

A PROVA E O FATO

The evidence and the fact

Beclaute Oliveira Silva

UFAL, Maceió, AL, Brasil.

Informações do artigo

Recebido em 25/05/2022

Aceito em 18/07/2022



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Como ser citado (modelo ABNT)

SILVA, Beclaute Oliveira. A prova e o fato. **Direito, Processo e Cidadania**. Recife, v. 1, n. 1, p. 175-206, jan/abr. 2022.

Editor responsável

Prof.Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto

Resumo

A relação entre prova e fato é tema antigo, mas que gera debate acalorado até os dias de hoje. No presente artigo, é realizada uma análise das diversas concepções acerca da prova – concepções declaratórias e concepções constitutivas – e, numa perspectiva crítica, demonstra-se a insuficiência delas, enquanto modelos de explicação suficientes do fenômeno. Neste trabalho, tanto o fato como a prova são tratados como enunciados linguísticos e dialógicos. É nesta perspectiva, em que a prova é analisada como componente do universo discursivo, que se percebe a relação com o fato, já que são categorias da mesma espécie, embora com funções distintas. O vínculo entre a prova e o fato é uma relação de referibilidade e, desta relação, é possível perceber a autonomia da prova enquanto fenômeno que transcende o direito processual.

Palavras-Chave: Prova. Fato. Enunciado Linguístico. Dialogismo.

Abstract

The relation between the evidence and the fact is an ancient theme, but it has generated heated debates up to this day. In this current article, an analysis has been carried out of the various conceptions about the evidence – both declaratory and constitutive conceptions – and, within a critical perspective; it shows their insufficiency as sufficient explanation models of such phenomenon. In this paper, either the fact and the evidence are treated as linguistic and dialogic statements. It is against this backdrop, in which the evidence is analyzed as a component of the universe of discourse, that the relation to the fact is perceived, since they are categories of the same type, although they have distinct functions. The connection between the evidence and the fact is a relation of referability and, from this relation, it is possible to see the autonomy of the evidence as a phenomenon which transcends the procedural law.

Keywords: Evidence. Fact. Linguistic statement. Dialogism.

1 INTRODUÇÃO

“Todo fato é, pois, mudança no mundo. O mundo compõe-se de fatos, em que novos fatos se dão. O mundo compõe-se de fatos, em que novos fatos se dão. O mundo jurídico compõe-se de fatos jurídicos. Os fatos, que se passam no mundo jurídico, passam-se no mundo; portanto: são.”¹

A prova vem sendo um objeto de estudo fantástico, na dogmática processual. Sua relação com a denominada realidade e com o fato impõe aos estudiosos e aos aplicadores do direito inúmeros desafios e dá abertura para futuras agendas de pesquisa.

Seguramente, o objeto deste artigo não se restringe ao âmbito do processo, é algo que o transcende, já que também permeia o direito material cível ou penal. Saliente-se ainda que, para sua melhor análise, os estudiosos do tema têm se valido de incursões necessárias na filosofia geral, na filosofia da linguagem e, claro, produzindo, com isso, filosofia do direito e um esboço para uma filosofia do direito processual.

A partir deste recorte, o presente artigo pretende analisar linguisticamente as diversas concepções acerca da prova por meio do dialogismo. Para tanto, a prova e o fato são analisados como enunciados linguísticos e dialógicos que, embora sejam componentes do universo discursivo e categorias da mesma espécie, possuem funções distintas.

Tendo em vista que o vínculo entre a prova e o fato é sugere uma referibilidade e, desta, uma autonomia daquela como fenômeno que transcende o direito processual, este artigo visa contribuir com as discussões sobre a categoria probatória e fatídica, nesse âmbito dogmático, ao propor uma análise linguística sobre cada uma delas.

2 A POLISSEMIA DO TERMO PROVA

Quando se põe a questão da cognição no processo, um dos pontos que aparecem em destaque é o referente à prova, já que ela, em regra, dirige-se ao fato. Essa relação, prova e fato, na maioria das vezes, é posta pela doutrina como condição para cognição.

O termo prova é extremamente polissêmico, no linguajar jurídico, com salienta Fabiana del Padre Tomé (2005, p. 65-66). Sua análise vai além da já clássica tríade delineada

¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. 4ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: RT, 1983, tomo I, p. 5.

pela doutrina, qual seja: prova como ato de provar; prova como meio de prova; prova como resultado dos atos de prova (SANTOS, 2001, p. 41). Transcende também a versão que a identifica como instrumento de demonstração de algo, confrontação, convencimento, enunciado de ocorrência de um acontecimento (HOFFMANN, 1999, p. 61); bem como a concepção que vislumbra a prova como instrumento para conhecimento do fato; como procedimento; como atividade lógica para o conhecimento do fato; resultado da atividade lógica de conhecimento (PISANI, 1999, p. 430). Veicula em sua análise as seguintes acepções da prova: procedimento; produto; enunciação; enunciado; fato; norma; signo; mensagem; relação de implicação; elemento constitutivo do fato jurídico; meio de convencimento; demonstração; experiência; certificação; e meio de prova. Dada a quantidade de sentidos diversos indicados para o termo prova, necessário se faz que se pormenorize cada um.

Como relatado, o primeiro dos sentidos indicados foi prova como procedimento. Tal acepção não aparece só, já que se coloca em relação com outro, que é a prova como produto, segundo sentido acima articulado, pelo que ambos serão verificados em conjunto. Como procedimento, a categoria prova aparece como uma sequência de atos concatenados cuja finalidade é constituir ao final um produto que será o relato probatório. Quando se coloca a prova como procedimento, esta é considerada feito um conjunto de normas que organizam a forma como a prova produto será admitida no sistema jurídico, e como ela será valorada (TOMÉ, 2005, p. 68). Como procedimento, a prova aparece tal se fosse norma de estrutura, ou norma competência, que segundo Norberto Bobbio (1997, p. 43), é “o modo pelo qual se devem produzir as regras”. É da aplicação da aludida norma de estrutura ou de competência que surgirá um produto, a prova. Tem-se assim que as regras de produção que estipulam o modo como a prova testemunhal, a prova pericial etc. serão constituídas, no processo, resultam no procedimento prova (TOMÉ, 2005, p. 69). Nas palavras de Maria Rita Ferragut (2001, p. 47), “prova é procedimento, conjunto ordenado de atos e fatos jurídicos sucessivos ou instantâneos, sequenciais ou não, que visam demonstrar a ocorrência de eventos descritos em um fato”. Percebe-se, na definição de prova como procedimento, a inclusão do produto, já que o fim do procedimento é a demonstração do fato.

Outra forma de uso do termo prova também se coloca de forma relacional. É o que ocorre na versão da prova como enunciação e seu correlato enunciado, que é tomado sob a perspectiva estruturalista. De certa forma, quando se trata da prova como enunciação, está-se tratando de um aspecto procedimental, já que sendo a enunciação um ato tendente a pôr

o enunciado, acaba por conferir-lhe tal caráter. Trata-se de outra maneira de ver a questão, e nesse ponto o termo prova é utilizado ora para designar a enunciação, ora para designar o enunciado. A dicotomia processo e produto mais uma vez se instaura. Ao analisar o enunciado e a enunciação, Fabiana del Padre Tomé parte da corrente teórica que vê na enunciação um ato que se perde no tempo e no espaço. Por ser efêmera, a única forma de aproximação do sujeito cognoscente ao aludido fenômeno será efetivada pela análise das marcas que a enunciação deixa no enunciado, no caso os dêiticos. Com relação aos dêiticos, termo de origem grega que significa aquilo que mostra ou demonstra, na lição de Gabriel Ivo (2006, p. 68), estes se apresentam como as marcas que ficam no texto, tendo por função revelar (demonstrar) o processo de enunciação.

A prova enquanto enunciado é o produto do ato de provar – que não deixa de ser uma espécie do gênero enunciação. Segundo José Luiz Fiorin (1999, p. 170), é a “instância constitutiva do enunciado”. Nesse contexto, o enunciado pressupõe a enunciação (FIORIN, 1999, p. 170). No direito, os dêiticos indicam o processo de produção, mas com este não se confunde. Não deixa de ser uma forma de prova de que houve um processo enunciativo, quem o fez, quando fez e como fez. No bojo do enunciado há tanto o seu conteúdo como as marcas que indicam o processo produtivo. Na análise da prova enquanto enunciado, duas indicações se estabelecem, já que:

- i) há no produto aquilo que se quis produzir, denominado enunciado, e
- ii) a enunciação enunciada ou enunciação narrada, que é “o simulacro que imita, dentro do discurso, o fazer enunciativo”(GREIMAS, COUTÉS, 2008, p.68).

