

# Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

**10** DEZEMBRO 2019

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respetivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da *Data Venia* nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respetivos Autores.

## Índice

- DIREITO PROCESSUAL
- 005** *O ser e o dever ser na prova testemunhal*  
Fernando Bastos, Juiz de Primeira Instância
- DIREITO FISCAL
- 049** *O regime de IVA nas empresas municipais de recolha de resíduos urbanos*  
Pedro Marinho Falcão, Advogado
- DIREITO FISCAL
- 055** *O IVA nos subsídios de limpeza urbana*  
Adriana Monteiro, Advogada
- INTERNACIONAL
- 069** *Challenges of providing care for the urban elderly in Ghana*  
Daniel Nikoi Kotei, Assistente Social
- DIREITO CIVIL
- 145** *(Con)vivência em condomínio e o barulho da vizinhança*  
Angelina Teixeira e Lidia Raquel Silva, Advogadas
- DIREITO PENAL BRASILEIRO
- 165** *Teoria do cenário da bomba relógio no combate ao terrorismo*  
Leonardo Alves de Oliveira
- DIREITO DESPORTIVO
- 171** *Natureza jurídica da FIFA como sujeito de direito internacional*  
José Vincenzo Procopio Filho, Advogado
- DIREITO FISCAL ANGOLANO
- 191** *Renascimento dos assentos no direito fiscal angolano*  
Naldemar Miguel Lourenço, Mestre em Direito
- DIREITO CONSTITUCIONAL ANGOLANO
- 201** *Breve comentário sobre a fiscalização da constitucionalidade em Angola*  
Naldemar Miguel Lourenço, Mestre em Direito
- DIREITO DA CONTRATAÇÃO
- 219** *CCP – A bússola através do preâmbulo*  
Angelina Teixeira, Advogada
- DIREITO DA NACIONALIDADE
- 263** *Análise multifacetária da dupla nacionalidade*  
José Vincenzo Procopio Filho, Advogado
- DIREITO DO ARRENDAMENTO
- 283** *Programa de arrendamento (in)acessível*  
Angelina Teixeira e Ana Pimenta, Advogadas
- PROFISSÕES FORENSES
- 309** *Exercício profissional de advogado e AE*  
Lia Raquel Silva, Advogada
- DIREITO BANCÁRIO
- 309** *Responsabilidade dos bancos por comunicação à CRC: via contratual*  
Angelina Teixeira e Vítor Pinho Ferreira

# O ser e o dever ser na prova testemunhal

**Fernando Bastos**

Juiz de Primeira Instância

**SUMÁRIO:** O Depoente e o Juiz; As percepções e os factos; O ser e o dever ser; O ser da prova e o ser Juiz; A dialética e a razão; A razão da verdade; Conclusões.

## INTRODUÇÃO

O estudo que desenvolvemos não se destina obviamente a criar métodos de trabalho, mas ao desenvolver o tema proposto “*o ser e do dever ser na prova testemunhal*”, sinto-me inexoravelmente atraído a expor as minhas pessoais emoções, que naturalmente não serão novidade. Mas são humanas, demasiadamente humanas e aqui vertidas como resultante dos anos de experiência profissional e longas horas passadas em salas de audiência.

São palavras que tentam dizer o que sinto e creio. Quase íntimas. Não necessitam de doutrina e jurisprudência para se afirmarem, mas tão só da verdade de mim clivado no destino de vida a que me propus. Julgar os outros.

Por isso atrevo-me a narrar numa primeira vertente expositiva, algumas resultantes da minha carreira de mais de vinte anos de magistratura.

Nesta experiência de vida, aprendi a subverter as emoções, continuando emotivo; a dominar a angústia e a afastar as certezas, tentando iludir as aparências, para que melhor me aproxime da verdade.

Hoje já não sei se sou juiz homem ou homem juiz, porque tudo faz parte de um todo. Sei, todavia, que há ainda um longo caminho de aprendizagem nesta área de conhecimento.

A evolução talvez passe pela psicologia do testemunho ou até pelo esvaziamento das próprias salas de audiência, quiçá substituídas por debates informais onde a razão se recolha da própria discussão e tudo se observe onde os factos realmente aconteceram.

Pressionados pelo grande volume de trabalho, raros são os magistrados que se dispõem à reconstituição dos factos, mesmo em situações nunca por nós dispensadas, como por exemplo os acidentes de viação onde principalmente se pretenda discutir a culpa.

Esta resignação, quase dolorosa, em basear a prova no confronto testemunhal é o reflexo da justiça do nosso tempo que clama por rapidez, números e estatística.

Esquece-se que a injustiça agudiza o confronto que por sua vez conduz à litigância. Sendo evidente que se julga acertadamente muitas mais vezes do que se erra, bastaria o sofrimento de um único injustiçado para investir num sistema de justiça cada vez mais seguro e fiável.

O caminho não será apenas o excesso de garantismo através de leis demasiadamente permissivas ou reformas processuais acutilantes.

O caminho que conduz ao êxito terá sempre de ser o da formação.

Formação cuidada, séria e consciente de todos os operadores judiciais, para que se interiorize a enorme dificuldade de encontrar a aparência mais aproximada da verdade (porque a absoluta não existe já que desaparece com o próprio facto), pedra angular do julgamento das atitudes dos nossos semelhantes sempre que mereçam reprovação social tutelada por uma lei.

A prova testemunhal impõe-se imperialmente na descoberta desse caminho e como não podia deixar de suceder, deve ser cuidadosamente tratada.

Como juiz formador temos alertado repetidamente os nossos formandos da necessidade “da descoberta do espaço cultural onde a testemunha se insere”, perscrutando os seus objetivos, interesses e conivências, “acompanhando-a” se necessário for, ao banco de jardim onde calmamente com ela possam dialogar.

Ao conseguir transportar aquele simples banco para a sala do tribunal, o juiz alia-se à racionalidade de quem depõe, captando as essências que normalmente passam despercebidas num simples relato dos factos.

Este perceber além das palavras é muitas vezes decisivo na aferição da lógica do que aconteceu e constitui a nosso ver a argamassa que solidifica a motivação.

A angústia da descoberta e o receio de errar jamais deixarão de existir, mas serão tanto mais domináveis quanto maior for a capacidade de perceber através dos outros a aparente verdade de cada um. Só assim o facto terá sido o que dele se afirma na decisão que o imponha.

É a esta virtude - a percepção da verdade - e por todos aqueles que diariamente por ela lutam, a quem dedico o presente estudo.

## **O DEPOENTE E O JUIZ**

O homem não existe somente por ter o suposto domínio da razão. O homem existe porque ele é a razão.

A razão ergue-se sobre a espuma das emoções, dos sentimentos e das crenças. Subjetiva-se e impõe-se perante outros como afirmação da realidade interiorizada, ainda que o estado de alma donde emergiu seja apenas reflexo dos vetores pessoais onde a percepção se formou.

Nesta metamorfose que transforma pedaços de vida em consciência do que foi vivido, joga-se a angústia e o drama da verdade.

Tantas vezes aquela pioneira razão, incendiada por argumentos retóricos subtilmente construídos, jaz inerte no sepulcro das incertezas. Subvertida na aparente lógica dos acontecimentos, convola-se em si mesma e converte-se mais ou menos conscientemente numa outra razão qualquer, já não tão credível e segura como a primeira.

Esta dicotomia entre o facto perceptível e a realidade do facto á a ponte por onde atravessa a razão da descoberta.

Dizemos “razão da descoberta” porque também aqui há uma lógica de apreensão que se desenvolve numa primeira fase, a nível processual, com descrições, imputações e refutações, para que daí se retire o núcleo da discussão e num segundo momento, toda a dialética narrativa desenvolvida entre as testemunhas e o julgador na tentativa de demonstrar e impor a verdade plausível.

Se a independência do juiz está exatamente na sua capacidade de julgar através do captável; no seu método próprio, cultura, sentido, racionalidade e destreza na perceção das coisas, também a testemunha “julga” o facto com a verdade própria que constrói sobre ele. O relato que apresenta sobre a realidade que interiorizou surge trespassado de sentimentos, emoção e crenças que conformam a sua humanidade e tantas vezes, os vetores socioculturais onde se insere.

A constante superação do “ser juiz” e “motivação” pela verdade de quem a diz, que portanto não se vê, antes se sente, arrasta muitas vezes a imensa angústia do inalcançável, ou seja, a da verdade absoluta. O certo é que o processo terminará sempre na verdade possível.

Ao interpretar, o juiz revela as suas mais íntimas convicções, não só na procura da norma e sua incidência no caso concreto, mas também, antes disso, no devir naturalístico do próprio facto.

Posso afirmar (porque o sinto) que o juiz quando interpreta jamais é neutro.

Não corresponde à realidade (por evidente hipocrisia) a ideia expressa pelos racionalistas mais apegados, quando afirmam que “*o juiz é um ser acima das paixões*”, sendo um mero intermediário entre a norma em abstrato e a solução concreta do caso.

Não é assim. O juiz envolve-se.

Reprime o confronto com uma subtileza de olhar ou atitude mais firme. Encobre dúvidas com posturas de saber e quantas vezes permite a mentira para melhor fundamentar o que pensa ter sido verdade.

O juiz não deixa de ser uma testemunha dos factos testemunhados, comungando, ainda que reflexamente, das paixões, ódios e dramas que perante si se desenvolvem.

Por isso mesmo as suas ambivalências sensoriais são mais abrangentes e complexas. Tem de decidir perante o que lhe dizem e não em razão do que viu. A sua convicção ergue-se dos questionamentos conflitantes através de caminhos lógico-dedutivos, demasiadas vezes perenes de factos que conduzam à aparente certeza que se procura.

A decisão que emerge deste amplexo nunca será alheia à força do temperamento do julgador, à sua própria formação, das influências que recebe da sociedade onde se integra, ou numa palavra, da cultura do seu tempo.

A justiça do caso concreto é o resultado deste fenómeno pessoal e interior daquele que julga, que apreciou os factos através da sua específica reflexão, do seu saber, experiência e humanidade.

