



UNIVERSIDADE D  
COIMBRA

Pedro Quintaes Peres

**A (IM) POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DOS  
PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ PELOS  
NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS  
PROBATÓRIOS ATÍPICOS SOB A  
PERSPECTIVA DA JUSTA DECISÃO**

VOLUME 1

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas - Menção em Direito Processual Civil, orientada pelo Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2019



FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE  
**COIMBRA**

**PEDRO QUINTAES PERES**

**A (IM) POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO  
JUIZ PELOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PROBATÓRIOS  
ATÍPICOS SOB A PERSPECTIVA DA JUSTA DECISÃO**

THE (IM) POSSIBILITY OF LIMITATION OF THE JUDGE'S INSTRUCTIONAL  
POWERS BY ATYPICAL PROBATIVE PROCEDURAL JURIDICAL BUSINESS  
UNDER THE PERSPECTIVE OF THE FAIR DECISION

Dissertação apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra no  
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito  
(conducente ao grau de Mestre), na Área de  
Especialização em Ciências Jurídico-  
Civilísticas/Menção em Direito Processual  
Civil, sob a orientação do Professor Doutor  
Luís Miguel Andrade Mesquita.

COIMBRA, 2019

**PEDRO QUINTAES PERES**

**A (IM) POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO  
JUIZ PELOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PROBATÓRIOS  
ATÍPICOS SOB A PERSPECTIVA DA JUSTA DECISÃO**

Dissertação apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Coimbra no  
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito  
(conducente ao grau de Mestre), na Área de  
Especialização em Ciências Jurídico-  
Civilísticas/Menção em Direito Processual  
Civil.

APRESENTADA EM: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Senhor Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita.  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

---

Examinador 2  
Instituição

---

Examinador 3  
Instituição

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente como um sonho inalcançável, mas, hoje, uma realidade. Por isso, cumpre-me o dever de agradecer àqueles que, de algum modo, influíram para a concretização deste sonho.

Aos meus pais, por proporcionarem tudo o que sou hoje.

Ao meu irmão, quem muito me estima com sua paixão e dedicação pelo trabalho.

À minha noiva, Lidia, companheira não só da vida, mas também companheira de classe.

Ao meu orientador, Senhor Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita, por todos os ensinamentos e, mais ainda, por me apresentar um olhar único sobre o que é o Processo Civil. À Professora Doutora Maria José Oliveira Capelo Pinto de Resende, como fonte de inspiração no meu crescimento como investigador,

Agradeço, ainda, ao Professor Doutor Nicolás Rodríguez García, da Universidad de Salamanca, bem como à Professora Doutora Mercedes Llorente Sanchez-Arjona, da Universidad de Sevilla, por me acolherem em suas respectivas Universidades.

Aos meus amigos, em especial àqueles que Coimbra me apresentou.

## RESUMO

A presente dissertação analisa os negócios jurídicos probatórios atípicos sob a perspectiva da justa decisão. Dimanante de uma segunda interpretação da cláusula do devido processo legal, o processo, cumprindo com seu dever de Justiça, orienta-se ao proferimento de uma justa decisão que, por sua vez, para ser obtida, precisa respeitar três premissas: (a) procedimento justo; (b) aplicação correta do direito ao caso concreto; e (c) determinação da verdade dos fatos controvertidos. Por assim, em um segundo momento, estabelecer-se-á até que ponto a atuação dos sujeitos processuais está vinculada como condição ao descobrimento da verdade e justeza da decisão. É dizer que, dentro do modelo lógico-racional da decisão judicial, traçaremos os contornos dessa atuação das partes em apresentar as provas e o quadro factual completo a proporcionar uma satisfatória instrução probatória, bem como a atuação ativa do magistrado na assunção da matéria factual e na produção de provas. Isto porque, no contexto jurídico-processual, a verdade dos fatos se predica das provas e elementos probatórios disponíveis no momento decisório. Em sequência, será alinhavada a *ratio* e os limites do princípio do inquisitório, em um olhar atento à atuação não cooperativa das partes em sede probatória, bem como sendo o poder probatório oficioso um possível ponto de equilíbrio entre a falta de prova e a decisão com base na regra do *onus probandi*. Por fim, face à novidade da negociação atípica trazida pelo legislador brasileiro em uma cláusula geral sem a demarcação de limites fundamentais, analisaremos detidamente os contornos da validade da convenção probatória atípica sob a perspectiva da justa decisão, com o propósito de estabelecer a máxima compatibilização entre o respeito ao autorregramento da vontade e o processo justo, sem que, com isto, obstaculize-se à Justiça.

**Palavras-chave:** Justa decisão. Fatos. Prova. Verdade. Princípio do inquisitório. Negócio jurídico processual probatório atípico. Processo Civil.

## ABSTRACT

The present dissertation analyzes the atypical probative juridical business from the perspective of the fair decision. Resulting from a second interpretation of the due process of law clause, the process, doing his Justice duty, is directed to the utterance of a fair decision that, in turn, to be obtained, must respect three premises: (a) fair procedure; (b) correct application of the right to the concrete case; and (c) determination of the truth of the controversial facts. Thus, in a second moment, it will be established until what point the procedural subjects' acting is bound as a condition to the discovery of the truth and fairness of the decision. It is to say that, within the logical-rational model of the judicial decision, we will trace the contours of this parts' action in presenting the evidence and the complete factual framework to provide a satisfactory evidential instruction, as well as the magistrate's active acting in the assumption of factual material and the production of evidence. All of this because, in the juridical-procedural context, the truth of the facts is predicated on the evidence and evidentiary elements available at the time of decision. In sequence, the ratio and the limits of the inquisitorial principle will be aligned in a careful look at the non-cooperative performance of the parts in evidence area, as well as being the craft probative power a possible balance between the lack of proof and the decision based on the *onus probandi* rule. Finally, in view of the novelty of the atypical negotiation brought by the Brazilian legislator in a general clause without the demarcation of fundamental limits, we will analyze the contours of the validity of the atypical evidentiary convention from the perspective of the fair decision with the purpose of establishing the maximum compatibility between respect for the self-regulation of the will and for the fair process without, thereby, hinder Justice.

**Keywords:** Just decision. Facts. Proof. Truth. Inquisitorial Principle. Atypical probative procedural juridical business. Civil Law procedure.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

<b>Ac.</b>	Acórdão
<b>art.</b>	Artigo
<b>BverfGE</b>	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)
<b>CC/BR</b>	Código Civil brasileiro
<b>CC/PT</b>	Código Civil português
<b>CE</b>	Constituição espanhola
<b>Cf.</b>	Conferir
<b>Cfr.</b>	Conforme
<b>CF/ARG</b>	Constituição Federal da Argentina
<b>CF/BR</b>	Constituição Federal do Brasil
<b>CF/IT</b>	Constituição Federal da Itália
<b>CPC/BR</b>	Código de Processo Civil brasileiro
<b>CPC/PT</b>	Código de Processo Civil português
<b>e. g.</b>	<i>exempli grata</i> (por exemplo)
<b>FPPC</b>	Fórum Permanente de Processualistas Civis
<b>i. e.</b>	<i>id est</i> (isto é)
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>NJP</b>	Negócio jurídico processual
<b>op. cit.</b>	obra citada
<b>ss.</b>	seguintes
<b>STF/BR</b>	Supremo Tribunal Federal brasileiro
<b>STJ/BR</b>	Superior Tribunal de Justiça brasileiro
<b>TSE/BR</b>	Tribunal Superior Eleitoral brasileiro
<b>ZPO/ALE</b>	<i>Zivilprozessordnung</i> (Código de Processo Civil alemão)

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 A RELAÇÃO ENTRE O JUIZ E OS FATOS NO PROCESSO CIVIL</b> .....	16
<b>1.1 Função que o processo desempenha</b> .....	16
<b>1.2 Necessária determinação da verdade dos fatos para uma decisão justa</b> .....	22
<i>1.2.1 A verdade dos fatos na condição de justificação racional da decisão judicial</i> .....	26
<i>1.2.2 Dificuldade em conhecer o quadro factual completo: princípio do inquisitório à interface entre o accertamento dos fatos e à decisão justa</i> .....	34
<b>2 PROVA E VERDADE</b> .....	41
<b>2.1 Finalidade da prova</b> .....	41
<b>2.2 Verdade: um valor fundamental para procedimento ou um esperar do canto galo?</b> .....	47
<b>2.3 Primeiras notas acerca da negociabilidade probatória atípica: decisão justa como parâmetro de controle de validade</b> .....	57
<b>3 PODER PROBATÓRIO OFICIOSO</b> .....	67
<b>3.1 Finalidade do princípio do inquisitório nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro</b> .....	67
<b>3.2 Dimensão ampla do poder probatório oficioso: quebra da imparcialidade do julgador?</b> .....	72
<b>3.3 Poder probatório oficioso autônomo: destruição da carga de prova?</b> .....	76
<b>3.4. Dever probatório oficioso sob a perspectiva da justa composição do litígio</b> .....	77
<b>3.5 Contraponto aos sistemas jurídicos português e brasileiro: uma análise do princípio do inquisitório no direito espanhol</b> .....	79
<i>3.5.1 Noção geral do art. 429.1.º, II e III, da LEC</i> .....	85
<i>3.5.2 Pressupostos, alcance e limites do art. 429.º da LEC</i> .....	89
<i>3.5.3 Dever ou faculdade</i> .....	91
<i>3.5.4 Momento processual para indicação de insuficiência probatória</i> .....	93
<i>3.5.5 Conclusão</i> .....	94
<b>4 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS</b> .....	96
<b>4.1 Linhas gerais do negócio processual atípico</b> .....	96



<b>4.2 A (im)possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos.....</b>	<b>98</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>104</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>106</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA.....</b>	<b>130</b>

## INTRODUÇÃO

Consabidamente, o processo civil contemporâneo encontra-se cada vez mais estruturado sob a ótica do modelo constitucional de processo<sup>1</sup>, isto é, um modelo de processo enquanto realização dos ideários constitucionais que assegura direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição<sup>2</sup>.

Dimana desse novo cenário, recorrendo-se à ideia de CAPPELLETTI<sup>3</sup>, uma justiça coexistencial, segundo a qual deve-se traduzir numa gestão processual participativa e colaborativa<sup>4</sup>.

Dessa maneira, sob a influência constitucional no processo civil, fundando-se em maior autonomia às partes, o CPC/BR de 2015 estipulou, em seu artigo 190.º, a cláusula geral de negociação atípica<sup>5</sup>, possibilitando-as convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup>Mitidiero afirma que o processo civil do Estado constitucional é dominado pelos princípios da boa-fé e da cooperação, consagrando uma repartição de funções entre os sujeitos do processo. Ou seja, na visão do autor, partes e juízes devem, em conjunto, solucionar o litígio de forma rápida e eficaz por meio de um debate participativo dentro do processo (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol. 14, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 7).

<sup>2</sup>PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2015, pp. 101/143. De observar que o CPC/BR de 2015 seguiu essa tendência mundial de modelo de processo constitucional democrático, isto porque, pela primeira vez, dispôs de maneira expressa (art. 1.º ao 12.º, da Lei n.º 13.105/2015) “normas fundamentais do processo civil”. Nesse mesmo sentido, Didier Jr. Afirma que o CPC/BR veio autenticar o modelo democrático e cooperativo do processo, com um discurso consensual e de maior liberdade para a autonomia da vontade (DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil: Negócios Processuais*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018b, p. 21).

<sup>3</sup>CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, ano XVII, n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 130.