Noutros termos, há no produto tanto o que se quis produzir, denominado enunciado enunciado, quanto as marcas que remetem ao processo enunciativo (dêiticos), que funcionam como enunciação enunciada (FIORIN, 1999, p. 36). Conforme afirma José Luiz Fiorin (1999, pp. 36-37), no campo da linguística os dêiticos identificam, no processo enunciativo, o lugar, o tempo e a pessoa. Ou seja, onde o enunciado foi produzido (lugar), quando foi produzido (tempo) e quem o produziu (pessoa).

Ainda sob o prisma do enunciado, Fabiana del Padre Tomé (2005, p. 70) analisa a prova como o sentido construído pelo intérprete a partir do enunciado, aqui visto como a expressão material do signo, tais como a grafia das palavras no papel, a fotografia, a imagem veiculada através de DVD ou outro meio digital etc.

Sob outra perspectiva, a prova aparece para Fabiana del Padre Tomé (2005) como sendo o fato. Por ser o termo fato também polissêmico, a autora o qualifica como o produto daquilo que denominou enunciação. Destarte, a prova enquanto enunciado é tratada como fato. O aludido enunciado, agora fato, manifesta-se no plano dogmático como fato jurídico. Para evitar ambiguidades, denomina prova como fato jurídico em sentido amplo. A referida autora explica a denominação alegando que se trata de fato, pois relata acontecimento pretérito (fato, do latim *factu*, equivale a feito, realizado, ação feita etc. (HOLANDA, 1986, p.761), por isso se reporta ao passado, já que fato é feito e não aquilo que se fará); é jurídico, já que integra o sistema jurídico positivo; é em sentido amplo, porque em conjunção com outros irá formar a convicção do intérprete, apta a constituir o fato jurídico em sentido estrito, aquele que ingressa como antecedente da norma jurídica (TOMÉ, 2005, p. 71). Percebe-se que a autora não usa a expressão fato jurídico em sentido estrito, como faz Pontes de Miranda (1983, p. 187), que a utiliza para identificar os fatos jurídicos em que os atos humanos não ingressam em sua composição, ou seja, aqueles que possuem, como núcleo do suporte fático, um evento da natureza, tal qual o nascimento, a morte etc.

É interessante notar que Fabiana Tomé del Padre (2005, p. 71), ao se deparar com a prova, enquanto fato, elabora uma cadeia casual de implicação em que o fato alegado, em combinação com as provas (fatos jurídicos em sentido amplo), redundará implicativamente no fato jurídico em sentido estrito. Para isso formula o seguinte encadeamento: “[Fa . (F1 . F2 . F3. ... Fn)] → Fj”. Desformalizando: Fa (fato alegado); “.” (conector conjuntivo); F1, F2, F3 e Fn (provas ou fatos jurídicos em sentido amplo); “→” (conector implicacional); Fj (fato jurídico em sentido estrito) (TOMÉ, 2005, p. 71-72). Estabelece que a conjunção dos diversos fatos levará à conclusão de que o fato alegado é verdadeiro. Salienta que essa verdade é relativa, já que depende do raciocínio de quem analisa a prova (TOMÉ, 2005, p. 72). Mais. Tal análise se põe no bojo da técnica cognição.

Pode-se perceber que no contexto apresentado o termo prova pode designar: o fato de provar (ação); o fato provado (resultado); o fato que causa o convencimento do julgador acerca da verdade de outro fato; a própria convicção provocada na consciência de quem julga (TOMÉ, 2005, p. 72). A polissemia é imensa e acaba por escancarar as portas para possíveis ambiguidades.

Ainda com relação à prova, esta pode aparecer designando uma norma. Tal aspecto já fora mencionado quando se tratou da prova como procedimento e a questão norma foi

veiculada. Entretanto, aqui o aspecto normativo não é posto apenas naquele sentido. A partir da formulação veiculada na prova como fato, percebeu-se a existência de um encadeamento formalizado. Isso levou Fabiana del Padre Tomé (2005, p. 73) a analisar a prova como norma. Afirma que, simultaneamente, a prova é fato e norma, já que se estabelece como as diversas proposições irão intervir na constituição do fato jurídico em sentido estrito.

Além disso, a prova apresenta-se como norma de estrutura, enunciação, porquanto estabelece o sujeito, o tempo, o modo e o local em que o enunciado probatório será produzido (TOMÉ, 2005, p. 73). No campo polissêmico em que a prova se insere, outra vertente se coloca. É a prova como signo linguístico. A autora trabalha o signo como aquilo que representa algo, no processo comunicacional (TOMÉ, 2005, p. 73). Nesse contexto, a prova aparece como signo do fato, aqui posto como fato alegado, relato. É o fato signo do evento – acontecimento que se dá no mundo fenomênico (TOMÉ, 2005, p. 74). Afirma que a representação não é total, pois esta, enquanto codificação, representa parcialmente o universo (TOMÉ, 2005, p. 75).

Acrescenta, nesta quadra, as diversas formas de manifestação do signo. A primeira é o ícone – possui similitude com o objeto representado, *e. g.*: fotografia, estátua, pintura etc. –; a segunda forma é o índice – mantém algum vínculo existencial com o objeto representado, *e. g.*: fumaça indica fogo, febre indica infecção etc. –; e, por última maneira, o símbolo – possui relações convencionais com o objeto, *e. g.*: as palavras (ARAÚJO, 2005, p. 336). Percebe-se desta feita que as provas testemunhais, periciais e documentais, veiculadas em palavras, compõem o universo significado simbólico, como adverte Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1996, p. 257). Já as fotografias e filmagens ingressam na categoria iconográfica.

Ainda na perspectiva do signo, como demarcado por Fabiana del Padre Tomé (2005, p. 77), este pode ser analisado sob o prisma sintático – analisa as formas de relação das provas entre si –, semântico – relação entre a prova e o fato alegado –, e pragmático – relação entre a prova e o valor que seus utentes lhe atribuem. É interessante perceber que a valoração da prova escapa ao aspecto semântico e sintático, colocando-se no plano pragmático da linguagem.

Há também a veiculação da prova como mensagem. Esta se coloca como informação transmitida, ou seja, uma sequência de signos teleologicamente organizados a partir de um código, veiculado por um transmissor a um receptor (TOMÉ, 2005, p. 78).

A plurissignificação do termo prova acaba por colocá-lo no campo da relação de implicação que une o fato que se pretende provar e a própria prova. Aparece nesta situação a questão da verdade, uma vez que a proposição implicada será verdadeira, caso a proposição implicante também seja (TOMÉ, 2005, p. 79). Com base nisso, Fabiana del Padre Tomé (2005, p. 79) irá afirmar que se há prova constituída segundo as regras estabelecidas pelo direito, então se terá por existente o fato jurídico alegado.

Até agora se percebe a íntima ligação ultimada pela autora entre prova e verdade. Como se verá, esse elo se repetirá em boa parte dos autores que lidam com a prova. Entretanto, retomando a polissemia, a prova é também colocada para designar o elemento constitutivo do fato jurídico. Isso se dá porque a prova, em sua relação com o fato alegado, vai além da mera forma de averiguação da verdade dos fatos. Ela ingressa como fato cuja existência é indispensável para a constituição do denominado fato jurídico em sentido estrito (TOMÉ, 2005, p. 79). Ademais, é o fato jurídico que compõe o antecedente concreto da norma jurídica. Aqui, uma distinção: embora a prova seja fato jurídico em sentido amplo, não ingressa como antecedente da norma jurídica concreta, já que não é fato jurídico estrito. A aludida distinção, entretanto, não retira da prova o caráter de fato jurídico, e mais, sua configuração é condição para a concretização do fato jurídico em sentido estrito (TOMÉ, 2005, p. 79-80).

No que se refere ao plano pragmático da linguagem, acima apontado, a prova aparece como instrumento utilizado para produzir o convencimento. Trata-se de uma das funções primordiais da prova, qual seja influenciar a convicção do destinatário (TOMÉ, 2005, p. 79-80). Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1996, p. 318), além de encontrar na prova uma vinculação com o ético, uma vez que a expressão prova decorre do latim *probus*, que originou o termo prova e *probo* (honesto), percebe nela dois sentidos. O primeiro se apresenta de forma objetiva e tem por finalidade demonstrar a existência do fato ocorrido. Já o segundo sentido se mostra de caráter subjetivo e consiste em aprovar ou fazer aprovar. Adianta: "Fazer aprovar significa a produção de uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança, bem como a possibilidade de garantir, por critérios de relevância, o entendimento dos fatos em sentido favorável (o que envolve questões de justiça, equidade, bem comum etc." (FERRAZ JR., 1996, p. 318).

