios jurídicos, o suporte fático é a manifestação de vontade, que incide sobre o mundo real dos sujeitos. Essa manifestação de vontade tem amplitude para regular as situações e relações jurídicas que se apresentem.

Como exemplo de negócio jurídico, podem-se mencionar os contratos, em que os figurantes têm liberdade para determinar o conteúdo eficaz da relação jurídica, pactuando estipulações diversas – sempre considerando as limitações que lhes são impostas pelo ordenamento jurídico (MELLO, 1988, p. 167).

O elemento diferenciador dos negócios jurídicos processuais é o autorregramento da vontade, que pode ser definido como um complexo de poderes exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico. Após a incidência da norma jurídica, podem surgir situações jurídicas. É possível localizar a autonomia da vontade em quatro zonas de liberdade: a) liberdade de negociação, que ocorre antes do negócio, com as negociações preliminares; b) liberdade de criação, que torna possível fazer negociações atípicas para servir ao interesse dos indivíduos; c) liberdade de estipulação, que permite estabelecer o conteúdo do negócio e dos efeitos jurídicos; d) liberdade de vinculação, que permite submeter-se ou não ao negócio (MELLO, 2000, p. 141).

O negócio jurídico não é exclusivo do direito privado. O autorregramento também está presente no direito público, inclusive no âmbito processual. É possível mencionar, preliminarmente, que os negócios processuais são aqueles que produzem efeitos processuais (NOGUEIRA, 2016, p. 137-138).

Adota-se aqui o conceito segundo o qual negócio jurídico é *um fato jurídico voluntário, cujo suporte fático, descrito em norma processual, confere ao sujeito poder para determinar a*

³⁴ Cumpre esclarecer que se adota um conceito gradualista de negócio jurídico. Não se quer excluir o negócio jurídico como norma jurídica, como ato de autonomia privada ou mesmo as teorias do dogma da vontade. Na realidade, acredita-se que o negócio jurídico pode adotar todas essas formas. Pode criar o direito a partir de regras exigíveis que serão determinadas pelas partes; pode implicar a possibilidade de autorregulação de interesses; pode ter o objetivo de obter efeitos práticos. Trata-se de conceito gradualista por admitir, em certo grau, todas as teorias do negócio jurídico.

categoria jurídica ou estabelecer certas situações jurídicas processuais, dentro de alguns limites. No negócio jurídico, há escolha de categoria jurídica, do regramento jurídico para determinada situação (DIDIER JR., 2019). Nesse conceito, é indiferente o sujeito que realiza o negócio; também é indiferente se o elemento de vontade integra ou não a cadeia típica formadora do procedimento (NOGUEIRA, 2016, p. 152).

3.3.3 Negócio jurídico processual

3.3.3.1 Objeções ao conceito de negócio jurídico processual

Existem quatro objeções ao conceito de negócio processual: a) o negócio jurídico é uma figura privada, que pode ser fonte de equívocos ao ser levada ao processo e pode atacar a autonomia do Direito Processual; b) atos negociais externos ao processo não têm efeitos processuais ligados à vontade do agente (os efeitos sempre são decorrentes da lei); c) declarações de vontade não produzem efeitos imediatamente, mas tão somente após a intervenção ou intermediação judicial; d) os negócios jurídicos com relevância processual, para o processo, seriam meros fatos (NOGUEIRA, 2016, p. 152-153).

Quanto à primeira objeção, cabe lembrar que o negócio jurídico não é exclusivo do direito privado. Trata-se de um conceito lógico-jurídico, pertencente à teoria do direito, que possui especificidades dependendo da área do direito em que se situe. Além disso, a natureza privatística do negócio jurídico não atentaria contra a autonomia do direito processual – as regras de direito material possuem alguma aplicação nos atos do processo³⁵ (NOGUEIRA, 2016, p. 153).

Existe a certeza de que o autorregramento da vontade, na sua relação com as normas processuais cogentes, encontrará limites significativamente maiores do que no âmbito do direito privado. Todavia, é inquestionável que o ordenamento jurídico brasileiro abre um espaço para que os sujeitos processuais possam influir na construção da atividade do procedimento (NOGUEIRA, 2016, p. 154).

A ideia de que os efeitos do negócio jurídico sempre decorrem da lei e por isso não é a vontade que gera efeitos não convence. Isso porque a previsão em abstrato de qualquer negócio jurídico estará sempre na lei, e os efeitos não decorrerão da vontade. Todavia, isso não descaracteriza os negócios processuais, que são determináveis pelo poder de determinação e de

³⁵ Leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003, p. 610): “a mais grave miopia de que pode padecer um processualista é ver o processo como medida de todas as coisas”.

regramento de determinadas situações jurídicas e de seus resultados (eficácia) (NOGUEIRA, 2016, p. 155).

A concepção de que os negócios jurídicos processuais estariam sempre sujeitos à intervenção ou à intermediação judicial não se sustenta. No direito brasileiro, a regra do artigo 200 do CPC menciona que, salvo no caso da desistência da ação, todos os atos processuais que compõem manifestação de vontade produzem efeitos de imediato. Trata-se da regra da eficácia imediata dos atos processuais das partes (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 287). Isso sem considerar o artigo 190 do CPC/2015, segundo o qual são válidos todos os negócios jurídicos processuais, salvo as hipóteses do seu parágrafo único.

Conceber o negócio processual como simples “fato” para o processo não explica satisfatoriamente o problema, especialmente nos negócios jurídicos feitos fora do procedimento, porque se negaria qualquer importância e eficácia para o processo do instituto. Nesse sentido, o negócio só teria importância para o processo no momento da sua alegação, e não no próprio negócio, o que retira a importância do negócio processual (NOGUEIRA, 2016, p. 156).

Além disso, quando se celebra um negócio processual, ele cria uma situação jurídica a partir do momento em que é celebrado. Na transmissão de um direito litigioso, surge uma situação jurídica processual, que é a possibilidade de intervir no processo como assistente litisconsorcial. Fica nítido que o poder processual surge no momento da celebração do negócio, e não no momento em que é alegado em juízo (NOGUEIRA, 2016, p. 156).

O universo dos negócios processuais é amplo, e grande parte dos atos procedimentais das partes pode ser enquadrada como autêntico negócio processual. A petição inicial e a contestação são exemplos: veiculam uma manifestação de vontade para produzir efeitos jurídicos, dentro de determinados limites. Os que rejeitam os negócios processuais poderiam argumentar que nesses casos os efeitos desses atos (contestação e petição inicial) decorrem da lei (réplica, julgamento parcial etc.) e não da vontade das partes. Todavia, segundo o conceito adotado de negócio jurídico, não é necessário haver uma ligação unívoca entre todos os efeitos desejados pelo sujeito com o negócio jurídico processual. Não é necessário que o agente estipule livremente o conteúdo do negócio para que ele seja considerado negócio jurídico (NOGUEIRA, 2016, p. 158-159).

Negar a existência do negócio processual seria reconhecer a natureza substancial dessas negociações e aplicar o regime jurídico de direito material a essas negociações, o que seria incongruente. Parece certo que o regime processual deve ser aplicado a esse tipo de negociação (NOGUEIRA, 2016, p. 159).

3.3.3.2 *Conceito de negócio jurídico processual*

O negócio jurídico é um ato jurídico *lato sensu* cujo autorregramento consta como elemento essencial, capaz de modificar determinada situação jurídica entre os sujeitos. Já o fato jurídico processual trata de acontecimentos, ainda que extraprocedimentais, que estejam ligados ao processo. Desses acontecimentos resultam situações jurídicas que são exercitáveis no âmbito do procedimento (NOGUEIRA, 2016, p. 152).

Sendo assim, pode-se classificar o negócio jurídico processual como o fato jurídico voluntário cujo suporte fático, descrito na norma processual, confere ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou de estabelecer, dentro de alguns limites dispostos no ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais (NOGUEIRA, 2016, p. 152).

3.3.3.3 *Considerações sobre a cláusula atípica de negociação processual*

Os termos “negócio jurídico processual”, “convenção processual” e “acordo processual” são aqui utilizados indistintamente, embora certos doutrinadores identifiquem diferenças entre eles³⁶.

No CPC/1973, as normas sobre essa matéria eram restritivas, eram enumerados alguns casos em que poderia haver o negócio sobre o procedimento. No CPC/2015, apenas houve um aumento das hipóteses de negociação processual, com o surgimento de uma cláusula atípica (ATAÍDE JÚNIOR, 2016, p. 257).

Os acordos processuais valorizam o diálogo entre as partes (sujeitos) e o juiz (Poder Judiciário), permitindo que haja uma adequação do procedimento ao direito material em que se baseia o litígio (NOGUEIRA, 2016, p. 227).