Tal qual duas pessoas distintas não captariam a realidade de determinado facto de forma exatamente igual, também o juiz através das suas ambivalências pessoais, é conduzido pela pessoalidade da sua convicção. Ou seja, a justiça será sempre a justiça na perspetiva daquele que julga.

Esta interação entre o juiz e testemunha, filtrado o ruído dos interesses contrapostos, deve ser um caminho dialético, constante e dinâmico, que por vezes não se satisfaz tão só no que é afirmado, mas também nas subtilezas do próprio testemunho.

As dificuldades não se resumem no aceitar se determinada versão dos factos narrada pela testemunha é ou não plausível. Antes disso é necessário perceber o sentido das próprias palavras, já que a capacidade discursiva não é linear, mas antes afetada por inúmeras condicionantes que podem truncar a própria intenção narrativa.

Esta interação discursiva deve ser sempre dirigida à lucidez comunicativa, sendo muitas vezes necessário conduzir a própria testemunha a critérios aferidores dos factos que se propõe narrar, colocando-os “de novo” perante si para que “os veja” e relate tal qual os percebeu e não (conforme repetidamente acontece), em consonância com o que alguém lhe disse sobre eles.

Portanto, este binómio narrativo quase nunca é singelo. Não é imediato em termos de descrição intuitiva. Antes precisa de ser filtrado de toda a turbulência, para a essência que referimos seja captável tratada e motivada no processo reflexivo do juiz.

A interação discursiva é própria da atividade humana e em regra é pautada em termos de audiência final pelo princípio da imediação. Daí que as reações psico- comunicacionais que advém a cada testemunha pela sua presença física em tribunal, sendo variáveis, conformam um fator muitíssimo importante no conhecimento dos factos que se propõem relatar.

Num âmbito diferente, mas também apontando algumas destas contingências, a Professora Paula Costa e Silva, num estudo realizado sobre o processo experimental – Dec. Lei n.º 108/2006 de 08/06, comentando a possibilidade de apresentação de “depoimento por escrito” (conforme o previa o art.º 12.º), e que também o art.º 422.º do atual regime processual

consente dentro de determinadas circunstâncias, escreve em nota de rodapé (11), o seguinte:

*“Se já a troca de um coletivo de juízes por um gravador dá que pensar quanto à valoração da prova constituenda, pergunta-se se deve considerar-se que a percepção do tribunal e a convicção que forma durante o depoimento de uma testemunha são irrelevantes. Não se diga que o juiz pode determinar a renovação do depoimento na sua presença assim se garantindo a fidedignidade da prova. Uma coisa são as circunstâncias de que o juiz experiente se apercebe num depoimento prestado à sua frente, outra, aquilo que pode perceber-se olhando para um papel”.<sup>1</sup>*

A explícita vinculação da testemunha no juramento por sua honra, “dizer a verdade e só a verdade”<sup>2</sup>, deixa perceber alguma incongruência, que leva imediatamente ao questionamento do que será a própria verdade.<sup>3</sup>

Seria de repensar se não seria preferível o comprometimento da testemunha “em não mentir”, conforme de algum modo pode colher-se do disposto no §395 do Código Processo Civil Alemão (ZPO).

A captação dos factos por quem os observa é antes de tudo um fenómeno cultural imprimido pelas particulares sensações e deduções de quem os sente ou vê. Daí retira o seu pessoal significado, estabelecendo a fronteira da “sua verdade”. A tudo isso tem ainda de conjugar as vicissitudes da decorrência do tempo.

---

<sup>1</sup> SILVA, Paula Costa, “A Ordem do Juízo de D. João III e o Regime Processual Experimental” – novembro 2007, publicado no Portal da Ordem dos Advogados – www.oa.pt.

<sup>2</sup> Independentemente da crítica que possa recolher a expressão do art.º 459.º n.º 2 do CPC “*Juro por minha honra que hei de dizer toda a verdade e só a verdade*”, existe claro benefício para a produção da prova testemunhal que a testemunha diga em voz alta a fórmula do juramento, devendo seguidamente ser advertida das consequências de faltar a esse dever. A prática reiterada e apressada de interpelação da testemunha com o questionamento “jura dizer a verdade e só a verdade, não é”? Ao que a testemunha responde simplesmente: - Juro, deve ser evitada (até porque não obedece ao critério legal).

<sup>3</sup> Sobre esta temática consulte-se PIRANDELLO, Luigi, “*Para cada um a sua verdade*”.

Significa que a plausibilidade do acontecimento conforme sensitivamente o captou e tratou no âmago do seu processo volitivo, deve ser recriado e repetido no ambiente hostil e formal da sala do tribunal.

No tribunal afere-se a sua idoneidade e põe-se em causa a consideração tantas e tantas vezes de modo brusco e inopinado, não só em busca de uma maior certeza, mas também e principalmente, segundo o interesse controvertido da parte contrária.

É principalmente neste plano que se exige a intervenção moderadora do julgador.

O juiz aqui mais do que nunca deve ser proactivo. Refutando o arbítrio e primando pela elegância, sem que com isso deixe de ser firme e incisivo na busca das razões de ciência da testemunha. Deve conseguir “descer” até ela, protegendo-a e guiando-a para que alcance a clarividência do seu relato.

Devemos ter presente que a memória de um acontecimento não é um relato objetivo, mas uma reconstrução do vivido em si afetado por múltiplos fatores.

O estado emocional da testemunha, não só aquando os factos, mas também no presente, quando os relata, pode distorcer a realidade de um acontecimento que já decorreu. Também o passar do tempo como fator memória é propício a maior dúvida e confusão. A incerteza torna-se ainda maior quando habilmente, as questões sugestivas da parte contrária, fazem o trabalho de demolição da credibilidade do testemunho, perante a dolorosa passividade de um juiz que a isso permita.

Embrenharmo-nos demasiado na psicologia do testemunho, extravasaria em excesso o âmbito do presente estudo.

As indicações aqui deixadas representam apenas sensações e alguns reflexos de fenómenos apreensíveis que correntemente sucedem no decorrer de uma audiência.

No binómio juiz – testemunha, busca-se essencialmente a descrição objetiva de determinada ocorrência.

A testemunha (idónea) apresenta a sua interpretação do que viu, sentiu e captou. Mesmo tendo vivido o facto ou estando presente aquando o seu dever, é sempre necessário que se perceba da possibilidade de existirem diferentes perspetivas, diversos atributos sensoriais e distintas sensibilidades narrativas, que recriam no mesmo espaço-tempo a pessoal verdade de cada um, que pode divergir da do outro e sem que com isso falte “à verdade” a que se obrigou.

Basta até a decorrência de diferentes formas de questionamentos para que as narrativas que se esperavam semelhantes se afastem em particularidades que podem fazer a diferença.

Ao juiz resta ver, ouvir e interpretar o testemunho. Na sua incessante busca da verdade plausível procura as valências onde irá edificar os alicerces da sua convicção.

Afinal, poderá alguém “dizer toda a verdade e só a verdade”?

Para nós, a verdade absoluta é inalcançável. Nasce e dissolve-se no próprio dever.

A minha motivação surge e solidifica-se no convencimento da testemunha não ter mentido, ainda que por processos lógico-dedutivos acabe por não aceitar a realidade por si relatada.

Repetindo Luigi Pirandello, a cada um a sua verdade, ou na nossa muito querida valência lusitana, através do expressivo texto de Fernando Pessoa:

*“Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado. Cada um me contou a narrativa de por que se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era que um via uma coisa e outro outra, ou um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um*

*critério idêntico ao do outro. Mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade”<sup>4</sup>*

É óbvia a similitude com o diálogo interno do juiz, perante as “diferentes verdades” por si percebidas, necessitando de ser tratadas através da reflexão, onde a argúcia e as máximas de experiência desempenham um papel muitas vezes decisivo para o encontro da razão.

Mais adiante voltaremos a este assunto.

### AS PERCEÇÕES E OS FACTOS

Já referimos a dicotomia por vezes existente entre o facto perceptível e a realidade do facto.

É uma discussão antiga embrenhada de conceitos filosóficos, onde no limite leva a questionar a existência de coisas reais independentes da consciência (idealismo subjetivo), surgindo toda a materialidade como pré-configuração da ideia que dela fazemos. Ou numa outra vertente (ceticismo), onde a certeza não existe e por isso nada se pode saber como verdade. E em vertente oposta (materialismo) onde apenas a matéria constitui realidade tangível e por isso mesurável, tal como as diversas forças que origina. Daí que o pensamento e as próprias sensações sejam uma resultante da matéria, que no limite, molda a individualidade de cada ser.

Antes de avançarmos perante as fronteiras cognitivas da apreensão e realidade factual, supomos útil perscrutarmos o excelente trabalho deixado por Werner Heisenberg, quando teorizou sobre os diferentes níveis de realidade, cada um deles correspondendo a diferentes modos de subjetividade<sup>5</sup>, dependentes e interdependentes de processos de conhecimento.

---

<sup>4</sup> PESSOA, Fernando (Bernardo Soares), “Obra Poética – Europa América – 1986., pág. 47”

<sup>5</sup> HEISEMBERG, Werner (prémio nobel da física em 1942) “*In Manuscrito – 1942 pág. 142 e seguintes*” – disponível em Google-books.pt.

Para Heisenberg, a realidade “*é a flutuação contínua da experiência, tal como é recolhida pela consciência*”, ou seja, segundo este processo, a realidade nunca poderia reconduzir-se à substância. Entre a percepção e o facto entrepõe-se sempre o processo volitivo do conhecimento como captação perante as pessoais características do sujeito que o interioriza.

Afirma Heisenberg que “*a realidade sobre a qual podemos falar, nunca é a realidade em si mesma, mas apenas uma realidade, acerca da qual, em muitos casos, podemos ter conhecimento – uma realidade à qual demos forma*”.