A questão do convencimento está atrelada ao aspecto subjetivo da prova. Neste aspecto a prova será tomada como pressuposto para a formação da convicção do julgador, visando assim extirpar a dúvida (TOMÉ, 2005, p. 80-81).

A quadra polissêmica da prova ainda indica outra versão, que é a prova como demonstração. Aqui, a prova terá relação direta com a plêiade de instrumentos e de recursos aptos a atestar a verdade de um fato. A mencionada versão envolve desde as operações lógico-matemáticas até as construções retórico-discursivas que engendram muitas vezes as peças processuais (TOMÉ, 2005, p. 84).

A prova também serve como “contraprova” ou prova contrária. Neste caso, sua função não é atestar a existência, mas a inexistência de um fato, como ocorre com a prova de uma exceção de direito material, como aquelas tendentes a demonstrar a existência de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos da pretensão do autor (SANTOS, 1952, p. 26). A prova, assim, apresenta uma função constitutiva negativa, buscando destruir um argumento (TOMÉ, 2005, p. 84). Neste caso a prova se apresenta como linguagem exercendo função afásica, ou seja, aquela que consiste em um conjunto de enunciados veiculados contra a mensagem de outro, no intuito de gerar obscuridade, confusão, ou mesmo dificuldade no entendimento de terceiros acerca do que fora colocado, ou de dificultar sua aceitação (CARVALHO, 2008, p. 49-50).

Ainda no campo plurissignificativo em que a prova se encontra inserida, há a ideia da prova como experiência. Toma-se a prova como decorrente de uma experiência sensorial. Utiliza-se o termo como experimento para aprovar ou reprovar (HOFFMANN, 1999, p. 62). É de se salientar que a aludida experiência ingressa no processo mediante o relato próprio admitido pelo direito. Num caso, o fato de uma pessoa presenciar um crime não é prova. A prova é o ato de testemunhar efetivado por essa pessoa, bem como o testemunho veiculado, mas ambos segundo as regras estabelecidas pelo direito positivo (TOMÉ, 2005, p. 84).

A expressão prova também pode servir para designar uma certificação. Neste caso, ela irá atestar a veracidade ou falsidade de um fato (contraprova) – ela atesta ou certifica (TOMÉ, 2005, p. 85). Pode também ser vista como uma forma de autenticação, como ocorre no reconhecimento de firma, autenticação de documentos etc. A certidão autenticadora irá funcionar como prova de prova (TOMÉ, 2005, p. 85). Há também a hipótese de a certificação aparecer sob a forma de constituição. No caos a prova ingressa, conforme explicita Tomé

(2005, p. 86), como fato constituidor do fato jurídico. Assim a prova "x" certifica que o fato jurídico aconteceu.

Outro importante sentido colocado para a prova é a sua utilização para designar os meios de prova. Interessante notar que os meios de prova são uma expressão por si só polissêmica, já que a doutrina os utiliza de forma distinta. Eles podem ser vistos como atividade, produto da atividade, documento, técnica utilizada para produzir a prova etc (TOMÉ, 2005, p. 86). No presente estudo serão tomados como as formas, tipificadas pelo sistema ou não, aptas a introduzir no processo judicial a prova. Têm um nítido conteúdo procedimental. Na lição de Cândido José Dinamarco (2009, p. 86), "meios de prova são técnicas destinadas à investigação dos fatos relevantes para a causa". São considerados meios tipificados: prova pericial, prova documental, prova testemunhal, depoimento pessoal, inspeção judicial, confissão (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 49).

Ao lado dos meios tipificados, existem formas atípicas de procedimento investigatório aptas a introduzir no sistema processual os fatos jurídicos necessários à produção da decisão judicial. Os meios atípicos são lançados de forma exemplificativa. Não existe um catálogo taxativo dos meios atípicos. Se existisse, deixaria de ser atípico. A título de exemplo, a doutrina catalogou os seguintes meios: prova cibernética, reconstituição do fato, prova emprestada etc (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 50). Os meios típicos possuem regras específicas estipulando como, quando, onde e quem irá realizar a produção da prova. Tais regras incluem-se naquilo que já ficou demarcado como norma de estrutura (BOBBIO, 1990, p. 43). Já os meios atípicos serão admitidos, desde que respeitem as regras gerais do processo, máxime o devido processo legal e seus corolários, como contraditório, ampla defesa, publicidade etc (CAMBI, 2006, p. 46). Desta feita, o fato de não haver regra específica para os meios atípicos de prova não quer dizer que eles serão admitidos sem seguir os padrões que a ordem jurídica processual estipula.

A polissemia acima destacada indica um fio condutor que une as diversas situações. Tal vínculo tem como marca a categoria demonstração. Noutros termos, a prova como instrumento apto a demonstrar algo dentro de um procedimento cognitivo. Entretanto, tal vinculação com a demonstração nem sempre apareceu, como se verificará. No âmbito da decisão, o termo já esteve ligado ao sentido "desafio". Historicamente, no âmbito da decisão jurídica, vários tipos de sistemas foram utilizados para justificar uma decisão sobre a questão do fato. Passa-se a expô-los.

3 OS MODELOS DE VERIFICAÇÃO DA VERDADE SEGUNDO MICHEL FOUCAULT

A necessidade de se teorizar sobre a prova surge porquanto a decisão jurídica necessita de uma justificação distinta do uso da força em seu estado bruto, físico. Por essa razão, a análise que possui por escopo explicar o fenômeno probatório tem sido tema recorrente nos estudos do direito, tanto no passado como hodiernamente.

A relação direito, decisão jurídica, verdade e prova acaba por gerar uma estrutura de interdependência e, por isso, a forma como se vê o direito irá em certo grau interferir no modo como se analisa a decisão judicial, bem como na maneira como a prova é analisada, já que esta é condicionante para a aferição da denominada verdade dos fatos.

Interessante análise foi feita por Michel Foucault, quando percebeu como a verdade e sua forma de aferição, condicionantes da decisão jurídica, eram admitidas historicamente. A verdade é vista como um procedimento apto a legitimar as práticas humanas num determinado contexto social, histórico e econômico. Tal procedimento, em um determinado momento, passa a se valer da prova como sua condicionante, como segue.

3.1 SISTEMA DA PROVA (PROVAÇÃO)

O aludido sistema consistia em se produzir a verdade mediante o artifício de um dos oponentes lançar um desafio para o outro. Aqui o termo prova não está sendo utilizado no sentido de demonstração, mas de desafio. Se o desafio não é aceito, tem-se que o proponente da prova sai vencedor. Aceito o desafio, este pode ser vencido ou não pelo desafiado. Se lograr êxito, está com a razão; caso contrário, o desafiante se encontra com a verdade e vence a querela (FOUCAULT, 2003, p. 32-33). Essa maneira de produção do acerto do fato também é denominada juramento. (LOPES, 2006, p. 20).

Para ilustrar o sistema, que vigorou na sociedade grega arcaica e na Alta Idade Média – e. g.: as ordálias –, Foucault toma um episódio relatado em A Ilíada (FOUCAULT, 2003, p. 31-33). Trata-se da contenda entre Antíloco e Menelau, por ocasião de uma corrida de carros cujo vencedor foi Antíloco. Ao final, Menelau afirma que seu oponente cometera irregularidades. Apesar de a competição possuir um árbitro apto a atestar a regularidade ou não da corrida, Menelau propôs ao seu adversário uma prova:

Antíloco, vem cá, discípulo de Zeus, como é de regra e, em pé, diante dos cavalos e do carro, com o chicote nas mãos, flexível, graças ao qual conduzas há bocado, tocando nos teus cavalos, jura por Aquele que sustém e sacode a terra que não entravaste voluntariamente, e por manha, o meu carro (HOMERO, 1988, p. 332).

Em resposta, Antíloco renuncia ao desafio, reconhecendo o cometimento de irregularidade. Caso jurasse e Zeus não o fulminasse com um raio, venceria a querela. Se Zeus o fulminasse, Menelau restaria vencedor.

Malgrado na sociedade atual esse sistema não seja mais utilizado na ciência, ele tinha por função aferir a verdade – no caso, a acusação de que o oponente agiu de forma irregular (FOUCAULT, 2003, p. 32). Vale salientar que tal sistema ainda é utilizado socialmente, máxime nas sociedades cristãs, em face da estipulação do segundo mandamento do Decálogo: “Não pronunciarás em vão o nome do Senhor, teu Deus; porque o Senhor não terá por inocente aquele que tiver pronunciado em vão o seu nome” (Dt 5, 11) (BÍBLIA, 1987, p. 221). Trata-se de uma regra de procedimento decisório, já que a falsidade no juramento implicará condenação. Claro que a aludida prescrição só terá sentido para os seguidores da fé cristã. O que se quer pontuar é que tal sistema não se encontra tão longe de nossa realidade, já que os cristãos, em suas práticas, recorrem a esse preceito religioso de conteúdo nitidamente processual.