Pode haver acordos estáticos, que apenas definem o procedimento que será aplicado ao caso, um procedimento já existente, sem criar ou personalizar o procedimento. Há também o procedimento dinâmico, aquele em que as partes (os sujeitos) efetivamente personalizam o

³⁶ Para Talamini (2015), por exemplo, “negócio jurídico processual” tem sentido amplo, compreendendo todo ato jurídico cujo conteúdo é delimitado pela vontade do(s) celebrante(s) e podendo ocorrer tanto de modo unilateral quanto de modo bilateral. O negócio jurídico processual realizado de modo bilateral denomina-se “convenção processual”. Há, portanto, uma diferença entre os institutos. Ademais, outro tema que merece destaque é a natureza jurídica do negócio jurídico processual, que permite antever as suas implicações processuais e até mesmo o modo como é utilizado. Entretanto, devido ao corte metodológico do presente trabalho, essa problemática não será aqui desenvolvida.

procedimento, criando um modelo que ainda não está previsto ou, embora previsto, é modificado em alguma de suas fases (NOGUEIRA, 2016, p. 228).

O artigo 190 do CPC/2015³⁷ trouxe uma cláusula atípica de negócio processual ou cláusula aberta. Surge então a positivação do princípio do autorregramento das partes (sujeitos envolvidos nos conflitos, problemas e insatisfações sociais (CPIS)), sendo permitida a negociação sobre os ônus e faculdades, bem como sobre direitos e deveres no processo, obviamente havendo limitações (NOGUEIRA, 2016, p. 226).

Esses negócios alteram a regra do processo e não o objeto litigioso da demanda, podendo sucumbir e criar regras processuais, dependendo do caso concreto (DIDIER JR., 2019, p. 430).

O controle apenas deverá ser feito em casos de invalidade ou de ilegalidade; caso não haja tais vícios, o magistrado deverá dar os meios para a implementação daquilo que foi acordado pelas partes (sujeitos) sobre o procedimento (NOGUEIRA, 2016, p. 229-230).

A limitação dessa convenção processual encontra-se no próprio CPC/2015, no parágrafo único de seu artigo 190, que prevê ser necessário o controle de validade pelo magistrado, de ofício ou a requerimento dos sujeitos.

O CPC/2015 consagrou um modelo de processo público, mas impregnado pelo direito fundamental à liberdade (DIDER JR., 2019, p. 164-169), ou seja, um modelo em que a autonomia da vontade das partes pode e muitas vezes deve ser considerada pelo juiz.

Nesse contexto, a cláusula atípica de negociação processual sancionou a expressão do diálogo e a cooperação processual: o pacto entre as partes ou os sujeitos envolvidos no conflito. O referido dizer legislativo ampliou a participação dos sujeitos envolvidos no processo, demonstrando seu caráter democrático.

O magistrado atua com a função de gerir e de controlar os negócios jurídicos processuais, estando vinculado ao que foi pactuado pelas partes (pelos sujeitos), obviamente quando aquilo que foi pactuado for válido e não for passível de controle (TOMÉ, 2018, p. 6).

Ainda que estejamos diante de uma situação em que o controle por parte do magistrado seja exigível, observados os princípios da cooperação, da boa-fé e do diálogo processual, é possível que as partes (os sujeitos) sejam intimados pelo juízo a adequarem a convenção aos dizeres do ordenamento jurídico (GABRIEL; MAZZOLA, 2018, p. 4).

³⁷ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” (BRASIL, 2015).

Ademais, o texto legislativo emprega o advérbio “somente” ao se referir às hipóteses de controle pelo magistrado da convenção processual (CPC, art. 190, parágrafo único³⁸), dando a entender que é necessário que o magistrado privilegie a autonomia da vontade e apenas exerça o controle conforme o rol taxativo do artigo 190, observados, por óbvio, os requisitos de validade de qualquer negócio jurídico (GABRIEL; MAZZOLA, 2018, p. 4).

Em relação ao controle das convenções processuais pelo magistrado, é oportuno mencionar que não cabe o juízo de conveniência do negócio jurídico processual feito entre os sujeitos. É necessário que o juiz explique aos sujeitos envolvidos as vantagens e desvantagens da convenção, mas nunca poderá efetivar controle sobre ela, exceto se ocorrer uma das hipóteses de controle – aplica-se, assim, o brocardo *in dubio pro libertate*³⁹.

Nesse prisma, é notável o aumento da autonomia da vontade dos sujeitos envolvidos nos conflitos para definir o regramento adequado ao objeto litigioso do processo. Uma grande quantidade de convenções processuais é possível para os sujeitos, sem que haja rejeição pelo magistrado.

Isso nos permite constatar que muitos valores processuais que antes não poderiam ser adaptados pela via do negócio jurídico processual passaram a sê-lo com o advento do CPC/2015 e sua cláusula atípica de negociação jurídico processual. Dentre esses valores, destaca-se a verdade, que poderá preponderar com o auxílio do instrumento negocial processual.

3.3.3.4 *Considerações sobre a existência, a validade e a eficácia do negócio jurídico processual*

O estudo de qualquer ato jurídico só será realizado adequadamente se considerar que ele deve ser analisado em três esferas: a da existência, a da validade e a da eficácia.

É preciso, inicialmente, verificar se o ato jurídico em exame existe juridicamente. Isso ocorre quando a incidência de uma norma juridicizante em determinado suporte fático concreto transporta o fato para o mundo jurídico (MELLO, 1988, p. 94). Nessa esfera, não se trata de afirmar a validade ou a invalidade do referido fato, a licitude ou a ilicitude, mas tão somente

³⁸ Art.190. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

³⁹ “O *in dubio pro libertate* sugere que uma norma jurídica convencionada obtenha preferência em relação à regra legislada ou à iniciativa do Estado-Juiz, que possui prerrogativas suplementares. Ao magistrado, enquanto um aplicador de normas jurídicas válidas, não cabe manifestar recusa de aplicar a norma jurídica de base negocial, a menos que arque com o ônus argumentativo e demonstre a irregularidade da convenção processual ou a violação às posições subjetivas de direito fundamental em seu núcleo essencial” (VIDAL, 2017, p. 202).

aferir se o fato ingressou no mundo jurídico. Se a resposta for negativa, não será necessário prosseguir na análise; porém, se for positiva, cumpre examinar se o ato jurídico é válido e se produz efeitos. Afirme-se, desde logo, que validade e eficácia são planos distintos, sendo errado dizer, por exemplo, que o ato nulo é aquele que não produz efeitos. O ato nulo não vale, mas pode produzir efeitos. Ato que não produz efeitos é ato ineficaz (CÂMARA, 2013, p. 287). Basta saber, quanto à existência, se houve composição suficiente entre o suporte fático concreto e o suporte fático abstrato, podendo-se confirmar que houve a incidência da norma jurídica⁴⁰.

Quando o elemento nuclear do suporte fático do fato jurídico (*lato sensu*) é a vontade humana (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico), há de se passar pelo plano da validade, no qual o direito fará a triagem entre o que é perfeito (sem vício invalidante) e o que possui defeito. Isso ocorre somente nos fatos jurídicos que possuem como elemento nuclear a vontade humana, pois a invalidade (nulidade e anulabilidade) prende-se aos elementos complementares do suporte fático, relacionados ao sujeito, ao objeto e à forma do ato jurídico (*lato sensu*) (MELLO, 1988, p. 95).

No plano da validade, incidem as normas jurídicas invalidantes. Elas incidem, na verdade, quando o suporte fático ocorre, mas seus reflexos e consequências aparecem somente nesse plano (MELLO, 1988, p. 96).

Já o plano da eficácia diz respeito à parte do mundo jurídico em que os fatos jurídicos produzem seus efeitos – criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz, representado por seus direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções, ou extinguindo-os (MELLO, 1988, p. 96).

Para se chegar ao plano da eficácia, é necessário passar pelo plano da existência. Todavia, não é necessário passar pelo plano da validade em todos os casos. No caso dos fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos e fatos jurídicos ilícitos *lato sensu*, salvo lei especial, basta que existam os fatos para que se passe para o campo da eficácia – os atos irradiam imediatamente seus efeitos (MELLO, 1988, p. 96).

Em relação aos atos jurídicos *stricto sensu* e aos negócios jurídicos, faz-se necessário distinguir três situações: 1) atos jurídicos válidos, 2) atos jurídicos anuláveis e 3) atos jurídicos nulos. No primeiro caso, os atos jurídicos, em regra, ingressam diretamente no plano da

⁴⁰ Caio Mário Pereira registrou, ainda antes da aceitação da união estável e do casamento de pessoas do mesmo sexo, que inexistência jurídica não significa inexistência física. Segundo ele, afirmar que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é inexistente significa apenas que, para o direito, esse ato não é considerado casamento. Porém, ainda que *incidenter tantum*, há a convicção de que o princípio da isonomia, de que decorre a vedação de qualquer tipo de discriminação ligada à opção sexual, deveria já ter levado à admissão, no ordenamento brasileiro, de casamento entre pessoas do mesmo sexo (PEREIRA, 1984, p. 79).

eficácia, mesmo quando pendentes condições suspensivas ou termo. No caso dos atos anuláveis, entram desde logo no campo da eficácia, irradiando seus efeitos, mas podem vir a sofrer a decretação de anulabilidade, sendo então desconstituídos. Já no caso dos atos nulos, em regra, não produzem sua plena eficácia (MELLO, 1988, p. 96-97).