Na verdade, a ideia básica da nossa existência, consiste na abertura do ser ao mundo que o rodeia, é experiência do outro, ao próprio comportamento perante os diversos acontecimentos naturais e humanos.

É através desta experiência que ficamos a saber até que ponto a intuição das coisas e dos fenómenos pode ser partilhada com as mesmas valências emocionais, os mesmos conteúdos e o mesmo significado.

Sensorialmente ao perscrutarmos a realidade, tendencialmente intui-se a certeza da sua existência. Não sobra espaço para uma margem reflexiva de engano, mas antes uma consciente tomada de posição sobre o que efetivamente se vê, e sente.

Conforme afirma Christian Scharfetter<sup>6</sup>, “*Tudo o que é percebido é inserido num conjunto estruturado. No processo da atual gênese, recolhemos configurações e totalidades estruturadas. A parte recebe a sua importância e o seu sentido do conjunto, através da ação do campo da totalidade, que é mais do que a soma das partes. Tendemos a completar configurações incompletas e a tornar claras as que o não estão*”

---

<sup>6</sup> CHARFETTER, Christian, “*Introdução à Psicopatologia Geral*” – *Manuais Universitários* – Climpei Editores – pág. 220/221

Em sentido epistemológico, Maria Clara Calheiros<sup>7</sup>, entende existirem três teorias quanto à questão da natureza da verdade a que se chega no processo judicial:

*A teoria semântica da verdade* – que entende a verdade como uma ideia de *correspondência*, através da qual se assume a verdade como adequação de um enunciado à realidade que representa; *a teoria sintática da verdade*, que entende a verdade como ideia de *coerência*, na qual se aceita a verdade do enunciado como resultante da sua integração coerente com um conjunto de enunciados; *a teoria pragmatista da verdade*, baseada em razões de eficácia, onde o enunciado é assumido como verdadeiro, mas tão só se for justificadamente aceitável, não só quando sirva para algum fim (*tendência instrumentalista*), mas também quando aceite por um auditório (*tendência consensualista*).

Seja como for, a resultante das considerações relatadas parece conduzir a uma mesma conclusão. A ocorrência de um acontecimento representa sempre uma qualquer alteração no mundo das coisas ou das pessoas, pois adquirem novas realidades através da sua capacidade cognitiva de compreender, sentir e expressar as suas perceções.

Porém, enquanto o facto se extingue no seu próprio devir, sendo desprovido de qualquer aculturação prévia porque existe apenas em si, a perceção que dele retiramos resiste no tempo e flutua sob o apanágio emotivo-cultural de quem o viveu ou presenciou.

É recriado redesenhado e até completado na imagem que de si ficou do todo que o tempo absorveu.

Entre as perceções e os factos existem apenas aproximações de verdade, mais ou menos seguras em razão das capacidades cognitivas de cada um, do conjunto de pessoas que o presenciaram e do espaçamento temporal que mediou a sua decorrência.

---

<sup>7</sup> CALHEIROS, Maria Clara, “*Prova e Verdade no Processo Judicial – Aspectos Epistemológicos e Metodológicos*” – Revista do Ministério Público n.º 114 – abril/junho de 2008, pág. 71 a 75.

No fundo, estamos sempre dependentes para a compreensão dos outros e das coisas, dos conceitos pré-estabelecidos. Dispomos das inerentes categorias para organizarmos as nossas experiências.

A dificuldade da captação da verdade absoluta é tanto mais evidente quando admitimos a variabilidade dos conceitos entre os sujeitos, o que conduz à evidente impossibilidade de assentar em critérios pré-definidos que traduzam e demonstrem de modo seguro e irrefutável a certeza absoluta como o facto ocorreu.

Este sistema concetual embora tendente à uniformização através da criação de estereótipos socioculturais, sofre inflexões e deflexões de acordo com a específica natureza relacional das pessoas entre si e com as coisas que as rodeiam, aparece muitas vezes obliterado pela pessoalidade.

Esta individualidade, típica do ser humano, obedecendo a regras de conduta que são apanágio da convivência social, deixa larga margem para a aculturação da personalidade e correspondente capacidade de “ver “ e “sentir”, diversificando o arbítrio sobre as pessoas e as coisas.

Seguramente poderá tão só afirmar-se que as imagens que a memória produz sobre a ocorrência de um facto são reais para a pessoa que o interioriza. Porém, mesmo sabendo-se que outros indivíduos podem recriar imagens desse mesmo acontecimento, nunca podemos atingir a perfeita sintonia entre elas. O mesmo é dizer que embora a verdade absoluta se insinue nos meandros reflexivos do ser, perde imediatamente a sua sincronia pela captação sensitiva do real (primeiro momento) e pelo relato da realidade interiorizada (segundo momento).<sup>8</sup>

Noutra vertente, é também claro que o preconceito influi de sobremaneira a perceção dos factos, criando tendencialmente no observador a recolha de valores estruturantes da sua consciência, que o leva a supor e

---

<sup>8</sup> O sentido desta conclusão está presente em DAMÁSIO, António in “*O Erro de Descartes – Emoção, Razão e Cérebro Humano*” – Publicações Europa América, pág. 113 e seguintes.

concluir por um determinado resultado, mesmo que do próprio acontecimento não recolha critérios seguros para essa afirmação.

Luisela de Cataldo Neuburger, na sua excelente obra *Psicologia della Testimonianza e Prova Testimoniale*, coloca exatamente em ênfase este aspeto ao referir:

*“La ricerca sociopsicologica ha anche evidenziato che i soggetti tendono a correlare le caratteristiche fisiche con i tratti della personalità e che la distorsione percettiva aumenta se il soggetto esprime giudizi su situazioni o cose che disapprova. Ad esempio, secondo Tagiuri e Petrullo (1958) esisterebbe una diffusa tendenza ad attribuire qualità comportamentali negative alla gente di pelle scura, qualunque sia la razza. Questo pregiudizio può involuntariamente indurre la vittima a distorcere la sua percezione dell’aggressore per includere tratti fisici che essa associa con i tratti della personalità tipici del comportamento criminoso”.*<sup>9 10</sup>

Estas generalizações (em regra, superficiais) são geradas por estereótipos muito próprios de aculturações sociais que levam por vezes à distorção factual pela irracionalidade das crenças que alimentam o preconceito.

Exatamente por isso influi de sobremaneira na formação do próprio raciocínio, impregnando-o de valores pré-adquiridos.

Conforme exemplarmente se recolhe da obra de Reginald Rose, adaptada ao cinema pela composição magistral de Sidney Lumet intitulada “*12 Angry Men*”, no preconceito, a afetividade embaraça a razão, tolhendo os próprios mecanismos da percepção, levando o sujeito a “compor” a ideia do real com a irrealidade do seu pensamento.

---

<sup>9</sup> NEUBURGER, Luisela de Cataldo “*Psicologia della Testimonianza e Prova Testimoniale*” – Collana Di Psicologia Giuridica e Criminale diretta da Guglielmo Gulotta – Giuffrè Editore – 1988; pág. 74.

<sup>10</sup> Relembre-se ainda sobre a mesma temática a obra-prima realizada e dirigida por Sidney Lumet em 1957 “*12 Angry Men*”, adaptada da peça para TV de Reginald Rose.

Por tudo o que dissemos, a dicotomia entre percepção e facto terá sempre natureza existencial e necessitará ser trabalhada através da argúcia e do conhecimento da psicologia do testemunho, se e quando necessária para a descoberta da verdade plausível.

## O SER E O DEVER SER

Montado o cenário onde o drama da prova se desenvolve e subida a cortina da cena, preparemo-nos para assistir ao “ser” e “dever ser” de quem depõe quanto aos fatos que relata.

Porém, antes disso supomos útil considerar os critérios ontológicos da norma e do facto onde se integra.

Nesta abordagem propomo-nos traçar uma bissetriz entre a “*verdade pessoal da testemunha*” e a “*verdade do próprio facto*”, através da distinção que o positivismo jurídico nos trás entre o “ser” e o “dever ser”, segundo a Lei de Hume e através das teorias de Jeremy Bentham; Kelsen e John Austin.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> **David Hume** (Nasceu em Edimburgo, em 26/04/1711 e faleceu na mesma cidade em 25/08/1776) foi um filósofo, historiador e ensaísta que se tornou célebre por seu empirismo radical e seu ceticismo filosófico. Ao lado de John Locke e George Berkeley, Hume compõe a famosa tríade do empirismo britânico, sendo considerado um dos mais importantes pensadores do chamado iluminismo escocês e da própria filosofia ocidental. Hume opôs-se particularmente a Descartes e às filosofias que consideravam o espírito humano desde um ponto de vista teológico-metafísico. Assim Hume abriu caminho à aplicação do método experimental aos fenômenos mentais. Sua importância no desenvolvimento do pensamento contemporâneo é considerável. Teve profunda influência sobre Kant, sobre a filosofia analítica do início do século XX e sobre a fenomenologia.

**Jeremy Bentham** (Nasceu em Londres em 15/02/1748 e faleceu na mesma cidade em 06/06/1832) foi um filósofo e jurista. Juntamente com John Stuart Mill e James Mill difundiu o utilitarismo, teoria ética que responde todas as questões acerca do que fazer, do que admirar e de como viver, em termos da maximização da utilidade e da felicidade. Conhecido também pela idealização do Pan-optimismo, que corresponde à observação total, a tomada integral por parte do poder disciplinador da vida de um indivíduo. Em 1789, concebeu o Pan-óptico, que foi pensado como um projeto de prisão modelo para a reforma dos encarcerados. Mas, por vontade expressa do autor, foi também um plano exemplo para todas as instituições educacionais, de assistência e de trabalho, uma solução econômica para os problemas do encerramento e o esboço de uma

Para Jeremy Bentham, há uma nítida distinção entre o que as leis são e aquilo que as leis devem ser.

Segundo Bentham o Direito sempre acaba por ser o resultado de uma decisão, de uma opção política reportada a um tempo, mas sempre conformada pelo princípio da utilidade.