O sistema de prova (provação), como descrito, não constitui um sistema de perquirição da verdade. Mas se a prova acontece e o desafiado vence, atestar-se-ia a assertiva como verdadeira, nos seguintes termos: “certa pessoa tendo dito a verdade tem razão, uma outra tendo dito uma mentira não tem razão” (FOUCAULT, 2003, p. 61).

O procedimento se restringe à existência ou não da prova e, existindo, verificar-se-á se obteve fracasso ou sucesso. Cabe ao magistrado atestar o procedimento (FOUCAULT, 2003, p. 62). Nesse sistema se atesta não quem realmente tem razão, mas quem é mais forte, permitindo-se a passagem da força ao direito, tendo-se como o mais forte aquele que tem razão. Noutros termos: confere à força o valor verdade. Esse sistema foi útil na Alta Idade Média, já que o modo de circulação de riqueza não era o comércio, mas a rapinagem, a guerra, a herança etc (FOUCAULT, 2003, p. 62-63).

A pesquisa – a demonstração – será objeto de outro modelo, que encontra raízes na Grécia clássica e também na Idade Média, tendo reflexo em nosso mundo: o inquérito.

3.2 SISTEMA DE INQUÉRITO

Assevera Foucault (2003, p. 40) que a modalidade inquérito vai surgir na Grécia clássica e toma como marco importante o relato na peça de Sófocles, Édipo Rei. Na peça há um deslocamento da verdade: do divino/profético para o empírico, mesmo que o detentor do saber seja um escravo e um pastor. O escravo afirma que Édipo não é filho de Pólibo (SÓFOCLES, 1998, p. 71), e o pastor atesta que dera àquele escravo uma criança, filho de Jocasta e de Laio (SÓFOCLES, 1998, p. 82).

Valoriza-se aqui o detentor do conhecimento, seja porque em contato com os deuses (profeta), com os fatos, seja porque, mediante a contemplação do mundo das ideias, teve acesso ao conhecimento, aqui já numa visão nitidamente platônica, a reminiscência.

Na Idade Média, o inquérito vai ser utilizado pela Igreja (inquérito eclesiástico) e pelo Estado na época carolíngia (inquérito administrativo), e depois generalizado. A influência do Direito Canônico, que irá disseminar o denominado processo “romano-canônico”, trará o aludido modelo aos nossos dias (PACHECO, 1999, p. 38-40).

Nele se destaca a existência de um poder político ou eclesial que ‘não sabe’, e por isso necessita inquirir ‘quem sabe’, no caso, os notáveis (indivíduos ‘capazes de saber’ devido à idade, à riqueza, à notabilidade de conhecimento, os dignos de confiança etc.)². No inquérito administrativo, a participação dos notáveis é espontânea (FOUCAULT, 2003, p. 69).

O aludido procedimento passou a ser o instrumento apto a generalizar o denominado “flagrante delito” – quando o indivíduo era surpreendido na prática do delito (FOUCAULT, 2003, p. 68). Como na maioria das vezes o flagrante delito real não era possível, passou-se a utilizar o inquérito como forma de se construir o flagrante, mesmo que não se estivesse presente ao acontecimento. Com isso era possível, mediante o uso da prova (aqui não se utiliza o termo no sentido de desafio, mas de algo apto a reconstituir o passado), tornar “(...) presente, sensível, imediato, verdadeiro, o que aconteceu, como se estivéssemos presenciando (...)” (FOUCAULT, 2003, p. 69). A prova passou a ser um artifício para se voltar no tempo. Reconstitui-se o passado mediante a linguagem da prova, ou, simplesmente, constitui-se o passado mediante a linguagem da prova. Neste sentido, o acontecido é, segundo a construção linguística do denominado flagrante.

² No processo civil brasileiro atual nem todos são admitidos como testemunha, como se depreende do art. 405 do CPC: “podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas”.

Estabelece-se um novo modelo, pautado na demonstração. Essa mudança não foi uma evolução, mas uma necessidade (FOUCAULT, 2003, p. 72). Nas palavras de Foucault (2003, p. 73): “o inquérito na Europa Medieval é sobretudo um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira de o poder se exercer”. A premissa que fez necessária a construção do modelo inquérito, por ainda estar presente nos dias atuais, possibilita hodiernamente sua utilização, principalmente nos processos judiciais.

O mencionado procedimento, de matriz judicial, foi relevante para a economia, a demografia, a geografia, a astronomia, a climatologia, a medicina, a botânica, a zoologia e outros campos do saber (FOUCAULT, 2003, p. 74-75).

À medida que o sistema de inquérito se impôs, o sistema da prova (desafio) caiu em desuso. Mesmo a tortura chegou a ser utilizada para se conseguir a confissão³. Era um método usado largamente no sistema inquisitivo. A mudança de perspectiva que se opera com o sistema inquérito vai fazer com que a alquimia, que utilizava o sistema da prova, perca sua utilidade, dada a necessidade do conhecimento empírico. Alega Foucault que a crise da universidade medieval pode ser vista sob esse prisma – a superação do sistema de prova. A universidade medieval utilizava o sistema de prova sob a forma da *disputatio* – vencia o desafiante que trouxesse um número maior de autores favoráveis a sua tese – como modelo de atestar o saber. No século XVI, essa forma foi abandonada nas universidades, porquanto não era mais útil.

3.3 SISTEMA DE EXAME

O terceiro modelo, exame, também denominado vigilância, surge a partir do século XVIII e domina o modelo de produção do saber nas denominadas sociedades disciplinares.

Ele se manifesta sob a forma de vigilância permanente sobre os indivíduos, por alguém que exerce algum tipo de poder, seja ele o mestre-escola, o chefe de oficina, o médico, o psiquiatra, o diretor de prisão etc. Aqui há o surgimento do modelo *panopticon*. Mediante o exame, atesta-se se os vigiados evoluíram ou regrediram. Em outros termos, testifica-se se são ou não normais, ou seja, conforme a norma (FOUCAULT, 2003, p. 88).

³ Hoje tal prática não possui respaldo jurídico.

Segundo Foucault (2003, p. 88), esse modelo irá permear as ciências humanas como a psiquiatria, a psicologia, a sociologia, a criminologia etc.

Tal sistema se impõe porque serve para um novo tipo de riqueza. Antes a economia tinha por lastro a propriedade imobiliária, mas com o advento do capitalismo industrial surge uma nova forma, a mercadoria (FOUCAULT, 2003, p. 100-101). O latifúndio no capitalismo só tem sentido se for produtivo. Apto a produzir mercadoria e, via de consequência, gerar riqueza. Para garantir a segurança e evitar o dano é que foi criado o sistema de vigilância. Aqui o vigilante se antecipa ao fato (FOUCAULT, 2003, p. 100-107).

Do ponto de vista epistêmico, o exame extrai do indivíduo saberes pessoais que serão incorporados à produção, além de reproduzir o sistema de controle. Foucault (2003, p. 121) usa como exemplo as invenções e as novas técnicas desenvolvidas pelo operário, que são apropriadas pelo empregador, na escala produtiva.

Ademais, a observação sobre os indivíduos fez nascerem as ciências que tomam o homem, melhor dizendo, o comportamento humano, como objeto de conhecimento, como o caso da psicologia, da psiquiatria, da criminologia etc (FOUCAULT, 2003, p. 121-125).

Embora esse sistema tenha diversas implicações para o direito, como a sociologia do direito, a criminologia, a psiquiatria forense, a psicologia forense etc., para o presente estudo a ênfase não terá por ponto esse modelo, mas aquele que se constitui a partir do inquérito, já que é este o adotado pelo sistema jurídico positivo pátrio, por influência do direito romano-canônico. Constata-se tal assertiva pelo modelo eleito no sistema processual da necessidade da demonstração dos fatos no vigente processo civil pátrio.

4 MODELO DEMONSTRATIVO DO INQUÉRITO: PALAVRAS INICIAIS

No denominado sistema inquérito, a função demonstrativa impera. Esse modelo é utilizado, como se verá, pela ciência processual, que tem por premissa a perspectiva objetivista. Entretanto, a relação entre a prova e o fato a ser provado é analisada de modo distinto. Cada corrente teórica pode fazer uso diferente do aludido aparato. Há correntes teóricas que vislumbram na prova a função de demonstrar a verdade do fato, logo a prova é estranha ao fato. Pode ocorrer que a prova seja utilizada para constituir o fato, mesmo assim mantendo uma relação distinta, como ocorre na teoria que toma o fato prova como fato jurídico em sentido lato, distinto do fato jurídico em sentido estrito, exposta no primeiro item.