<sup>4</sup>Destaca-se que a maioria da doutrina brasileira defende que houve uma mudança de posicionamento dos sujeitos processuais, i.e., uma viragem no que tange ao diálogo processual. O magistrado e as partes passaram a dialogar no processo antes de qualquer tomada de decisão (princípio da decisão não surpresa, art. 10.º do CPC/BR de 2015) a fim de se chegar à decisão de modo mais rápido (com a flexibilização procedimental), de maneira consensual e mais eficiente. Segundo Cabral, a colaboração cria um círculo virtuoso da cooperação espontânea que favorece interações negociadas como as convenções processuais (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018).

<sup>5</sup>Esta cláusula ganhou tamanha força no direito brasileiro que, segundo muitos autores, nomeadamente Didier Jr., afirmam ter surgido um novo princípio fundamental, qual seja: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015a, p. 132).

<sup>6</sup>Deter-nos-emos no momento em apenas indicar o artigo e não realizar quaisquer comentários, uma vez que discutiremos no cap. 04. Vejamos o que dispõe o *caput* do art. 190.º do CPC/BR: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015).

Face à novidade, parte da doutrina afirma ter o legislador brasileiro rompido com a figura do *hiperpublicismo*<sup>7</sup> marcante no CPC/BR de 1973, deslocando-se maiores poderes de disposição às partes, bem como preponderância de suas vontades sobre a do juiz<sup>8</sup>.

Sendo assim, questionamos: será que com esta viragem ideológica do modelo de processo, há querido o legislador voltar à ideia do processo liberal em que, segundo MONTESQUIEU<sup>9</sup>, o juiz não era mais que “*la bouche qui prononce la loi*”?

Decerto não é este o perfil de juiz, assente no princípio da impassividade do juiz (*Verhandlungsmaxime*<sup>10</sup>), que defendemos.

É necessário um perfil de juiz ativo<sup>11</sup>, como defendido por MESQUITA, que se comunica diretamente com as partes, que tenha acesso direto ao material fático trazido ao processo, bem como haja possibilidade de *aportar* provas ao processo<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup>Expressão utilizada por Cabral (2018, pp. 115/124), para destacar o excesso de poderes do juiz no antigo CPC/BR de 1973.

<sup>8</sup>Redondo chega a afirmar que a vontade das partes, no que se refere à disposição de seus ônus, poderes, faculdade e deveres processuais, deve preponderar sobre a vontade do juiz (REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016, p. 361).

<sup>9</sup>O autor francês aduzia que o juiz não era nada mais que a boca que pronunciava as palavras da lei (MONTESQUIEU, Charles. *L'esprit des lois*, Lib. XI, cap. 6). No entanto, mais acertadamente, Couture, em uma de suas palestras na Faculdade de Direito de Paris, em 1949, criticando o posicionamento do referido autor, em suas palavras afirmou: “o juiz não pode ser a boca que pronuncia as palavras da lei, porque a lei não tem possibilidade material de pronunciar todas as palavras do direito; a lei procede sobre a base de certas simplificações esquemáticas e a vida apresenta diariamente problemas que não têm podido entrar na imaginação do legislador” (MORELLO, M. Augusto (director). *Los Hechos en el Proceso Civil: en Homenaje al Dr. Clemente A. Díaz*. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 62). Mas, tal visão de processo já fora superada há muito, desde a Revolução Francesa. De notar que Portugal, já no período da Idade Média, afastou-se das legislações de outros países calcadas na imobilidade do magistrado, fundamentalmente em aspectos nucleares da função de julgar, tais como o dever de fundamentação da decisão e recorribilidade desta. Ou seja, diante deste panorama, permite-se extrair já um aumento dos poderes do juiz na Idade Média, com maiores funções e, fulcralmente, sendo responsabilizado pelos seus atos (refutando-se o nepotismo e arbítrio judicial) (STOLLEIS, Michael. O perfil do juiz na tradição europeia. In: SILVA, Paula Costa e. & HOMEM, António Pedro Barbas (coord.). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 25).

<sup>10</sup>Princípio da passividade do juiz (ROSENBERG, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, 1929, p. 175 apud GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Barcelona: Bosh, 1943, p. 57, nota de rodapé n.º 1).

<sup>11</sup>Diga-se, o que propormos não é uma novidade. Isto porque, há muito, o insígne processualista português, Alberto dos Reis, com brilhantismo, em 1907, afirmava que o juiz impassivo ia perdendo terreno dia a dia para um juiz forte e activo. Não sendo o processo simples interesse das partes, continua o autor, o juiz deve intervir. Contudo, utilizava-se da seguinte metáfora para ilustrar a imagem do juiz no processo: “alguém há-de estar no leme da nau; as alavancas do comando não-de ser confiadas a algum dos sujeitos da relação processual; por todos os motivos, e, sobretudo porque a ação provoca o exercício duma função pública, o órgão dirigente não pode deixar de ser o juiz, como representante do Estado”. Em posição contrária, Carneiro defendia uma posição passiva do juiz, principalmente porque a justiça não era procuradora das partes (MENDONÇA, Luís Correia de. *Direito processual civil: as origens em José Alberto dos Reis*. Lisboa: Quid Juris, 2002, p. 123).

<sup>12</sup>Mesquita, com base no princípio da gestão processual trazido pelo legislador português no art. 6.º do CPC/PT de 2013, entende que o juiz deve ser o gestor do processo, assim, caberá ao juiz a direção do processo num ambiente de diálogo e cooperação com as partes, isto porque, em razão de a realidade dos fatos não aperecer

Uma vez que, em sendo o fim do processo civil<sup>13</sup> (não o seu único<sup>14</sup>) o proferimento de uma decisão justa<sup>15</sup>, valendo-se das doutrinas de TARUFFO<sup>16</sup> e CAVALLONE<sup>17</sup>, torna-se imperioso um modelo direcionado ao acertamento dos fatos<sup>18</sup>, pelo que a verdade aparece como condição necessária à justeza da decisão.

---

(muitas das vezes) com clareza nos articulados, aproximando-se o juiz das partes, invariavelmente ficará mais próximo da realidade e, com isso, de alcançar a justa composição do litígio (MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. Princípio da gestão processual: O “Santo Graal” do Novo Processo Civil?. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, a. 145, n. 3995. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 106).

<sup>13</sup>Díaz Clemente nos ensina que, se o fim do processo civil é proferir uma decisão justa, não se pode frustrar o adequado e funcional serviço funcional da justiça. “*Non se pode considerar uma sentença justa constitucionalmente se seu pronunciamento chega lastreado de carências de suportes fáticos, descontentando-se das circunstâncias reais da causa*”. Ainda, aduz que a justiça persegue um fim social, a qual é a “*manutenção e reestruturação da paz comum através da justa decisão dos conflitos, segundo mandamento constitucional*”. A preeminência da realidade é pressuposto para essa justa decisão, ou seja, o esclarecimento dos fatos é essencial (apud BERIZONCE, Roberto Omar. *Fin social del proceso y la importancia de los hechos* apud MORELLO, 2003, p. 57).

<sup>14</sup>Compartilhamos do mesmo entendimento de Larenz, segundo o qual o achamento da verdade é um importante fim do processo civil, no entanto, não é o seu fim único (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbeinkian, 2014, p. 433). Conquanto não seja a verdade um fim único do processo, tal se importa com o seu descobrimento, devido ao fato do cariz social subjacente ao processo é dizer, trazer reestabelecimento da paz social com a aplicação correta do direito objetivo. Para tanto, apoiamo-nos na doutrina da *concepção social do processo* de Franz Klein, a qual para que o juiz possa tornar o processo eficaz tanto o quanto possível, há-de ser-lhe dado poderes de modo a – como órgão do Estado – servir ao Direito, o Bem Comum e a Paz Social. Ainda de acordo com o autor austríaco, o juiz deveria agir como *médico social*, pois não decide sobre direitos e deveres atuais das partes, mas intervém para o futuro das relações das partes (JAUERING, Othamar. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 38).

<sup>15</sup>Larenz (op. cit., p. 120) atribui a Stammeler a criação da doutrina do direito justo. Comoglio defende a mesma ideia direito justo, no qual a jurisdição atua mediante um processo justo e equânime, garantindo diversos corolários constitucionais (direitos fundamentais dos sujeitos processuais), cfr. mandamento constitucional contido no art. 111.º, §1.º e 2.º da CF/IT. Pelo que, ainda segundo o pensamento do autor, mostra-se necessário um terceiro independente e imparcial, a quem corresponde o exercício de poderes-deveres, como sendo um *diligente diretor* do processo, a fim de salvaguardar o acesso à verdade na verificação dos fatos contorvertidos para garantir a eficácia e eficiência da decisão judicial (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garantías mínimas del proceso justo civil en los ordenamientos hispano-latinoamericanos*. *Revista iberoamericana de derecho procesal*, n. 2, Buenos Aires, 2002, p. 229).

<sup>16</sup>Para maiores referências sobre o assunto, cf. TARUFFO, Michele. *Simplymente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. Suscitamente – até porque no decorrer do estudo esmiuçaremos o modelo epistemológico defendido pelo autor – o modelo epistemológico é aquele direcionado à descoberta da verdade, sendo, assim, necessário que tal modelo proporcione instrumentos ou ferramentas para que o juiz possa conhecer a realidade dos fatos e, conseqüentemente, chegar a uma decisão materialmente justa. Revela-se, portanto, ao juiz a função epistemológica fundamental de determinação da verdade, pois não se pode impor às partes um dever de colaborar ativamente na determinação da verdade dos fatos.

<sup>17</sup>Cavallone apresenta diversos tipos de modelo de processo, sendo o *gnosiológico* aquele que aumenta os poderes do juiz a fim de acertamento dos fatos da causa e, conseqüentemente, encontrar a verdade (CAVALLONE, Bruno. *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1991, p. 53).

<sup>18</sup>Na mesma linha de raciocínio e em consonância com o defendido por esta tese, Picó I Junoy afirma que: “*O Estado de direito democrático, que tienes la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico, el Estado debe poner al servicio de quines lo dirigen los medios y poderes necesarios para alcanzarse lo justo proceso, la justicia dela decisión judicial*” (PICO I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch Editor, 2007a, p. 119).

Em outras palavras, impõe-se ao magistrado o dever de proferir uma decisão conforme o direito<sup>19</sup>, ou seja, a decisão judicial deve fundar-se na correta aplicação da lei às circunstâncias do caso concreto, posto que, se a norma jurídica é aplicada faltando esse pressuposto (ter ocorrido o suposto fato), a decisão será defeituosa e juridicamente errônea<sup>20</sup>.

Por conseguinte, de modo que não tenhamos uma *sententia iniqua*<sup>21</sup>, face à sua função de reconciliar e unificar as vontades privadas que estão em conflito e em direções contrárias<sup>22</sup>, afigura-se de grande importância o poder instrutório do juiz<sup>23</sup>, pois, este como *mago da fábula*<sup>24</sup>, não pode decidir com base em relações fictícias, sobre fatos incompletamente apresentados, ainda que completamente apresentados, porém desconfigurados<sup>25</sup>.

Desta forma, ao nosso ver, a *ratio* – ou pelo menos uma delas – da prova oficiosa é a de combater qualquer meio de seleção de fatos favoráveis à defesa, com o fim de que não sejam criados esconderijos da verdade.

---

<sup>19</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris*. Bari: Laterza, 2007b, p. 203; aduz que, uma vez a decisão sendo proferida conforme a norma aplicada ao caso concreto, introduz-se, em suas palavras, “*un requisito de calidad de la decisión*”.

<sup>20</sup>Conclusão chegada por Taruffo (2010, p. 135), na qual o autor diz: “*esto equivale a decir que la determinación de la verdad de los hechos correspondientes al supuesto hecho abstracto de la norma en el caso concreto es una condición necesaria para la correcta aplicación de la norma en el caso concreto: la verdad de la determinación de los hechos es un requisito esencial de la legalidad de la decisión*”.