Cabe mencionar, em relação ao terceiro grupo, que não há coincidência entre a nulidade e a ineficácia, embora quase sempre sejam coincidentes. Podem existir casos em que, apesar de nulo, o ato é eficaz, produzindo determinado efeito jurídico. Um exemplo é o casamento putativo, que, em alguns casos, pode gerar determinados efeitos (MELLO, 1988, p. 97).

3.3.3.5 *Validade e eficácia do negócio jurídico processual*

No que concerne à validade e à eficácia do negócio jurídico processual, é fundamental observar o negócio jurídico *lato sensu*, para ter noção do campo de validade geral dos negócios jurídicos, aplicável ao negócio jurídico processual, bem como do campo específico, aplicável somente à convenção processual.

Existem dois campos em que figura o procedimento: o campo-invariável – aquele em que os campos de conhecimento (direito material e processual) possuem os requisitos e características invariáveis, formando, assim, um determinado padrão; o campo-dependente – em que a mudança de área de conhecimento implica o surgimento de novos padrões de referência. Nesse sentido, cabe analisar até que ponto existem campos-invariáveis entre o negócio jurídico processual e o negócio jurídico material (ATAÍDE JUNIOR, 2016, p. 261).

No campo-invariável, a essência (elemento nuclear) de qualquer negócio jurídico (processual ou material) será a manifestação ou a declaração de vontade visando o regramento de determinada situação jurídica, futura ou presente – requisito de existência do negócio jurídico, qualquer que seja (ATAÍDE JUNIOR, 2016, p. 267).

Em relação à validade dos negócios jurídicos no campo-invariável, três requisitos necessariamente precisam ser preenchidos. O primeiro é a capacidade das partes (dos sujeitos), visto que, sem capacidade, o negócio jurídico é nulo. Sem a capacidade ou com manifesta vulnerabilidade, a parte (o sujeito) não possui capacidade para negociar. Outro requisito de validade de qualquer negócio jurídico é a licitude do objeto negociado: sempre que o objeto for ilícito ou o negociado for contra a lei, o negócio será nulo (FARIA, 2016, p. 86-95).

Quanto à licitude do objeto negociado, faz-se necessário reafirmar que não se trata simplesmente de proibição legal de negociar o objeto, trata-se, antes, de *contrariedade ao*

ordenamento jurídico. Abrangem-se assim os direitos fundamentais, as normas fundamentais do processo, seus escopos e as regras e princípios do CPC/2015 e da CRFB.

Além desses requisitos, é necessário que a forma que contenha o negócio jurídico não seja vedada por lei (quando não houver forma específica) ou esteja em conformidade com a lei (quando houver forma específica). Esses requisitos de validade valem tanto para o direito processual quanto para o direito material, em termos de negócio jurídico (ATAÍDE JUNIOR, 2016, p. 268).

A eficácia somente subsistirá em relação às partes (aos sujeitos) que pactuaram o negócio jurídico, sob pena de ilicitude, apenas podendo atingir terceiros quando houver expressa disposição legal (ATAÍDE JUNIOR, 2016, p. 269).

O CPC/1973 mencionava, em seu artigo 486, que “os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”. Essa disposição permitiria interpretar que os vícios da vontade poderiam ser aplicáveis aos atos processuais, visto que são aplicáveis aos atos jurídicos em geral; caberia ainda a ação anulatória de ato jurídico aos atos processuais que não a sentença (salvo a homologatória) (NOGUEIRA, 2016, p. 163).

O CPC/2015, no artigo 966, § 4.º, dispõe que “os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”. Sendo assim, é possível conceber que o ordenamento jurídico brasileiro tem permitido que atos do processo sejam invalidados conforme regras jurídicas substanciais (NOGUEIRA, 2016, p. 163-164).

Quanto aos negócios processuais não abrangidos pelo referido artigo, não se pode afastar, *a priori*, a aplicabilidade das regras de direito material em relação aos vícios de vontade (NOGUEIRA, 2016, p. 165).

A coação moral, por exemplo, pode ser causa de vício de ato processual praticado pela parte, mesmo com a falta de previsão expressa no ordenamento jurídico processual. O dolo, por sua vez, é causa de rescindibilidade da sentença transitada em julgado, sendo pouco razoável argumentar que não poderia ser motivo de anulação de um ato processual anterior à sentença – prevendo o dolo como motivo de rescindibilidade da sentença, ficou evidente o repúdio do ordenamento jurídico brasileiro ao ato processual praticado com esse vício, independentemente de não haver previsão expressa (NOGUEIRA, 2016, p. 165).

O erro, apesar de menos grave, não pode ser afastado sem uma análise do caso concreto. É possível estabelecer uma relação entre o ato processual anulado por erro e o princípio da

cooperação, embora o vício por erro não possua eficácia anulatória. Uma petição inicial não será indeferida ou anulada por conter o vício de vontade erro; todavia, o princípio da cooperação, manifestado pelo dever de prevenção, determina que o magistrado aponte o vício e determine sua correção. Daí porque não é tão simples afastar *a priori* a aplicabilidade dos vícios de vontade do direito material dos atos processuais (NOGUEIRA, 2016, p. 166-167).

Apesar de natureza diversa da processual, os requisitos de validade do negócio jurídico são os mesmos para as hipóteses de nulidade previstas nos artigos 166⁴¹ e 167⁴² do CC de 2002, visto que são normas de ordem pública e podem ser alegadas a qualquer tempo.

Quando se analisa o campo-dependente dos negócios jurídicos processuais, em relação aos seus requisitos de existência, validade e eficácia, surgem outros requisitos, que decorrem do campo de conhecimento do direito processual – transcendem o ponto comum entre o negócio jurídico material e o negócio jurídico processual (ATAÍDE JUNIOR, 2016, p. 269).

Vale mencionar que a legislação é taxativa: o parágrafo único do artigo 190 do CPC/2015 prevê as hipóteses em que o magistrado poderá intervir no negócio jurídico processual e invalidá-lo.

Relativamente a esse campo, no âmbito da validade, para que o negócio jurídico processual seja válido, é necessário que não haja manifesta vulnerabilidade de uma parte (um dos sujeitos); caso contrário, haveria uma quebra da isonomia e não haveria uma paridade de armas entre as partes (os sujeitos) – fazendo com o que o acordo seja anulável. De fato, havendo vulnerabilidade, ocorrerá o descumprimento do requisito da capacidade, que no campo processual é a capacidade processual (FARIA, 2016, p. 86).

Em relação ao objeto, o CPC vigente trouxe a ideia de que o negócio processual apenas poderá ser realizado quando o direito material em questão permitir autocomposição. Não é necessário que o direito seja disponível, pois é possível que haja autocomposição ainda que o direito seja indisponível⁴³.

⁴¹ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibí-lo a prática, sem cominar sanção” (BRASIL, 2002).

⁴² “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1.º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. § 2.º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado” (BRASIL, 2002).

⁴³ O conceito de indisponibilidade deve ser revisitado para mitigar compreensões tão rigorosas que impossibilitam a imediata, contínua e gradual concretização dos direitos, principalmente dos sociais. A indisponibilidade é defendida quando se argui pelo retrocesso de tais direitos, visto que, nesse campo, a indisponibilidade mostra-

Além disso, caso o processo vise afastar alguma norma que garanta o mínimo do devido processo legal, o objeto será considerado ilícito e o negócio, nulo. Ademais, proibiu-se a negociação sobre normas cogentes (FARIA, 2016, p. 93-98), de modo a deixar nítido que a persecução da verdade, derivada da colaboração dos sujeitos, que é núcleo do devido processo legal, não poderá ser objeto de limitação por via do negócio jurídico processual.

Ainda em relação à validade no campo-dependente, é necessário que seja respeitada a forma prescrita pela lei processual ou a não proibida pela lei processual e também que não haja vício de manifestação, uma vez que, havendo vício, o negócio processual poderá ser anulado (ATAÍDE JUNIOR, 2016, p. 270).

Dessa forma, as regras sobre vícios de vontade nos atos jurídicos do direito civil, quando compatíveis⁴⁴ com o processo, podem ser invocadas, sempre sujeitas, porém, aos limites estabelecidos nas regras processuais, até mesmo no que concerne às hipóteses de sanção e da preclusão. Não há disposição expressa no CPC que permita a aplicação das regras de direito substancial aos atos processuais. O recurso da analogia justifica-se para fazer uso da importação daquelas normas, mesmo porque a prática de atos processuais eivados dos vícios de vontade mencionados anteriormente seria incompatível com o direito fundamental do devido processo legal – tudo isso não implica uma violação da autonomia do processo e do direito processual (NOGUEIRA, 2016, p. 167).

A transação é muito discutida, pois está no caminho entre o direito material e o direito processual. Nesse sentido, a melhor forma de explicar tais fenômenos é considerar que existem dois fatos distintos, previstos em regras distintas (CPC E CC), submetidos a duplo regime jurídico (direito material e direito processual). Dessa forma, uma invalidação do negócio jurídico material levará à nulidade de todos os atos processuais decorrentes deles, incluindo a homologação pelo magistrado (NOGUEIRA, 2016, p. 168-169).