Na aludida concepção, o estranhamento também ocorre. Embora haja distinção, existe uma relação de referibilidade entre a prova e o fato demonstrado.

A função demonstrativa presente no sistema inquérito, na doutrina pátria, manifesta-se de duas formas: uma declaratória e outra constitutiva. Passa-se a explicar as referidas concepções.

4.1 CONCEPÇÃO DECLARATÓRIA

A prova pode ser veiculada como imersa em uma concepção declaratória. Na mencionada concepção a prova terá a função de tornar clara uma determinada situação e pode ser tomada de duas formas:

- a - como uma situação no mundo fenomênico, ontologizada;
- b - como um argumento.

São perspectivas distintas, mas que utilizam a prova como critério apto a declarar a existência ou não de um evento.

4.1.1 PROVA COMO SITUAÇÃO NO MUNDO FENOMÊNICO

A prova pode ser tomada como uma situação existencial no mundo fenomênico. A mencionada concepção não aparece de forma uníssona, isso porque a prova tinha por função chegar à verdade, que para muitos é vista como verdade correspondência - *adequatio intellectus et rei*. Na aludida concepção de verdade há uma relação direta entre o pensamento e o real, em um vínculo que importa identidade mediada pela objetividade da prova. Essa objetividade da prova decorre do fato de ela ser distinta do sujeito cognoscente, já que dele é exterior. Neste ponto, a prova tem papel essencial na objetivação da assertiva produzida pelo julgador, já que esta é, segundo Malatesta (2003, p. 15), "o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade". O modelo desenvolvido por Malatesta guarda forte relação com a base da técnica dos níveis de cognição.

Constata-se na obra de Malatesta (2003, p. 15), a já clássica gradação entre ignorância – ausência de conhecimento sobre o fato –; credulidade – existência de motivos que autorizam atestar a existência do fato, bem como sua inexistência em igual medida –; probabilidade – prevalência de motivos que autorizam atestar a existência dos fatos –; e

certeza – conhecimento afirmativo sobre o fato. O aludido autor faz, entretanto, a ressalva de que a certeza, como as demais situações, é uma crença, de natureza subjetiva, que pode ser distinta da verdade real (MALESTA, 2003, p. 16). Neste ponto a verdade é algo que está fora do sujeito, possuindo um caráter eminentemente objetivo. Já a certeza possui um aspecto subjetivo. Entretanto, Malatesta (2003, p. 19) não abandona o conceito clássico de verdade como conformidade entre a ideia e a realidade, já que a correspondência ocorre, e a certeza se ampara na verdade. Assevera:

A certeza é, por natureza, subjetiva, mas pode considerar-se do ponto de vista de suas relações objetivas. Do ponto de vista objetivo, confunde-se com a verdade; é a verdade enquanto seguramente percebida. Por isso, com objetividade, única, em si, da certeza, não se revela a nosso espírito senão através de uma *conformidade simples e sem contraste* entre a noção ideológica e a realidade ontológica e que dá lugar, sob o primeiro aspecto, com verdades instituídas, sejam contingentes ou necessárias e, portanto, como certezas instituídas (MALESTA, 2003, p. 53-54).

O aludido tratadista repudia o uso da probabilidade na decisão judicial penal apta a condenar, já que nela o magistrado não conseguiu descartar o divergente. O verossímil ingressa como o primeiro grau de probabilidade. Depois, faz uma gradação que se inicia no verossímil, passa pelo provável, até chegar ao probabilíssimo.

Como salientado, a prova é o dado determinante da produção daquilo que Malatesta denominou certeza, bem como probabilidade. De certa forma, Mittermaier tem posição similar, já que partindo da ideia de verdade, considera o ato de provar como “querer, em substância, demonstrar a verdade e convencer o juiz, o qual para decidir há mister de adquirir plena certeza” (MITTERMAIER, 2007, p. 59). Idêntica premissa é utilizada por Eduardo J. Couture (2002, p. 177-178). Nele a prova é um método de verificação, averiguação e convicção. Acrescente-se que o termo verificar possui em seu radical a expressão “veri”, que é o radical da expressão latina *veritas*.

Na perspectiva de Malatesta, encontra-se também o pensamento de Jeremías Benthan (2003, p. 23) que vê na prova um fato que leva à conclusão de outro fato. A relação entre um fato e outro toma como marca a identidade que irá implicar na verdade. No mesmo contexto, o pensamento exposto por Antonio Dellepiane (1958, p. 42), quando assevera: “acabamos de dizer que a verdade, no tocante aos fatos, existe sempre que a ideia de que deles forma o juiz coincide exatamente com a realidade”. Outro argentino irá afirmar que “*probar es establecer la existencia dela verdad.*” (SILVA, 1947, p. 21).

Boa parte dos estudiosos da prova, no direito pátrio, desde o século XIX, tomou o caminho trilhado pelos autores acima mencionados, no sentido de ter na prova um instrumento demonstrativo apto a declarar uma verdade. Toma-se, por exemplo, um dos primeiros trabalhos versando sobre a temática, veiculado no Brasil em meados do século XIX:

Segundo estes princípios, podemos definir as provas no seu sentido lato: – o meio pelo qual a inteligência chega á descoberta da verdade. No seu sentido jurídico, porém, define-as a nossa lei civil – a demonstração da verdade dos factos allegados em juízo (CASTRO, 1917, p. 14).

Percebe-se no excerto transcrito que há uma vinculação entre a prova, a cognição e a verdade acerca dos fatos. Assim, a prova ingressa como elemento objetivo, distinta do sujeito cognoscente, apta a revelar uma verdade que irá colocar no sujeito cognoscente uma certeza. Saliente-se que o termo que Francisco Augusto das Neves Castro utiliza é descoberta. A função da prova é ser um meio para revelar ao espírito a verdade, que é imanente e se encontra no real.

Já no século XX e até mesmo no atual, a forma de trabalhar a prova ainda deita raízes nas premissas anteriormente lançadas, havendo mudança, muitas vezes, no enfoque conferido à verdade, já que esta pode ser vista, hodiernamente, como correspondência, coerência, consenso etc. Não é objeto desta pesquisa analisar as inúmeras concepções de verdade, mas demarcar que a concepção de prova está a ela ligada, seja qual for o conceito que lhe for atribuído. Ademais, a prova ingressa como fator fundamental da produção da decisão judicial sobre o fato.

Pode-se perceber essa forma oitocentista ainda vigente em diversos autores que influenciam a doutrina pátria no que tange à matéria da prova, como se expõe. Em Pontes de Miranda (1997, p. 245), colhe-se a seguinte assertiva: “a prova refere-se a fatos”. Após, esclarece: “as provas destinam-se a convencer da verdade; tal fim” (PONTES DE MIRANDA, 1997, p. 246).

Na mais volumosa obra escrita sobre prova, no Brasil, Moacyr Amaral Santos, com forte base em Malatesta, irá afirmar que provar é o “meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade” (SILVA, 1952, p. 12). Já se mostra a função retórica da prova, que é voltada à verdade como correspondência entre a ideia e a realidade. Noutra passagem, irá pontuar: “a questão de fato se decide pelas provas” (SILVA, 1952, p. 15).

A forma de trabalhar a aludida categoria se repete em outros autores, como Ana Maria Campo Torres (2009, 2007), André Almeida Garcia (2009), Andrea Proto Pisani (1999), Arruda Alvim (2005), Eduardo Cambi (2006), Flávio Luiz Yarshell (2009), Gildo dos Santos (2008), Graciela Iurk Marins (2004), Humberto Theodoro Jr (2009), Jaime Guasp (2003), João Batista Lopes (2007), Ovídio Araújo Baptista da Silva (2007), Paulo Celso B. Bonilha (1997), Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010), Rui Portanova (2003), Vicente Higino Neto (2010), etc.

É sempre importante salientar que a forma de pensar de Malatesta é possivelmente a inspiração que norteia a teoria dos níveis de cognição adotada pela doutrina pátria (DINAMARCO, 2009, p. 143).

4.1.2 PROVA COMO ARGUMENTO

Ainda sob o prisma declarativo, encontra-se uma perspectiva que vem ganhando força no Brasil. Ela enfoca a prova como meio destinado a demonstrar os argumentos sobre os fatos, e não os fatos propriamente ditos alegados no processo, já que estes não podem ser apreendidos, pois se exaurem no tempo e no espaço, são efêmeros.