Esta visão positivista de compreender o Direito é teorizada por Bentham no seu “*A Fragment on Government*”, perante uma distinção básica nos sistemas da *Common Law* entre *the Expositor and Censor*, enfatizada na expressão “*the existence of the law is one thing, its merit or demerit another*”, partindo de uma diferenciação entre o “*The Expositor of Law – who explains what the law is and shows what the Legislator and Judge have done*” e o “*Censor – who instructes us what the law ought to be*”.

---

sociedade racional. Bentham foi quem primeiro utilizou o termo *deontologia* ('deon', dever + 'logos', ciência) para definir o conjunto de princípios éticos aplicados às atividades profissionais.

**Hans Kelsen** (Nasceu em Praga em 11/10/1881 e faleceu em Berkeley em 19/04/1973). Jurista e filósofo dos mais importantes e influentes do século XX. Foi um dos produtores literários mais profícuos de seu tempo, tendo publicado cerca de quatrocentos livros e artigos, com destaque para a Teoria Pura do Direito ("Reine Rechtslehre") pela difusão e influência alcançada. É considerado o principal representante da chamada Escola Normativista do Direito, ramo da Escola Positivista. Judeu, Hans Kelsen, foi perseguido pelo nazismo e emigrou para os Estados Unidos, onde viveu até seus últimos dias e onde exerceu o magistério na Universidade Californiana de Berkeley onde veio a falecer. Sofreu severas críticas por parte das correntes filosóficas não-juspositivistas, posto que sua teoria pura do direito limita o conhecimento jurídico, enquanto objeto de estudo científico, à sua dimensão estatal, mais precisamente à norma, apartando da discussão sobre o direito a própria realidade histórica que o circunda e que o origina. De acordo com essas críticas, a teoria de Kelsen não permitiria o estudo das relações entre normas jurídicas e os valores sociais (moral e ética). Vê-se, pois, que o pensamento de Kelsen não fazia unanimidade. Apesar disso, os princípios fundantes de seu raciocínio jurídico-científico permitiram o desenvolvimento da análise lógica entre leis e técnicas jurídicas, e hoje são bastante respeitados, servindo de base para muitas das instituições jurídicas que sustentam o dogmatismo jurídico ideal.

**John Langshaw Austin** (Nasceu em Lancaster, em 28/03/1911 e faleceu em Oxford em 08/02/1960) foi um filósofo da linguagem britânico que desenvolveu uma grande parte da atual teoria dos atos de discurso. Filiado à vertente da Filosofia Analítica interessou-se pelo problema do sentido em filosofia Alinhou-se com Ludwig Wittgenstein, preconizando o exame da maneira como as palavras são *usadas* para elucidar seu significado. Entretanto, o próprio Austin considerava-se mais próximo da filosofia do senso comum de G.E. Moore. Elaborou um estudo sobre conceitos de verdade e falsidade, qualificando os atos de fala como sendo verdadeiros ou falsos a depender da descrição que é feita. Iniciou as ideias sobre o *performativo*, onde o falar implica num fazer, diferenciando estes atos de meras descrições, porque nada descreviam, nada relatavam, etc. – Fonte: wikipedia.org.

Portanto, a tarefa do “expositor” é a afirmação (segundo a aceção tomada), do que é o Direito. A do “censor” é o encontro da ideia do que o Direito deve ser.

O “expositor” incide a sua tarefa na afirmação ou inquirição dos factos. O “censor” da discussão das razões de “ter de ser assim”.

Enquanto o primeiro objetiva o seu labor segundo o trinómio “apreensão, memória e juízo”, o segundo subjetiva tais valores em termos de prazer ou desprazer, flutuando os seus paradigmas na corrente das afeições.

Conforme opina José de Sousa Brito <sup>12</sup>, *“A distinção entre ser e dever ser está assim, na base da própria ideia de uma ciência do direito - expositiva- ou positiva, que pode ser claramente separada da ética ou da filosofia política. Da melhor possível das leis nada se pode deduzir acerca daquilo que o Direito é. Não se pode, de uma má lei, deduzir que não se trata de uma lei. Mas a aplicação da distinção entre ser e dever ser à distinção entre o Direito tal como ele é, e o Direito tal como deve ser, implica também fazer sentido dizer que o direito é de algum modo um facto que pode ser apurado e determinado – ou seja, o estabelecimento de uma lei pode dizer-se um facto, pelo menos para o propósito de distingui-lo de qualquer consideração que possa ser oferecida como razão para tal lei”*.

Este pensamento repristina a estrutura geral do argumento de David Hume quando afirma:

*“A razão é a descoberta da verdade ou da falsidade. Consiste a verdade ou a falsidade no acordo ou desacordo, quer com as reais relações das ideias, quer com a existência real e a matéria de facto”*<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> BRITO, José de Sousa “Hume’s Law and Legal Positivism” – In Memoria del X Congreso Mundial Ordinário de Filosofia Del Derecho Y Filosofia Social – México – Universidad Nacional Autónoma de México – 1982, pág. 245 a 265.

<sup>13</sup> HUME, David “Treatise of Human Nature – Disponível em ebook – Book III – Secção I – [www.gutenberg.org](http://www.gutenberg.org).

Há em Hume uma certa tensão entre o cerne das emoções que inquina a razão e a fundamentação da matéria de facto que não deixa de refletir esse estado de alma.

Segundo este pensador, das ideias emergem conceitos apriorísticos, pré-estabelecidos, que se conjugam no tratamento do facto com as crenças e juízos de sequência.

Há na verdade em qualquer apreensão do real um constante juízo de sequência que se estabelece em cada sujeito perante os vetores socioculturais que comunga.

O facto “é” segundo aquela ideia que dele se fez. Há no sujeito que observa uma implícita crença de “ser assim”.

Contudo, o “dever ser” daquele mesmo facto insinua-se perante uma razão que não necessita de experiência anterior, mas apenas (se tal fosse possível) da estanque objetividade do seu devir.

Para que o “ser” encontre a razão do “dever ser” teria de se despir de todas as suas vestes de anterioridade, afastando a necessidade da experiência para a sua implícita afirmação.

No conceito de David Hume, são o hábito e o costume que dominam as nossas crenças, embaraçando a prevalência da própria razão.

*“Sem a influência do costume, ignoraríamos completamente toda a questão de facto que está fora do alcance dos dados imediatos da memória e dos sentidos”<sup>14</sup>*

Ou seja, e aqui segundo Leibniz, na sua “*Monadologia*”<sup>15</sup>, extrai-se que as verdades racionais são verdades lógicas e necessárias, como as da

---

<sup>14</sup> HUME, David “*Investigação Acerca do Entendimento Humano*” – São Paulo – Nova Cultura – 1999, pág. 63.

<sup>15</sup>LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm “*Monadologia* – São Paulo – Abril Cultura – 1979 e “e-book – [www.filonet.pro.br](http://www.filonet.pro.br).

matemática. Ao decompor tais verdades em ideias mais simples, pode encontrar-se a sua causa original.

Este reconhecimento afasta-se das verdades de facto ao afirmarem-se como “contingências”. Emergem do mundo das experiências, tendo por base ou causa os fenómenos e ocorrências da vida.

Ou seja, as verdades de facto revelam aquilo que é, mas também o que poderia não ser, ou ser de outra forma.

Esta conceção dualista do positivismo, seguida por David Hume, Jeremy Bentham, John Austin e outros (sendo célebre a expressão proferida por este último Autor, muito apreciada e usada pelos partidários do positivismo jurídico - *a existência de uma lei é uma coisa, seu mérito ou demérito outra* -), contrapõe Kelsen<sup>16</sup> a sua interpretação monista sobre aquele movimento.

Neste enfoque, a interpretação de Kelsen sobre aquela expressão é da impossibilidade de se conseguir uma definição ética ou politicamente orientada do Direito. Para que tal tarefa fosse possível, seria necessário avaliar o Direito e as avaliações são “*simples expressões de atitude*”.

Avançando o seu raciocínio, Kelsen oferece-nos a sua distinção entre o *SEIN* e o *SOLLEN*, afirmando que ninguém pode negar a afirmação:

*Tal coisa é.* – Ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático.

Porém, esta narração distingue-se de um outro enunciado:

*Algo deve ser.* – Mediante o qual descrevemos uma norma.

Assim, a circunstância de “*algo ser*”, não se segue que “*algo deva ser*”, assim como de “*algo deva ser*”, não se segue que “*algo seja*”.

---

<sup>16</sup> **Hans Kelsen** nasceu em Praga em 11/10/1881 e faleceu em Berkeley em 19/04/1973, jurista e filósofo com notória influência no séc. XX para o desenvolvimento da ciência do Direito, em especial com a publicação da sua obra de referência “*Reine Rechtslere*” (*Teoria Pura do Direito*). É considerado o expoente máximo da escola normativista do Direito (um dos ramos da escola do positivismo jurídico). – Fonte: [www.wikipédia](http://www.wikipédia).

Fazendo a transposição deste princípio para o depoimento da testemunha, atrevemo-nos a estabelecer similitudes.

Assim, observemos que a verdade interiorizada pela testemunha, convola-se em si, no seu “ser” (*Sein*). Porém e conforme já vimos, sendo a verdade factual inatingível em termos absolutos (porque foi algo que já ocorreu no mundo das coisas), não impede que se afirme e se defina como o “dever ser” (*Sollen*) da sua própria existência.

Consequentemente, a verdade relatada sobre um facto que nesta perspectiva representa o “ser” que a testemunha nos diz, distingue-se do “dever ser”, ou seja, da verdade absoluta (substancial) do próprio facto.

A circunstância da testemunha afirmar a “sua verdade”, não significa que mesmo dizendo a verdade, essa “seja a verdade” do facto que representa, assim como a verdade com que o facto ocorreu, não se segue que seja a verdade com que é relatado.

Esta dicotomia compreende-se quando se admita que a “verdade” poderá ser afinal a concordância entre um facto ocorrido na realidade sensível com a ideia que fazemos dele.

