
Os poderes instrutórios do juiz e a verdade real no processo civil

Aline Valeria Luiz*

Fabio Resende Leal**

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo explicar e demonstrar os pontos favoráveis da busca pela verdade real no processo civil, como forma de garantir a segurança jurídica, cumprir o disposto em princípios constitucionais e impedir a litigância de má-fé e a utilização do processo para fins escusos. Demonstrar o fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz durante o decorrer do processo. Indicar a solução cabível quando a verdade real não é alcançada.

Palavras-Chave: Juiz. Poderes instrutórios. Verdade real. Processo civil.

1. INTRODUÇÃO

Ouvimos e aprendemos, dos bancos das escolas de Direito, que o processo penal busca a verdade real enquanto que o processo civil se conforma com a verdade meramente formal. O juiz, no cível, pode decidir as lides que lhe são submetidas tomando por base os fatos tais

*Advogada.

**Mestre em Direito. Advogado e professor universitário.

como apresentados pelas partes, dizem os professores mais tradicionalistas. A processualística moderna, todavia, não aceita tais colocações. Também o processo civil, como de resto os demais ramos do direito processual, exige do julgador que busque a verdade real, assim entendida a verificação mais próxima possível dos fatos tais como estes se desenrolaram na realidade.

Entende-se, hodiernamente, ser dever estatal prestar com efetividade a tutela jurisdicional. Deve o Estado buscar a pacificação social, aplicando, para tanto, as mesmas técnicas de julgamento independentemente da matéria versada no processo. O juiz não pode, portanto, embasar suas decisões apenas na verdade formal que retira dos autos. Dele se exige uma atuação mais ativa. Para se atingir a justiça esperada, de rigor que os julgamentos tenham como premissa fática a verdade real. Não à toa, os poderes instrutórios do magistrado vêm sendo fortalecidos. Lei, jurisprudência e doutrina, cada vez mais, veem o juiz como peça fundamental na busca da verdade real, conferindo-lhe amplos e quase que irrestritos poderes probatórios.

O presente trabalho – apresentado originalmente como trabalho de conclusão do curso de Direito, escrito pela primeira autora, sob a orientação do segundo autor – almeja enfrentar essa nova maneira de se pensar o papel do juiz no processo civil. Seu principal objetivo é tentar explicar e demonstrar os pontos favoráveis da busca pela verdade real no processo civil, como forma de garantir a segurança jurídica, cumprir o disposto em princípios constitucionais, impedir a litigância de má-fé e a utilização do processo para fins escusos.

Baseado em pesquisa bibliográfica, o estudo, em primeiro plano, seguiu os métodos sistemático, voltado à visão unitária do sistema jurídico-processual, e teleológico, com a finalidade de demonstrar a aplicabilidade e benefícios da busca da verdade real no processo civil independente do direito discutido. Secundariamente, utilizou o método histórico, para destacar a evolução do Direito no tempo e seu direcionamento para a busca da verdade real.

A pesquisa deu origem aos sete itens a seguir apresentados. No primeiro deles, foram abordadas as diferenças entre o princípio do dispositivo e o princípio do inquisitivo, além de suas origens e aplicabilidades no sistema jurídico atual. No item seguinte, o foco são os poderes instrutórios do juiz, cujo fortalecimento vem enfrentado no item 4. A diferença conceitual entre verdade formal e verdade real é contextualizada no quinto item e a busca pela verdade real, a partir do que determina a Constituição Federal, no sexto item. O último item explica o que fazer quando não é possível se chegar à verdade real. O trabalho termina com as principais conclusões a que chegaram os autores deste texto: a verdade real não só pode, como deve ser perseguida em todos os processos, independente da matéria, pois é interesse do Estado proporcionar aos jurisdicionados, mesmo no juízo cível, a justiça.

2. PRINCÍPIO DO INQUISITIVO E PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO

Princípios, como se sabe, são os alicerces do ordenamento jurídico; condicionam e orientam sua compreensão em sua aplicação e integração ou até mesmo na elaboração de novas normas. O princípio do inquisitivo deu origem ao processo inquisitivo, que consiste em o mesmo juiz acumular as funções de instaurar o processo por iniciativa própria, acusar, defender e julgar a lide. Nele, em suma, é o juiz que inicia de ofício o processo, recolhe as provas e, ao final, profere a decisão. Essa metodologia processual acaba por criar uma ligação psicológica entre o juiz e a causa, pois o coloca em posição de julgar a ação favoravelmente à pretensão que acredita ser verdadeira, tanto que, com base nela, deu início ao processo mesmo sem provocação.

Segundo Dinamarco, Cintra e Grinover,

Por contingências históricas, o processo inquisitivo apresenta as seguintes características: é secreto, não-contraditório e escrito. Pela mesma razão, desconhece as regras da igualdade ou da liberdade processuais; nenhuma garantia é oferecida ao réu, transformando em mero objeto do processo, tanto que até torturas são admitidas no curso deste para obter a “rainha das provas”: a confissão. (2000, p. 58)

Não é difícil perceber que o processo inquisitivo em sentido lato mostrou-se incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, o qual exige do magistrado imparcialidade.

Por outro lado, em total oposição ao princípio/processo inquisitivo, tem-se o princípio do dispositivo, que consiste na regra de que o juiz depende, na instauração da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e alegações em que posteriormente fundamentará a decisão da lide. Dizem, a propósito dele, Dinamarco, Cintra e Grinover:

O poder de disposição das partes em relação ao desenvolvimento do processo é consequência da própria estrutura deste. Vários fatores influem na regulamentação dos poderes do juiz no processo: uns, político-filosóficos, outros técnicos e outros, ainda, locais – jamais perdendo-se de vista o mais importante dogma relativo ao juiz, que é o zelo pela sua imparcialidade. (2000, p.62)

O princípio do dispositivo salvaguarda a imparcialidade do juiz. Tem caráter liberal, pois a cada uma das partes envolvidas no conflito cabe o primeiro e mais relevante juízo de conveniência ou inconveniência acerca da veracidade dos fatos alegados.

Sobre o princípio do dispositivo diz Bedaque:

[...] preferível que a denominação “princípio do dispositivo” seja reservada tão somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes tem ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se a prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. (2012, p. 97)

Tanto no princípio do inquisitivo quanto no princípio do dispositivo existe uma discrepância em relação aos poderes instrutórios do juiz: no primeiro concede-se total e irrestrito poder ao juiz, o que é extremante prejudicial ao andamento e conclusão do processo; já no segundo, retira-se quase que totalmente do juiz a autonomia de interferência processual, o que pode ser tão prejudicial ao andamento do processo quanto o excesso de poder instrutório concedido no princípio do inquisitivo, pois o juiz fica preso à discricionariedade das partes em alegar e produzir as provas convenientes aos seus interesses no processo. O juiz, nesse caso, nada mais seria do que mero expectador.