<sup>21</sup>Ressalta-se que partimos da mesma ideia trazida por Taruffo, qual seja: de ser injusta a sentença na baseada em fatos não condizentes com a realidade. Até porque, segundo pensamento de SÓCRATES (passado aos seus discípulos enquanto esteve preso), devido à suprema razão social vergar-nos-íamos a sentença até se fosse injusta. Em outras palavras, se temo-nos que vergar à sentença, em todas as situações, em nome do bem social, torna-se ainda mais imperiosa, ser esta a mais próxima da realidade possível e, portanto, mais justa possível (op. cit.). Calamandrei completa dizendo que: “*o papel do juiz é de tamanha importância, pois, uma vez mal exercido, pode passar por justa a injustiça*” (CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados*. 8. ed. Rio Grande do Sul: Editora Livraria Clássica, 1935, p. 23).

<sup>22</sup>MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*. Vol. II. 4. ed. Milano: F. Vallardi, 1908, p. 542.

<sup>23</sup>Jauering (2002, p. 135) atribui a Gönner como sendo o primeiro autor a escrever sobre o princípio do inquisitório, em seu *Handerech des deutschen gemeinen Prozesses* de 1801.

<sup>24</sup>Calamandrei relaciona a figura do juiz com a do mago a fim de demonstrar a dificultosa missão de o juiz proferir uma decisão. Em suas próprias palavras: “*o juiz possui – como o mago – o poder sobre-humano de fazer no mundo do direito as mais monstruosas metamorfoses e dar às sombras as aparências de eternas verdades*” (op. cit., p. 28).

<sup>25</sup>Nesse sentido, Albert Tissier assevera que não se pode defender e obrigar o juiz a utilizar somente os fatos e provas que as partes lhe submetem, pois, pelo fato de as partes estarem em posições dicotômicas dentro do processo, apresentam versões factuais favoráveis ao seu direito e, muitas vezes, poderão ocultar determinados fatos (apud MENDONÇA, 2002, p. 124, nota de rodapé n.º 303).

Descortina-se, portanto, a ideia de que a prova tem por função a demonstração da verdade<sup>26</sup>, ou seja, demonstrar a realidade das alegações de fato<sup>27</sup> e, por consequência, caberá ao juiz (no momento da decisão) estabelecer a relação entre fato e prova, em razão desta se tratar de elemento necessário de inferência que determina a confirmação dos enunciados fáticos para que se alcance justa composição do litígio<sup>28</sup>.

Pois bem, à vista da nota introdutória afigura-se-nos necessário relacionarmos o primeiro grande tema deste trabalho (princípio do inquisitório) com o segundo grande tema, qual seja, negócios jurídicos processuais atípicos.

Nesta senda, verificada, pois, uma estrutura de interdependência entre o modelo de processo, sentença materialmente justa, verdade e prova, distamos em condições de apresentar a problematidade fulcral do nosso trabalho.

Em razão da técnica utilizada pelo legislador brasileiro, isto é, de regular seus artigos por meio de conceitos indeterminados e cláusulas gerais<sup>29</sup>, surgiu a necessidade de realizarmos o presente estudo, o que, cfr. alerta CAPELO<sup>30</sup>, exigirá grandes esforços na

---

<sup>26</sup>Comoglio também enxerga este fim para a prova e vai além: “*dall'altro, il già menzionato diritto alla prova, che si pone quale corollario essenziale dei diritti primari e di difesa, comportando per i litiganti il diritto-potere, alquanto complesso ed articolato, di agire o di difendersi la deduzione e l'assunzione dei mezzi di prova ammessi dall'ordinamento, o comunque idonei a dimostrare in giudizio la verità (o la falsità) delle allegazioni dei fatti da ciascuno posti a fondamento delle rispettive pretese*”, ou seja, uma das garantias do processo justo e equitativo é o direito de poder de demonstrar a verdade (ou mentira) das alegações deduzidas nas pretensões através da prova (COMOGLIO, Luigi. *Le Prove Civile*. 2. ed. Torino: UTET, 2004). Ressalta-se que, no âmbito do ordenamento jurídico português, não há qualquer dúvida de que a função da prova seja demonstrar a realidade dos fatos, em razão de estar expressamente previsto no art. 341.º do CC/PT: “*as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos*” (PORTUGAL. *Código Civil*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2016). Em sentido contrário, Goldschmidt afirma que o fim da prova é o convencimento do juiz acerca da ocorrência ou não dos fatos, sendo a verdade que se persegue apenas relativa (GOZAÍNE, Osvaldo Alfredo. *Los hechos e la verdad en el proceso por audiencias*. apud MORELLO, 2003, p. 133, nota de rodapé n.º 7).

<sup>27</sup>Em nome da boa técnica, vale ressaltar que não se prova fatos, mas, sim, as alegações de fato contidas nos articulados. Mendes também compartilha desse entendimento, afirmando que: “*o objecto das provas são as afirmações de facto ou alegações de factos, estas é que são verdadeiras ou falsas*” (MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*. Vol. 2. Lisboa: AAFDL, 1995, p. 443). Compartilha do mesmo entendimento, Taruffo quando diz que as provas visam a comprovação dos enunciados fáticos e não dos fatos em si, isso porque em razão de os fatos terem ocorrido no passado, quando são trazidos ao processo vêm na forma de enunciado fático (TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 19).

<sup>28</sup>De forma que o papel ativo do tribunal na recompilação de provas tem base no propósito de se estabelecer a verdade dos fatos em disputa para possibilitar que os tribunais profiram decisões justas (Ibid., p. 113).

<sup>29</sup>Na concepção de Menke, as cláusulas gerais são aquelas normas não acabadas e prontas, mas, sim, uma norma que demanda precisão de seus intérpretes (MENKE, Fabiano. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 50, 2004, pp. 9-35). Desta forma, o aplicador do direito, ao interpretar a norma, interpretará o suposto normativo a fim de aplicar-lhe as consequências jurídicas pertinentes (DIDIER JR., Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. 2010. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br>>. Acesso em: 25 mar. 2018).

<sup>30</sup>CAPELO, José Maria. Principais novidades sobre provas no novo código de processo civil português. In: SILVA, João Calvão da. et al. *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

eleição dos critérios concretizadores e densificadores, em decorrência de o art. 190.º do CPC/BR não ter disciplinado inúmeros aspectos fundamentais dos negócios processuais atípicos<sup>31</sup>.

Destarte, no decorrer deste trabalho, procuraremos construir critérios concretizadores da cláusula geral de negociação atípica, nomeadamente no que toca aos seus pressupostos e limites, de modo a responder as seguintes indagações: qual é o objeto possível do acordo processual? Quem são os sujeitos que se vinculam pelos negócios jurídicos processuais convencionados pelas partes? Quais os critérios e parâmetros devem ser analisados pelo juiz ao avaliar a validade das convenções?<sup>32</sup> Os poderes do juiz poderão ser objeto de negociação?

De entre as diversas preocupações que os negócios jurídicos processuais atípicos suscitam, o recorte deste trabalho localizar-se-á, matricialmente, na possibilidade de as partes limitarem, diretamente ou indiretamente, os poderes instrutórios do juiz.

Mais detidamente, abrir-se-iam, pois, portas para que, *no tabuleiro em que se desenvolve o jogo da prova*<sup>33</sup>, o processo fosse convertido em um jogo de habilidades técnicas no qual a parte mais perspicaz saia vencedora<sup>34</sup>?

Não obstante, para além da dificuldade de o juiz conhecer os fatos como na realidade aconteceram, tendo em vista, de um modo geral, ser a defesa da parte constituída de fatos que se põem em evidência por serem favoráveis e fatos que se deixam na sombra

---

<sup>31</sup>Apesar de considerarmos ser a técnica mais adequada, não podemos excluir o fato de que, assim como destaca Cabral (2018, p. 169), em razão da abertura interpretativa que seu texto ocasiona, abre-se espaço para um eventual desvirtuamento do instituto e, em consequência, a sobreposição de uma parte mais forte sobre a mais débil. E, ainda, forjar um sistema de mais difícil aplicação, enfraquecendo a segurança jurídica.

<sup>32</sup>Ibid., p. 168.

<sup>33</sup>Em uma verdadeira guerra cerrada entre as partes para convencer o juiz de seus direitos; CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. V, Parte I. Padova: CEDAM, 1950b, p. 25.

<sup>34</sup>Assim como alerta Cuello (apud MORELLO, 2003, p. 118): “*el proceso iluminado desde la Constitución Nacional [a fazer referência a CF/ARG], no cosiente retaceos, ni posiciones egoísticas que pretendan convertirlo en un juego de habilidades técnicas*”. Ou seja, defende o autor que o processo não pode ser convertido num jogo de habilidades técnicas, até porque, segundo entedimento da Corte Nacional da Argentina, o processo, especificamente através da prova, tem o fim de assegurar a justiça (p. 122 – Rel. Bazán, Víctor, ED del 5/5/2003). Comoglio (2004, p. 280) chama a atenção para o risco de o negócio jurídico processual não servir de sobreposição de uma parte economicamente mais forte em confronto com a contraparte mais fraca.

por serem contrários à sua tese defensiva<sup>35</sup>, por *mais estranho que possa parecer*, o próprio processo civil impõe limites à comprovação do que realmente aconteceu<sup>36</sup>.

Urge ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro foi ainda mais longe – significa dizer que entregou às partes o poder de imporem limitação ao *coração do processo*<sup>37</sup> através dos negócios jurídicos processuais.

Sendo assim, outras preocupações afloram: há de ser entregue às partes tamanha liberdade ao ponto de fazer com que o juiz fique juridicamente sujeito a colocar como base de julgamento uma situação de fato que ele possa pessoalmente estar convencido que não se verificou desse modo<sup>38</sup>? A vontade das partes deverá se sobrepor à justiça?

A estas e outras perguntas, procuraremos responder ao longo da tese, pois, em razão da hodiernidade das convenções atípicas, preocupamo-nos em traçar linhas demarcatórias claras, a fim de que o art. 190.º do CPC/BR não venha ancilar à belicosidade das partes<sup>39</sup> e/ou obstacularizar à justa composição do litígio<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup>Calamandrei (1935, p. 102), para sinalizar a seleção de fatos que as partes naturalmente realizam, serve-se da seguinte locução: “*a defesa das partes são constituídas de espaços cheios e de vácuos; ainda: a luta entre advogados e a verdade é tão antiga quando a luta entre Diabo e água benta*”. Outro autor italiano, Carnellutti também denotava este fato, chegando a afirmar que as partes podem *inventar hechos falsos*, sendo o remédio contra este perigo o contraditório (CARNELLUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: EJA, 1952, p. 96). No nosso sentir, incluiríamos neste “remédio”, além de um amplo contraditório, o poder de prova oficiosa. Dessa forma, caso alguma parte omita ou falsamente afirme um fato que não ocorreu, o juiz produz (em sendo possível) oficiosamente a prova para descobrir o fato omitido ou falseado. Por óbvio, algumas limitações ao achamento da verdade são necessárias, uma vez que o processo não pode perdurar *ad eternum* ou servir de apoio às partes negligentes, não havendo qualquer tipo de preclusão, por exemplo. Deixamos claro o nosso posicionamento de que é natural o processo impor limites temporais à busca da verdade (dentre outros posteriormente a serem analisados), contudo, não o é, quando permite às partes limitarem a verdade a seu *bel-prazer*, a modularem diretamente o resultado final do processo.

<sup>36</sup>Larenz (2014) faz uso deste termo (“estranho”) para destacar que, por vezes, o próprio processo não se importa com o esclarecimento dos fatos como ocorrido na realidade.

<sup>37</sup>Afirmção essa feita pelo eminente Professor Miguel Mesquita, ao nos ensinar que o juiz moderno precisa estar atento e participativo aos fatos, ao pedido e às provas do processo, ou seja, aquilo que denominou de *coração do processo* (MESQUITA, 2015, p. 106).