As considerações acabadas de expor justificam que se aborde uma questão, que talvez tenha já deixado de o ser, que é a distinção entre a “verdade formal” e “verdade substancial”.

A “verdade formal” ao contrário da “verdade substancial” é a refletida no processo e juridicamente apta a sustentar a decisão judicial.

Constitui, portanto, uma “ficção” da verdade enquanto verosimilhança da verdade substancial.

Contudo, já Chiovenda criticava esta distinção, que acaba por não ter um efeito relevante e prático no direito processual.

Diz o insigne Mestre:

*“Juridicamente a vontade da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. Nem esta afirmação do juiz pode chamar-se uma verdade formal, porque supõe um confronto entre o que o juiz afirma e o que poderia afirmar. O direito não admite essa confrontação, e nós ao buscar a essência de uma instituição jurídica, devemos colocar-nos no ponto de vista do direito”*<sup>17</sup>

No mesmo sentido, Carlos Rangel Dimarco, afirma:

*“A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda em qualquer processo (a segurança jurídica como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode ter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos factos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A obsessão pela certeza constitui fator de injustiça, sendo tão injusto julgar contra o autor por falta dela, quanto julgar contra o réu (a não ser em casos onde haja sensíveis distinções entre os valores definidos pelas partes); e isso conduz a minimizar o ónus da prova, sem, contudo, alterar os critérios para a sua distribuição”*.<sup>18</sup>

A ideia de se atingir, através do processo, a verdade real (absoluta), sobre determinado acontecimento, não passa de uma mera utopia.

Em consonância com o já afirmado, a reconstrução de um facto ocorrido no passado, vem revestido pela roupagem subjetiva dos sujeitos que a ele

---

<sup>17</sup> CHIOVENDA, Giuseppe – “*Instituições de Direito Processual Civil*” – Vol. I – Bookseller, 1998, pág. 73

<sup>18</sup> DIMARCO, Carlos Rangel “*A Instrumentalidade do Processo*” – 14.<sup>a</sup> Edição – Malheiros – 2009, pág. 335.

assistiram e ainda da imersão valorativa do juiz na procura da evidência concreta.

Esta dupla valência transforma o facto em verdade processual que é tanto mais trabalhada quanto mais abundantes os meios e formas de conhecimento.

Sempre há uma interpretação formulada sobre o facto - ou sobre a prova direta que daí deriva – que altera o seu real conteúdo, apresentando-lhe um toque pessoal, uma subtileza advinda de clivagens intuitivas e não percecionadas de favorecimento ou preconceito, que por vezes são suficientes para distorcer a realidade, caso não sejam reconduzidos à insignificação pela perspicácia e argúcia de quem a tem de valorar.

Como juiz homem autorizo-me a dizer que a angústia da procura dissolve-se na razão prática do convencimento, sendo a motivação sempre gerada por um processo de encontro.

Encontro com a verdade relatada, interiorizada, refletida e tratada pela lógica dedução do homem juiz.

Conforme disse Voltaire: *“aquele que ouviu dizer a coisa de doze mil testemunhas, não tem mais do que doze mil possibilidades, iguais a uma forte possibilidade, que, contudo, não é igual à certeza”*<sup>19</sup>

Ou como também diz Piero Calamandrei quando teoriza sobre a verdade:

*“Ponham dois pintores diante da mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com o seu cavalete e, passada uma hora, vejam o que cada um desenhou na tela. Hão-de notar duas paisagens completamente diferentes que vos há-de parecer impossível que o modelo tenha sido um só. Podeis dizer que um deles traiu a verdade?”*<sup>20 21</sup>

---

<sup>19</sup> STRAUSS, David Frederico *“Voltaire”* – Biografias Gandesa – 1955, pág. 174

<sup>20</sup> CALAMANDREI, Piero *“Eles os Juízes, vistos por nós os Advogados”*, pág. 99.

Estabelecidas estas distinções, subjaz, contudo, a questão principal.

Como integrar estas noções do processo civil?

Até que ponto pode conduzir-se o “ser” da testemunha que diz a “sua verdade” sobre a preteridade de um facto, com a verdade do que realmente aconteceu?

A nossa conclusão deve ser pragmática e resumida a uma única expressão:

Não se conduz. Apenas se interpreta.

Esta experiência é conseguida através de conceitos de *verosimilhança*, que se obtém através de *máximas de experiência*, ou seja, a ideia ou conclusão que se atinge a partir daquilo que normalmente acontece.

Trata-se de processos lógicos dedutivos que sendo certo não deixarem de traduzir uma aculturação com o mundo das pessoas e das coisas, transmitem um sentido de normalidade de convivência social, de racionalidade aferida pelo natural comportamento do homem em si e perante os outros.

Temos por certo que cada um destes vetores mais não são do que pequenas luminárias de intuição, que podem sofrer oscilações no seu brilho, ou até mesmo extinguirem-se, pelo sopro da excecionalidade do facto.

De qualquer modo, será sempre necessário ter presente que a decisão judicial não revela a verdade dos factos, mas apenas impõe como verdade, certos elementos que a decisão toma por pressupostos (chamando-os de verdade), mesmo ciente que as perceções transmitidas, recolhidas e tratadas jamais serão a verdadeira essência daquele acontecer.

---

<sup>21</sup> RANGEL, Rui “A Prova e a Gravação da Audiência no Direito Processual Civil” – Edições Cosmos, 1998, pág. 81 (citando Calamandrei in “Processo e Giustizia”, in Atti del Congresso Internazionale del Diritto Processual Civil. Pádua, 1953.

A máxima que deve presidir a todo este trabalho de exegese é a de que *“a verdade por si só é impossível de atingir”*.

A *verdade fática* assim conseguida, é conforme diz Luigi Ferrajoli:

*“Como em todas as inferências indutivas, também na inferência historiográfica e na judicial, a conclusão tem, portanto, o valor de uma hipótese de probabilidade, na ordem da conexão causal entre o facto aceite como provado e o conjunto dos factos adotados como probatórios. Sua verdade não está demonstrada como sendo logicamente deduzida das premissas, mas só logicamente provável ou logicamente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução”*<sup>22</sup>

Portanto e para concluir este segmento discursivo, é necessário ter-se presente que no campo da atividade jurisdicional, é tarefa inglória adquirir-se a *“verdade substancial”*. Jamais o julgador poderá obter este ideal e menos ainda impor a sua pessoal e absoluta convicção de o ter alcançado.

Todavia o direito processual não se desdobra em meras utopias e para que se afirme, necessita impor-se pela tangibilidade da sua eficácia.

Assim, pela atividade do processo cuida-se conseguir um resultado *“verosimilhante”*, uma conclusão para o caso concreto que racionalmente seja idónea em desconverter o litígio, gerada na convicção do juiz de a decisão obtida constituir a realidade mais próxima da verdade a que ele pôde chegar.

Colocada em crise a *“verdade material”* (conceito absoluto e inatingível), a própria interligação com a *“verdade formal”* perde sentido e utilidade prática de distinção, até pela fluidez da sua própria definição.

A própria *“verosimilhança”* engloba uma noção de ordem aproximativa. Uma apreensão de possibilidade, sem que contudo deixe de ser uma afirmação orbitada no conceito ideal de verdade.

---

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi *“Direito e Razão”*, pág. 55e 56.

A verdade substancial que se diz como finalidade probatória do processo esvai-se na subsunção percetiva do facto e não sobrevive como conceito silogístico da integração do facto com a norma.

Caso existisse a possibilidade prática de se conseguir alcançar a verdade material, a aplicação do direito aos factos seria somente um mero critério de preparação técnica, já que a relatividade inerente a diferentes critérios subjetivos de apreciação da prova deixava de ser justificável.

### O SER DA PROVA E O SER JUIZ

Liebman<sup>23</sup> afirmou que *“para as partes provar, significa firmar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência de factos relevantes para o processo. Para o juiz, a atividade probatória tem o fim de levar ao conhecimento da verdade acerca desses mesmos factos”*<sup>24</sup>.

Do texto transcrito surpreende-se uma realidade que não poucas vezes, para um observador mais atento, é detetada na decorrência da produção da prova testemunhal.

Existe na verdade uma encapotada preocupação com o perfil e postura do “ser juiz”, que se por um lado justifica uma retração enunciativa dos factos relatados pelas testemunhas (juiz demasiado interventivo e autoritário), por outro lado também permite uma superabundância factual ou controvérsia das partes ou dos seus representantes, perante alguma passividade do julgador (juiz contemplativo).

Embora no ideal e independentemente da posição de cada parte em defesa da “sua verdade”, a atividade probatória devesse ser unida, dentro de estritos critérios de cooperação, o que acontece (em especial quando a isso

---

<sup>23</sup> Enrico Tullio Liebman, nasceu em Lviv (Ucrânia) em 1903 e faleceu em Milão em 1986. Foi professor de Direito Processual Civil nas universidades de Sassari e Parma. Foi um dos maiores defensores da teoria eclética do Direito de Ação. – Fonte: [www.Wikipédia.pt](http://www.Wikipédia.pt).

<sup>24</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio *“Lezioni di Diritto Processuale”* – Milano A. Giuffrè, 1951, pág. 40

se permite), é uma constante exasperação com o que o outro diz, numa tentativa de derrear as próprias evidências.

Esta tentativa de apego ao perfil do julgador não deixa de criar distorções nas diversas interiorizações da “verdade factual”, criando aparências e levando a induções desajustadas da produção da prova.

Num outro enfoque, também a qualidade e experiência dos causídicos apresenta relevante influência, não só aquando a produção da prova testemunhal, como também (em momento anterior), na clarividência narrativa dos articulados e sequente preparação probatória para a audiência de discussão da matéria de facto.

A questão qualitativa dos causídicos é tanto mais relevante quanto menor for a proatividade do juiz na apreciação e julgamento da causa.

Sendo a equidistância um requisito que deve pautar a atitude do magistrado, não implicará nem muito menos justificará na dinâmica processual do nosso tempo, uma tendente atitude de passividade, relegando-se para a discussão final, vicissitudes que podiam, e deviam ser resolvidas durante a decorrência da ação.