Na atualidade, porém, como explicam Dinamarco, Cintra e Grinover, o juiz deve ir além.

Afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder –dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do último quarto de século, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando este de espectador inerte à posição ativa. (2000, p. 64)

Mantendo a mesma linha de pensamento contrária a passividade do juiz no decorrer processual, escreve Thiago Azevedo Guilherme:

Passividade e imparcialidade não são sinônimos. O julgador não pode se omitir quando as desigualdades matérias clamam por sua atuação equalizadora, o que demonstra que muitas vezes a parcialidade é decorrência da própria omissão. Por tais motivos é que se impõe uma mudança nessa concepção de papel do julgador no processo. [...] Um magistrado neutro pode, em tais condições, ser muito mais parcial do que aquele que atua no processo buscando um equilíbrio efetivo. (2011, p. 78)

O Código de Processo Civil brasileiro adotou como base o princípio do dispositivo, sem, contudo, abandonar a vertente publicista que, além de diminuir o rigor outrora imposto pelo princípio do dispositivo, aumentou os poderes instrutórios do juiz no processo (v.g., arts. 125, 130, 131, 330, 342 e 440). Nosso sistema representa uma conciliação entre o princípio do dispositivo e a livre investigação judicial. Nele, o juiz tem aumentados seus seus poderes instrutórios.

3. LIMITES AOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

O poder instrutório do juiz advém dos poderes jurisdicionais a ele concedidos. São poderes instrutórios do juiz os *de inspeção*, destinados a indeferir diligências inúteis ou protelatórias, inquirir testemunhas e inspecionar pessoas e coisas; os *de concessão e recusa*, para indeferir diligência perícia e até mesmo perguntas às testemunhas; os *de repressão*, que permite a aplicação de multa a peritos relapsos e testemunhas faltosas; os *de apreciação das provas*, destinados à formação do seu livre convencimento em relação aos fatos, permitindo uma melhor decisão do processo; e, por fim, os *de iniciativa*, para ordenar diligências necessárias, requisitar certidões, ouvir terceiras pessoas, acarear testemunhas e fazer novas perícias.

Mesmo com a amplitude de poderes instrutórios concedidos, é na fase probatória que o juiz encontra limitações em seus atos processuais, o que os doutrinadores modernos consideram um entrave à busca da verdade real no processo civil.

Fazendo uma releitura do processo civil para a atualidade, este tem o objetivo de trazer resultados úteis, voltados à pacificação social, e, para tal, exige-se uma nova visão da legislação, para que ela seja mais eficaz com o meio social. No Estado social contemporâneo, não cabe mais a ideia de inércia do juiz, mero espectador conformado. Dinamarco discorre sobre o interesse estatal na justiça voltada a pacificação social: “tem-se como missão permanente do Estado a busca do bem comum e, como dever inalienável a ser cumprido através do exercício do poder, a prática da justiça” (2008, p.185).

Consoante à posição, de que deve o juiz ser mais participativo no decorrer do processo, buscando a verdade real dos fatos e assim praticando a verdadeira justiça, diz Rossana Teresa Curioni Mergulhão:

Ao juiz incumbe uma participação no processo, não substituindo uma das partes, ou ambas, mas assumindo a sua verdadeira posição de agente estatal, visando realizar o fim do processo que é a justiça – a pacificação social – de acordo com os comandos constitucionais. Um processo civil social, voltado aos resultados, não pode ter no seu comando um burocrata. O juiz deve também fazer parte do clima, do drama social, e não mais continuar como um “convidado de pedra”. O princípio do dispositivo, indubitavelmente, precisa submeter-se a compreensão para conviver com um modelo processual socialmente orientado. (2010, p.03)

Um exemplo da limitação do poder instrutório do juiz é a proibição de provas ilícitas, conforme consta previsão constitucional no artigo 5.º, inciso LVI, da Constituição Federal. Como exceção ao princípio da ampla liberdade probatória, a proibição da utilização de provas obtidas por meio ilícito pode, na prática, afastar o juiz da verdade real.

Outra situação onde é limitado o poder instrutório do juiz na busca da verdade real está nas ações que versam sobre direitos disponíveis, e quando o réu se torna revel, presumindo-se verdadeiros os fatos alegados pelo autor (CPC, art. 319), caso em que, ausente a controvérsia, não faz-se necessária a produção de provas, contentando-se, assim, o juiz com a verdade ficta do processo.

Ainda no tocante a limitação dos poderes instrutórios do juiz, Rossana Teresa Curioni Mergulhão defende uma maior efetividade deste na busca pela verdade real no processo:

é momento de o juiz libertar-se da camisa de força do formalismo rígido, que mesmo capacitado a vislumbrar o justo não o pode realizar. Urge que o juízes sejam armados de poderes amplos para ver e tratar corretamente cada caso. Ao juiz cabe uma atitude participativa, inclusive, na interpretação criativa, não contra a lei, mas a favor de seus fins. (2010, p.04)

As limitações atinentes aos poderes instrutórios do juiz são hoje o maior entrave à busca da verdade real no processo civil, pois podem gerar sentenças que não são galgadas no livre convencimento do magistrado e na verdade real, mas sim decisões fundadas na verdade formal construída pelas partes no decorrer do processo.

Os exemplos acima expostos sobre a limitação dos poderes instrutórios do juiz geram um conflito de princípios e direitos entre a aplicação da busca verdade real e o estrito cumprimento do dispositivo legal. Entre uma verdade que se mostra clara, porém fundada em prova obtida de maneira considerada ilícita, deve o juiz, em respeito à vedação de prova ilícita expressa na Constituição Federal, desconsiderar tal elemento e decidir com base na verdade formal, ou deve o magistrado aplicar o princípio constitucional da busca pela verdade real no processo e sentenciar considerando a prova ilícita que consta no autos?

A melhor solução para esse impasse jurídico-processual é fazer uso da *proporcionalidade* para chegar a decisão de maneira mais justa. A proporcionalidade é um princípio constitucional que representa a supremacia do interesse da coletividade, característica básica do Estado Democrático de Direito, a qual deriva do devido processo legal previsto em nossa Carta Magna, no artigo 5.º, inciso LIV. Sobre o princípio da proporcionalidade, Bandeira de Mello traz a seguinte definição:

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é entendido como princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação as vantagens do fim. (2009, p.111)

O fortalecimento e ampliação dos poderes instrutórios do juiz no processo, cumulado com a aplicação do princípio da proporcionalidade são mecanismos necessários para que a verdade real no processo civil esteja presente nas decisões judiciais.

4. O FORTALECIMENTO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

O direito antigo possuía uma postura mais restritiva ligada a uma visão mais privatista do ramo processual, devia o magistrado julgar com base no que constar provado nos autos, ainda que tenha ciência que a verdade é contrária ao que restou provado.