<sup>38</sup>Rosenberg (1943, p. 127), sustentando uma tese já abandonada por muitos, com base numa aplicação rígida do princípio do dispositivo, admite hipóteses em que o juiz haverá de considerar fatos como certos mesmo não sendo, é dizer, tratar com verdade sem sê-lo. E isso se dá porque, segundo o jurista, no processo em que só há interesse privado em jogo (acreditamos que o autor se refere aos processos de direito disponível), o Estado não tem qualquer interesse público nessa classe de litígio que justificasse o interesse do Estado aos fatos trazidos pelas partes para o processo (ECHEANDÍA, Hernando Devis. *La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo*. *Revista iberoamericana de derecho procesal*, n. IV, Buenos Aires, 1967, p. 68).

<sup>39</sup>Para Luhmann, o processo civil não serve para apenas resolver conflitos, mas, sim, sua respectiva pacificação, significa dizer: “*o processo visaria entorpecer a belicosidade entre as partes*”. (LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt: Suhrkamp, 1993, p. 133 apud SILVA, Paula Costa. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 105).

<sup>40</sup>Ainda mais que os fantasmas criados pelos apologistas da concepção liberal não nos largam, estão bem vivos, segundo Mesquita (2015, p. 104).



# 1 A RELAÇÃO ENTRE O JUIZ E OS FATOS NO PROCESSO CIVIL

## 1.1 Função que o processo desempenha

De observar, como ressalva AROCA, antes de delinear sobre a finalidade da prova e poderes instrutórios do juiz, que faz-se necessário traçarmos sobre o que a atividade jurisdicional desempenha sua função, como também em quais princípios o ordenamento está assentado<sup>41</sup>. Mais ainda, TARUFFO nos diz que só poderemos responder se o processo destina-se ao descobrimento da verdade a depender da forma em que se concebe sua natureza e função que desempenha<sup>42</sup>.

Pois bem, partamos como orientação para esta tese a premissa de um processo civil contemporâneo inserido numa lógica democrática e não autoritária, dentro de uma *comunione di lavoro*<sup>43</sup>, isto é, o Estado no exercício da atividade jurisdicional efetiva, através da figura do juiz, impondo-lhe o dever de estar em contato direto por meio do diálogo<sup>44</sup> com as partes porque, em regra, estas se encontram apartadas e fechadas nas respectivas posições<sup>45</sup>. Neste novo enquadramento axiológico, o processo cooperativo transforma-se em uma ferramenta para o cidadão alcançar a justa composição do litígio.

---

<sup>41</sup>AROCA, Juan Montero. *La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil*, em palestra realizada no XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 05-07 de set., 2007.

<sup>42</sup>Segundo Taruffo (2005, p. 132), frequentemente, o valor de verdade no contexto jurídico é negado por razões ideológicas, relativas à forma que se concebe o processo.

<sup>43</sup>Expressão utilizada pelo insigne autor italiano Eduardo Grasso, expoente do que conhecemos como *principio da cooperação*, na obra *La Collaborazione nel Processo Civile*. In: *Revista iberoamericana de derecho procesal*, Vol. XXI (II Serie), Padova, 1966, p. 580.

<sup>44</sup>O CPC/PT espelhou-se na reforma de 2002 da ZPO/ALE, que teve como um dos pontos fundamentais eliminar a demora e entraves na tramitação processual através da intensificação dos poderes do juiz. Assim, autoriza o juiz a modificar o procedimento das audiências, bem como no rol instrutivo e diretivo do juiz pode determinar a apresentação de documentos pertencentes às partes, que estão em seu poder ou de terceiros, com a introdução de uma estrutura similar à *discovery* anglo-americana. Em definitivo, pretendeu-se fortalecer o impulso e direção material do processo dando mais protagonismo ao juiz no momento da audiência prévia – cf. SCHLOSSER, Peter. *Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne*. JZ, 1991, p. 559; LANGBEIN, John H. *The German Advantage in Civil Procedure*. University of Chicago Law Review, vol. 52, n. 4, 1985, p. 824 e ss. Para uma descrição geral da reforma de 2002 da ZPO/ALE, cf. LÜKE, G. *Münckener Kommentar/ZPO*. Múnic: Beck, 2003. Espelhou-se, como dissemos, porque na Exposição de Motivos do Código de 2013, o legislador lusitano centrou na audiência prévia o maior campo de comunicação do procedimento, eis que: “há um manifesto investimento na audiência prévia, entendida como meio essencial para operar o princípio da cooperação, contraditório e da oralidade. Isso tudo, face à preocupação que o legislador teve em alcançar a desejada adequação da sentença à realidade extraprocessual”.

<sup>45</sup>SILVA, 2003, p. 110.

Não obstante ainda haver orientações estritamente formais, diga-se, assaz ultrapassadas<sup>46</sup>, *calcadas no caráter disponível do processo por tratar-se de direito privado das partes*, as quais afirmam inexistir interesse público nos processos cujos direitos são disponíveis, à guisa de perquirir, fundamentalmente, a imposição de fortes restrições aos poderes do juiz de modo que este não venha a *sujar as mãos* intrometendo-se *ex officio* na direção material do processo (apuração dos fatos e *aportación* de provas)<sup>47</sup>.

Deparar-nos-emos, ao longo de todo o presente estudo, frente a esta concepção liberal de processo, todavia, neste momento, é oportuno enfrentar o argumento de que o *caráter privado do processo*<sup>48</sup> impede a mobilidade do *juiz diretor processual*<sup>49</sup>.

Parece-nos não ser o melhor caminho pensar que o Estado tem interesse em intrometer-se na relação privada<sup>50</sup> como se objetivasse o triunfo de *A* ou *B*. Até porque, a

---

<sup>46</sup>Porque, nos meados da década de 60, Echeandía (1967, p. 20) escreveu que “*hace cincuenta años que la doctrina universal archivó esa concepción privatista y la substituyó por la publicista que ve en el proceso civil lo ejercicio de la jurisdicción del Estado, de tanta importancia y de tan público interés com en el proceso penal, e igualmente señala un fin de interés público o general: la correcta aplicación de la Ley material y la administración de la justicia para la para la paz y la tranquilidad social*”.

<sup>47</sup>Metáfora adotada pelo autor espanhol, defensor dum processo liberal, para destacar que o juiz ao se intrometer no processo cuja vontade das partes impera, principalmente no campo probatório, acaba por perder sua imparcialidade (incapacidade psicológica entre a função de julgar e ao mesmo tempo produzir prova). O autor defende que o magistrado apenas tenha a direção formal do processo (procedimental), não tendo jamais a direção material (apuramento dos fatos e produção probatória) (AROCA, Juan Montero. El proceso llamado social como instrumento de justicia autoritaria. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006, p. 141). Em nosso entender, esta não é a melhor interpretação, pelo menos nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, posto que, em ambos, os legisladores previram a cooperação em matéria probatória, recaindo sobre os intervenientes no processo, destinando-se a apurar a verdade sobre a matéria de facto e, a partir das conclusões retiradas em sede factual, aplicar as regras do direito objetivo mais adequadas ao caso concreto. Tal cooperação, no âmbito do direito português, pode ser encontrada no art. 417.º e nos números 2 e 3 do art. 7.º. O legislador processual, no art. 7.º, prescreve uma cooperação a cargo das partes. O art. 417.º alarga o âmbito subjetivo da cooperação material, já que estende o dever para todas as pessoas (FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013b, p. 186). Já no CPC/BR, o princípio da cooperação processual encontra-se no capítulo I “*das normas fundamentais do processo civil*”, no art. 6.º, que dispõe: “*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*” (BRASIL, 2015).

<sup>48</sup>Guasp (1943, p. 62) diz que pouco a pouco vai-se debilitando o princípio individual, desenvolvendo o princípio social, fazendo com que a intervenção do Estado na luta privada assumam um caráter funcional. Mais, a partir do momento em que o litígio é levado à esfera da justiça, passa a existir o interesse público na boa resolução da causa, isto é, na boa e justa resolução do litígio.

<sup>49</sup>O magistrado a exercer o dever de gestão processual, nas palavras de Guasp, deverá ser o *verdadero director del proceso* (Ibid., p. 61).

<sup>50</sup>De forma aproximativa ao nosso entendimento, Radbruch elucida que: “*así como en todos los dempas órdenes de la vida civil, a la idea del exclusivo auxilio propio privado ha ido substituyendo la idea social de la asistencia estatal, así también en el procedimiento civil, la máxima general de la mera actividad privada de las partes, ha tenido que restringirse y hacer sitio a una protección de éstas por la actividad oficial del juez*” (RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. In: *Biblioteca de la Revista de Derecho Privado*, serie C, vol. II, Madrid, 1930, p. 188).

título exemplificativo, afirma GUASP, nem mesmo no processo penal<sup>51</sup> o Estado tem interesse que um réu seja culpado, mas, tão somente que a decisão judicial chegue o mais próximo possível da verdade dos fatos (justa composição do litígio), ou seja, preocupando-se com a aplicação efetiva da norma<sup>52</sup> ao caso concreto (aplicação correta do direito objetivo), quer dizer, como pontua MOREIRA, o interesse é que a vitória “*sorria ao litigante que mereça*”<sup>53</sup>.

Dito de outro modo: em sendo o Estado o único titular da função jurisdicional<sup>54</sup>, diz-nos o douto Tribunal da Relação de Évora: “*se serve do processo para garantir a efetividade desta função*”<sup>55</sup>, isto é, o compromisso público – extra partes – interessa à comunidade em geral que, entre sua base de sustentação e legitimidade, encontra o compromisso de organizar a justiça na qual os cidadãos resolvem seus litígios<sup>56</sup>.

Observável, pois, independentemente do objeto do processo (disponível ou indisponível), ser evidente no processo cooperativo<sup>57</sup> o interesse público em reestabelecer o

---

<sup>51</sup>Consabidamente muitos autores utilizam o direito penal como exemplo para afirmar que, neste campo do direito, o qual tem-se um maior impacto na vida dos jurisdicionados, isto é, em razão da possibilidade de privação do direito à liberdade do cidadão, justifica-se o interesse público neste ramo do ordenamento. O que, pelo contrário, não se justifica no direito processual civil. Para um maior aprofundamento doutrinário sobre a diferença entre direito processual penal e civil, cf. GUASP, 1943, p. 58.

<sup>52</sup>Ibid., pág. 58.

<sup>53</sup>E, para a vitória do litigante, faz-se necessário o proferimento de decisório constitucionalmente justo, o qual não se chega com uma sentença carregada de carências de sustentação fática em desconexão com as circunstâncias reais da causa. Por esta razão o magistrado não pode ser impassivo e/ou “*indiferente a este desfecho da litis, porque sua neutralidade não o impede de querer que sua sentença seja justa*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breves reflexões sobre a iniciativa judicial em matéria de prova*. Temas de Direito Processual, vol. III. São Paulo: Saraiva, 1984).

<sup>54</sup>PICÓ I JUNOY, 2007a, p. 105.

<sup>55</sup>Em caso julgado pelo Rel. Silva Rato, reconheceu-se que a interpretação da lei processual deve ser efetuada dentro de um quadro que tenha por princípio estruturante o direito constitucionalmente protegido, nomeadamente, o acesso à tutela jurisdicional, que se consubstancia, entre o mais, no direito de acesso aos Tribunais para fazer valer os direitos legalmente protegidos (artigo 20.º da Constituição: *acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva*). E, por isso, na opinião do magistrado: “*para que esse direito constitucionalmente reconhecido, só será levado a bom porto, se todos colaborarem com o fito de, relativamente a um determinado caso em concreto, tentarem obter a melhor solução que sirva o interesse da Justiça*” (PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. *Proc. n.º 623/14.0TBBA-A.EI*. 21 de Janeiro de 2016).