Temos por seguro que o “ser juiz” de hoje é bem distinto do “ser juiz” de antanho, não só pela afirmação das questões de fundo sobre as particularidades formais, mas essencialmente pelos reforçados poderes de gestão processual que lhe foram conferidos, em especial, após a reforma incutida do âmbito do processo civil pelos Dec. Lei nºs. 329-A/95 de 12/12 e 180/96 de 25/09.

O que acabamos de dizer não significa, porém, a preterição ou diferenciação valorativa que sempre ocorre entre causídicos (conforme obviamente também sucede com os próprios magistrados).

Sendo o juiz uma testemunha dos factos testemunhados, evidentemente que o “saber expor” e reunir a matéria factual é fator relevantíssimo na

tramitação e preparação da causa para julgamento, porque é nela e através dela que o juiz assenta a proatividade que confere a cada processo.

No entanto, parece-nos evidente que aquela diferenciação valorativa perdeu atualmente algum conteúdo em razão das dinâmicas de gestão processual que no presente são disponibilizadas ao juiz, em especial pela possibilidade da consideração oficiosa de uma panóplia de factos, conforme resulta do art.º 5.º do CPC, que submergem os pretéritos conceitos do nosso saudoso e insigne mestre Professor José Alberto dos Reis.

No fundo, esta exegese que conforma o “ser juiz” de hoje, representa uma tentativa de “nivelamento” na produção da prova, equacionando a matéria factual perante as próprias partes, não só em razão do que afirmaram, mas também segundo o que deixaram de dizer.

Ao fazê-lo, o juiz aproxima-se dos interesses controvertidos, sem que com isso perca o equilíbrio da equidistância.

Bem pelo contrário, caso não usasse dessa proatividade, permitiria que o “saber fazer” de uma das partes permitisse que o “devia ter feito” de outra, se tornasse uma fatalidade pela preclusão do conhecimento.

Esta conclusão não significa qualquer preterição de alegação dos sujeitos, no sentido de melhor definir o conhecimento oficioso das questões processuais permitidas pela lei, ou que seja permitido ao juiz exorbitar as suas competências, invadindo a substancialidade dos factos para além do limite imposto pelo n.º 2 do referido preceito.

Significa tão só a tentativa de focalização do essencial para que se atinja o limite possível de captação do “ser probatório”.

É portanto uma decorrência metodológica, uma afirmação significativa do interesse do conhecimento dos factos, um diálogo com o próprio processo no sentido de o “ser juiz” apontar os caminhos da cooperação, verdade e lealdade, minorando dentro do possível e sob o paradigma dos comportamentos de boa-fé que a parte vencedora não seja tão só a que

apresentou maior destreza técnica, mas sim aquela a quem há de reconhecer-se razão.

Não pretendemos no âmbito deste trabalho, entrar nas essências do método captativo do depoimento através da variabilidade de conceitos que advém da psicologia do testemunho e muito menos, na distinção dos fatores psicossociais que por vezes influenciam de sobremaneira a narrativa testemunhal.<sup>25</sup>

A nossa discussão desenvolve-se dentro das fronteiras do “ser”, na tentativa de perceber quão árdua é a tarefa de aproximar a verdade processual da verdade real.

O “ser juiz” não é uma realidade estanque, mas também uma variável emotiva que se conjuga no processo e nos atos com a procura do “ser probatório”.

Esta conjugação na perspetiva do “ser juiz” é contingente com a específica formação do “juiz homem”, através de um percurso de vida, académico e essencialmente de aculturação à própria função.

Quanto maior a fragilidade do “ser juiz” mais relevante será a influência dos fenómenos perturbadores da cativação da verdade plausível, mais afastada ficando a possibilidade de obter o “ser probatório”.

Embora se deva entender que se mostram algo subvertidas pelas vicissitudes culturais da passagem do tempo e diferentes dinâmicas relacionais, não resistimos à tentação de transcrever uma passagem belíssima do que seria o entendimento do “ser juiz”, segundo o pensamento do professor Theodor Sternberg,<sup>26</sup> na terceira década do Séc. XX.

---

<sup>25</sup> Neste âmbito, sugere-se o excelente e recente estudo preconizado por Luís Filipe Pires de Sousa (Juiz de Direito), na sua obra “*Prova Testemunhal*” – Almedina 2003.

<sup>26</sup> Theodor Hermann Sternberg, nasceu em Berlim em 05/01/1878 e faleceu em Tokyo em 18/04/1950, filósofo e jurista, tendo oferecido importante contributo para o desenvolvimento da *civil law* no Japão (país que acolheu para o desempenho de instrutor e leitor de algumas das mais importantes universidades, com destaque para a Meiji University).

Afirmou este ilustre Professor:

*“La profesión de juez no sólo requiere grandes capacidades, exige también una gran resignación. El juez debe mantenerse alejado de las luchas y penalidades exteriores de la vida; no puede conquistar nada ni luchar por nada más que por su caudal espiritual, por la constante putificación y perfeccionamiento de su consciencia y de su talento. No tiene en las manos ningún objeto durable, cuya prosperidade pueda depararle alegrías, cuyo progreso pueda alentarle, alegrarle; además, no puede aspirar a hacer fortuna, ni a alcanzar honores. Debe resistir a la desaprobación de la gentes, y desinteresarse de su aprobación. El juez no debe ser popular. Cuando investiga y cuando juzga, él solo es a la vez el Pueblo y el Estado, cargando com toda la responsabilidade del Estado...la labor de su autoeducación y de su administración judicial, es puramente íntima. Aun en su actuación no puede tampoco dejar translucir este processo interior, ni puede llegar a la creación visible de estas luchas y anhelos, como, por ejemplo, hace el poeta. El juez es un sacerdote, que no puede ni predicar ni hacer sacrificios. Debe acercarse hasta lo más profundo de los hombres y penetrar tan profundamente, que el criminal sentado em el banquillo pueda considerar como acto de rendición lleno de simpatía e íntima comprensión la sentencia que le condena a una pena grave...El eflúvio de la sabiduría y de la justicia en actos e palavras desprovistas de ostentación es la essência de la actividad, sabiduría y equidad judiciales, que cuando não são negadas, som pocas estimadas por los ombres entregados a sus negocios. La injusticia goza de mayor interés. Lo subversivo es maldecido, pero respetado también. El espíritu del juez ejerce su influencia conservadora e creadora de una manera abstrata e ignota, como el espíritu de la Divinidad”<sup>27</sup>.*

Estas palavras quase com um século de existência e que hoje nos fazem sorrir, devem também deixar uma vincada mensagem do isolamento e

---

<sup>27</sup> STERNBERG, Theodor Hermann “Introducción Á La Ciencia Del Derecho” – Coleccion Labor – Segunda Edición – 1940 (tradução em castelhano do original).

angústia do “ser juiz” na sua constante tarefa de encontro com o “ser probatório”.

É desta pessoal osmose que emerge a verdade afirmada, imposta como reconstrução de algo passado que, legitimada em nome do povo e pelo poder do Estado dita as consequências presentes dos respetivos comportamentos.

## A DIALÉTICA E A RAZÃO

A dialética emerge da discussão e procura incessantemente pelo diálogo uma razão, um caminho de encontro não só com a lógica dos outros, mas também com a nossa própria essência.

Não deixa, contudo, de ser em si uma afirmação, mas não inócua, antes resultante do confronto das ideias, da interação cultural que o conhecimento incute, procurando impor-se através de um percurso de afirmações e refutações, como verdade comumente aceite.

Não interessa aqui traçar um percurso histórico-concetual da definição, evolução e afirmação da dialética, sendo suficiente que se indique, para melhor identificação e posicionamento do conceito, a célere alegoria da caverna que nos foi deixada por Platão, dentro da sua ideia de evolução espiritual dirigido à verdade da percepção das coisas e dos factos.

Na alegoria, Platão dispõe (desde o nascimento) um certo número de humanos no fundo de uma caverna, acorrentados, de costas voltadas para o exterior, de modo a que apenas lhes seja possível divisar as suas próprias sombras, bem como as de animais, objetos plantas e coisas do mundo tangível.

Aquelas pessoas interiorizam as sombras como realidades do seu próprio conhecimento, nominando-as e interpretando-as como verdades absolutas e delas criando as certezas das suas ideias.

Num dado tempo, é permitido a um dos humanos (a quem Platão denomina filósofo), que se livre das suas grilhetas e caminhe para a saída da caverna em direção da luz, para que sinta e perceba a sua fulgência como realidade interativa com as sombras que sempre e apenas viu, bem como as coisas e objetos antes representados nas paredes da caverna.

Esta “nova realidade” apenas captada pelo libertado, é incompatível com “a verdade dos outros” que permanecem acorrentados, para quem a “verdade” é apenas a das sombras que sempre e unicamente viram.

Retira-se da alegoria a necessidade de reflexão sobre as aparências.

Na verdade, somos prisioneiros dos nossos vetores culturais, dos conceitos e informações que fomos recolhendo durante a vida que projetamos nas pessoais experiências.

Para que o conhecimento se solidifique e se imponha como razão plausível, será sempre necessário “sair da caverna” dialogar com os outros e com a nossa própria interioridade através da interação com o mundo sensível.

Este constante diálogo inclui necessariamente a oposição e a crítica, que se entrecruzam, afastam e reúnem no processo dialético do conhecimento.

Todo esse percurso discursivo terá de ser convertido em síntese, cabendo ao julgador aparelhar cada argumento com artes de argúcia, imprimindo-lhes a sua racionalidade através não só do que ouviu, mas também das próprias regras de experiência.

Neste diálogo que ocorre em cada processo, para que a dialética da razão se insinue paulatinamente ao longo do seu percurso, temos por necessário que a proatividade do juiz seja sempre temperada pela tolerância, sem que com isso se permita a evasão das fronteiras da ética processual e da boa-fé.