Dessa forma, resulta ser possível cogitar que, no direito brasileiro, os negócios processuais estão sujeitos a duplo regime, especialmente em matéria de validade. A conjugação desses regimes provoca importantes consequências, como ser possível a exclusão de declaração

se inflexível, salvo por autorização constitucional em sentido contrário (SILVA, 2016, p. 202). Nesse sentido, a indisponibilidade do interesse precisa ser revista, uma vez que os conflitos distributivos requerem negociações, cumprimentos e acompanhamentos graduais e progressivos, por dependerem, necessariamente, de metas, de objetivos e de resultados a curto, médio e longo prazo (LOPES, 2006, p. 234). Ademais, o paradigma da indisponibilidade não deve recair sobre o objeto, mas em quem pode dispor de tal direito, de modo a possibilitar a negociação e a fruição dos direitos (SILVA, 2016, p. 202).

⁴⁴ Por exemplo, não seriam compatíveis com a estrutura dos atos do processo a aplicação das regras referentes a: lesão, estado de perigo, fraude contra credores, salvo quando se tratar de atos sujeitos a duplo regime jurídico, como é o caso da transação, que está susceptível de invalidação por tais fundamentos. (Nogueira, 2016, p.167)

da invalidade do ato quando a sentença de mérito for favorável a quem aproveite a pronúncia de invalidação (NOGUEIRA, 2016, p. 170).

Em relação à eficácia, quase sempre o negócio processual interferirá na atuação do magistrado, exigindo sua participação, cabendo-lhe o controle de negócios jurídicos processuais em que houver inserção de cláusula abusiva em contrato de adesão e nulidade. Vale mencionar ainda que se aplica o regime de invalidação dos atos processuais, que apenas poderão ser anulados quando houver prejuízo, uma vez que tal regime figura no campo-dependente (ATAÍDE JUNIOR, 2016, p. 271-273).

3.3.3.6 *O formalismo processual*

No plano processual, os limites da autonomia são demarcados pelas normas processuais cuja aplicação é inafastável pelos interessados. Trata-se da tradicional contraposição entre normas dispositivas e normas cogentes: as primeiras impõem ou proíbem comportamentos, sem deixar margem para que os destinatários atuem com sua autonomia; já as do segundo tipo facultam a atuação dos sujeitos, estipulando livremente que vínculo irá regê-los (NOGUEIRA, 2016, p. 160).

Leonardo Greco (2008) aponta como limites da autonomia da vontade nos atos processuais dispositivos: a disponibilidade do direito material, o respeito da paridade de armas e do equilíbrio processual e a observância das normas fundamentais do processo.

Quanto à disponibilidade do direito material, não há uma ligação imediata entre a disponibilidade do direito material e a possibilidade de negociação processual, porque, mesmo quando o direito material for indisponível, pode-se cogitar a celebração de negócios processuais. Isso porque os negócios processuais tratam de situações jurídicas processuais, e não têm como objeto situações jurídicas substanciais – nas quais recairia a indisponibilidade. O segundo limite encontra-se abrangido pelo terceiro, visto que a paridade de armas e o equilíbrio processual são corolários do devido processo legal (NOGUEIRA, 2016, p. 160-161).

Todavia, um dos limites do autorregramento das partes está no *formalismo processual*. Esse conceito abrange as formalidades e os deveres, os poderes e as faculdades dos sujeitos processuais, bem como a organização do procedimento para que o processo alcance as finalidades essenciais a que se propõe. Os limites compreendem a série de normas relativas aos princípios e regras processuais que ordenam a atividade processual (NOGUEIRA, 2016, p. 161-162).

O formalismo visa estabelecer o âmbito da atividade do órgão judicial e das partes, tanto no terreno dos fatos quanto no terreno do direito, regulando os poderes, deveres e faculdades

das partes, e a ordenação da sequência do procedimento, sempre observando os valores e princípios fundamentais do processo civil, especialmente os de origem constitucional (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 118).

O processo não existe por si só, é um produto do homem e, inevitavelmente, um produto de sua cultura. Não existe homem a-histórico ou a-cultural. Dessa forma, torna-se totalmente inadequado conceber o processo como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário – sem conceber os valores humanos e sua cultura no seu desenvolvimento. A própria estrutura processual depende dos valores adotados e não se trata apenas de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo processual, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial (OLIVEIRA, 2006, p. 62-63).

Mesmo nas ordens aparentemente reguladoras do modo de ser do procedimento, não existem considerações de ordem meramente prática; na realidade, constituem expressão de concepções sociais, éticas, políticas, econômicas e jurídicas, subjacentes a determinadas sociedades. Seu emprego também pode significar estratégias de poder direcionadas para determinada finalidade (OLIVEIRA, 2006, p. 64).

O formalismo não é uma técnica justamente pelo fato de que a técnica é neutra, não dotada de valores, enquanto o formalismo é informado por valores e não é neutro do ponto de vista axiológico. Daí a importância de repensar o problema como um todo, examinando as vertentes políticas, culturais e axiológicas dos fatores que determinarão a estruturação e a organização do processo, fincando os fundamentos de um formalismo-valorativo. O formalismo só é lícito na medida em que se presta a organizar um procedimento justo, a “alcançar as finalidades últimas do processo em tempo razoável e, principalmente, colaborar para a justiça material da decisão” (OLIVEIRA, 2006, p. 65).

Os valores a serem idealmente atingidos pelo processo são: a *realização de justiça material* e da *paz social*; a efetividade, a segurança e a organização interna justa do processo (*fair trial*). Os dois primeiros são fins propriamente ditos, enquanto os demais são instrumentos que permitem o alcance desses fins. Naturalmente, a efetividade e a segurança estão em permanente conflito, pois quanto maior a efetividade, menor a segurança, e vice-versa. Por isso, quando a norma não resolver o caso, caberá ao órgão judicial, com o emprego das técnicas hermenêuticas adequadas, ponderar qual valor deve prevalecer (OLIVEIRA, 2006, p. 65). É justamente da realização da justiça material que decorre a impossibilidade de recusar a verdade

como pilar processual – não é possível haver justiça material se não houver uma decisão fundada na verdade dos fatos.

Ainda em relação ao formalismo, sem ele haveria uma desordem processual, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo a arbitrariedade ou a parcialidade do órgão judicial. Nesse sentido, o formalismo também atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que podem exercer o poder estatal. O procedimento seria deixado ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, o que poderia acarretar um desequilíbrio entre as partes (OLIVEIRA, 2006, p. 61).

O formalismo também controla os eventuais excessos de uma parte contra a outra, servindo como poderoso fator de igualação dos contendores entre si. Trata-se de duas facetas: no plano normativo, visa impor uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes, para que o contraditório seja consagrado; no plano do fato, requer o exercício de poderes pelo sujeito processual (OLIVEIRA, 2006, p. 61).

Daí também a influência do formalismo na adequada determinação dos fatos, pois, em princípio, não é possível determinar qual o direito adequado ao caso concreto sem investigar o suporte fático. Daí também a valorização do formalismo na formação e na valorização do material fático que contribui para a decisão da causa (OLIVEIRA, 2006, p. 62).

“Impõe-se, portanto, a veemente rejeição do formalismo oco e vazio, que desconhece o concreto e as finalidades maiores do processo” (OLIVEIRA, 2006, p. 77), evitando a realização da justiça material do caso. O que importa é o conteúdo do ato, não seu nome. Dessa forma, o formalismo atua como meio para impor inúmeros outros limites ao negócio jurídico processual. Considerando que a verdade é um valor consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, o respeito ao formalismo inclui o respeito a tal valor, que compõe, ideológica e positivamente, o sistema jurídico.

4 A PERSECUÇÃO DA VERDADE COMO OBJETO DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

4.1 Considerações iniciais

Inicialmente, é necessário determinar em que sentido é possível aferir a viabilidade de um negócio jurídico processual que trate sobre a persecução da verdade. O negócio processual que tem como objeto a busca da verdade pode ser analisado sob duas perspectivas: negociações que visem reduzir as restrições à persecução da verdade (ampliar as ferramentas de persecução da verdade); negociações que visem ampliar as restrições para a persecução da verdade (reduzir as ferramentas de busca da verdade).

Diante disso, ficam definidas as duas lentes que serão usadas para analisar a validade do negócio jurídico processual que tenha como objeto a persecução da verdade. Fala-se em objeto porque, conforme mencionado anteriormente, ele é a atribuição que permite, dentro de uma negociação, a alteração na esfera jurídica dos sujeitos. Assim, quando se negocia o aumento ou a redução das restrições à persecução da verdade pelo juiz, busca-se ampliar ou reduzir as ferramentas conferidas pelo ordenamento jurídico para que seja realizada a persecução. Portanto, a análise recai sobre o objeto do negócio jurídico processual: a persecução da verdade.

Em resumo: o esforço teórico do presente trabalho consiste na aferição da validade do negócio jurídico processual que tem como objeto a persecução da verdade, no que diz respeito tanto à ampliação das ferramentas para concretizar a busca da verdade quanto à redução das ferramentas destinadas a tanto.

4.2 A relação entre processo, jurisdição e persecução da verdade

Toda a linha de pensamento seguida no decorrer da pesquisa tem como objetivo examinar a posição da verdade na jurisdição e no processo, sua influência no próprio procedimento e nos pressupostos e características da jurisdição e do processo, para, a partir daí, definir o grau de autonomia das partes para dispor das ferramentas de persecução da verdade por meio do negócio jurídico processual (considerando sua conceituação e seu plano de validade).