<sup>56</sup>OTEIZA, Eduardo. *El Principio de la Colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O Probare o Soccombere ¿Es Posible plantear un dilema absoluto?* MORELLO, 2003, p. 82.

<sup>57</sup>Rego considera que o princípio da cooperação veio restringir a passividade do juiz (REGO, Carlos Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 266).

equilíbrio que se encontra ameaçado<sup>58</sup> concernente ao resultado justo e legal do processo<sup>59</sup>, sendo, portanto, dever de o Estado dotar o juiz de poderes para se chegar a verdade dos fatos de modo a aplicar de maneira correta o direito objetivo e, por conseguinte, obter-se a justa composição do litígio que sirva o interesse da Justiça<sup>60</sup>.

Afinal, se se conceber um processo com uma atividade livre entre os indivíduos privados, ter-se-á como consequência óbvia a exclusão de qualquer papael efetivo do tribunal na aporção de provas, logo distanciando-se o processo da aproximação da verdade dos fatos<sup>61</sup>.

Por assim, do interesse público no resultado do processo, de acordo com a proposição de DEI VECHI<sup>62</sup> e TARUFFO, podemos compreender como fins do processo: (i) um método de resolução de conflitos dirigido a pôr um término na demanda; (ii) como método para aplicar a lei, pôr em prática o direito e garantir efetivamente os direitos individuais e coletivos<sup>63</sup>.

Importa, a este ensejo, precisar uma nota quanto ao fim do processo como sendo a solução do litígio.

---

<sup>58</sup>Luhmann entende que, apesar de o direito ter nascido com intuito de resolver conflitos, o processo não é meramente uma solução de conflito, mas a respectiva pacificação social. *Autopoiesis* do direito como sistema tem o processo como meio de legitimação do resultado final, que visa, através de uma espécie de segregação social, afastar os sujeitos conflituosos e absorver os ruídos (perturbações ou irritações), pois, o direito sendo uma estrutura do sistema social, é dizer, constitui parte da sociedade, deve reduzir uma parcela da complexidade desestruturada da sociedade (LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990, pp. 47).

<sup>59</sup>Consoante o entendimento de Commaille, a Justiça não mais se destina apenas a dizer o direito, dirimindo os litígios. Interessa, sim, que esse direito seja realizado concretamente (diante das garantias fundamentais) e que as partes satisfaçam os interesses que a fizeram submeter seu conflito ao Tribunal (justa decisão) (apud RIALS, Stéphane & ALLAND, Denis. *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris: Presses Universitaires de France - P.U.F., 2003, p. 583).

<sup>60</sup>Interesse este, senão outro, por meio do exercício da atividade jurisdicional efetiva, ter-se um processo civil direcionado a alcançar à justa composição do litígio. Para Sousa, através do dever de cooperação o tribunal prossegue uma finalidade estabelecida por lei, qual seja, alcançar a justa composição do litígio, ao abrigo do mandamento disposto no art. 7.º, n.º 1 do CPC/PT; (SOUSA, Miguel Teixeira. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?* 2015. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 06 nov. 2018).

<sup>61</sup>Visto que decidirá unicamente com base na provas oferecidas pelas partes. E, segundo Taruffo (2005, pp. 111-112), essa ideia de processo perdeu força por diversos motivos, dentre os quais: “o surgimento do processo civil como mecanismo público para a proteção de direitos e do papel do juiz como *lona manus* para a protecção destes; *tedência à busca da verdade*”.

<sup>62</sup>DEI VECHI, Diego. La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer & VÁZQUEZ, Carmen (coord.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 237.

<sup>63</sup>TARUFFO, 2010.

De entre os autores que defendem ter o processo como fim prioritário a resolução do conflito<sup>64</sup>, têm-se fulcralmente a ideia do processo como sendo uma forma ordenada<sup>65</sup> a pôr fim na demanda, devendo ser estruturado de modo a integrar todos os atos fundamentais até a prolação do decisório final<sup>66</sup>.

Mais detidamente, para BIELEFELD e OSCAR CHASE<sup>67</sup>, por meio do respeito ao princípio do devido processo legal<sup>68</sup>, chega-se à legitimação do resultado que este procedimento produz, é dizer, a decisão judicial se legitima – é aceita pelos jurisdicionados –, quando é oriunda de um procedimento qualificado como justo pela comunidade<sup>69</sup>.

Põe-se, conseqüentemente, demasiada ênfase na justiça do procedimento como única condição para *pacificación social* (pôr fim na demanda)<sup>70</sup>, sem se preocupar com a qualidade da decisão (justiça substancial)<sup>71</sup>.

---

<sup>64</sup>Silva (2003, p. 103), apoiando-se da doutrina de Goldschmidt, afirma que o fim do processo é a resolução do caso concreto. Apesar disto, diz que há fins secundários no processo, como sendo a pacificação social, a segurança e a preservação do direito objetivo.

<sup>65</sup>Luhmann & Rabelais também prescindiam dessa formulação, isto é, a aceitação social de um processo e, conseqüentemente, de seus resultados, depende essencialmente das formas e dos ritos do procedimento que o processo está inserido; in Taruffo (2010, p. 123).

<sup>66</sup>SILVA, op. cit., p. 113.

<sup>67</sup>Essa é uma visão em que se propõe a análise do processo judicial, nomeadamente, os aspectos do procedimento (ritos) do processo judicial dentro de uma compreensão cultural. O autor norte-americano parte de uma noção, como fundamento de seu estudo, sob a seguinte perspectiva: se o rito for capaz de satisfazer as exigências da cultura social daquela comunidade, conseqüentemente o processo cumpre efetivamente com a sua função, logo, fazer com que a sociedade considere que a controvérsia fora dirimida de forma adequada e, portanto, que se fez justiça. Justiça, segundo o autor, “*porque a cultura da sociedade influiu na construção e organização do processo*”. Por isso que o autor afirma que a satisfação com um processo é melhorada se for percebida como justa, independentemente de o indivíduo ganhar ou perder; CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. New York: New York University Press, 2005, pp. 15 e 47.

<sup>68</sup>De observar que, em uma primeira interpretação do princípio do devido processo legal, consoante ensinamento de Canotilho, o *due process of law* pode se resumir como processo devido a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade (CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 489). Para nós, esta vertente interpretativa do dito princípio está arraigada num fundamento procedimental, no respeito às garantias fundamentais, tais como paridade de armas entre as partes, imparcialidade do magistrado legalidade, dentre outros.

<sup>69</sup>Como explica Taruffo (op. cit., p. 117), o sociólogo Bielefeld escreve, que a forma em que o procedimento – de qualquer classe, pois, então, o procedimento judicial também determina a legitimação do resultado que produz. Por assim, a decisão judicial não se legitima em razão de seu conteúdo e de sua qualidade, carentes de relevância, mas, sim, em razão da aceitação por parte dos sujeitos interessados, assim como por parte do ambiente social circunstante, das modalidades procedimentais com as que tenham sido obtidas, especialmente se há existido participação destes.

<sup>70</sup>Cf. ZACCARIA, G. *La comprensione del diritto*. Roma: Laterza, 2012, p. 1.116.

<sup>71</sup>Em tom crítico aos sistemas jurídicos que seguem essa tendência de somente levar em conta por um término na lide, independentemente de as decisões serem *buenas o malas*, Taruffo (2010, p. 124) afirma: “*si lo que cuenta es solamente la solución de facto de la controversia, entonces la posibilidad de que la decisión sea resulta por completo irrelevante*”.

Para nós, no entanto, não é a melhor formulação, porque, consoante ressalva CORDEIRO<sup>72</sup>, não basta apenas que o *iter* seja estabelecido por lei<sup>73</sup> para que o resultado final seja legitimado, dado que a aceitação social das regras procedimentais e a qualidade das decisões que este produz são coisas diferentes e, assim, não necessariamente coincidentes<sup>74</sup>. Trocando em miúdos: é possível resolver a lide por uma decisão radicalmente injusta<sup>75</sup>.

E aqui exsurge o primeiro contato com a essência problematizante do presente estudo, qual seja: os negócios processuais probatórios servirem como entrave à Justiça. Exemplifiquemos: as partes, ao celebrarem um contrato de arrendamento estipulam que, uma vez surgindo um conflito em razão deste contrato, somente poderão ser produzidas aquelas provas determinadas nos articulados. Entretanto, de certas diligências probatórias – audição de uma testemunha, por exemplo – acaba por revelar um fato instrumental significativo o para a resolução da demanda<sup>76</sup>. Indagamo-nos: a parte e/ou o juiz não poderão manejar esta prova que se tornou essencial ao deslinde da demanda? À vista da justiça do procedimento, a decisão que julgasse a favor daquele que não carece de prova seria correta, mas, se se pensa num processo preocupado com a qualidade da decisão e entrega de uma tutela jurisdicional efetiva – diga-se, não apenas em pôr fim na demanda –, esta decisão seria justa? Pensamos que não. Pois, o fim do processo não é somente uma questão de pacificar as relações jurídicas

---

<sup>72</sup>CORDEIRO, António Menezes de. *Da Alteração das Circunstâncias: a concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*. Lisboa: AAFDL, 1987, p. 81.

<sup>73</sup>Um ex. pode aclarar mais a flexibilização do rito a ser seguido no processo, de modo a demonstrar que o rito em si não traz uma garantia duma decisão justa e, sim, as garantias pelas quais este rito está assentado. O referido exemplo está disposto no art. 191.º, quando o legislador brasileiro trouxe a previsão de um negócio processual típico muito próximo ao *contrat de procédure* do sistema jurídico francês, quer dizer, o supracitado negócio processual fora denominado como o fenómeno da *calendarização do processo*, consistente num acordo entre as partes e o juiz, cujo objeto é estabelecer todos os prazos a serem cumpridos pelas partes no decorrer do processo, como por exemplo. Em suma, o que queremos deixar demarcado é que a rigidez das regras processuais como algo a trazer segurança jurídica já não é mais tão inflexível aos ordenamento jurídico hodiernos, posto que busca-se a adaptação do procedimento às especificidades da causa, no entanto, ao nosso ver, há um ponto em qualquer rito que há-de ser inflexível: as garantias fundamentais do processo; CADIET, Loïc. *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*. Petites affiches, 5 de maio de 2000.

<sup>74</sup>TARUFFO, 2010, p. 125.

<sup>75</sup>Ainda que um determinado meio social aceite decisões erradas ou injustas em virtude dos aspectos do procedimento que as produz, isso não significa apagar o fato de que estas decisões sejam errôneas ou injustas do ponto de vista que atende ao seu conteúdo específico e à sua qualidade (Ibid., p. 123).

<sup>76</sup>Mesquita, em excelente escrito, chama atenção para “a ligação que o legislador português fez com atual código, isto é, a conexão entre produção de prova e o aparecimento de factos no processo, visto que diversos factos relevantes para o julgamento surgem na fase de instrução” (MESQUITA, Luis Miguel Andrade de. A «morte» do princípio do dispositivo? In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 4007, 2017, Nov-Dez, pp. 86-119, p. 91).

objetivas desgastadas através de um procedimento legitimado, é também, a partir deste procedimento, pôr fim a *litis* com proferimento de uma decisão justa<sup>77</sup>.

Ora, isto porque há uma *seconda interpretazione* do princípio do devido processo legal<sup>78</sup>: esta cláusula constitucional concretizar-se-á, *para além de assegurar a efetividade das garantias fundamentais das partes no procedimento*, somente quando o processo estiver orientado à obtenção de decisões justas de maneira a cumprir com o dever constitucional de justiça (prestação jurisdicional efetiva)<sup>79</sup>.