Dizemos tolerância, porque é através dela que nos capacitamos a ouvir e perceber o “diálogo que há nos outros” e o que a nós dizem. Aqui deve existir

a humildade de por vezes negarmos a nossa razão percetiva, se pelo evoluir da discussão for dada a possibilidade de refazer o pensamento.

A contradição é a principal substância de todo o processo dialético para o encontro da razão. Não deverá ser preterido o significado da expressão “*I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it*”<sup>28</sup>, porque caso se negue a oportunidade de “compreender” a verdade do outro, inibe-se uma das razões do conhecimento.

Na prática processual nem sempre são aproveitados os mecanismos que permitem ao juiz exercitar este constante diálogo, sendo preteridas algumas possibilidades que em concreto se justificariam não só para racionalizar os meios de elaboração da prova, como também de dar a conhecer aos sujeitos processuais a sua disponibilidade, tolerância e empenho na resolução das questões controvertidas.

Dentro dos critérios de proatividade que o legislador conferiu ao juiz, resulta, conforme o enunciado do art.º 7.º n.º 2 do CPC, a possibilidade de “*em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes...*” sendo que, conforme o nº 3 da norma, “*As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos...*”

Significa, que a abertura ao diálogo a que aludimos é uma constante da tramitação processual, não se resumindo à audiência prévia, prevista e caracterizada no art.º 591.º do CPC, que naturalmente sucede em fase mais adiantada da tramitação processual e já numa contingência de preparação para a discussão da matéria de facto (quando tal discussão não seja ainda possível nesta fase processual ou a ação não termine em razão de qualquer vicissitude formal).

---

<sup>28</sup> HALL, Evelyn Beatrice “*The Frinds os Voltaire*” – Smith Elder & Co – 1906, pág. 199 (disponível em e-book – [www.book.google.com](http://www.book.google.com))

A envolvimento do magistrado no desenvolvimento dialético do processo, recomenda frequentemente o complemento do “diálogo dos articulados”, perante a interiorização da própria razão das coisas e escolha dos meios de obter a verdade plausível de modo rápido e eficaz.

Contudo e conforme implicitamente já deixamos transparecer, este processo de exegese que leva o juiz à escolha dos meios adequados para a solução do caso concreto, deve ser afirmado numa partilha de conhecimento e tolerância pelas próprias ideias das partes e dos seus mandatários.

Por isso mesmo deve ser partilhado, aferido e concluído num processo de síntese a que não será alheio a complementação da matéria alegada, denegando-se um sentido predominantemente preclusivo do que se deixou dito no articulado.

Por exemplo, em determinada ação que vise aferir a responsabilidade dos danos resultantes de infiltração de águas pluviais ou repasses em habitação, não terá sentido contemporizar-se no diálogo advindo dos articulados, muitas vezes com intermináveis narrativas e refutações, se com uma simples perícia a questão possa ser definitivamente resolvida.

Esta constatação pelo julgador deve ser dialogada e interligada na dinâmica processual perante o intercâmbio de desenvolvimento que acabamos por referir.

Chamando as partes e ouvindo-as e interagindo com os sujeitos processuais nesta fase inicial do litígio, apontando possíveis caminhos de solução e sendo-se tolerante perante os argumentos e alternativas, o juiz insinua-se com toda a sua essência e personalidade numa dialética consistente e direcionada à produção racional da prova e sequente decisão do caso concreto.

Sei bem que nem sempre pode ser assim, mas estando consciente de assim poder ser, proporciono a mim próprio uma imensa sensação de

utilidade perante aquilo que faço e não apenas o mero cumprimento da minha componente técnico-jurídica.

### A RAZÃO DA VERDADE

É neste percurso concetual de obtenção da prova que surge a teoria de Jurgen Habermas<sup>29</sup>.

Para Habermas o acento tónico da descoberta da verdade não é colocado propriamente no devir factual, mas antes e essencialmente, na argumentação que os sujeitos desenvolvem sobre esse acontecimento.

Afirma-se, portanto, como conceito dialético, cuja razão de encontro é a argumentação, a interação dialogante dos sujeitos. Não conduz propriamente à descoberta do verdadeiro, mas antes à paulatina construção da “verdade plausível”.

Este curiosíssimo pensamento constitui indubitavelmente uma adequação filosófica aos novos paradigmas comunicacionais, centrando nos comportamentos interpessoais, no discurso argumentativo e diálogos daí resultantes, o método mais plausível da construção lógica dos factos que se cuida investigar.

Nítida descentralização do objeto e do sujeito para obtenção do conhecimento, preteridos na sua influência pelo discurso, na argumentação que os sujeitos envolvidos produzem, através do elemento comum que a todos une. A linguagem.

Esta “razão da verdade” não é mais procurada no conhecimento isolado do sujeito sobre o facto, mas sim colocada numa abrangência interativa, dialogante com todos os que por algum modo estejam ligados ao

---

<sup>29</sup> **Jürgen Habermas**, nascido em 18/06/1929 em Dusseldorf, filósofo e sociólogo, inserido na tradição da teoria crítica e do pragmatismo, notabilizou-se pelas suas posições sobre a racionalidade comunicativa e a esfera pública. Associado à escola de Frankfurt, afirma-se como um dos mais importantes intelectuais contemporâneos. – Fonte: [www.wikipedia](http://www.wikipedia).

acontecimento, ou que intentem captar e perceber as especificidades da sua ocorrência.

Surpreende-se nesta intersubjetividade um novo conceito de razão, que assim nasce e se insinua perante o todo o processo comunicacional.

Faz todo sentido enunciar a máxima “da discussão nasce a razão”, porque a razão de Habermas apenas se afirma do intercâmbio comunicativo e não já da ponderação e pensamento de um único sujeito.

Enquanto o diálogo da testemunha com o facto, dando-o a conhecer aos restantes sujeitos através da linguagem, é sempre posterior ao conhecimento que obteve dessa realidade, o diálogo de Habermas é sempre anterior e tende pela sua dialéctica argumentativa obter o consenso (que no processo se exprime pela motivação) que permita o conhecimento.

O consenso que se obtém quase sempre através do diálogo, pressupõe naturalmente uma adesão prévia a determinados enunciados de validade, que vão sendo afinados pelos argumentos e pautados por critérios de verificação de conteúdo, tanto no plano intersubjetivo dos próprios sujeitos (sinceridade e segurança nas afirmações), como também na composição realista do próprio facto.

Para Habermas, o critério consensual da veracidade de determinada comunicação “...manifesta-se pelas pretensões de validade que implicitamente levam associadas: a verdade, a retitude, a adequação ou a inteligibilidade (ou correção no uso dos meios de expressão). A estes mesmos modos conduz também uma análise de enfoque semântico das formas de enunciados. As orações descritivas que, no sentido mais lato, servem à constatação que podem se asseverados ou negados sob o aspeto da verdade de uma composição; as orações normativas ou orações de dever que servem à justificação das ações sob o aspeto da retitude (ou da justiça) da sua forma de atuar; as ações valorativas (juízos de valor) que servem à valoração de algo, sob o aspeto da adequação aos standards de valor (ou sob o aspeto do bom), e as explicações de regras geradoras que servem à explicação de operações tais como falar, classificar,

*calcular, deduzir, julgar etc., sob o aspeto de inteligibilidade ou correção formal das expressões simbióticas*".<sup>30</sup>

Podemos assim retirar que se numa argumentação é colocada em dúvida a proposição de determinado enunciado, os correspondentes questionamentos tendem a ser resolvidos através de afirmações e esclarecimentos.

Esta sintonia comportamental difere daqueloutra onde se ponha em causa o conceito do justo de um ditame. Aqui os questionamentos são esclarecidos com as justificativas “de ter sido assim”.

Quando se ponha em causa a veracidade da afirmação proferida por determinado sujeito, a aferição valorativa desse enunciado entronca na comparação do diálogo de terceiros ou nas afirmações por eles produzidas.

A teoria comunicativa de Habermas coloca a centralidade do homem no âmago da sociedade onde se insere e a ela se liga através de elementos comuns de identificação interativa, nos quais a linguagem constitui o elo universal.

É através da linguagem que o homem recria os seus vetores sócio-culturais, ligando-se aos outros pelas ações e omissões, dentro de uma ética discursiva ilimitada, mas que tendencialmente visa o consenso através da retidão dos costumes e comportamentos.

A razão da verdade dos acontecimentos obtém-se dos emaranhados relacionais dos sujeitos entre si, segundo a lógica argumentativa de cada um, que levará ao conhecimento plausível do facto.

Todo este procedimento tende afirmar-se no decorrer do processo como um meio captativo, reconstrutivo da lógica dos acontecimentos, capaz de gerar da interação argumentativa, a aproximação possível da verdade.

---

<sup>30</sup> HABERMAS, Jürgen “*Teoria de la acción comunicativa*” – Tomo I – Madrid – Taurus, 1988 (citado por Sérgio Cruz Arenhart in - *A Verdade e a Prova No Processo Civil* -in [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br)).

Assim também o era para Aristóteles, cuja dialética se desenvolvia numa incessante busca da verdade através do debate entre os sujeitos.

A repriminção deste conceito por Habermas surge nítida. No entanto parece dissociar-se desta lógica no aspeto de não subsumir às tensões do próprio conflito e da polémica daí emergente a obtenção da “razão da verdade”.

Bem pelo contrário, impõe como prévia condição o equilíbrio dialogante, (chama-lhe isonomia entre os participantes), como uma quase “associação” entre os sujeitos processuais na busca ou descoberta do facto.

Em sede processual inclui-se neste diálogo não só a envolvimento das partes, mas também a do juiz, causídicos, testemunhas e todos aqueles que de algum modo através da argumentação possam erguer o edifício da razão onde se albergue a verdade possível.

Nesta ideia não tem lugar o egoísmo ou o desforço, mas sim a constante cooperação entre todos os sujeitos processuais, aprimorado pelo contínuo interagir que deve formar e constituir a finalidade do processo.

Nesta incursão argumentativa dos sujeitos, deve estar presente uma significativa distinção que Habermas aponta:

A que ocorre entre os factos e os objetos.