A partir do final do século XIX os poderes instrutórios do juiz foram continuamente aumentados, passando este de mero espectador inerte a posição ativa processual, tendo como função não só impulsionar o andamento da causa, como também determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimi-las de eventuais condutas irregulares, entre outras atribuições.

O Código de Processo Civil brasileiro foi elaborado com base nos princípios de amplitude dos poderes instrutórios do juiz, são diversos os artigos deste dispositivo legal que evidenciam e reforçam os poderes diretivos do juiz durante o tramitar dos processos, artigos 125, 130, 131, 330, 342 e 440 dispõem sobre as possibilidades do magistrado interferir no processo, de forma a se tornar o juiz parte ativa do andamento processual.

Os artigos 125, 130 e 131 estão elencados no capítulo do Código de Processo Civil denominado “Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz” e dispõem sobre a forma como a qual o magistrado conduzirá o processo, ordenará e apreciará a produção probatória durante o decorrer da ação.

O artigo 330 do mesmo dispositivo legal supracitado diz respeito a atribuição do juiz julgar antecipadamente a lide quando esta versar unicamente sobre direito e como tal dispensar produção de prova em audiência. Em cumprimento ao artigo 342 do CPC, também pode o juiz, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, para interrogá-las sobre os fatos alegados na causa; como também, em disposto ao artigo 440, pode o juiz de ofício (ou a requerimento), em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, com objetivo de esclarecer os fatos que interessem à decisão da lide.

Tal fortalecimento dos poderes do juiz decorre da conciliação de dois princípios, quais sejam, o princípio do dispositivo e o da livre investigação judicial, que permitem ao magistrado ter maior amplitude de atividades instrutórias e poder de intervenção no andamento da causa.

Acerca do princípio da livre investigação judicial, que concede mais poderes instrutórios ao juiz, dissertam os autores Dinamarco, Cintra e Grinover em sua obra Teoria Geral do Processo:

Tal tendência é universal, o sistema de livre investigação não é devido a particulares regimes políticos, pois existe em vários Estados liberais, e o próprio Brasil já o conhecia, desde o código estadual da Bahia, de 1915. Essa marcha para o denominado processo civil autoritário é consequência da colocação publicista, correspondendo àquilo que se convencionou denominar socialização do direito. [...] Mas o poder discricionário do juiz está contido no âmbito da lei, não se confundindo com arbítrio: o juiz age, na direção do processo, *solutus partibus*, mas não *solutus leges*. (2000, p.66)

Cabe ao juiz interpretar corretamente os termos vagos utilizados pelo legislador, atribuindo-lhes significado compatível com as necessidades do processo civil moderno. Quanto maior a indeterminação do conceito legal, mais importante e delicada se torna a função jurisdicional; pois a decisão pressupõe grande liberdade de investigação crítica do julgador.

Conforme preceituam Dinamarco, Cintra e Grinover, a discricionariedade do juiz em âmbito legal, como base para maior efetividade e fortalecimento de seus poderes instrutórios, não se confunde com arbítrio para julgar os processos. No que concerne essa diferenciação expõe Bedaque:

Se poder discricionário significa maior liberdade na interpretação da norma, tendo em vista os conceitos vagos e imprecisos nela existentes, o juiz o exerce. Mas, se entendermos discricionariedade como juízo fundado em conveniência e oportunidade, o juiz não atua dessa forma. (2012, p.159)

É fato inegável na evolução histórica do processo civil que a dinâmica processual exigiu maior atividade do juiz e por consequência ampliou e fortaleceu seus poderes instrutórios, visando mais efetividade nas decisões proferidas.

Conclui Bedaque acerca do fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz:

A concessão de poderes instrutórios ao juiz significa subtrair as partes o poder de direção formal do processo, que não pode mais ser considerado como algo pertencente às partes. O processo, na verdade, interessa tanto a elas quanto ao juiz. A natureza privada da relação jurídica confere à parte o poder de dela dispor. O que se lhe retira é a disponibilidade sobre o “continente”, sobre o proceder. Instaurado o processo, o modo, o ritmo e o impulso deste estão fora de sua esfera de atuação. Poderão elas, nesse aspecto, ser colaboradoras do juiz. Assim, o modo de buscar a verdade, a escolha dos meios de prova, não de permanecer

em poder das partes, pois, embora privado o objeto do processo, a função jurisdicional é pública e como tal deve ser regulamentada. (2012, p. 138-139)

O Direito não pode mais ser visto isoladamente ou somente como forma de defender os interesses privados das partes, frente as constantes mudanças que ocorrem na sociedade, em que a efetividade e justiça nas decisões tem grande projeção, de tal modo que é necessário chegar o mais próximo possível da verdade real.

Sustenta Dalmo de Abreu Dallari: “alguns juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas” (2002, p.80). O que significa dizer que os magistrados estão utilizando com maior frequência os poderes instrutórios que lhes foram atribuídos.

O reconhecimento e o aumento dos poderes instrutórios do juiz não ofende o princípio do dispositivo, qualquer que seja a natureza da relação jurídica, pois esta, por ser material, não interfere nos poderes concedidos ao juiz. Poderes estes que lhes são concedidos na relação processual. O princípio do dispositivo não possui ligação com a instrução da causa, com matéria processual, tão somente com as limitações impostas ao juiz em razão da disponibilidade ou não do direito material.

Atribuir ao magistrado uma amplitude maior de poderes instrutórios não lhe retida a imparcialidade nos julgamentos e no exercício de suas funções, apenas lhe proporciona formas para efetuar uma apuração mais aprofundada e detalhada dos fatos que constam nos autos do processo, o que não significa fortalecer uma ou outra parte da relação processual, e sim atingir a verdade real para dizer à quem pertence o direito.

O modo como a jurisdição é prestada não é interesse privado, mas sim interesse público, do Estado e da sociedade como um todo. O fortalecimento e efetiva aplicação dos poderes instrutórios do juiz é um grande avanço jurídico-social na prestação da justiça e pacificação social e na busca pela verdade real no processo civil.

5. VERDADE FORMAL E VERDADE REAL

A verdade, segundo o significado léxico da palavra, é a conformidade com o real, a exatidão, a realidade. É a representação fiel de alguma coisa ou de alguma natureza.

Verdade formal dentro processo é aquilo que resulta verdadeiro em face das provas coletadas e juntadas nos autos, provas estas apresentadas pelas partes que

compõem a lide, e que, portanto, estão à mercê da conveniência destas em apresentá-las durante o trâmite processual.

Verdade real é o que resulta da averiguação proposta pelo princípio da investigação judicial, encontrada com base em provas concretas acerca dos fatos considerados na busca de seu descobrimento e comprovação tal como aconteceram historicamente como fundamento da sentença.