Por assim, sufragamos da construção de justeza da decisão elaborada por DEIVENCHI, na qual tem como condição inequívoca para o cumprimento deste fim da jurisdição “a correta aplicação do efeito jurídico da norma no caso concreto que é objeto da lide”<sup>80</sup>. E, esta condição inequívoca<sup>81</sup>, dar-se-á, cfr. TARUFFO, apenas quando o conteúdo decisório esteja fundado “em uma determinação verdadeira dos fatos do caso concreto”<sup>82</sup>.

A *alma mater* do processo contemporâneo para nós, portanto, subjacente do interesse público em alcançar uma tutela jurisdicional efetiva, é estar direcionado e estruturado em base *epistémica*<sup>83</sup> a minimizar ou anular qualquer impedimento à justa composição do litígio<sup>84</sup>.

## 1.2 Necessária determinação da verdade dos fatos para uma decisão justa<sup>85</sup>

---

<sup>77</sup>Cf. DI DONATO, Flora & SCAMARDELLA, Francesca. *Una aproximación epistemológica-contextual al conocimiento de los hechos en el proceso. El modelo de Michele Taruffo, entre perspectivas analíticas y aperturas interdisciplinarias*. In: BELTRÁN & VÁZQUEZ, 2016, p. 302.

<sup>78</sup>Dentro dessa ideologia, de acordo com a qual o processo deve tender a concluir com decisões justas; (WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. San Sebastián: Universidad del País Vasco, 1989; e TARUFFO, 2010, p. 176).

<sup>79</sup>Neste sentido, cf.: MONTELEONE, Girolamo. *Manuale di diritto processuale civile*. Vol. 1. 4. ed. Padova: CEDAM, 2007, p. 523; COMOGLIO, 2004.

<sup>80</sup>A lembrar que, mais acima, quando escrevemos sobre a função que o processo ocupa hodiernamente, referimo-nos que um dos fins perseguidos pelo processo era exatamente este: (ii) *como método para aplicar a lei, pôr em prática o direito e garantir efetivamente os direitos individuais e coletivos*.

<sup>81</sup>Correta aplicação do direito objetivo ao caso concreto.

<sup>82</sup>TARUFFO, Michele. *La prova nel processo civile*. Milano: Dott. A Giuffrè – Editore, 2012, p. 416.

<sup>83</sup>Significa dizer, “o procedimento estar estruturado a minimizar ou anular a tendência que as partes têm de distorcer a verdade” (Ibid., 2010, p. 125).

<sup>84</sup>Com o brilhantismo que lhe é comum, o Professor Mesquita (2017, p. 114) afirma que “o interesse público em alcançar a verdade, é condição primeira para se conseguir a justa composição do litígio”.

<sup>85</sup>Ou na expressão utilizada por Gouveia, necessária correspondência da realidade extraprocessual com a realidade intra-processual (GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa - em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. In: *Julgar*, n.º 1, Lisboa, Janeiro-Abril de 2007, p. 59).

Existente, como atrás dissemos, interesse público no desfecho do processo, notadamente em virtude da finalidade da prestação da tutela jurisdicional de maneira eficiente, fazendo das palavras de HAACK<sup>86</sup> as nossas, há de haver a correta aplicação da lei ao suposto fato concreto que, para tanto, é necessário “*algo assim como uma verdade fática*”<sup>87</sup>.

Interrogamo-nos, pois, na senda da autora: “*¿por qué, exactamente, la verdad fática importa al derecho?*”<sup>88</sup> Porque, se assim não fosse, abrir-se-ia espaço para a injustiça substancial<sup>89</sup>.

Explica-se: em princípio, cada norma jurídica prevê as consequências jurídicas que serão aplicadas em concreto, se houver sucedido um fato que corresponda ao *tipo* de fato previsto nesta norma<sup>90</sup>, *i. e.*, se a norma *X* identifica o suposto fato *Y* como premissa necessária para produção de determinados efeitos jurídicos, o fato individual *y* que corresponde ao suposto fato *Y* descrito na norma, deverá, necessariamente, ter se sucedido para ser subsumido à norma *X*, para que esta seja aplicada a resolver o litígio<sup>91</sup>.

Esta operação judicial de qualificação dos fatos para se chegar à justa resolução do conflito, na acepção de ABELLÁN, se dá através de um *silogismo práctico*<sup>92</sup>, significa dizer, o

---

<sup>86</sup>A processualista defende que a justiça substancial é unicamente possível se, primeiro houver o descobrimento da verdade fática trazida pelas partes ao juiz, ou seja, só haverá justiça substancial com o acerto dos fatos (HAACK, Susan. *La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo*. In: BELTRÁN & VÁZQUEZ, 2016, p. 326). Neste primeiro momento, ressaltaremos apenas importância da realidade fática para haver uma decisão materialmente justa (porque aplica a lei corretamente), para, somente mais à frente, a relacionar com o modelo de argumentação da decisão judicial.

<sup>87</sup>Entendimento este expressado pela *U. S. Supreme Court*, no caso *United States x Tehan ex rel. Shott*, 382 U.S. 406,416 (1966), que determinara como “*objetivo básico de qualquer julgamento a determinação da verdade*” (Haack, *ibid.*, p. 325). Em parecida conclusão ditada pela Suprema Corte norte-americana, o TSE/BR, aquando de um importantíssimo julgamento para o cenário político do Brasil, na Ação de Investigação Judicial Eleitoral (Aije n.º 194358) proposta pelo partido político PSDB face à chapa Dilma-Temer, no qual fora pedido a cassação da dita chapa sob o fundamento de abuso de poder político e econômico na campanha presidencial de 2014, o Min. Luiz Fux, na época então vice-presidente do TSE/BR, afirmou: “*a lei quer que a sentença e nosso acordo sejam o máximo possível coincidente com a realidade. Então a jurisdição não pode viver apartada da realidade fática e no nosso caso, da realidade política*”.

<sup>88</sup>Haack (2016, p. 312).

<sup>89</sup>Isto é: “*incluso si las normas son justas, e incluso si la administración de esas normas es justa, si alguien es declarado culpable de um delito que no cometió, o encontrado responsable de um daño que causó, se há cometido una injusticia substantiva*” (*Ibid.*, p. 312).

<sup>90</sup>TARUFFO (2010, p. 134), em suas palavras: *puede decir que en principio cada norma prevé que las consecuencias jurídicas que ella dispone se produzcan si em el caso concreto há ocurrido um hecho que corresponde al tipo de hecho previsto em el antecedente de la misma norma. Si H entonces CJ: si um hecho del tipo H há ocurrido, entonces la norma se aplica y produce em caso particular las consecuencias jurídicas previstas em el caso particular*.

<sup>91</sup>Dei Vecchi (2016, p. 277).

<sup>92</sup>A autora espanhola afirma que o silogismo práctico na seleção dos fatos para formar a fundamentação adotada pelo magistrado em sua decisão parte de uma premissa maior (a norma jurídica aplicável) e uma premissa menor, e conclui com uma norma jurídica singular (a resolução da demanda). Sendo a premissa menor resultado



magistrado qualifica os fatos trazidos ao processo e objeto de prova, estabelece que um suposto fato concreto (alegação de violação à imagem, por exemplo) constitui um caso particular do suposto fato abstrato de uma norma jurídica (art. 187.º do CC/BR<sup>93</sup>), devendo-lhe ser aplicada consequência jurídica disposta na norma (art. 944.º do CC/BR ou 562.º do CC/PT)<sup>94</sup>.

E, em sendo assim, escrevem BELTRÁN<sup>95</sup> e TARUFFO<sup>96</sup>, como condição necessária para que o juiz “*aplique las consecuencias jurídicas previstas en la norma*” (suposto facto definido), tem-se por necessário estar fundada em uma determinação verdadeira dos fatos do caso concreto<sup>97</sup>.

---

de uma operação judicial mediante a qual se qualificam os fatos, no sentido de determinar que constituem um caso concreto do suposto fato abstrato em que se vai subsumir; e essa operação de qualificação jurídica dos fatos tem natureza normativa (aplicar a norma). Ou seja, cinge-se o problema da decisão judicial na qualificação dos fatos, pelo que, ao final, a fixação da premissa fática exige ao magistrado conhecer quais fatos ocorreram na realidade, os quais deram origem ao conflito (ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 45-47).

<sup>93</sup>Art. 186.º do CC/BR: “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*” e inciso X do art. 5.º da CF/BR protege a imagem de qualquer cidadão, a saber: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

<sup>94</sup>Com base nos artigos mencionados, o agente lesante que violou a imagem de outrem, causando-lhe um dano patrimonial ou não patrimonial, é chamado a responder pela responsabilidade civil a reparar ou compensar a vítima desta lesão. A título de conhecimento, o art. 944.º do CC/BR dispõe que: “*a indenização mede-se pela extensão do dano*” (BRASIL, 2002) e o art. 562.º do CC/PT determina que: *quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação*” (PORTUGAL, 2016).

<sup>95</sup>Segundo o autor, é imprescindível que se estabeleça no processo a verdade dos fatos descritos nos articulados, para que “*aplique las consecuencias jurídicas previstas en las normas si*”, em razão de o sistema jurídico ser regido pelo princípio da legalidade. Pelo que, se uma das funções principais do direito é a regulação da conduta dos cidadãos (se não a principal), tal só será satisfeita se se aplicar corretamente as consequências jurídicas previstas nas normas, logo se houver ocorrido efetivamente no mundo exterior (extra-processual) os fatos condicionantes dessas condições (BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 72).

<sup>96</sup>Inteira razão assiste Taruffo (2010, p. 133) quando aduz ser uma *obviada* ter como condição necessária para a correta aplicação do efeito jurídico da norma ao suposto fato definido nesta que a decisão esteja fundada em uma determinação verdadeira dos fatos do caso concreto, eis que: “*evidentemente um sujeito é efetivamente titular de um direito só se são verdadeiros os fatos os quais dependem em concreto da existência desse direito*”.

<sup>97</sup>Neste sentido, Caracciolo diz ser somente possível aplicar uma norma geral a um fato se este houver ocorrido realmente e, portanto, se a premissa fática que o descreve é verdadeira (CARACCILO, Ricardo Alberto. *El sistema jurídico: problemas actuales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 43). Lent parte da premissa de que, quando o Estado impõe aos cidadãos (diga-se, ressaltamos as hipóteses em que não há qualquer obrigação de submeter o litígio ao poder judiciário, e. g., nos casos de arbitragem ou nas câmaras privadas, no direito brasileiro) submeterem seus litígios ao judiciário, ao mesmo tempo que empenha a “*sua autoridade no sentido de uma correta solução conforme à realidade dos fatos*” (LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. 9. ed. Napoli: Morano, 1962, p. 99). Enquanto isso, Cuello traz em seu texto um traço geral das decisões da Corte Suprema da Argentina, a qual, por diversas vezes, estabeleceu que o processo civil deve ser orientado instrumentalmente a encontrar a verdade dos fatos, para que haja uma justa composição do litígio (CUELLO, Ramiro Rosales. *Lineamientos de la Corte Suprema*. In: MORELLO, 2003, p. 122). Ferrajoli, com precisão, afirma: “*a decisão a tomar pelo Tribunal não pode ser qualquer, mas apenas aquela que implique na correta aplicação da lei o que pressupõe que a sentença seja justa com os fatos*”

Ou melhor, a fazer referência ao exemplo supracitado, em não tendo ocorrido o suposto fato (*y*) o qual é dependente para a aplicação da norma (*x*), tal não pode ser aplicada para dirimir a demanda, sob pena de o decisório afirmar a existência de um direito a um sujeito que não seja titular deste e/ou condenar um lesante que não causou danos a outrem, logo: injustiça substancial<sup>98</sup>.

Por assim, resta evidente que, descurando o magistrado em transpor a veracidade dos fatos na fundamentação de sua decisão, claudicar-se-á no resultado do processo, visto que não haverá “*correcta aplicación del derecho*”<sup>99</sup> e, invariavelmente, a decisão restará defeituosa e juridicamente errônea, porque “*ninguna norma se aplica de forma justa a hechos erróneos*”<sup>100</sup>.