Nas justificações argumentativas são trazidos os factos, enquanto nas afirmações (que sucedem com base na experiência passada pela interiorização consciente do mundo sensível), estão contidos os objetos. Porém, ao enunciar um facto, nada impede que a minha afirmação derive da relação de experiência que tenho com o objeto onde aquele se insere.

Portanto, a cativação da verdade possível deve pressupor esta tensão dialética entre facto e objeto, mas num sentido convergente, ou seja, se os enunciados puderem ser reconhecidos numa relação de correspondência com os factos, então aquela minha experiência com o objeto (percepção da sua intrínseca realidade) deve ser entendida como verdadeira.

Daqui parece poder concluir-se algo de muito interessante que se reconduz ao enunciado do tema da presente exposição.

A elaboração da ideia de verdade é congeminada no processo interior do pensamento, arrastada e inquinada pela pessoal experiência da realidade sensível que cada um tem sobre os outros e o mundo das coisas. Não resulta das percepções do devir dos próprios factos, mas sim das ideias que sobre eles mantemos.

Por isso mesmo é que a teoria de Habermas procura indicar um caminho de fuga a esta “fatalidade”. A pretensão de verdade atinge-se não pela experiência do “ser” com as coisas, mas sim pelos argumentos e interatividade discursiva dos sujeitos em razão da experiência cognoscível de cada um sobre o devir factual.

Neste caminho, o juiz nunca pode comportar-se como um mero observador, já que se lhe exige proatividade, um desempenho dialogante, em busca da sua própria motivação, que se baseará, não da descoberta, mas no itinerário que conduzirá à tentativa de construção da verdade possível.

Evidentemente que o material que alimentará a fogueira do discurso argumentativo, não é a historicidade do evento, mas o contraditório que sobre ele se forma, alargando ou suprimindo as fronteiras do terreno onde a razão do facto se joga.

No limite desta linha de pensamento, a finalidade do processo deixa de ser o meio principal para a reconstituição dos factos, mas afirma-se antes como um instrumento que visa incentivar e regularizar a discussão.

Dizemos “incentivar”, porque a história do facto permite e incentiva a sua contradição, não sendo também possível a preterição das regras formais (prazos) para que a história se conte e a polémica se exercite.

Ao abordarmos em momento anterior da exposição a irrelevância da distinção entre verdade formal e verdade material<sup>31</sup>, fizemo-lo numa

---

<sup>31</sup> *Infra*, pág. 17 e ssg.

perspetiva prática ou finalista do próprio processo. Contudo, também se surpreende na teoria de Habermas um conceito de “forma”, mas divergente da sua definição dogmático processual.

Há na verdade uma “forma” a seguir para alcançar a verdade possível, já não a resultante da percepção (ideia) da coisa com a sua intrínseca realidade, mas sim e apenas o procedimento processual adequado (o consenso que se obtém da argumentação dialogante), entendido como idóneo para a construção da verdade (que Habermas chama de factível).

Conforme já dissemos, ao enveredar por este caminho, o contraditório impõe-se como condição significante.

Quando a persuasão sobre a existência do facto não resulte da anuência (expressa ou tácita) contra quem é direccionado, ela há de surgir do desenvolvimento do próprio discurso habermasiano e servir a final como elemento de motivação da convicção do julgador, já comungante ou participante (nos termos descritos) da construção dialético dogmática da verdade factível.

Esse objetivo insinua-se a todos os sujeitos processuais, que entre si interagem de forma mais ao menos reativa ao que é peticionado ou refutado.

Nestas afirmações e refutações joga-se a confluência de prova, que se insere na própria dialética discursiva, um meio predominantemente retórico, que se desenvolve perante o juiz que a disciplina e orienta, participando em todo esse processo que é dirigido, dentro dos parâmetros pré-estabelecidos, ao seu próprio convencimento.

Na confluência da razão com a verdade, podemos afirmar que a ambivalência do “ser” com o “dever ser”, compreende todas as prerrogativas que conduzem à construção da verdade factível.

Se por um lado o “ser” é a essência interior de cada um, não deve ser compreendido como uma verdade cristalizada, mas antes uma interiorização volúvel ao erro e à crítica.

Se o discurso e a retórica probatória recompõem a exteriorização dessa aparente verdade, não é menos certo que jamais poderá aspirar à essência do “dever ser”, aquilo que foi e por isso deixou de existir. Por isso acompanhamos Habermas na mera (e única) possibilidade de obtenção da verdade factível.

Atevemo-nos, contudo, a deixar algumas observações críticas.

Ao centrar o juiz no âmago do percurso dialético desenvolvido pela argumentação, no seu (por vezes árduo) caminho de atingir a verdade factível, é também necessário reter-se a alternatividade que já referimos entre o “juiz homem” e o “homem juiz”.

E será bem importante que aqui se chame uma vez mais à atenção desta particularidade.

Constituindo o juiz no pensamento habermasiano o elo de ligação do discurso argumentativo que os sujeitos processuais desenvolvem, até que ponto, coordenando e orientando o diálogo, pode permanecer equidistante nos interesses pugnados. Até que ponto esta procura de conhecimento não ficará inquinada pelos valores das suas específicas valências socioculturais, influenciando a argumentação e o diálogo mantido com os restantes sujeitos.

Sendo o juiz (conforme dissemos) uma testemunha dos factos testemunhados e por isso capacitando-se através de percepções, intuições e regras da experiência, então muito mais árdua será a sua tarefa, quando ele próprio é colocado no centro do problema probatório, com as características inerentes ao seu “ser” de homem juiz, que constantemente adapta na sua função de juiz homem.

É certo que o mesmo sucede com cada sujeito dialogante, com as diferenciações culturais, capacidade de apreensão e verbalização, mas aqui o trabalho de exegese que se impõe é a captação final da mensagem de cada depoente, que deve ser devidamente refletida e ponderada segundo as componentes lógico-intuitivas do julgador.

O processo argumentativo e dialogante entre os sujeitos já ficou para trás e nele, o juiz apenas se terá empenhado pelo seu poder de gestão e proatividade.

Apenas há intervenção do magistrado segundo uma razão de eficiência e não de valor, que lhe é exigido para incutir e dinamizar a argumentação no discurso de Habermas.

Aceitamos a conclusão de a prova não se prestar propriamente á reconstrução da verdade, mas antes e na dinâmica deste discurso, a apoiar a argumentação de todos os sujeitos envolvidos no diálogo (inclusive do juiz), num caminho de obtenção da “verdade factível”.

Porém o comprometimento do juiz numa relação isonómica com os próprios litigantes para juntos trilharem a vereda que leva ao altar-mor da motivação e sequente decisão, engloba um relevante risco de parcialidade (ainda que involuntária) do julgador.

Ele aqui não se limita a observar, sugerir e emendar procedimentos. Pelo contrário, passa a fazer parte de todo o processo evolutivo, coordenando e imprimindo de forma ativa o seu desenvolvimento.

Ora assim sendo, como será possível isolar a sua personalidade de decisor dos arbítrios da escolha?

É verdade que dois juízes diferentes, colocados perante os mesmos factos, podem chegar a duas conclusões substancialmente distintas, em si idóneas para conduzirem a decisões antagónicas, não só no plano casuístico da apreciação dos factos como até da própria resolução da causa.

Contudo é um antagonismo que não deixando de ser próprio da essência humana, não será desejado por todos os que pretendem obter uma decisão consentânea com a razão social.

Daí que se entenda dever pugnar-se por alguma preservação no envolvimento do juiz nas componentes discursivas do processo, evitando-se

a sua inquinação prematura com imediação dos argumentos e diálogos produzidos pelas partes.

Num enfoque mais objetivo, parece também algo utópico pretender-se que da argumentação e diálogo se atinja “um melhor consenso de verdade”.

Pode assim suceder quando se possa tão só trilhar um percurso objetivo, mas nem sempre a argumentação e diálogo que conduz ao consenso é objetivado aos próprios factos controvertidos.

Há conexões laterais que fazem valer as suas específicas valências (por exemplo, temor ou perspectiva de condenação como litigante de má-fé; custas processuais, racionalização de meios, riscos de decisão final contrária aos próprios interesses e até receio pelo saber ou diminuta preparação técnica do magistrado), fazem valer as suas influências no diálogo argumentativo.

Bastaria observar em abono desta constatação quantas vezes os consensos que se atingem após dias ou longas horas de interatividade argumentativa no seio das organizações internacionais, são pautados pelas conveniências políticas de quem os subscreve e não passam de meras aparências que a realidade das coisas acaba por desmentir.

No âmbito do processo, se por um lado se teme que uma intervenção demasiado assertiva do juiz na decorrência da ação (a que chamaria abuso do direito de ser proactivo) pode inquirir a relação processual e o sequente discurso argumentativo, também (e aqui com maior evidência) a potencialidade discursiva dos sujeitos (em especial quando escudados por causídicos de qualidade), tende a diluir a objetividade através de uma retórica que eu chamaria “de efeito dirigido”, ofuscando a parte que se encontre deficientemente defendida.

É afinal todo este paradigma comportamental que tem de ser dissecado e compreendido perante uma lógica de verdade.

Talvez a isenção seja apenas isso. A capacidade de poder ouvir e compreender os outros perante as suas lógicas próprias de ser e de estar,

tratando essa informação com uma lógica despida de qualquer arbitrariedade.

A maturação intersubjetiva destas realidades deve ser aturada e tratada em “isolamento intelectual”. Apenas mexida pelos instrumentos no intelecto, providenciando-se até ao limite do possível que não seja contaminada pela própria angústia do examinador.

Deve ficar ali e não revestir-se das emoções próprias de quem as percebe. Só assim se reconduz ao fim principal dos factos as trouxeram. A incansável e sempre repetida busca da verdade plausível.■

**Data**  **enia**

REVISTA JURÍDICA DIGITAL  
ISSN 2182-6242

Ano 7 • N.º 10 • dezembro 2019