Apresentados os fundamentos do dever fundamental de persecução da verdade na seção 2, abordar-se-á a fundamentação dos limites do negócio jurídico processual que tenha

como objeto a persecução da verdade – considerando o que foi exposto anteriormente e a posição da persecução da verdade no processo e na jurisdição.

4.2.1 A efetivação do escopo social da jurisdição por meio da justiça da decisão e da juridicidade da decisão e o acesso útil à justiça

4.2.1.1 Persecução da verdade, juridicidade da decisão e processo justo

O escopo social da jurisdição, juntamente com o da própria legislação, diz respeito, entre outros fins, à pacificação do conflito de forma *justa*. Os conflitos geram insatisfações e problemas, que o Estado deve buscar eliminar por meio da atividade legislativa e jurisdicional, a fim de permitir as realizações individuais e coletivas dos membros de determinada sociedade.

É certo que as decisões normalmente geram a pacificação em maior ou menor grau, desde que definitivas, mas o conteúdo das decisões influi em sua legitimidade, daí serem qualificadas como justas.

Quando não se admite qualquer solução para a controvérsia (solução sem critério qualitativo), mas se determina que a decisão da controvérsia deva ser realizada em conformidade com o direito. A ação não tem, unicamente, o objetivo de solucionar a controvérsia, visa apurar a existência de uma situação juridicamente qualificada. Nesse contexto, a conformidade da decisão com o direito torna-se um elemento qualificante (TARUFFO, 2016, p. 138-139). Apuram-se os fatos e o direito para que se possa aplicar a lei da forma correta. Não há sentido na aplicação do direito sem que haja um contexto fático em que será aferida a incidência ou não da norma jurídica.

Existem decisões boas e decisões ruins. Mais do que pôr um fim na controvérsia, é necessário que a decisão proferida seja boa, incluindo um elemento de justiça substancial. É necessário que os fatos sejam apurados de forma satisfatória no processo, pois a posição jurídica somente poderá ser considerada favorável ou desfavorável a partir do estabelecimento mínimo dos fatos. A maioria das normas prevê um fato que, quando ocorrido, gera determinada consequência jurídica – sendo impossível aplicar a consequência jurídica sem que se saiba da ocorrência ou não do fato (TARUFFO, 2016, p. 139-140). A simples aplicação da consequência jurídica, sem a certeza de que a situação que a gerou ocorreu de fato, suscita a completa incerteza acerca da legalidade da decisão.

O afirmado vale para qualquer relação de direito material que esteja sendo discutida em juízo. Como é possível confirmar se a assinatura constante no contrato é mesmo do contratante

sem a utilização de uma perícia grafotécnica? Como seria possível determinar a existência de dano a determinado bem sem a perícia? Sempre que se busca aferir a legalidade de determinada decisão, o primeiro passo é determinar o modo como os fatos ocorreram, somente depois se faz a análise jurídica.

A verdade não pode ser descoberta de modo absoluto, sem limitações ou fora de determinado contexto. Tampouco é possível a tomada de decisão sem antes conhecer os fatos que a fundamentaram. A persecução da verdade é pré-requisito para que se possa efetuar o controle qualitativo das decisões segundo o próprio direito, de acordo com a concepção de fato jurídico aqui adotada.

A noção de justo processo defendida nesta dissertação não tem relação somente com o devido cumprimento e o respeito das garantias processuais, exige também a obtenção de decisões substancialmente justas. Não basta que as garantias processuais sejam respeitadas, rejeita-se a ideia de que o procedimento correto gera *a priori* decisões justas porque, na verdade, com o devido cumprimento do procedimento correto, podem ser tomadas decisões injustas.

O processo justo, conforme já mencionado, comporta um aspecto procedimental (respeito das garantias processuais), um aspecto fático (persecução da verdade e estabelecimento adequado dos fatos) e um aspecto jurídico (correta aplicação do direito ao caso concreto). Somente quando presentes as três condições simultaneamente é que se poderá falar em justo processo (TARUFFO, 2016, p. 142-143).

Desse modo, na concepção adotada de processo justo, a apuração dos fatos é peça fundamental para a existência de um processo justo. É a partir da persecução da prova que poderão ser estabelecidos os fundamentos jurídicos da decisão (incluindo a norma utilizada para decidir e o melhor procedimento).

O respeito das garantias processuais precisa ser efetivado de modo a garantir a igualdade no procedimento. Entretanto, para a correta aplicação do direito, a escolha da norma que será adotada e a apuração correta dos fatos são condições inter-relacionadas. Antes de escolher a norma que será aplicada ao caso, cabe ao juiz definir o “caso”. Não se pode aplicar aleatoriamente uma norma jurídica, especialmente considerando um ordenamento jurídico que defende direitos fundamentais (geralmente princípios), sem antes conhecer o caso concreto.

Ainda que não seja possível definir por completo o caso por limitações físicas e, em último caso, jurídicas, é fundamental que o magistrado, com base nas provas produzidas para determinar a norma apropriada ao caso, esforce-se para estabelecer contornos mínimos e corretamente aplicá-los aos fatos em questão. Sem esse esforço – denominado persecução da verdade –, não se pode falar em um exercício legítimo da atividade jurisdicional.

O negócio jurídico processual que visa reduzir as ferramentas para a busca da prova e, conseqüentemente, da verdade atenta contra a finalidade da jurisdição no seu aspecto social, especificamente no que diz respeito à pacificação dos conflitos de forma justa. Também impossibilita que, por falha na aplicação do direito, fatos essencialmente jurídicos tenham a eficácia que deles se espera. Em resumo: reduz a certeza em relação à ocorrência do fato, o que torna nebulosa a verificação de incidência de determinada norma jurídica e defeituosa a aplicabilidade do próprio direito – atentando contra a *formação do direito*, a *juridicidade da decisão* e a concepção de um *processo justo*, que constituem os pilares da realização do escopo social da jurisdição.

4.2.1.2 Persecução da verdade e acesso à justiça

Conforme mencionado, no acesso à justiça, a tutela de um direito é a possibilidade efetiva de sua apreciação judicial, pois o acesso à jurisdição sempre compreende um aspecto formal, que é representado pela ação e pela defesa, e um aspecto material, que diz respeito à superação dos obstáculos econômicos e sociais para resolver a questão de direito material, o que inclui a produção probatória (direito à prova), até mesmo de ofício.

A prova promove o accertamento dos fatos e permite o conhecimento da realidade de modo a formar o convencimento do juiz na verdade (CREMASCO, 2009, p. 80-81). A partir da prova, é firmado o convencimento do magistrado e confirmada a possibilidade de uma prestação jurisdicional útil – sem a efetivação do direito à prova, não é possível a efetiva análise da demanda. Em outras palavras: sem a produção da prova, o magistrado não poderá proferir decisão condizente com o caso concreto debatido (MARINONI; ARENHART, 2019, n.p.).

Sendo assim, acesso à justiça e direito à prova estão umbilicalmente relacionados no plano da utilidade da prestação jurisdicional. Não é possível conceder um aparelho eletrônico a determinada pessoa que não possui energia elétrica. Do mesmo modo, não se pode oferecer a um jurisdicionado a possibilidade de levar uma demanda ao Poder Judiciário sem que lhe seja concedido o uso de todas as ferramentas disponíveis para analisá-la. Ressalte-se que não se trata de exigência dirigida somente às partes, mas também ao juízo, para que profira uma decisão dotada de padrões qualitativos mínimos.

Um negócio jurídico processual que obstaculize ou busque impedir a produção de determinada prova atenta contra o acesso à justiça. Em não sendo produzida determinada prova, o convencimento judicial fica prejudicado, e, sem o convencimento, a própria análise da demanda fica prejudicada. Ocorre uma verdadeira negativa da tutela jurisdicional quando há

uma negativa de convicção, pela violação do acesso à justiça no seu aspecto útil. Em outras palavras: não se pode permitir ao jurisdicionado acionar o Judiciário em busca da tutela jurisdicional, sem conceder-lhe a efetiva possibilidade de análise do caso.

Não se trata de defesa da má-fé processual, trata-se tão somente de garantir uma prestação jurisdicional que vise superar os obstáculos econômicos e sociais dos jurisdicionados no decorrer do processo – o aspecto material do acesso à justiça, especificamente no seu aspecto probatório.

4.2.2 Substitutividade e dever de persecução da verdade

A substitutividade não é uma característica ausente em alguns casos, é um pré-requisito para que haja o efetivo exercício da atividade jurisdicional. O conceito, segundo os contornos teóricos já apresentados, é o pressuposto filosófico de qualquer atividade em que um sujeito atua na tomada de decisão em nome de terceiro.

Para exemplificar: o advogado, ao postular em nome do seu cliente, faz uso da substitutividade postulatória; o particular, ao conceder a procuração civil, permite que um terceiro o substitua para determinados atos (limitados nos termos do mandado); obviamente, no exercício da jurisdição, o juiz atua substituindo-se aos sujeitos, gerando uma relação de substitutividade jurisdicional.