Neste contexto, os fatos existem ou não existem. Sua existência ou inexistência não tem que ver com a verdade. O que pode ser verdadeiro ou falso são os argumentos sobre os fatos. Tal assertiva já encontra ressonância na obra de Sentis Molendo (1979, p. 16), que afirma ser a prova destinada a verificar as afirmações sobre fatos. No pensamento de Michele Taruffo (2009, p. 197-205), o fato é visto como algo externo e objetivamente posto, entretanto, no processo, o magistrado constrói a narrativa do fato, competindo à prova confirmar a verdade da aludida descrição. Essa narrativa possui nítida função demonstrativa, rechaçando o autor a tese que vê na construção da narrativa do fato uma função persuasiva (TARUFFO, 2002, p. 327-328). Ainda com relação à narrativa, no entanto, entende que possui relação com a verdade dos fatos, já que o acerto do fato é requisito essencial para uma decisão fundamentada e condição para o que denomina processo justo (TARUFFO, 2002, p. 116). A narrativa construída não deixa de possuir relação de correspondência com o fato, o que leva a reputar a construção de Michele Taruffo como uma concepção que está entre a visão clássica da prova, presente em Malatesta, e a visão que vislumbra no argumento a aferição do valor verdade. Autores, como é o caso de Juan Montero Aroca (2007, p. 71),

admitem o fato ora como acontecimento, ora como argumento. Isso se dá da seguinte forma: se o que se quer provar é o antecedente da norma jurídica, a prova se dirige ao fato; caso o que se deseja demonstrar é o tema da prova, tem-se que o objeto é o argumento e não o fato.

Usando a linha que toma o fato como argumento, tem-se a concepção desenvolvida por Alessandro Giuliani (1971, p. 253), Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2015, 72), Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 46), Ronaldo Porto Macedo (1979, p. 61), Antonio Carratta (2001, p. 73-74) etc. Até mesmo Pontes de Miranda (1983, p. 248) deixa antever tal situação, quando afirma: “o que alega tem de provar a alegação”. Esta forma de pensar – provam-se argumentos – encontra-se positivada no caput do art. 319, VI do CPC⁴. Quanto ao tópico da prova documental, temos a seguinte redação: “art. 434. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações.

Percebe-se desta feita que esta acepção gera problemas também no campo legislativo. Essa questão aqui posta é o reconhecimento jurídico positivo que vai reputar o fato como argumento, textualmente, alegação, e não como acontecimento que se dá no plano fenomênico.

A análise feita por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 72) tem uma peculiaridade que merece destaque. Eles agregam à prova uma característica persuasiva, ao defini-la como “meio retórico, regulado pela lei e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. Embora Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 2015, p. 64) utilizem outras premissas, já que colocam a prova como argumento, o tema verdade, que é rechaçado pelos processualistas paranaenses, é substituído por validade das proposições. Usam para embasar o respectivo rechaço a chancela de Michel Foucault (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 64).

Percebe-se que o termo validade não foi colocado pelos autores ora analisados como sendo valência deôntica, mas como sentido de verdade, malgrado dele os autores tentem fugir. A tentativa de efetivar o corte se mostra frustrada, já que usam Michel Foucault para fundamentar a mudança de perspectiva. Tal tentativa é problemática e indica um retorno à questão da verdade no que se refere à prova, uma vez que o filósofo francês utilizado para

⁴ “Art. 319. A petição inicial indicará: (...) VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.” Vide também art. 344, art. 345, IV, art. 438, I, art. 509, II, todos do CPC.

dar lastro à sua conclusão não abandona a verdade, apenas a vê como uma instância de poder, como restou assentado (FOUCAULT, 2008, p. 12-14).

Ou seja, o tema verdade, embora negado Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, permanece subentendido, na contradição entre o que restou afirmado e a concepção teórica adotada. Ademais, no final do capítulo, quando Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 73) se propuseram a definir prova, asseveram que “a busca pela certeza e pela verdade ideal sempre será a meta do juiz na perquirição dos argumentos probatórios encartados no processo”. O tema verdade retoma, sob o prisma de verdade real, visto como meta. Nesse contexto, o fim da cognição é buscar realizar no processo a verdade real, mediante a prova.

A definição de prova veiculada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt também padece de outro problema, que é a restrição da prova aos fatos controvertidos, pois ficam de fora as provas que são veiculadas no processo, mas que não são impugnadas pela outra parte. A referida restrição é corrente em diversos autores, possivelmente influenciada pela estipulação contida no art. 374 do CPC⁵.

Ainda tratando a prova como argumento, há o trabalho de Luis Alberto Reichelt (2009, p. 119), que afirma:

A prova se constitui em um argumento que exerce a função de persuadir o magistrado de maneira que este acabe por concluir no sentido de que está diante da situação necessária para a produção da consequência jurídica que constitui o objeto do pedido de tutela jurisdicional.

Verifica-se também, do trecho transcrito, que a prova exerce um papel persuasivo específico, já que tem por fim tornar necessária uma decisão que lhe seja compatível. Neste caso, a prova surge como argumento com pretensão de irrefutabilidade, não possuindo propensão ao diálogo. Além disso, parece deixar de fora a função dissuasiva e aquela tendente não à certeza, mas a suscitar a dúvida. Isto ocorre nas defesas de mérito veiculadas pelo réu, no processo, com o intuito de rechaçar o pedido do autor ou de aduzir fatos que extingam, modifiquem ou impeçam o pleito autoral, como o uso da já mencionada

⁵ Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

contraprova. A prova assim persuade e também dissuade, já que é um enunciado a espera de uma resposta.

Até aqui a doutrina utiliza a prova como meio apto a declarar a verdade, com o fim de convencer o destinatário ou simplesmente demonstrar o alegado ou o próprio fato. Percebem-se nitidamente duas correntes declaratórias. A primeira, que tem por objeto a demonstração do fato alegado nos autos, e a segunda, que tem por objeto a demonstração da alegação sobre o fato – ambas com pretensão de verdade, que não deixa de ser correspondência.

4.1.3 CONCEPÇÃO CONSTITUTIVA

Uma outra perspectiva sobre a prova pode ser percebida a partir da obra de Carnelutti, que elabora uma visão constitutiva da prova. Ele não despreza a função de constatação, mas ela terá por finalidade fixar, estipular o fato. Para o processualista italiano acima destacado, o objeto da prova seriam, em regra, os fatos controvertidos (CARNELUTTI, 2002, p. 44). É pertinente a ele, neste ponto, a mesma crítica feita a Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhardt.

No pensamento de Carnelutti (2002, p. 47), a denominada verdade formal ou convencional, aquela produzida segundo os preceitos jurídicos positivos, é tida como uma metáfora, já que esta ou corresponde à verdade material, logo verdade, ou dela discrepa, logo falsidade. Assim irá identificar a verdade formal como verdade material. Após, acrescenta:

(...) o processo de busca submetido às normas jurídicas que obrigam e deformam sua pureza lógica, não pode ser considerada como um meio para o conhecimento da verdade dos fatos, senão para uma *fixação ou determinação dos próprios fatos*, que pode coincidir ou não com a verdade dos mesmos e que permanece por completo independente deles (CARNELUTTI, 2002, p. 48).

Assevera que “as provas (*probare*) são fatos presentes sobre os quais se constrói a probabilidade da existência ou da inexistência de um fato passado”. Por ser a prova um fato presente, (re)presenta, tornando presente o passado. A isso, Michel Foucault denominou de constituição do flagrante delito (FOUCAULT, 2003, p. 68-69). Por ter função representativa, a prova aparece como um signo. A representação não deixa de ser, no aludido autor, uma repetição de algo que ocorreu no passado, numa relação de identidade. Noutra passagem,

após definir prova como “demonstração da verdade legal de um fato” (CARNELUTTI, 2002, p. 72), assevera:

Dizer, portanto, que prova em sentido jurídico é a demonstração da verdade formal ou judicial, ou dizer, entretanto, que é a determinação dos fatos discutidos, é no fundo, a mesma coisa: aquela é somente uma expressão figurada, e esta uma expressão direta de um conceito essencialmente idêntico (CARNELUTTI, 2002, p. 73).

O autor já deixa antever que a prova se dirige ao alegado sobre o fato. Em obra posterior essa questão fica evidente, quando vaticina que “a prova serve para comprovar um juízo por meio da lei” (CARNELUTTI, 2001, p. 165). No Brasil, trabalhos como o de Daisson Flach (2009, 50-51) adotam a postura desenvolvida pelo jurista italiano.