Atualmente temos essas duas “vertentes” da verdade aplicadas no processo brasileiro, sendo a verdade formal adotado no processo civil onde se entende que prepondera matéria de interesse privado, e a verdade real aplicada no processo penal, onde prepondera matéria de interesse público. Sobre tal distinção entre as aplicações desta ou daquela verdade processual discorrem Dinamarco, Cintra e Grinover:

No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais de limite a assistir inerte a produção de provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC, arts. 130, 342, etc), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. (2000, p 65)

O elevado número de processos a cargo de cada magistrado os impede de diligenciar em busca da verdade real, e o fato da maioria das ações versarem sobre direito disponível de interesse exclusivamente privado, pode levar o juiz a se contentar com a verdade meramente formal, com base somente no que as partes apresentaram durante o trâmite do processo.

Em contraponto a esse cenário, nas ações que versam sobre direito indisponível, como por exemplo, as que dizem respeito a direito de família, cujo interesse público prevalece sobre o privado, não há concessão da verdade formal, tão somente a verdade real é base para as decisões nesses tipos de processos, mesmo estando estes na esfera civil.

Efetivamente o processo civil também lida com causas que versam sobre interesses fundamentais da pessoa humana, como o da família, os direitos da personalidade e os interesses metaindividuais. Dessa forma não há de se falar que cabem nas decisões o convencimento baseado meramente na verdade formal. Desta forma, é mero apego a definições conservadoras, continuar aplicando a diferenciação entre verdade formal no processo civil e verdade real no processo penal, pois não deve haver espaço para duas verdades.

O fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz reforça a importância da busca pela verdade real no processo civil, pois atribui maior participação ativa do

magistrado no decorrer da ação, concedendo-o meios de interferir no processo, no que diz respeito à produção de provas, não ficando mais totalmente passível de se contentar com as alegações e provas apresentadas pelas partes de acordo com a conveniência de cada uma.

A verdade formal está profundamente ligada à prestação de jurisdição pelo Estado, porém não podemos confundir a prestação de jurisdição com a efetividade da justiça, pois esta só é realmente alcançada quando a sentença tem como base a verdade real.

Sobre a necessidade de se alcançar uma decisão efetivamente justa, com base na verdade real disserta Mergulhão:

Importante nesta fase do processo civil de resultados úteis, com uma função social de pacificação, dentro de uma sociedade complexa e perplexa, um releitura, uma renovação dos institutos. Exige-se, nos dias atuais, um novo olhar sobre a legislação, para que seja ela, eficaz e mais consoante com o meio social, porém também se torna imperativo uma nova mentalidade dos operadores e dos aplicadores do Direito, sem o que dificilmente se fará com que os fundamentos da República sejam realidade, em especial a cidade e a dignidade da pessoa humana. (2010, p.02)

Atualmente a ideia de verdade formal serve somente para justificar a posição inerte do magistrado na reconstrução dos fatos alegados na relação jurídico-processual, causando assim uma dissonância entre o processo e a realidade fática.

Admitir somente a verdade formal é reconhecer que a decisão judicial não está alicerçada na verdade, é contentar-se com a livre conveniência das partes da relação processual e ainda, afirmar que o processo não visa a verdade, mas tão somente uma resolução para a lide proposta, e que para a solução desta lide a verdade deixou de ser elemento fundamental.

No processo moderno, deve o juiz abandonar sua posição inerte de mero espectador e fazer uso dos poderes instrutórios que lhe foram atribuídos, assumindo a iniciativa de buscar pela verdade real no processo civil como forma de garantir a efetiva prestação da justiça pleiteada em juízo.

Uma decisão proferida com base na verdade real dos fatos assegura não somente a efetividade da justiça, como também princípios constitucionais como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o direito e ação e o devido processo legal.

6. A BUSCA DA VERDADE REAL COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Princípios são conceitos fundamentais de uma ciência, são bases sobre as quais se erguem as doutrinas, se preenchem lacunas; são preceitos fundamentais que dão forma e caráter a sistemas. Diz Nery Junior, em sua obra *Princípios do Processo na Constituição Federal*:

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas reais e existentes. Assim, os princípios são mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios. (2009, p.25)

Advêm da Constituição Federal diversos princípios explícitos e implícitos que norteiam as leis processuais vigentes. A busca da verdade real é um princípio constitucional implícito derivado de ao menos quatro princípios constitucionais, qual sejam a cidadania, a dignidade da pessoa, o direito de ação e o devido processo legal.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado Democrático de Direito, e estão previstos nos incisos II e III respectivamente do artigo 1º da Constituição Federal. Tais princípios visam garantir a equalização das desproporções sociais existentes e assegurar o respeito à dignidade do cidadão em todos os âmbitos.

Não há como se falar em plena cidadania e respeito à dignidade da pessoa humana no campo jurídico, sem que a busca pela verdade real seja aplicada no processo, a fim de garantir a efetiva justiça.

O direito de ação está previsto na Constituição no artigo 5º, XXXV, que dispõe “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e garante a todo cidadão o direito de acesso à justiça através do preceito da inafastabilidade da jurisdição. Sobre esse princípio ressalta Moraes:

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue. (2005, p.72)

Não se concretiza plenamente o direito de ação somente pela propositura de uma demanda judicial. Terá o cidadão exercido plenamente essa garantia

constitucional quando obtiver a justa prestação jurisdicional com todos os direitos e garantias inerentes do processo, e dentre eles está a verdade real.

Outro princípio constitucional do qual deriva a verdade real é o devido processo legal, expresso no artigo 5º, LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal princípio abrange uma gama de outros princípios explícitos e implícitos, dentre eles o contraditório, a ampla defesa, juiz natural, direito de ação, publicidade, a assistência judiciária gratuita e de maneira implícita a verdade real. Diz Moraes a respeito do devido processo legal:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe a paridade total de condições com o Estado – persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). (2005, p. 93)

Não se pode conceber o devido processo legal de forma completa, sem que a verdade real tenha sido efetivamente perseguida no tramitar processual.

Quando em uma decisão judicial conforma-se com a verdade meramente formal, a prestação da jurisdição não contempla em sua essência os princípios constitucionais do direito de ação, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e tão pouco do devido processo legal, pois não leva ao cidadão a efetiva e justa jurisdição, que só será atingida em sua plenitude quando completada pela busca da verdade real.

Mediante a construção principiológica exposta, fica claro que a verdade real deve ser considerada um princípio constitucional implícito e como tal ser perseguida durante o andamento processual, inclusive no processo civil em ações que versam sobre direito disponível.

7. A BUSCA DA VERDADE NOS PROCESSOS QUE VERSAM SOBRE DIREITOS DISPONÍVEIS

Atualmente, a aplicabilidade mais efetiva do princípio da busca da verdade real se dá nas ações que versam sobre direitos indisponíveis, como por exemplo, as que envolvem direito de família.

Nas ações cíveis que tratam de direitos disponíveis é aceita a verdade meramente formal, com base nas provas e alegações apresentadas pelas partes.