Ao exercer o direito de ação em relação a um terceiro, o autor incapacita-se para a resolução do seu problema e entrega ao órgão jurisdicional e a advogados a responsabilidade para resolvê-lo. Como já visto, no caso da atividade de substituição exercida pelo magistrado, trata-se de substitutividade jurisdicional (SILVA; ALVES; SIQUEIRA, 2021).

A substitutividade é uma característica inerente à jurisdição. Trata-se de um modelo de heterocomposição: um terceiro substitui as vontades das partes ou dos envolvidos e determina a solução (a gestão) do problema apresentado (de forma derivada) (DIDIER JR., 2019, p. 189). Os sujeitos aceitaram essa forma de solução ou administração do conflito, seja por acordo material individual (arbitragem), seja por contrato social processual (jurisdição pública) (SILVA; OLIVEIRA; SIQUEIRA, 2021, p. 69).

A ação processual somente pode ser concretizada após a definição das versões apresentadas e da versão que se amolda ao pressuposto fático abstrato (descrito na norma), na triagem dos fatos e na adequação da versão da realidade ao pressuposto fático normativo, representando o dever processual de procurar o conteúdo existencial dos acontecimentos.

O vácuo de vivência gera o distanciamento da decisão em relação às partes, com a precarização da substitutividade, característica inerente à função jurisdicional. Para que a função jurisdicional seja adequadamente exercida, não se pode descaracterizá-la, sob pena de violação dos seus próprios fundamentos. Em outras palavras: é ilógico incapacitar-me para resolver meu conflito, concedendo tal poder a terceiro, crendo que ele o fará de acordo com o que realmente ocorreu, e ele não se esforçar para conhecer aquilo que gerou a insatisfação.

A persecução da verdade funciona como um mecanismo de eliminação do vácuo de vivência do magistrado em relação às partes. A prova é o elemento que efetivamente irá eliminar o vácuo, mas é fundamental uma postura ativa do juiz na busca pelo convencimento.

Não há como proferir uma decisão adequada e justa substituindo-se as partes em sentimentos e razões, sem que se conheça o litígio, pois são esses elementos que permitem suprir o vácuo de vivência das partes pelo juiz, que, como não sabe da vida dos litigantes, pouco ou nada sabe dos elementos do litígio.

Desse modo, considerando a tutela jurisdicional “adequada, efetiva e tempestiva” dos direitos por meio de um processo justo, é fundamental adotar todas as técnicas processuais necessárias e idôneas para a sua concretização⁴⁵ (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 23-24).

Assim, um negócio jurídico processual que visa restringir as ferramentas de persecução da verdade, mais que atentar contra o escopo de resolver os conflitos com justiça, atenta contra os próprios pressupostos lógicos de existência da jurisdição. A substitutividade, como já mencionado, não é somente uma mera característica acessória, é um elemento essencial do conceito de jurisdição, funcionando como um pressuposto lógico da atividade. Por isso, não pode ser considerado válido o negócio jurídico processual que atente contra a substitutividade⁴⁶.

4.2.3 Escopo político e persecução da verdade

De forma resumida, os escopos políticos da jurisdição são: afirmação do poder estatal, culto às liberdades e garantia de participação dos jurisdicionados no destino da sociedade.

⁴⁵ O termo utilizado pelos autores mencionados foi “efetivação”. Todavia, considerando a diferenciação terminológica entre efetivação e concretização do direito adotada na pesquisa, entende-se que a palavra “efetivação” foi empregada com o sentido de “concretização”.

⁴⁶ Aceitando-se o argumento de que a substitutividade é elemento essencial da jurisdição, poder-se-ia argumentar que o negócio jurídico processual que impedisse a substitutividade adequada não só seria inválido pela ilicitude do seu objeto, mas também seria inexistente por atentar contra um pré-requisito da atividade jurisdicional. Embora a discussão esteja relacionada ao tema do trabalho, seria aqui necessário um aprofundamento que foge ao escopo fundamental da presente pesquisa. Por isso, considera-se inválido o negócio jurídico processual que atente contra a substitutividade.

Com relação ao poder estatal, não se pode permitir que seja manifestado de qualquer forma e que sua afirmação seja realizada por critérios sem controle ou mesmo arbitrários – especialmente considerando que o modelo de governo vigente é a República. Assim, a verdade atua como critério de controle da própria afirmação do poder estatal. O Estado poderá afirmar seu poder quando a realidade dos fatos demonstrar a legitimidade de sua atuação.

As liberdades dependem de um certo grau de conhecimento e de capacidade por parte dos membros de determinado corpo social. Já se viu que um dos requisitos da autonomia de agência é a possibilidade e a capacidade objetiva que o indivíduo tem de atuar. Não é possível escolher, de maneira confiável, uma opção, entre as demais, sem que se tenha conhecimento prévio do que será escolhido e de quais são as possibilidades – sem isso a autonomia será artificialmente reduzida.

Em relação à garantia de participação dos jurisdicionados nas principais decisões da sociedade, pode-se afirmar que existem diversas ações, especialmente no âmbito da tutela coletiva, que permitem a participação do indivíduo nas decisões da sociedade – na condição de parte ou de sujeito processual. Aqui pouco importa a forma como o jurisdicionado participará, o importante é que seja possível influir nas decisões. Obviamente que a produção de provas em qualquer processo judicial coletivo é uma forma de influenciar a decisão judicial e, portanto, de participar da decisão que será tomada para a sociedade.

No mesmo sentido, ainda em relação ao poder de influência, não é demais lembrar que o juiz atua em regime de substitutividade em relação às partes. Portanto, a decisão judicial precisa levar em consideração o máximo de provas possíveis, posto que só assim entenderá as razões do demandante e poderá, em regime de substitutividade, garantir a participação dos jurisdicionados na decisão judicial.

4.2.4 Escopo jurídico e persecução da verdade

No processo, o escopo jurídico é a aplicação do direito ao caso concreto. Em outras palavras: é realizada a vontade concreta e objetiva do direito. Trata-se de vontade que existe previamente à aplicação, mas que depende das circunstâncias do caso concreto.

A verdade tem relação íntima com o caso concreto ou a vontade concreta. De fato, para que o direito seja aplicado, é necessária não somente a norma abstratamente prevista, mas também uma realidade fática concreta. Somente com a determinação precisa dos fatos é que se poderá fazer ou realizar a vontade concreta do direito; sem essa precisão, poder-se-ia até fazer a vontade abstrata do direito, mas jamais a concreta, que deriva das circunstâncias fáticas.

Um negócio jurídico processual que atente contra a persecução da verdade, restringindo as ferramentas processuais para tanto, atenta contra o escopo jurídico do processo quando impede a determinação fática adequada e, conseqüentemente, torna defeituosa a concretização da vontade concreta do direito.

A violação ou o atentado contra qualquer dos escopos processuais ameaça a razão de ser da jurisdição. Segundo a visão teleológica de jurisdição, existem certos objetivos almejados pela função jurisdicional. Quando o negócio jurídico processual atentar contra os objetivos fundamentais da atividade jurisdicional, não pode ser recepcionado pelo ordenamento jurídico porque estará eivado de invalidade.

4.2.5 O Código de Processo Civil de 2015 e a persecução da verdade

O CPC/2015 trouxe em diversos dispositivos o mandamento fundamental de persecução da verdade. Não há um único dispositivo isolado que gera a normatividade do mandamento, é a sistematização de diversos dispositivos que dispõem sobre o tema verdade.

Os artigos 5.º e 6.º do CPC tratam do tema da boa-fé e da decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável. Ora, de acordo com a boa-fé, o comportamento não deve visar ludibriar determinado sujeito ou mesmo induzi-lo a erro— qualquer atitude, para estar condizente com a boa-fé, precisa estar respaldada pelo conhecimento da realidade dos fatos.

Da mesma forma, conforme o que foi mencionado anteriormente, uma decisão justa de mérito não surge de uma averiguação insuficiente dos fatos. O próprio mundo jurídico depende, em certa medida, de um suporte fático concreto para se formar. Assim, a cooperação para a decisão justa e efetiva de mérito tem como pressuposto o acertamento dos fatos ou, minimamente, a busca por um acertamento dos fatos.

O artigo 7.º do CPC menciona a paridade de tratamento como norma fundamental processual. A paridade é o que fundamenta a possibilidade da busca de ofício da prova pelo magistrado. Somente se pode falar em igualdade material, de modo que as diferenças existentes no plano econômico e social das partes sejam superadas, e isso se concretiza com a atuação ativa do juiz no sentido de permitir que ambas as partes obtenham as provas de que necessitam para o julgamento do mérito.

Os artigos 77, I, 79 e 80 exigem a verdade como dever dos sujeitos envolvidos no conflito e de seus procuradores, estabelecendo punições para os que descumprirem tal mandamento. Os dispositivos dispõem de forma clara que é dever dos sujeitos, incluindo seus procuradores, a atuação conforme a verdade no processo – informando que a atuação no sentido

oposto gerará consequências negativas. Por mais que se busque negar a verdade no campo teórico, é clara a opção do CPC/2015 por estabelecer como valor norteador do processo civil a verdade. Toda a sistemática adotada pelo legislador conduz a tal conclusão.