A função constitutiva da prova sofre críticas de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart (2015, p. 57), já que, segundo esses autores, a reconstrução do fato não seria possível, pois este se perderia no tempo e no espaço, isso porque eles identificam o fato não como evento linguístico, mas como acontecimento do mundo fenomênico.

A perspectiva constitutiva aparece no engenho kelseniano, quando irá afirmar “o reconhecimento de que também a averiguação do fato delitual é uma função do tribunal plenamente constitutiva”. Noutro momento irá aduzir que “o fato que condiciona a sanção é produzido no processo judicial” (KELSEN, 1995, p. 265). Tratar-se-ia de um ato decisório. A aludida constituição pressupõe procedimento previamente estabelecido e autoridade competente, mediado pela verificação. Ao comentar a postura kelseniana, Jordi Ferrer Beltrán (2005, p. 21) aduz que os efeitos jurídicos da decisão independem da verdade dos enunciados, aqui vista como correspondência, isso porque a decisão tomada pode pautar-se em fato constituído com base em situação que efetivamente não aconteceu; mesmo assim a decisão terá caráter vinculativo, até que outra decisão venha retirá-la do sistema. Malgrado a construção de Jordi Ferrer Beltrán, Hans Kelsen (2005, p. 268) encontra certo paralelismo entre o processo de produção de conhecimento e o processo de produção judicial. A questão da verdade fica, mesmo como papel secundário, latente no processo de constituição do fato.

Outra vertente, mas com lastro na filosofia da linguagem, irá conferir nova roupagem à discussão. No Brasil, uma das referências neste modo de pensar é Paulo de Barros Carvalho (2008, p. 824). Nele, a prova ingressa como um enunciado linguístico apto a constituir o fato.

Tal qual Hans Kelsen, a prova se insere no processo de positivação do direito (CARVALHO, 2008, p. 824).

Esta elaboração já se encontra, de forma embrionária, em Cernelutti (2002, p. 165-167), mas não com a radicalidade proposta por Paulo de Barros Carvalho, já que este toma o fato como relato linguístico do evento e, por isso, deve ser vertido em linguagem competente, sendo esta aquela estipulada pela ordem jurídica (CARVALHO, 2006, p. 106).

Sua função é constituir o fato, que deixa de ser um elemento do mundo fenomênico e passa a ser uma categoria da linguagem. Estipula-se uma dicotomia entre evento e fato. O primeiro é irrepetível e efêmero, pois se dá no mundo fenomênico. Consome-se na cadeia temporal dos acontecimentos. Já o segundo é um relato daquilo que foi percebido pelo sujeito cognoscente. Assim, o fato não é o evento, mas o que dele se diz (CARVALHO, 2006, p. 93-94). Cabe ao magistrado, na cognição, estabelecer a relação entre prova relato e fato relato. Acaba a dicotomia fato (evento do mundo fenomênico) e alegação sobre o fato, instaurando-se outra, como já salientado.

A distinção entre fato e evento deita raízes na lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1996, p. 278), que afirma: “fato não é pois algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade”. Mais. Sobre a premissa habermasiana, que Paulo de Barros Carvalho (2006, p. 105-106) utiliza como fundamento, o fato é visto como enunciado com pretensão de verdade, e a existência do fato depende da prova, enquanto linguagem admitida pelo sistema como linguagem competente.

A linguagem é capaz de constituir fatos para o futuro (situações fantásticas), mas no processo judicial volta-se para o passado, em regra. Tal assertiva pode ser constatada em nossos dicionários, como já assinalado, que põem como sinônimo de fato a expressão feito, realizado (HOLANDA, 1986, p. 761).

Nas sendas de Paulo de Barros Carvalho, Fabiana del Padre Tomé (2003, p. 35) irá afirmar que “provado o fato, tem-se o reconhecimento de sua veracidade”. Verdade, em última análise, aparece nesta perspectiva como categoria inerente ao fato. Noutros termos: fato provado = fato verdadeiro = fato. Conclui-se que o fato não provado é um não fato, uma contradição. Mais. A expressão fato provado é uma redundância.

5 CONCLUSÃO: ANÁLISE CRÍTICA DAS DUAS CORRENTES

O relato de diversos modos de ver a prova e modo de sua aferição não só tem o condão de demonstrar a importância da temática e seu papel no contexto da cognição, como também de evidenciar que ela, embora com coloração distinta, possui um fio condutor que a orienta: a vinculação da prova à verdade ou a algo que se lhe assemelha, tais como verossimilhança ou probabilidade. Mesmo em Hans Kelsen, a função verificadora, enquanto procedimento, existe, malgrado possua função constitutiva.

A coincidência com relação a este ponto acaba por conferir um caráter necessário à relação. Neste contexto, a prova depende do sucesso na realização do fim. Se o fim não é alcançado, o meio é inútil. Noutros termos, a prova insuficiente a demonstrar o ocorrido é uma não prova. Ademais, a função probatória tem-se dirigido apenas aos fatos controvertidos, como se no incontroverso ela não existisse. Ora, a existência ou não do incontroverso é fato, logo necessita de comprovação, ou seja, de prova, ainda que isso seja posto de lado. Ademais, se é incontroverso é porque de alguma forma está provado.

5.1 (IN)SUBSISTÊNCIA DA CONCEPÇÃO DECLARATÓRIA

Como demonstrado, diversos estudos sobre o tema probatório partem da ideia de que existe uma verdade nos objetos, distinta das variações subjetivas que obscurecem o sentido intrínseco das coisas, pois se encontra pautada em outra realidade, objetivada pela prova, vista como um dado que se reporta a um fenômeno passado, conferindo, na atualidade, uma imagem idêntica ao ocorrido.

Esta maneira de vislumbrar o fenômeno probatório tem sofrido resistência, pois coloca a prova como elemento condicionante, mas distinto do fato que ela busca comprovar, além de desprezar a participação do sujeito na determinação do que é verdadeiro, já que a verdade é objetiva, está no objeto, coloca-se como uma categoria ontológica.

Entretanto, se se tomar a construção ontológica, percebe-se a formação de uma tautologia que torna sem sentido uma teoria que separa a prova do fato. Explica-se. A teoria propõe o seguinte: tendo em vista o fato "x", então o fato "z" (BENTHAN, 2003, p. 23). O "fato x" é a prova, e o "fato z" o acontecimento demonstrado, e, por isso, verdadeiro. O fato "z" será verdadeiro se o fato "x" existir. Para que o fato "x" exista, ele deve ser também

verdadeiro, já que a concepção utilizada pelos autores clássicos parte da verdade como correspondência entre o real e o ideal. Neste caso, em última análise, reduz-se o fato "fato z" ao "fato x". Um é igual ao outro, em uma relação de identidade, sendo desnecessária a separação prova e fato provado, já que idênticos.

A constatação acima lançada quer mostrar apenas que a concepção clássica acaba por gerar, no plano lógico, uma tautologia, que nada acrescenta ao objeto identificado, sendo um igual ao outro.

Melhor sorte não possui a concepção que toma a prova com função declarativa, mas como argumento. No caso é um argumento que fundamenta outro argumento, em uma relação que pode ser assim descrita: se o argumento "x", então o argumento "z". A questão passou da comparação no plano das categorias reais para categorias argumentativas. A consequência é a mesma: tautologia, já que implica identidade.

Tal situação, em ambas as hipóteses, gera ambiguidade, porquanto a classificação identifica como diferente o que é idêntico e fere o princípio lógico da não contradição (TUGENDHAT; WOLF, 1996, p. 43).

Outra questão que deve ser levada em consideração é que, se a prova é tratada como argumento tendente a persuadir, fica de fora aquele que tem por função dissuadir ou produzir dúvidas. Tais funções são relevantes ao processo, tanto que utilizada.

5.2 (IN)SUBSISTÊNCIA DA CONCEPÇÃO CONSTITUTIVA

Diante da concepção constitutiva percebe-se que a prova constrói ou determina o fato. Mantém-se a dicotomia prova e fato, como nas concepções anteriores. Muda-se, entretanto, a instância, já que ambas, prova e fato, não são categorias do mundo fenomênico, mas categorias linguísticas produzidas segundo critérios previamente estipulados pela ordem jurídica. O fato assim não é efêmero, aquilo que se dilui como evento, no tempo e no espaço, mas constituído no processo de positivação do direito, na decisão jurídica.

A manutenção da dicotomia não se justifica, já que fato seria aquele constituído segundo a linguagem competente das provas. As provas enquanto enunciados são utilizadas para criar o enunciado fato. Se a linguagem competente da prova constitui o fato, prova e fatos acabam por ser categorias idênticas. Como salienta Fabiana del Padre Tomé (2003, p.