No que tange essa aplicabilidade entre verdade formal e verdade real de acordo com a natureza do direito, diz Bedaque:

Uma das conclusões que vem se mantendo incólume, apesar da evolução a que se submeteu a ciência processual nos últimos anos, diz respeito à influência do direito substancial na relação processual. Isto é, costuma a doutrina sustentar que os poderes do juiz na produção de provas serão maiores ou menores, dependendo da natureza do direito em discussão no processo. Se indisponível, deverá ele orientar-se no sentido de encontrar a verdade real e, para tanto, determinar a produção de provas que entenda necessárias; se disponível, pouquíssimos serão os poderes instrutórios do juiz. (2012, p. 133)

A busca da verdade real não deve se ater somente à natureza do direito discutido, mas sim a justa composição da lide, visando trazer ao cidadão a procurada pacificação social. Acerca de tal afirmação, conclui Bedaque:

Há quem, apesar de entender que a disponibilidade das provas depende do direito subjetivo discutido no processo, reconheça que o problema da iniciativa da instrução não está relacionado exclusivamente à natureza da relação de direito material. Isso porque existe um interesse público no reconhecimento dos direitos subjetivos, na obtenção da justa definição da controvérsia, acarretando a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, independentemente da natureza do direito. Assim, embora permaneça íntegro o princípio da demanda, após o início do processo, os poderes do juiz para decidi-lo e para formar seu convencimento estão desvinculados da iniciativa das partes, visto que há um interesse público do Estado na definição da controvérsia de acordo com a lei. (2012, p.134-135)

Independente de versar a ação sobre direito disponível ou indisponível, o juiz não pode se contentar apenas com a verdade formal constante nos autos se não estiver totalmente convencido disto. Tem o juiz o poder instrutório garantido pelo Código de Processo Civil, para diligenciar sobre a instrução probatória, e deve valer-se de tal para buscar a verdade real dos fatos ou aproximar-se o máximo possível dela antes de proferir a decisão.

Para justificar a aceitação da verdade formal no processo civil em ações que versem sobre direito disponível, apregoa-se a máxima de que o direito substancial influencia a relação processual.

O direito substancial representa a natureza do direito material posto em discussão no processo, qual seja, disponível ou indisponível. Já a relação processual se estabelece com o andamento da ação, não está vinculada a natureza disponível ou indisponível do direito pleiteado, mas tão somente com a lide, suas controvérsias e desfecho.

Sobre essa questão, afirma Bedaque:

Não se pode, de forma alguma, aceitar essa ligação tão estreita entre a relação processual e a substancial. Embora a primeira nasça e se desenvolva em função da segunda, isso

não quer dizer que os princípios relativos a uma relação privada possam influenciar a relação processual. Esta é pública e sua finalidade é complementemente diversa daquela. Embora instrumentais, não se pode mais negar a autonomia dos institutos processuais. E a instrumentalidade que se pretende existente não se refere ao eventual direito subjetivo da parte, mas ao ordenamento jurídico vigente, cuja inviolabilidade interessa ao Estado e à sociedade. [...] Não importa, pois, a natureza da relação jurídica controvertida. O processo, como instrumento da atividade jurisdicional do Estado é um só, sendo irrelevante se a matéria discutida é civil, penal, disponível ou indisponível. Tanto o direito processual civil como o direito processual penal pertencem ao mesmo ramo do direito. O desenvolvimento dos estudos sobre teoria geral do processo permite que se fale hoje em direito processual, disciplina que reúne elementos comuns ao processo civil, penal e trabalhista. (2012, p. 135-136)

No trâmite processual, não deve o juiz se ater somente à vontade das partes e as provas e alegações por estas apresentadas. Não havendo total convencimento do magistrado deve ele fazer valer os poderes instrutórios a ele outorgados, e diligenciar em busca da verdade real mesmo se disponível o direito disputado pelas partes.

É interesse do Estado e da sociedade a justa e efetiva prestação jurisdicional, cuja decisão proferida esteja fundamentada no direito vigente e embasada na verdade real.

Ao buscar a verdade real nos processos que versem sobre direitos disponíveis o magistrado coibirá e inibirá a incidência de litigância de má fé e a utilização dos processos judiciais para fins escusos, pois não se valerá somente das provas e alegações apresentadas pelas partes para sentenciar. Seu convencimento será formado também pelas provas que o próprio juiz solicitará produção.

A respeito desta posição, acrescenta Bedaque:

No tocante à relação processual, todavia, as partes não devem exercer influência, ao menos de modo exclusivo e decisivo. Assim, em processos cujos interesses discutidos sejam privados, não haverá, necessariamente, o monopólio da instrução da causa pelas partes; o problema aqui não é de disponibilidade ou indisponibilidade do interesse, mas de um instrumento com que o Estado aplica a norma ao caso concreto, atendendo, com isso, a interesse seu e, conseqüentemente, da sociedade. Mesmo no processo civil, que normalmente versa direito disponível, objetiva-se a realização do direito material. Seu escopo, assim, não é nem mais nem menos que a realização daquilo que a ordem jurídica assegura no plano material. Deve-se perseguir a finalidade, na medida em que se trata da ordem jurídica idealizada pelo Estado, que torna possível a convivência social. [...] Além do mais, se a prova tem por objetivo convencer o juiz sobre a existência ou não de um fato, a proibição de atividade probatória por parte dele contraria os mais elementares princípios da lógica. (2012, p. 137)

Desta forma fica claro que existem meios para se buscar pela verdade real e esta quando possível, deve ser aplicada nos processos que versam sobre direito disponível; pois é forma de cumprir o interesse do Estado no cumprimento de função pública, como também de assegurar ao cidadão a garantia da efetiva e justa

prestação jurisdicional. Também se torna um mecanismo de repressão e inibição a procura do Poder Judiciário com intenções escusas.

Sob a ótica do interesse maior do Estado na prestação da efetiva tutela jurisdicional, aplicando a verdade real nos processos que versam sobre direitos disponíveis, expõe Bedaque:

A atuação do ordenamento jurídico interessa a toda a coletividade. Por esse motivo, admite-se a ampliação dos poderes do juiz no processo, para investigação da verdade real, visto que a formal não mais satisfaz ao processualista atendo aos fins sociais de sua ciência. O interesse na solução é tanto do juiz quanto das partes. Apenas não se pode negar que, dos sujeitos do processo, apenas o magistrado procura uma solução justa, visto que as partes visam a um resultado favorável aos seus interesses, não se importando com a adequação destes à ordem jurídica estabelecida. (2012, p. 141)

É evidente que no direito moderno o interesse e o cumprimento do dever estatal em prestar a efetiva e justa jurisdição, atendendo a coletividade e praticando a justiça social, sobrepõe aos interesses particulares das partes no processo, mesmo que este verse sobre direito disponível.

Seja o direito público ou privado, disponível ou indisponível, o objetivo da jurisdição, qual seja, a aplicação correta da lei para alcançar a paz e a tranquilidade social, prevalece em relação ao interesse das partes.