O saneamento, previsto no artigo 357, novamente demonstra que o magistrado deverá delimitar as questões sobre as quais haverá atividade probatória. Isso em decorrência de sua própria incumbência de decidir o caso. A necessidade de uma substitutividade adequada faz com que o magistrado participe do diálogo probatório com as partes.

Somando-se a isso, os artigos 370 e 371 afirmam a possibilidade (o dever) de o magistrado determinar a produção probatória de ofício, quando entender necessário, e a possibilidade de análise da prova independentemente da parte que tenha juntado aos autos, reiterando que a busca da verdade é atividade de todos os sujeitos: réu, autor e o próprio juiz. As balizas do dever de persecução da verdade são estabelecidas no próprio código com a redução das exigências de provas.

Os principais fundamentos apresentados constroem um imperativo (poder-dever) de persecução da verdade por parte do magistrado. Não se podem ignorar as diretrizes e normas fundamentais do CPC. Considerando a existência de um imperativo nesse sentido, construído a partir de uma das principais (se não a principal) fontes do direito processual civil (a lei), é evidente que o negócio jurídico processual que atente contra o mandamento referido será ilícito e por isso poderá dar ensejo à invalidação.

4.2.6 Limitações do negócio jurídico processual que amplia as ferramentas de persecução da verdade

Inicialmente, importa salientar que direitos fundamentais são pilares do Estado Democrático de Direito, devendo ter aplicabilidade em qualquer caso, inclusive quando contrapostos ao imperativo de persecução da verdade. Considerando que a colisão é inevitável, entende-se ser necessário abordar a compatibilização dos direitos fundamentais nesses casos.

Cabe primeiramente informar que os direitos fundamentais têm a forma de princípios (ALEXY, 2017, p. 116-118)⁴⁷. É fundamental que, em uma leitura constitucional da atividade cognitiva do magistrado, a ponderação entre direitos fundamentais seja feita de modo a seguir tal postulado.

⁴⁷ Desse modo, os princípios são mandamentos nucleares irradiantes sobre as regras, que são normas que buscam concretizá-los, colocando em execução (realização) o mandamento dos princípios, que são fundamentos daquelas (SILVA, 2007, p. 61).

O princípio da proporcionalidade é composto por três máximas que determinarão a proporcionalidade de determinada interpretação. Dessa forma, a análise das máximas pelo aplicador do direito deve seguir uma ordem.

Assim, uma medida deverá ser, primeiramente, adequada, porque, não o sendo, não será possível a análise da necessidade ou da proporcionalidade em sentido estrito. A adequação é uma máxima relacionada com a possibilidade de otimização ante determinada circunstância fática, ou seja, deve ser analisada ante o caso concreto. Segundo o Tribunal Constitucional alemão, “os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado” (SILVA, 2002, p. 35-38).

Dito isso, pode-se afirmar que se deve verificar se a ferramenta mencionada no negócio jurídico processual é adequada para dar mais conhecimento sobre os fatos ao juiz. Não sendo adequada para, no caso concreto, perseguir a verdade, pode-se afirmar que a medida de persecução não será adequada para o caso.

Outra máxima é a necessidade, que trata de estabelecer como os princípios podem atuar como mandamentos de otimização com relação às possibilidades fáticas, da mesma forma que a adequação. O Tribunal Constitucional alemão define-a como “a exigência de que o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo” (ALEXY, 2017, p. 119-120).

Isso decorre do caráter principiológico dos direitos fundamentais. Havendo uma forma de restringir o mínimo possível um dos direitos fundamentais em colisão, o postulado da proporcionalidade indica tal ocorrência. Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido (SILVA, 2002, p. 38). A persecução da verdade entrará em colisão com determinados direitos fundamentais, mas também está vinculada ao direito à tutela jurisdicional no aspecto probatório. É fundamental que o magistrado faça uso da medida menos invasiva e menos gravosa para as partes.

A última máxima, denominada “proporcionalidade em sentido estrito”, decorre do fato de que os princípios são mandamentos de otimização em relação a possibilidades jurídicas. Quando uma norma principiológica colide com outra, é fundamental que se analise a aplicabilidade de uma em confronto com a outra (ALEXY, 2017, p. 117-118). Trata-se do

sopesamento⁴⁸ entre a restrição do princípio (direito fundamental) atingido e a importância do princípio (direito fundamental) que colide com ele. Para que a proporcionalidade seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida de persecução da verdade não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido (SILVA, 2002, p. 40-41).

Assim, o magistrado, ao perseguir a verdade, deve utilizar a máxima da proporcionalidade para determinar em que casos não será possível às partes consagrar instrumentos de persecução da verdade.

Não é objeto do trabalho a análise de casos concretos de colisão entre direitos fundamentais e persecução da verdade. Entretanto, a título de exemplo, poder-se-ia citar o conflito entre a coisa julgada (segurança jurídica) e a tutela jurisdicional (persecução da verdade) – quando o negócio jurídico processual relativizar a coisa julgada se a decisão foi realizada por falta de provas –, o direito fundamental à intimidade – quando a prova perseguida estiver relacionada à esfera privada do indivíduo –, entre outros.

⁴⁸ O resultado de toda ponderação jusfundamental correta será uma norma fundamental com caráter de regra, por meio da qual o caso poderá ser resolvido. Por isso, mesmo quando todas as normas de direito fundamental forem princípios, em alguns casos haverá regras e, em outros, princípios (SILVA, 2007, p. 75).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com todo o exposto, constata-se que a persecução da verdade é essencial à justiça, à justiça da decisão, à aplicação do direito, à concretização dos direitos e à efetivação dos escopos processuais. Para que se possa falar em uma decisão justa, é fundamental que se busque a verdade dos fatos. Um modelo de processo que busca a verdade que se enquadra no contexto do ordenamento jurídico processual brasileiro é o modelo de verdade possível, à luz das teorias críticas da verdade no processo.

Foram demonstradas as possibilidades teóricas, práticas e ideológicas da verdade. Teoricamente a verdade absoluta não tem espaço no processo, no entanto, a verdade possível é um modelo de verdade perseguido no processo para que a decisão seja justa. Do ponto de vista ideológico ou finalístico, não há incompatibilidade entre a resolução de conflitos e a busca da verdade, visto que a forma mais eficaz e justa de resolver o conflito é baseando a decisão na verdade. Finalmente, no prisma prático, o ordenamento jurídico brasileiro fornece ferramentas para que se busque a verdade, como, por exemplo, o modelo do livre convencimento motivado (persuasão racional) e o dever do juiz de buscar a verdade.

A juridicidade e a justiça das decisões, bem como o escopo social que determina a pacificação dos conflitos com justiça também reverberam no campo das provas. Foi demonstrado que somente é possível aferir a legalidade das decisões e proferir decisões justas a partir de um fato demonstrado. Daí o dever do magistrado de perseguir um suporte fático concreto mínimo para garantir a justiça das decisões. O negócio jurídico processual que reduz as ferramentas de persecução da prova atenta contra a legalidade e a justiça das decisões e impede que o escopo social de pacificação dos conflitos com justiça seja efetivado. Por isso, o negócio jurídico processual que possui tal teor deve ser considerado inválido.

Quanto ao escopo político, ficou demonstrado que a participação do cidadão nas decisões da sociedade, a afirmação do poder estatal e a liberdade são objetivos que dependem do conhecimento adequado dos fatos – mostrando-se indispensável a persecução da verdade. No mesmo sentido, o escopo jurídico de fazer valer a vontade concreta e objetiva do direito depende da concretização de um arcabouço fático, sendo indispensável, para a aplicação do direito objetivo, um suporte fático concreto.

O ordenamento jurídico brasileiro também demonstra a obrigatoriedade das normas que tratam da colaboração das partes com a verdade, visando alcançar a decisão justa e efetiva pelo instrumento do processo. O CPC/2015 é repleto de artigos que direcionam ao entendimento sistemático de que a busca da verdade é norma cogente e não pode ser superada, salvo nos casos

expressos em lei. A CRFB/1988 também colabora com tal entendimento, visto que consagrou o princípio do devido processo legal justo, que tem como núcleo mínimo a colaboração das partes para a verdade no processo. Não há motivo para imaginar que o ordenamento jurídico tutela a vitória da parte por esperteza ou mesmo por negligência da outra parte. Assim, considerando que a sistemática fundamental do CPC/2015 exige um poder-dever do juiz de perseguir a verdade, as partes não podem negociar tal poder, impedindo a prestação jurisdicional adequada.

O acesso à justiça útil somente existe quando superadas as dificuldades econômicas e sociais do jurisdicionado no decorrer do procedimento. A única forma de superar esses obstáculos em relação à prova é a persecução da verdade pelo magistrado – que não pode manter-se inerte quando verificar que o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental à tutela jurisdicional justa e efetiva. Em resumo, pode-se afirmar que a não persecução da verdade causa a negativa de tutela jurisdicional por negativa de convicção judicial, com violação do direito fundamental de acesso útil à justiça. Desse modo, quando o negócio jurídico processual reduzir as ferramentas para a persecução da verdade, estará esvaziando de sentido o acesso à justiça, especificamente atacando sua utilidade.