71-79), “prova é fato que atesta outro fato”. Alega a autora, ainda, que o fato provado seria um metafato em relação à prova (fato) (TOMÉ, 2003, p. 23). Mas como é meta (prefixo que designa além, fora etc.) se é intra, já que a prova constitui o fato? Eis um problema.

Outra questão que se põe é que a relação entre fato prova e fato provado se dá por implicação (TOMÉ, 2003, 171). Essa operação impõe uma relação condicional “se, ... então”. Tomando-se a ideia de prova como enunciado linguístico constitutivo do fato, a prova ingressa como elemento do fato e, possivelmente, único. Neste passo, a relação não seria de implicação, mas de identidade. Então para que a diferença se são iguais?

5.3 PROPOSTA DIALÓGICA: PROVA COMO ENUNCIADO

As concepções rechaçadas utilizam a dicotomia entre fato e prova no intuito de justificar uma teoria da verdade, em certa medida ligada à concepção da verdade correspondência. Tal relação, entretanto, mostra-se logicamente tautológica, pelo menos nos modelos explicativos até agora lançados, já que o fato provado é o fato verdadeiro, que é o fato. Indo em sentido oposto, em obra publicada originariamente em 1879, há a interessante perspectiva lançada por Adolf Wach (1958, p. 224), que se transcreve: “*la comprobación de la verdad – ya lo hemos dito anteriormente – no es la finalidad de proceso civil y no puede serlo. Esa comprobación es un resultado contingente*”. Por essa razão, os critérios de uma verdade teórica não são o fim do processo, mesmo quando o magistrado é chamado para declarar se um documento é falso ou verdadeiro. Tal declaração não tem função apofântica, mas deôntica, já que estabelece normativamente uma situação, que deve ser.

Entretanto, a questão da verdade tem sido posta dentro do discurso jurídico, tanto que ela vai interferir no denominado processo cognitivo, a ser desenvolvido pelo magistrado, porquanto este emitirá um juízo de valor sobre os fatos trazidos pelas partes, mediante a linguagem da prova. Geralmente o tema verdade ingressa como correspondência, apesar de ela não ser determinante para a estipulação da decisão judicial, como bem lembrado por Adolf Wach. A insistência em modelos inspirados nas ciências naturais, para a resolução dos casos, no direito, acaba por criar teorias inconsistentes inaptas para explicar o modo de funcionamento do aparato jurídico-decisório.

Aqui se aponta outro caminho cognitivo, já que a prova ingressa como enunciado⁶, que deverá ter o condão de participar da formação de outros enunciados, no bojo do processo cognitivo. As aludidas pretensões de verdade delineadas pela doutrina de diversas colorações perdem de certa forma a referência de que, no processo, as proposições que dão base à decisão jurídica possuem pretensão de validade deôntica, como bem lançou Lourival Vilanova (1997). Por essa razão a pertinente lição de Adolf Wach, que percebeu ser a prova um argumento sem pretensão de verdade, mas apto a construir uma decisão jurídica. Assim, a prova é um enunciado que participa da formação do enunciado decisório, máxime a parcela do enunciado que estabelece os antecedentes da norma jurídica primária e da norma jurídica secundária. Se o enunciado pode vir a ser correspondente ou não ao dado do real, se é que isso existe, é um problema do “real”.

Desta feita, a relação entre prova e fato são relações estabelecidas entre enunciados (enunciados provas e enunciados fatos) que irão compor a decisão jurídica. Isso se revela interessante, pois nada impede que um sentido do enunciado que não fora utilizado pelo magistrado para construir a norma solução para o caso, seja depois usado, pelo tribunal, para construir nova decisão.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 9ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. Fato e Evento Tributário – Uma Análise Semiótica. *In Curso de Especialização em Direito Tributário* – Estudos Analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2007.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad em el derecho**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BENTHAN, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2003.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. 57. ed. Trad. Centro Bíblico Católico. São Paulo: Ave Maria, 1987.

⁶ Registre-se por oportuno que se está utilizando o termo enunciado a partir do dialogismo de Mikhail Bakhtin.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1ª reimpr. Brasília: Polis e Editora Universidade de Brasília, 1990.

BONILHA, Paulo Celso B. **Da prova no processo administrativo tributário**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 1997.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. São Paulo: RT, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad. Lisa Pary Scarpa. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Lider, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual civil e penal**. Trad. Júlia Jimenes Amador. São Paulo: Péritas Editora, 2001.

CARRATTA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatório). **Rivista di Diritto Processuale**. Ano LVI, n. 1 (gennaio-marzo 2001). Milani: Cedam, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos da incidência**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. **Theoria das provas**. Atualizada por Pontes de Miranda. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1917.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de derecho procesal civil**. 4ª ed. Montevideo/Buenos Aires, 2002.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Trad. Érico Maciel. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1958.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente e antecipação dos efeitos da tutela**. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, vol. III.

FERRAGUT, Maria Rita. **Presunções no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

FIORIN, José Luiz. **As astúcias da enunciação**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1999.

FIORIN, José Luiz. Enunciação e Construção de Sentido. *In Aulas de Português – Perspectivas Inovadoras*. (Org. André Valente). Petrópolis: Vozes, 1999.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil**. São Paulo: RT.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Machado e Eduardo Moraes. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. 25ª ed. São Paulo: Graal, 2008.

GARCIA, André Almeida. **Prova civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova** (contributo alla logica giuridica). Milano: Giuffrè, 1971.

GREIMAS, A. J.; COUTÉS, J. **Dicionário de semiótica**. Trad. Vários tradutores. São Paulo: Contexto, 2008.

GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. **Derecho procesal civil**. 6ª ed. Madrid: Civitas, 2003.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2010.

HOFFMANN, Susy Gomes. **Teoria da prova no direito tributário**. São Paulo: Copola editora, 1999.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª ed., rev. e ampl. 36ª reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

HOMERO. **A Ilíada**. Trad. Cascais Franco. 2ª ed. Sintra: Publicações Europa-América, 1988.

IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MACEDO, Ronaldo Porto. Prova dos atos jurídicos. **Revista de Processo**. Nº 16, ano 4, outubro de 1979. São Paulo: RT, 1979.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.

MARINS, Graciela Iurk. **Produção antecipada de provas**. São Paulo: RT, 2004.

MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba: los grandes temas del derecho probatório**. Buenos Aires, 1979.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da prova no direito processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Trad. Hebert Wüntzel Heirich. 2ª tir. Campinas: Bookseller, 2007.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3ª ed. Napoli: Jovene Editores, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Atualizada por Sérgio Bermudes. 3ª ed., revista e aumentada. São Paulo: Forense, 1997, tomo IV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. 4ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: RT, 1983, tomo I.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. 4ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: RT, 1983, tomo II.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

REICHELDT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Trad. Genaro Carrió. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997.

SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2ª ed., correta, e atual. São Paulo: Max Limonad, 1952, vol. I.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial: parte geral**. 2ª ed., correta e atual. São Paulo, Max Limonad, 1952, vol. IV.

SILVA, Carlos Martinez. **Tratado de pruebas judiciales**. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1947.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de direito processual civil: processo de conhecimento**. 6ª ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2002.

SÓFOCLES. Édipo Rei. *In Trilogia Tebana*. Tradução do grego por Mário da Gama Kury. 8ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

TARUFFO, Michele. Il fatto e l'interpretazione. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 26, n. 2: 195-208, jul./dez. 2010.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffè, 1992.

TARUFFO, Michele. **La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti**. Bari: Laterza, 2009.

TARUFFO, Michele. **Sui confini: scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002.

THEODORO JR. Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.

TORRES, Anamaria Campos. Natureza da prova: da verdade, da certeza, da convicção, da probabilidade. Do convencimento judicial – o atual sistema do livre convencimento. *In*.

SILVA, Ivan Luiz da; CARDOZO, Teodomiro Noronha; HIRECHE, Gamil Föppel el. **Ciências criminais no século XXI: Estudos em homenagem aos 180 anos da Faculdade de Direito de Recife**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2007.

SILVA, Ivan Luiz da; CARDOZO, Teodomiro Noronha; HIRECHE, Gamil Föppel el. Devido processo legal e natureza da prova. *In* BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; Adeodato, João Maurício. (Coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TUGENDHAT, Ernst; WOLF, Ursula. **Propedêutica lógico-semântica**. Trad. Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. Petrópolis: Vozes, 1996.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e sistema de direito positivo**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WACH, Adolf. **Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana**. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Europa-America, 1958.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Detalhes do autor**Beclaute Oliveira Silva**

Doutor em Direito pela UFPE. Professor na Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2567266014708590> ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6394-5891>. E-mail: beclaute@uol.com.br