Somente tendo o juiz como parte incontestavelmente ativa da relação jurídico processual, fazendo valer os poderes instrutórios a ele atribuídos será possível perseguir e alcançar a verdade real no processo, garantindo o cumprimento da prestação de jurisdição plena, efetiva e justa, que é o que busca e espera a sociedade.

Exemplificando e reforçando a afirmação acima exposta, podem-se verificar julgados dos Tribunais cujas decisões estão firmadas não só por dispositivos legais, mas também pela busca da verdade real no processo. Tal situação pode ser confirmada no julgamento do STJ sobre Agravo no Recurso Especial nº 1.374.340 - RN, que versa sobre sucessão processual no processo civil, e traz em sua decisão que o processo moderno deve refletir sobre a verdade real, que esta está em consonância com o interesse público de efetividade da justiça. Tal decisão ainda ressalta que, quando não se busca a verdade real, pode-se prejudicar os direitos de defesa e contraditório. Ainda em se tratando da busca pela verdade real no processo, o Ministro Relator em seu voto a destaca como um princípio processual penal que hoje deve ser aplicado em todos os ramos do Direito; reforça também que o referido princípio é um dos alicerces para a reforma do Código de Processo Civil, pois busca flexibilizar as regras procedimentais do processo civil. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma do STJ. Ministro Relator Humberto Martins. Agravo nos EDcl no Recurso Especial nº 1.374.340 - RN. 2012/0176529-5. Agravante Catarina

Lúcia Galvão Dantas e outros. Agravado Rafael Melo de Oliveira e Souza e outros. Rio Grande do Norte. 2012.)

Isto posto, fica claro que a busca pela verdade real no processo civil em ações que versam sobre direito disponível deve ser perseguida, e quando não for possível encontra-la, a decisão deve-se aproximar-se o máximo possível desta.

8. QUANDO A VERDADE REAL NÃO É ALCANÇADA

Atualmente, ainda não é possível afirmar que o objetivo do processo é a busca pela verdade real, porém a sentença deve buscar ao menos aproximar-se desse valor.

O magistrado, fazendo uso de seus poderes instrutórios, deve sempre buscar a verdade real no processo, e quando esta não for possível de ser alcançada, chegar ao mais próximo possível, para então proferir sua decisão. Disserta Bedaque:

Em síntese: uma coisa é a relação jurídico-substancial; outra, a relação processual. Esta, uma vez iniciada, deve desenvolver-se de forma a propiciar à função jurisdicional o melhor resultado possível. E tal resultado, quanto mais próximo da realidade fática deduzida em juízo, mais satisfatório será. (2012, p. 140)

No que diz respeito ao trâmite processual, deve o magistrado primeiramente estabelecer os pontos controvertidos do processo, ou seja, elencar os pedidos e defesas da lide. Após evidenciar as controvérsias da ação, deve o juiz determinar a produção probatória, definindo os meios de provas requeridos pelas partes e também aqueles que julgar necessários para o que processo tramite de encontro a verdade real.

A determinação de meio de provas no processo é um dos poderes instrutórios que permite ao juiz agir não só a requerimento das partes, mas também de ofício no processo, conforme preceitua o artigo 130 do CPC.

Após a definição dos meios de prova, deve o juiz presidir a produção probatória, sempre em consonância com seus deveres/poderes instrutórios.

Concluídos os trâmites da instrução probatória, é momento do juiz proferir sua decisão, porém existem casos em que mesmo o juiz perseguindo de todas as formas a verdade real sobre os fatos constantes nos autos, ainda assim haverá dúvida sobre o que efetivamente ocorreu na situação apresentada, sobre a quem efetivamente cabe o direito pleiteado.

Mesmo que haja dúvida, não pode o juiz se eximir de proferir sentença, pois estaria assim negando a prestação jurisdicional a qual tem direito todo o cidadão.

Deve o magistrado decidir de maneira fundamentada, explicando os motivos de seu convencimento, mesmo quando este não esteja baseado na verdade real dada a impossibilidade de alcançá-la, conforme expresso no Código de Processo Civil, artigos 126, 130, 131, 264 e 456.

Inúmeros são os desafios que o processo civil impõe ao juiz, sendo o maior deles analisar e decidir a lide com base nas provas apresentadas nos autos, ainda que não convencido, ainda que impossível encontrar a verdade real, mas somente pelo fato de não poder se abster de sentenciar.

Partindo desse aspecto da análise das provas apresentadas pelas partes, entra em questão a teoria geral da prova e ônus probatório, que derivam do devido processo legal e tem como objetivo atingir a formação do convencimento do juiz.

O artigo 332 do CPC dispõe sobre os meios legais e morais de produção da prova e sua admissibilidade no processo. Já o artigo 333 do referido dispositivo legal dispõe sobre o ônus probatório, declarando caber ao autor provar os fatos alegados e constitutivos de seu direito, e ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo autor.

O magistrado, por mais que se empenhe na busca pela verdade real no processo civil, nem sempre terá êxito. Neste momento, visto não ter alcançado a verdade real, poderá o juiz com base meramente na verdade formal, no momento da sentença, fazer valer o disposto no artigo 333 do CPC, e decidir com base no ônus da prova, ou seja, se a parte interessada não se desincumbiu de demonstrar a validade do direito pleiteado, tem ela então o direito.

Acerca do ônus da prova disserta Marcos Vinicius Rios Gonçalves:

Em regra, compete àquele que formula uma alegação o ônus de prová-la. A prova de um fato, em princípio, compete a quem o alegou. Como ao autor cabe alegar os fatos constitutivos de seu direito, será seu o ônus de prova-los. E será do réu o de provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor. (2010, p.394)

O ônus da prova é um encargo processual que recai sobre as partes, impondo-lhes a responsabilidade e a obrigatoriedade de demonstrar a veracidade dos fatos alegados na constituição da lide, sob pena, de não o fazendo, arcarem com as consequências previstas no CPC, qual sejam, dentre elas, o reconhecimento da revelia (artigo 319) e o julgamento antecipado da lide (artigo 330, II).

Quando mesmo após todas as tentativas de elucidar o caso, for impossível alcançar a verdade real, em situação de dúvida insanável sobre a quem de fato pertence o direito em disputa, deve o juiz antes de sentenciar aplicar o princípio do ônus da prova. Verificar a qual das partes cabia fazer prova, caso tenha produzido a

prova o direito lhe é concedidos, caso contrário, o direito lhe é negado.

Um ponto importante a ser destacado e que vai de encontro com a busca pela verdade real no processo civil é a questão da admissibilidade ou não de prova ilícita no tramitar processual.

A Constituição Federal é clara sobre a inadmissibilidade de prova ilícita ou prova obtida por meio ilícito, conforme preceitua em seu artigo 5º, inciso LVI.

Em certos casos uma prova considerada ilícita pode expressar a verdade real dos fatos e ser decisiva no convencimento do juiz e no alcance da efetiva justiça, que é não só interesse da parte, mas também interesse do Estado-social. Diante dessa situação deve o magistrado cumprir a lei e desconsiderar tal prova, e sentenciar ignorando a verdade real?