Em relação à substitutividade, evidencia-se que, como elemento essencial da jurisdição, não pode ocorrer de qualquer maneira, ou mesmo ser desnaturada a ponto de ser considerada não essencial. A substitutividade somente ocorre de forma adequada quando o magistrado pode conhecer das razões, emoções e interesses das partes que litigam – esse conhecimento somente é recebido por intermédio da prova. Por isso, é necessário que o magistrado persiga a verdade e conheça ao máximo o caso concreto *sub judice*.

Nesse contexto, como instrumento da autonomia da vontade das partes, o negócio jurídico processual que tenha como objeto a persecução da verdade poderá ser visto sob dois prismas: o da ampliação dos poderes do juiz para a busca da verdade e o da limitação de tais poderes.

Em relação à ampliação, é evidente que haveria um ganho na justiça da decisão que, quando baseada em fatos verdadeiros, poderá ser justa. Dessa forma, não ocorre ilicitude do objeto da convenção processual, sendo possível que ocorra a negociação nesse sentido. Mais que isso, nesse caso, a convenção estará sendo utilizada como instrumento fomentador de decisões mais justas e com maior potencial de gerar pacificação social e conformação das partes. As partes poderiam até negociar sobre as exceções ao dever de colaborar com a verdade expressa no CPC/2015 (art. 388 e art. 404). Isso porque a autonomia da vontade seria utilizada para aumentar o grau de justiça da decisão.

O negócio jurídico é instituto da teoria geral do direito e é emprestado ao ramo do Processo Civil. Obviamente que deve sofrer as devidas adaptações, isso em virtude de se tratar de ramo do direito público, especialmente quando visar regular relações que envolvam direitos (acesso à justiça, decisão de mérito justa etc.) ou institutos do próprio processo (substitutividade, escopos processuais etc.).

Desse modo, quando observamos o prisma do negócio jurídico processual que trata da limitação dos poderes do magistrado de busca da verdade, é necessário ter cautela, visto que a convenção irá contra os mandamentos legais e constitucionais. Nesse caso, ficará configurada a ilicitude do objeto, uma vez que atentará contra um direcionamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro, conforme demonstrado. A ordem jurídica consagrou a autonomia da vontade, mas há limites para isso. Os limites apresentados foram relacionados aos escopos processuais, às características do processo, às garantias processuais e aos direitos afetos ao processo. Mais que ilicitude do objeto, a convenção que atenta contra a verdade no processo vai contra a função pacificadora e o caráter substitutivo da jurisdição.

Em relação aos limites do negócio jurídico processual que amplie as ferramentas de persecução da verdade, entende-se que os direitos fundamentais são as limitações para a persecução da verdade, aferindo-se a validade do negócio jurídico processual por meio da técnica de ponderação proposta por Alexy.

Com isso, fica evidente que a convenção processual pode ser instrumentalizada de forma a consagrar valores jurídicos no processo, sendo a verdade um deles. O controle de validade não pode ser efetuado pelo magistrado nesses casos. Por outro lado, é obrigatório o controle de validade quando desrespeitados esses valores jurídicos pela autonomia da vontade das partes. Também cabe lembrar que a verdade não é o único valor do processo, é necessário que, diante do caso concreto⁴⁹, seja analisada a validade de um negócio jurídico processual que vise expandir as ferramentas de persecução da verdade.

⁴⁹ Poder-se-ia mencionar o confronto entre os valores verdade e segurança jurídica, que estariam afetos ao negócio jurídico processual que visa relativizar a coisa julgada. Seria possível afirmar a validade de um negócio jurídico com tal objeto? Entende-se que o presente trabalho não é suficiente para enfrentar todas as nuances ligadas a tal problemática.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ação de direito material. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 9, n. 33, p. 533-547, jul./set. 2004.
- ARAÚJO, Mayara de Carvalho. *Justiça restaurativa comunitária: análise de efetividade a partir do Programa Conjunto da ONU em Contagem-MG*. 2019. 410 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.
- ARRUDA JR., Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina, 2002.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. t. 1, p. 299-324. (Grandes Temas do Novo CPC, v. 1).
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo: Servanda, 2008.
- BITTENCOURT, Renato Nunes. A filosofia diante do tecnicismo da sociedade de informação. *Revista Espaço Acadêmico*, [s.l.], n. 111, ago. 2010.
- BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. PL 634/1975. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 5 jan. 2022.
- BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. PL 8046/2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 5 jan. 2022.
- CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007.
- CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 10, n. 1, p. 164-192, genn./dic. 1955.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAUÍ, Marilena e outros. *Primeira filosofia: lições introdutórias*. São Paul: Brasiliense, 1984.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

DANTAS, Rodrigo D’Orio. *A imparcialidade no divã: por que árbitros e juízes são naturalmente parciais?* São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. *Una teoría de las necesidades humanas*. Trad. José Antonio Moyano; Alejandro Colás. Barcelona: Icaria Fuhem, 1994.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. Negócios processuais no modelo constitucional de processo. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. t. 2 (Grandes Temas do Novo CPC, v. 1).

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Bari: Laterza, 2007. v. 2.

GABRIEL, Anderson de Paiva; MAZZOLA, Marcelo. O controle das convenções processuais pelo juiz: reflexões sobre a jurisdição contemporânea. *Jota Info*, fev. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/o-controle-das-convencoes-processuais-pelo-juiz-01022018. Acesso em: 5 jan. 2022.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2012.

GODINHO, Robson Renaut. A distribuição dinâmica do ônus da prova e a Constituição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009. cap. 15.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Para François Rabelais, o processo é algo desprezível. *Consultor Jurídico*, 23 set. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-23/embargos-culturais-francois-rabelais-processo-algo-desprezivel>. Acesso em: 31/10/2022.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria geral da jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em*

homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HAACK, Susan. *Seis sinais do cientificismo*. Tradução de Eli Vieira Araujo-Jnr. 2012. Liga Humanista Secular do Brasil, 2012. Disponível em: https://lihs.org.br/wp-content/uploads/2014/06/Haack_Seis_Sinais_de_Cientificismo_LiHS_2012.pdf. Acesso em: 5 jan. 2022. Originalmente publicado em *Logos & Episteme*, [s.l.], v. 3, n. 1 p. 75-95, 2012.

HEIDEGGER, M. *Nietzsche II*. Tradução de Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LEHMANN, Heinrich. *Tratado de derecho civil: derechos reales*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956. v. 1.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O conceito de prova e a noção de objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 15, 2000.

LIMA, Márcio José Silva. O sujeito, a verdade e a crítica ao pensamento moderno. *Kínesis*, [s.l.], v. 8, n. 18, p. 197-207, dez. 2016.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. *A pesquisa nas Ciências Sociais e no Direito*. Belém: Editora Cultura Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b. v. 2.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRABELLI, Giuseppe. Negozio giuridico. In: MORTATI, Costantino; SANTORO-PASSARELLI, Francesco (org.). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1978. v. 28, p. 15-16, n. 11.

- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 2.
- MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Introdução ao estudo do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais no processo executivo brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. t. 2. (Grandes Temas do Novo CPC, v. 1).
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 26, p. 59-88, 2006.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- PASSOS, Amanda Ferreira dos; SILVA, Sandoval Alves da. A desestatização da execução e o gradual retorno à autotutela: uma análise do Tema 249 do STF. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 110, n. 1034, p. 439-458, dez. 2021.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1994.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução de Luís Couceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.
- SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Sandoval Alves da. Acesso à justiça probatória: negativa de tutela jurisdicional como consequência de negativa de convicção judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 37-68, jun. 2014.

SILVA, Sandoval Alves da. O dever fundamental da persecução da verdade possível ou provável no CPC de 2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 106, n. 980, p. 297-327, jun. 2017.

SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. Mitigação da voluntariedade: uma análise da vedação de intimação judicial para práticas restaurativas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, maio/ago. 2021.

SILVA, Sandoval Alves da; OLIVEIRA, Rodrigo Lins Lima; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. Negócio jurídico processual e a persecução da verdade. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, [s.l.], v. 18, n. 105, p. 67-91, nov./dez. 2021.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SOUZA, Rogerio de Oliveira. Da inversão do ônus da prova. *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 81-91, 2000. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista12/revista12.pdf. Acesso em: 5 jan. 2022.

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira & Talamini*, Curitiba, n. 104, p. 1-15, out. 2015. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 29 mar. 2021.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TOMÉ, Thiago Botelho Guimarães. *Da incongruência doutrinária e sua influência no controle de validade do magistrado às convenções processuais atípicas: análise sob o prisma da segurança jurídica e dos enunciados*. 2018. 70 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, 2018.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais: no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

VIEIRA, Elias Antonio. A modernidade e a problemática da produção, do consumo, da geração e destinação de resíduos. *Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental*, Santa Maria, RS, v. 4, n. 4, p. 641-647, 2011.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: CEBEPEJ, 1999.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1999. v. 1.

WEBER, Max. *A ciência como profissão*. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2002.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contro l'etica della veritá*. 2008, Bari.