É de se referir ainda que tal preocupação com a verificação e descobrimento da realidade factual não é meramente teórica<sup>101</sup>, cujo teor prático fora expressado pelo legislador português na Exposição de Motivos do CPC/PT de 2013, através da seguinte expressão: “*desejada adequação da sentença à realidade extraprocessual*”<sup>102</sup>. Assim, parece-nos que o CPC/PT mostra qual *norte* o magistrado deverá seguir na construção de

---

(FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris – Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. 2. Roma: Editori Laterza, 2007a, p. 213).

<sup>98</sup>Quer maior injustiça que condenar um réu inocente, privando-o de sua liberdade? Não conceder uma tutela antecipada de internação em um hospital e o autor falecer? No entanto, importa-nos mais uma vez assinalar, assim como faz Dei Vecchi (2016, p. 277), que um processo justo pode emanar uma decisão injusta, entretanto, defendemos que o sistema processual deve reduzir esta possibilidade a quase zero, é dizer, proporcionando um campo no qual há uma maior produção possível de provas e um quadro amplo dos elementos factuais, para que o magistrado possa chegar a uma conclusão mais próxima da realidade. Sobre esta perspectiva olharemos a figura dos negócios jurídicos processuais.

<sup>99</sup>Pois adotamos o entendimento de Abellán (2004), o qual parte do pressuposto que aplicar o Direito implica que se que se comprove a efetiva produção do fato que levou à aplicação da norma e, por consequência, a fundamentação das decisões judiciais tem como condição essencial a verdade dos enunciados que a fundamentam.

<sup>100</sup>Por conseguinte: “*la verdad de la determinación de los hechos es un requisito esencial de la legalidad de la decisión*” (TARUFFO, 2010, p. 134).

<sup>101</sup>Buscar-nos-emos, sempre que possível, aproximar o estudo com a aplicabilidade e/ou problematidade da prática forense, porque entendemos que a interface entre a vida acadêmica e o mundo prático do direito deverão sempre se comunicar, a fim de que construamos um processo civil cada vez melhor, sob o risco de nos tornarmos *pedantes e imprestáveis*. Fazendo de nossas palavras de Bradley: “*o homem meramente teórico é, na esfera prática, um pedante e imprestável*” (BRADLEY, Francis Herbert. *Ethical Studies*. 2. ed. Oxford University Press, Clarendon Press, 1988).

<sup>102</sup>O CPC/PT, logo em sua Exposição de Motivos, destaca que a instrução do processo deverá transcorrer sem barreiras artificiais, para que, quando o juiz vier a decidir a vertente fáctica da lide, “*aquilo que importará é que tal decisão expresse o mais fielmente possível a realidade histórica tal como esta, pela prova produzida, revelou nos autos*” (MESQUITA, 2016, p. 22).

sua fundamentação<sup>103</sup>, sendo o mesmo que afirmar, como escreve DIDIER JR., que a verdade dos fatos deverá ser como uma *bússola* no processo<sup>104</sup>.

Distamos assim em condições de afirmar que o tipo de processo defendido por este estudo é aquele que se importa com a *verdad de los hechos* para alcançar uma decisão justa, posto que senão correríamos o risco de inverter a lógica de justiça substancial, a transformar o processo na metáfora escrita por BENTHAM – “*injustiça e sua criada falsidade*” –, no qual se emita decisões com base em falsas verdades (sem reconstrução verdadeira dos fatos), mas mais substancialmente injustas<sup>105</sup>.

### 1.2.1 A verdade dos fatos na condição de justificação racional da decisão judicial

A seguir essa *bússola* como orientação, para além de um modelo processual que permita o acesso à maior amplitude dos fatos para chegarmos à verdade<sup>106</sup>, dimanam outros reflexos do interesse público na justa composição do litígio, quais sejam: (i) dever constitucional de motivação das decisões judiciais; (ii) boa administração e prestígio da justiça<sup>107</sup>; (iii) não abertura da justiça privada<sup>108</sup>; (iv) maior aceitabilidade das decisões<sup>109</sup>;

---

<sup>103</sup>Ou seja, há querido o legislador português, ao nosso entender, dar o caminho para que o juiz siga ao sentenciar. Significa dizer que o magistrado, em sua sentença, exprima os fatos como se desenrolaram no mundo real, de modo que se aproxime ao máximo da realidade dos fatos e, conseqüentemente, seja aplicado o direito a quem tem o direito e, assim, realizada à justa composição do litígio. Afirmamos mais, não só o legislador português, visto que em diversas passagens o CPC/BR traz como busca à verdade dos fatos, c. p. ex., o art. 378.º, que determina: “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (BRASIL, 2015).

<sup>104</sup>DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Vol. I. 17. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015a, p. 149.

<sup>105</sup>Ao invés de um processo no qual se busca a justiça através do accertamento da verdade factual, pelo contrário, estar-se-ia num processo desapegado da verdade dos fatos, debelando à distorção dos fatos e/ou sua manipulação, tornando-o em uma competição com regras procedimentais iníquas, sendo, portanto, emissor de decisões injustas, tendo como sua base a falsidade.

<sup>106</sup>Como legava-nos Alberto dos Reis: “com o princípio de justiça segundo o qual a decisão deve ser a expressão, tão perfeita e completa quanto possível, da verdade dos factos que interessam ao litígio” (REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. III. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 11).

<sup>107</sup>Afinal, lembra Mesquita (2017, p. 90), o processo, por não contar apenas com o interesse das partes, isso porque há também o interesse do Estado na boa administração da justiça e, “logo, o interesse no não afastamento entre a sentença e a verdade”. Mais ainda, o maior problema que a perda do prestígio do poder judiciário gera, para além de um descrédito institucional (muitos recursos face ao descontentamento das decisões), concerne no risco de resistencial social à decisão, “acarretando numa desobediência generalizada às decisões dos tribunais” (SILVA, 2003, p. 105).

<sup>108</sup>Silva constata que, no momento em que o processo for “desligado da tutela efectiva, terá sucumbido enquanto substituto da justiça privada”. Mais, pode causar a ruptura do Estado, é dizer, enquanto o processo não garantir a justiça efetiva, não impede “que o sujeito não encontre esquemas alternativos de realização da justiça” (Ibid.).

<sup>109</sup>Este fim da jurisdição, para nós, está muito ligado à fundamentação da decisão judicial. Explica-se: quanto mais a decisão judicial tiver a capacidade de cumprir com a função da justa composição da controvérsia, isto é, quanto maior é a medida em que toma em consideração todos os fatos que constituem a base do conflito

(v) exercício do contraditório efetivo; (vi) pacificação social; (vii) respeito ao princípio da legalidade<sup>110</sup>.

Pois então, intrinsecamente ligado à necessidade de um modelo processual combatente à inação do magistrado, no qual, através de mecanismos processuais, nomeadamente, prova oficiosa e gestão processual<sup>111</sup>, permite-lhe buscar a maior amplitude possível do quadro factual trazido pelas partes em seus articulados – dentro dos limites

---

específico e efetivo que há dado lugar no processo, “*porque o processo só poderá ser considerado justiça do caso concreto se aceitarmos que a esta justiça é aquela que as partes em concreto aceitarem*” (TARUFFO, 2010, p. 231; SILVA, op. cit., p. 107). Desdobram-se, conseguintemente, dois efeitos indiretos da maior aceitabilidade da decisão judicial: diminuição dos recursos processuais e neutralização da hiperjudicialização no cenário da Justiça brasileira. Quanto ao segundo desdobramento, enquanto as decisões dos tribunais cumprirem com o seu dever de justa composição, repercutir-se-á na comunidade, posto que a imposição do dever de indenizar, p. ex., por si só gera uma sensação de repressão do ordenamento jurídico para com aquela postura e, por conseguinte, estimulando a prevenção de novos danos e/ou de surgimento de novos processos de massas (e. g., um processo de dano ambiental a consumidores, cuja a sentença atingirá inúmeras pessoas; tal empresa não teve qualquer culpa no incidente, não gerando qualquer dano para os consumidores, porém um Tribunal, erroneamente, considerou sua culpabilidade e a condenou a reparar um dano ao consumidor; ora, consabido que um consumidor “ganhou o processo”, vários outros ingressaram no judiciário a fim de buscar sua indenização, o que além de gerar diversos processos, pode gerar decisões conflitantes, até porque outro juiz poderá avaliar a situação sobre outra perspectiva). Tal fenômeno ficara conhecido no Brasil como a *industrialização do dano moral*, isto é, no dito popular: *é só ingressar no juizado especial que ganha dano moral*, o que acabou por causar a hiperjudicialização da justiça brasileira (não só isto, porque a ineficiência do Estado também acarreta este problema), p. ex., o Poder Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva e, durante o ano de 2017, ingressaram 29,1 milhões de processos novos; disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 03 mai. 2019.

<sup>110</sup>Taruffo (2010, p. 133) diz que os sistemas regidos pelo princípio da legalidade, tendo a jurisdição como fim a determinação e atuação do direito, implica que “*a decisão judicial deve fundar-se na correta aplicação da lei as circunstâncias do caso concreto*”.

<sup>111</sup>Sem embargo, quando afirmamos pela necessidade de um modelo de processo a reforçar os poderes instrutórios e de gestão processual do magistrado para que haja maior amplitude do quadro factual, não significa afirmar que defendemos um processo com maiores poderes para o juiz e menores poderes para as partes. Pelo contrário, propugnamos a todo o momento no presente trabalho um modelo no qual todos os sujeitos processuais dialogam entre si, ressalvadas algumas hipóteses quando o juiz emite uma decisão, naturalmente verticalizar-se-á perante as partes, p. ex., pelo que nossa afirmação acima é apenas no sentido de ir de encontro com a doutrina liberal do processo que compartilha a inação do juiz em matéria de factos e produção de provas.

legais<sup>112</sup> –, bem como de um procedimento mais flexível na assunção da matéria de fato<sup>113</sup>, está a motivação judicial em matéria de fatos<sup>114</sup>.

(i)<sup>115</sup> Portanto, sob a ótica da ideologia legal-racional da decisão judicial<sup>116</sup> proposta por WRÓBLEWSKI<sup>117</sup>, o magistrado deve proporcionar as razões suficientes sobre as quais sua decisão esteja suficientemente motivada frente ao controle de validade a eleger, calcado

---

<sup>112</sup>Por óbvio, o magistrado não pode ir à procura de todo e qualquer fato indiscriminadamente, eis que tanto no ordenamento jurídico português, quanto o brasileiro, cabe às partes delimitarem o objeto do processo apontando os fatos essenciais às suas pretensões através dos pedidos iniciais. Mesquita (2017, pp. 104 e 114), diz que o regime do art. 5.º está intimamente ligado ao princípio da estabilidade da instância (art. 260.º), não autorizando alteração tardia da causa de pedir. Permite que, na mesma órbita da causa de pedir, sejam introduzidos no processo factos resultantes da fase probatória que completem ou concretizem a matéria factual já alegada. Continua e afirma que: “o processo civil ideal o juiz com base nos factos que se tornaram objeto de discussão e resultaram provados, independente do momento em que foram alegados ou introduzidos no processo”. Pelo que, em nosso entender, o magistrado há que circunscrever sua atuação oficiosa aos fatos da causa, ainda que não alegados pelas partes, salvo os fatos essenciais os quais são dever das partes de alegarem (o que pode ser combatido em audiência prévia, quando o juiz poderá alertar as partes de qualquer insuficiência factual).

<sup>113</sup>A possibilitar o accertamento dos fatos para chegarmos a uma decisão justa, visto que, muitas vezes determinados fatos só surgem no momento de produção probatória.