Decorre da própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV, o princípio da proporcionalidade, que constitui em dosar, atribuir proporção entre o gravame ocasionado e a finalidade do ato processual a que se destina.

Acerca do princípio da proporcionalidade disserta Humberto Ávila:

A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre os bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. [...] O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. (2005, p. 113)

Aplicando-se o princípio da proporcionalidade é possível conceder eficácia a uma prova se sua ilicitude causar uma ofensa menor ao ordenamento jurídico frente aquela que seria causada se a referida prova não fosse utilizada.

Não há de se defender a admissibilidade integral de provas ilícitas no processo, pois tal aceitação causaria grande insegurança jurídica, dado fato de algumas provas serem obtidas por meio de violência física e/ou psicológica. Porém existem provas consideradas ilícitas simplesmente por não haver autorização judicial para sua produção; autorização essa que pode ser conseguida no decorrer da ação, mas talvez não a tempo de ser eficaz na disputa do direito e no esclarecimento da verdade real.

Tais situações denotam a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade como grande auxílio na busca pela verdade real no processo civil. Não é aceitável para um Estado que tem como dever prestar a jurisdição e efetivar a justiça pleiteada, deixar de aplicar a proporcionalidade na busca pela verdade real no processo civil para somente fazer cumprir preceitos legais que em nada caracterizam uma sentença galgada na verdade real.

Atualmente, já se admite a convalidação de provas obtidas por meios ilícitos quando está em a finalidade de defender as liberdades públicas fundamentais da

parte. Significa afirmar que aqueles que praticarem atos ilícitos sem observarem as liberdades públicas de terceiros ou da sociedade, desrespeitando a dignidade da pessoa humana, não poderão invocar em sua defesa a ilicitude de determinada prova para tentar afastar sua responsabilidade civil perante do Estado.

Para ilustrar o exposto acima, pode-se citar como exemplo uma pessoa que grava uma ligação telefônica sem o conhecimento do interlocutor para comprovar a prática de coação. O agente coator feriu primeiramente a liberdade da vítima ao ameaçá-la, e esta por sua vez, fez uso da legítima defesa para provar tal situação na busca da responsabilização do agente.

Analisando friamente a letra da lei 9296/1996 (Lei das Interceptações Telefônicas), tal prova foi obtida de forma ilícita, pois a interceptação/escuta telefônica, para ter validade jurídica, deve ter prévia autorização judicial. Mas existem casos em que a obtenção desta autorização pode vir em momento já inoportuno para servir como prova.

A convalidação da prova obtida por meio a princípio considerado ilícito é um exemplo válido da aplicação do princípio da proporcionalidade na busca pela verdade real no processo civil, pois se utiliza de parâmetros lógico-rationais na aceitação de tais provas, não acatando qualquer meio de produção como válido, e assim mantendo a segurança jurídica.

Sobre esse aspecto da convalidação de prova obtida por meios ilícitos com a finalidade de legítima defesa das liberdades públicas, salienta Alexandre de Moraes:

[...] Não se trata do acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a ausência de ilicitude dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face a condutas anteriormente ilícitas. Agindo assim – em legítima defesa – a ilicitude da prova é afastada, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do art. 5º, da Carta Magna. (2005, p. 101)

Se em prol da legítima defesa dos direitos humanos fundamentais é concebida a ideia da convalidação de prova obtida por meio ilícito como forma de comprovação da verdade dos fatos; é plausível que, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, para os processos onde não seja possível a constatação da verdade real mesmo com todos os esforços do magistrado durante o tramitar da ação, seja permitida também a convalidação de prova obtida por meio ilícito para o alcance da verdade real no processo civil para se obter a efetivação da justiça na decisão proferida.

Em síntese, antes de proferir sentença, o magistrado deve certificar-se que houve esforço na perseguição da verdade real, pois esta é a tradução da efetividade

da justiça. Porém não sendo possível encontrá-la, como já dito anteriormente, ainda assim, deve o juiz sentenciar, mesmo que haja dúvida em seu convencimento.

Calmon de Passos, em seu livro Comentários ao Código de Processo Civil, discorre sobre a única possibilidade de se aceitar a verdade formal na decisão processual:

[...] a verdade real é o escopo em direção ao qual se move o processo, e só a também indeclinável necessidade de alcançar a segurança jurídica é que lhe impõe limites nessa busca, tolerando-se ocorra uma decisão alicerçada na verdade formal. (2005, p.383)

Ante aos processos civis onde não é possível atestar a verdade real dos fatos alegados, deve o juiz ao proferir sua decisão, fazê-la com base no juízo de verossimilhança ou verossimilitude. Significa dizer que a sentença deve então basear-se que no que provavelmente ocorreu de acordo com as provas constantes nos autos, com o objetivo de aproximar-se da verdade real.

A respeito do juízo de verossimilhança sustenta Luiz Guilherme Marinoni:

A verdade varia de acordo com a subjetividade de cada um. A certeza seria a manifestação subjetiva de alguém a respeito de um dado, de onde pode surgir a verdade para ela, mas não para os outros ou para todos. Esta certeza – mesmo porque a subjetividade do próprio ser cognoscente pode mudar – não existe, ou existirá, como absoluta, nem àquele que um dia a afirmou. Toda certeza, pois, não passa de mera verossimilhança. (1996, p.71)

Verossimilitude é que o atribui-se a uma realidade portadora de aparente ou provável verdade. O juízo de verossimilhança é um juízo de probabilidade, é um nível de convencimento elevado à possibilidade do encontro da verdade.

Tal decisão, ainda que não reflita a verdade real no processo civil, esta compreendida como correspondência entre uma alegação e um acontecimento, e permitirá ao juiz fazer uso da verdade formal para proferir sua decisão fundamentada nas normas processuais.

Em suma, sentenças baseadas no juízo de verossimilhança ou na verdade formal devem ser proferidas com o objetivo de suprir a falta da verdade real no processo, visto a impossibilidade de se alcança-la em alguns casos. Não deve a verossimilitude ou verdade formal serem aplicadas as todas as sentenças, mas tão somente quando a verdade real não puder ser atingida e ao preferir a decisão, o magistrado deve fazê-la de forma fundamentada demonstrando que seu convencimento somente está baseado na verdade formal, pois não foi possível encontrar a verdade real no processo civil.

9. CONCLUSÕES

O Código de Processo Civil manteve a base do princípio do dispositivo em seu contexto legal, porém também adotou uma vertente publicista, que diminuiu o rigor outrora imposto pelo princípio do dispositivo e aumentou os poderes instrutórios do juiz no tramitar processual. Tal sistemática representa a junção dos princípios do dispositivo e da livre investigação judicial, que serviram como base para o aumento dos poderes instrutórios do juiz e por consequência motivaram sua maior participação de maneira ativa no decorrer do processo.

O fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz, quando cumulado com a aplicação do princípio da proporcionalidade, é mecanismo necessário à busca pela verdade real no processo civil e sua inserção efetiva nas decisões judiciais proferidas.

A natureza do direito posto em discussão é classificada entre indisponível ou disponível e quando a ação versa sobre matéria de direito disponível o interesse é considerado predominantemente privado. Porém, o modo como a jurisdição é prestada àquele que busca o Poder Judiciário não é de interesse privado, mas sim de interesse público, dos Estado e da sociedade em geral, e a busca pela verdade real no processo civil é hoje, assim, um interesse público coletivo, que independe da natureza da matéria discutida.

Uma sentença deve objetivar não somente a concessão do direito pleiteado pela parte, mas também a efetiva prestação da justiça e da pacificação social, tendo como base a verdade real no processo civil. Nesse contexto, a decisão proferida com base na verdade real assegura, além da efetividade da justiça, também os princípios constitucionais da cidadania, dignidade da pessoa humana, direito de ação, devido processo legal e proporcionalidade. Não se concretiza de forma plena o direito de ação somente pela propositura da demanda em juízo. O exercício pleno de tal direito se dá com a concretização da justa prestação jurisdicional, contendo todos os direitos e garantias inerentes do processo, e dentre eles encontra-se a busca da verdade real no processo civil.

A busca pela verdade real deve, ela própria, ser considerada um princípio constitucional implícito, derivado, como os demais princípios processuais, do princípio do devido processo legal, pois não há de ser falar em devido processo legal quando sem o contraditório, a ampla defesa e, igualmente, a perseguição da verdade real no tramitar processual.

É totalmente cabível e aplicável a busca pela verdade real no processo civil em ações que versem sobre direito de natureza disponível. O juiz, fazendo uso de seus poderes instrutórios, tem o *poder/dever* de direcionar a instrução probatória e o

processo como um todo na perseguição da verdade real. Assim, estará ele cumprindo o interesse do direito moderno e o dever estatal de prestar efetiva jurisdição, mas também acabará por coibir a litigância de má-fé e o uso do processo para fins escusos.

Somente quando não for possível alcançar a verdade real no processo civil, deve o juiz conformar-se e sentenciar com base na verdade formal. Mesmo que ainda paire dúvida sobre a quem pertence o direito, não pode o juiz eximir-se de proferir sua decisão, de modo que deve proferi-la, excepcionalmente, com base no princípio do ônus da prova.

Diante de todo o exposto, pode concluir que o processo civil, como regra e princípio, busca a verdade real. Ao juiz não é mais dada uma postura inerte diante do caso concreto. Ele não pode ser ele mero espectador.

No lugar da clássica relação triangular entre juiz, autor e réu, deve haver uma relação linear, onde o juiz “desce” de sua posição concentrada no topo da relação jurídica e equidistante, para desenvolver sua função constitucional utilizando-se de seus poderes instrutórios para buscar a verdade real no processo civil.

Conforme dito no decorrer do trabalho, ao fazer valer seus poderes instrutórios, não está o juiz ofendendo o princípio do dispositivo, pois este versa sobre os limites da matéria e sua disponibilidade e não sobre a prestação jurisdicional. Ao fazê-lo, está o magistrado buscando meios de prestar efetiva justiça, indo ao encontro da verdade real.

Conclui-se, também, que a busca pela verdade real em nada prejudica ou altera a imparcialidade do juiz, pois, ao buscá-la, o juiz não privilegia nenhuma das partes, tendo em vista que somente ao final do processo, no momento da sentença, é que se saberá a quem pertence o direito, de forma que não se pode afirmar favorecimento de parte.

A busca pela verdade real e os poderes instrutórios do juiz também fortalecem a máxima jurídica de que cabe ao juiz tratar os iguais igualmente e os desiguais, desigualmente, na exata medida de suas desigualdades. Muitas vezes, somente a paridade de armas não é suficiente para promover a igualdade processual. Por isso, ao fazer uso dos poderes instrutórios que lhe foram atribuídos para buscar a verdade real, o magistrado equilibra a balança entre as partes.

Não há, contudo, de se falar em transformar o magistrado em detetive para o alcance da verdade real no processo civil. Existem mecanismos inerentes à função de juiz, os poderes instrutórios, que servem para conduzir o processo de encontro à verdade real.

Mediante todos os argumentos apresentados, é nítido que busca pela verdade real tem total aplicabilidade e deve ser perseguida no processo civil, versando a ação tanto sobre direito indisponível, quanto sobre direito disponível. E que os meios

para alcançá-la estão expressos no Código de Processo Civil e derivam de princípios de constitucionais; além de ser de interesse do Estado e da sociedade o encontro da verdade real e por consequência a efetivação da justiça.

Somente quando não for possível encontrar a verdade real é que o magistrado deve então conformar-se com a verdade formal constante nos autos do processo, e sentenciar com base no princípio do ônus da prova. Ainda assim, é interessante ressaltar que antes de proferir sua decisão, o juiz deve se certificar que realmente é impossível alcançar a verdade real no processo civil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

AMORIM, José Roberto Neves. *Fundamentos atuais do processo civil: processo do conhecimento*. 1 ed. São Paulo: Manole, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva. 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. *Código de processo civil*. 13 ed. São Paulo: Rideel.2013.

BRASIL. *Constituição federal*. 13.ed. São Paulo: Rideel. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9296 de 26 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final da Constituição Federal. Diário oficial da união. Brasília, 25, jul. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma do STJ. Ministro Relator Humberto Martins. *Agravo nos EDcl no Recurso Especial nº 1.374.340 – RN*. 2012/0176529-5. Agravante Catarina Lúcia Galvão Dantas e outros. Agravado Rafael Melo de Oliveira e Souza e outros. Rio Grande do Norte. 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Booksellen, 1998. Vol.2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13.ed. São Paulo: Malheiro.2008.

FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. *A busca da verdade real no processo civil*. Set. 2013. Disponível em <<http://www.fatonotorio.com.br/artigos/ver/304/a-busca-pela-verdade-real-no-processo-civil>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 7.ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

GUILHERME, Thiago Azevedo. *Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. *A produção da prova no direito processual: o alcance e os limites do ativismo processual*. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.

MOARES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NERY, Nelson Jr. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

REVISTA MAGISTER DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. *Um réquiem à busca da verdade no processo civil*. Rio Grande do Sul: Magister, nº 23, março/abril. 2008.

_____. *O dever de falar a verdade e o processo civil*. Rio Grande do Sul: Editora Magister, nº 32, setembro/outubro. 2009.

_____. *Verdade judicial e ritualização do processo: a forma é a questão menos relevante e subterfúgio para contornar a cláusula de indeclinabilidade da jurisdição?*. Rio Grande do Sul: Editora Magister, n° 53, março/abril. 2013.

SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.