<sup>114</sup>Beltrán associa o dever de fundamentação da decisão judicial, com o direito fundamental de todo o cidadão que leva uma questão ao poder judiciário saber “*lo realmente ocurrido, la verdad de los enunciados sobre los hechos*”. Conclui o autor pela necessária “*justificación de la decisión judicial en lo que a la prueba se refiere*” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Estudios sobre la prueba*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2006, p. 2).

<sup>115</sup>(i) *dever constitucional de motivação das decisões judiciais*.

<sup>116</sup>Para que não caiamos em contradição, importa-nos destacar que o silogismo prático da seleção dos fatos da decisão judicial, proposto por Abellán (2004, p. 250) e destacado por nós anteriormente, segue a mesma estrutura basilar a seleção racional dos fatos proposta Wróblewski. Significa dizer que, numa lógica legal-racional da decisão dos fatos, o sistema jurídico não se importa apenas com a legalidade da decisão, mas também com sua qualidade. E é aqui que as duas doutrinas se entrelaçam, porque para que a decisão seja justa (a fazer referência à sua “*qualidade*”) há de haver uma verdade fática e, para tanto, seguem o mesmo critério para a decisão atender a este fim, a saber: “*la decisión de considerar un enunciado fáctico como adecuadamente probado debe tomarse según criterios racionales*”.

<sup>117</sup>Isto é, se a “*reconstrucción verídica de los hechos de la causa es una condición necesaria de la justicia y de la legalidad de la decisión*”, o magistrado deverá plasmar na motivação de sua decisão o por quê daquela seleção factual (WRÓBLEWSKI, 1989).

numa *racionalidade empírica*<sup>118</sup>, a hipótese mais atendível como entre as distintas reconstruções possíveis dos fatos da causa<sup>119</sup>.

Na essência da formulação do insígne jurista polonês supramencionado, STEPHEN TOULMIN<sup>120</sup>, propõe-se o *modelo geral de argumentação*<sup>121</sup>, concernente na técnica de *determinar racionalmente a verdade de uma asserção*<sup>122</sup>. Transpondo-o para o cenário

---

<sup>118</sup>A técnica de decidir racionalmente a hipótese mais atendível para a resolução da lide, de acordo com Taruffo, advém da teoria conhecida como *concepções racionalistas de julgamento probatório*. Embora esta teoria não seja recente, tal caiu em esquecimento porque, como aponta-nos Abellán (op. cit., p. 8), muitos entendiam que o conhecimento racional dos fatos estava relacionado com a obtenção de uma certeza absoluta e, devido a esta assimilação, criou-se uma dificuldade para que o conhecimento empírico pudesse *revestir-se de uma aureola de racionalidad*. Entretanto, ainda segundo a processualista, devido ao avanço imparável da ciência no último século, houve “*un replanteamiento de la idea misca de concimiento inductivo, y com ello a una rehabilitación de la racionalidade empírica que constituyó la base de aquel éxito científico*”. Em razão disto, Taruffo aponta que houve *revival* do conceito de decisão judicial, por Susan Haack e Daniel González Lariger, visto que, para as novas epistemologias empiristas houve uma viragem axiológica no objeto do conhecimento indutivo, significa dizer, nas palavras de Abellán: “*no es y ala búsqueda de certezas absolutas, sino tan sólo de supuestos o hipótesis válidas, es decir, apoyadas por hechos que las hacen probables. En esto radica su mideria, pero también su grandeza: se há restaurado la confianza en una racionalidad empírica que, renunciando al objetivo inalcanzable de la certeza absoluta, recupera, a través del concepto de probabilidade, un elemento de objetivida*”.

<sup>119</sup>E, por consequência, afirma a autora, a verdade dos fatos nunca é absoluta, mas vem dada pela hipótese mais provável, ou sustentada por maiores elementos de confirmação (Ibid., p. 45). No entanto, temos que enxergar esta afirmação sob a ótica que nos lega Taruffo (2010, pp. 232-235), qual seja, o magistrado, por encontrar-se em uma situação diferente das partes, fulcralmente por não ter acesso direto aos fatos da causa e também não contar com uma tese pré-constituída, no momento de sua função primordial, isto é, determinar qual é a melhor narração dos fatos em termos relativos àquelas apresentadas em juízo, tendo em vista o fato de que não deve persuadir ninguém com sua decisão, poderá o magistrado não escolher nenhuma narração dos fatos apresentados ou construir uma narração original. De notar que, a seguir de perto a linha de raciocínio do doutrinador italiano, o que mais importa não é a seleção de fatos das partes e/ou que o juiz construa uma narração original daquilo que ele enxergou dos factos trazidos, mas, sim, que construa uma narração verdadeira (até porque a motivação da sentença não tem uma função persuasiva e sim emanar verdade).

<sup>120</sup>TOULMIN, Stephen. *The uses of argument*. Cambridge, England: Cambridge University Press, 1958. Neste sentido, cf. TARSKI, Alfred. *The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics*. In: *Philosophy and Phenomenological Research*, IV, 1994, pp. 341-375; BELTRÁN, 2005; ABELLÁN, 2004; TARUFFO, 2010; HAACK, 2016.

<sup>121</sup>Concernente na técnica de atestar a veracidade de uma hipótese, *i.e.*, aplica-se a qualquer ciência que pretende por meio de sua atividade de investigação determinar a verdade de uma asserção, sendo, no nosso caso, a atividade na qual se atesta a veracidade da narração de fatos exposta na sentença do magistrado (TARUFFO, op. cit., p. 235).

<sup>122</sup>Largier afirma que a teoria – como a própria intitulação da teoria já nos diz – tem como eixo central a argumentação, isto porque Toulmin denota que toda argumentação parte de uma pretensão que se queira confirmar. Em sendo assim, para determinar a verdade daquilo que se quer sustentar (os enunciados dispostas na narração dos fatos na sentença, p. ex.), são elementos fundamentais de toda argumentação (seja no campo do direito, da ciência, da história): “*qué pretensión, razones, garantía e respaldos son elementos que deben estar presentes en todo argumentación o fundamentación*” (LARGIER, Daniel González. *Argumentación y prueba judicial*. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Estudios sobre la prueba*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2006, p. 92). Em breve síntese, traz um critério objetivo para sustentar os fundamentos contidos na argumentação do ato decisório pelo qual determinou que a pretensão da parte *x* mereceu prosperar, porque era verdadeira (o que também se aplica às partes a confirmarem suas pretensões dispostas em seus enunciados fáticos), significa dizer que a referida técnica de estrutura racional da decisão, perpassa pela “*análise racional que se funda em argumentos e contra-argumentos, em valoraciones e comparaciones, ao final do qual se determina qual é o grau de fundamentação racional que corresponde a esse enunciado, sendo o mesmo que confirmar sua veracidade*”. Por assim, sobre a base de provas produzidas e elementos probatórios

jurídico: em razão de o processo decisório ser estruturado por meio do conceito *epistemológico*<sup>123</sup> de *warrant*<sup>124</sup>, o juiz, no escrutínio das provas, deve indicar em sua fundamentação as inferências pelas quais atribuiu graus adequados de *confirmación* a um enunciado fático<sup>125</sup>, sendo o mesmo que dizer que é verdadeiro<sup>126</sup>.

Dito de outra forma: o juiz, numa rigorosa análise dos factos e provas disponíveis no processo<sup>127</sup>, valorá-los-ás *cognoscitivamente* com base nas normas que estabelecem presunções, jurisprudência, máximas de experiência, etc.<sup>128</sup>, com o fito de estabelecer a

---

no processo é possível ter-se uma probabilidade lógica de que o enunciado *x* descrito no articulado ocorreu, visto que, há diversos elementos probatórios que apontam para sua ocorrência (TARUFFO, 2010, p. 227).

<sup>123</sup>Para Haack (2016, p. 320), o conceito epistemológico é uma *subespecialidade filosófica* traduzida na técnica de *articulação teórica* por meio da qual criam-se critérios para definir qual prova é melhor ou pior e, por fim, permite-nos afirmar qual afirmação (hipótese factual) está mais ou menos confirmada em função de determinada prova.

<sup>124</sup>*Warrant* (confirmação) se refere à conexão que se instaura entre uma afirmação, que inicialmente tem um caráter hipotético, e as provas que confirmam sua veracidade. A trazer maior concretude a este esquema de argumentação, destacamos a sistematização realizada por Taruffo (op. cit., p. 233), a saber: “o esquema tem a seguinte formulação  $W = E \dashv\vdash H$  (*W indica o warrant, E indica as provas disponíveis e H indica a hipótese em questão*)”.

<sup>125</sup>Largier (op. cit., p. 89) diz que a inferência probatória se destina a determinar o grau de confirmação proporcionado pelas provas produzidas sobre um determinado enunciado fático, *i.e.*, “consiste em representá-la em esquemas dos argumentos de Toulmin a respeito de todos os enunciados que se incorporem a narração do juiz”. Ou melhor, a fazer referência da esquematização dos argumentos acima (nota de rodapé n.º 134): a inferência nada mais é do que a valoração de *E* (provas disponíveis), as quais servem para dar suporte *H* (hipótese que se quer afirmar) e se chegar à veracidade desta hipótese (sendo o mesmo que afirmar que fora confirmado *W*).

<sup>126</sup>Taruffo (2010, p. 66) insere a verdade dos fatos na condição de justificação da decisão, assim “*la narración de los hechos construída por el juez cuenta con una válida justificación racional, en la medida que resulta confirmada por el análisis crítico de todas las pruebas disponibles*”, pelo que enuncia a verdade. Ou seja, a narração de fatos do juiz em sua sentença é verdadeira, não só no sentido de que expressa uma pretensão de verdade, mas, sim, porque o juiz afirma que é verdadeira sobre a base de confirmação que oferecem as provas que hajam sido praticadas e valoradas no processo. Por ora, apenas denotamos o que é preciso para uma decisão estar fundamentada e se aproximar da verdade (logo, maior amplitude factual e probatória) para, só posteriormente, trazermos o que significa esta *verdade*, bem como demarcar a relação entre prova, verdade e decisão judicial, pois são conceitos que não se confundem.

<sup>127</sup>Desvela-se primordial a figura de um juiz ativo para o processo que se preocupa com a fundamentação da decisão judicial, pois *a investigação é mais bem conduzida quanto mais penetrantes, imaginativas e embasadas são as conjecturas, mais rigoroso o raciocínio, mais completa a busca de provas e mais escrupulosa, honesta judiciosa a ponderação dessas provas*. (Haack, 2015, p. 154).

<sup>128</sup>As supramencionadas regras de valoração das provas (equivalente ao *E* no esquema de confirmação) são denominadas por Largier (2006) como “*critérios gerais de inferência* (ou *estándares objetivos*)”. É por meio destes critérios que o magistrado adquirirá fundamento *cognoscitivo* em virtude do qual a inferência pode considerar-se fundada e apta para atribuir um grau considerável de fiabilidade a respectiva conclusão (TARUFFO, 2010, p. 239). P. ex: temos uma *H* (hipótese) construída por um enunciado fático que dispõe apenas de um *E* (de uma prova). No entanto, o *W* (confirmação) que conecta *E* (a prova) com o fato descrito pelo enunciado *H* (hipótese que se deseja confirmar), conta como uma regra de experiência comum universal ou quase geral (critério geral de inferência da prova) e, conseqüentemente, o grau de confirmação que este enunciado recebe através da inferência é particularmente elevado. Ainda, utilizando-nos do exemplo clássico da prova quase infalível (porque não existe prova que traz *certeza absoluta*), para não restar qualquer dúvida, o valor cognoscitivo que se atribui a uma conclusão de paternidade chegada por um teste de DNA tem um grau de confirmação altíssimo.

conexão entre a pretensão da parte (hipótese-facto) e as conclusões chegadas através das inferências probatórias, aptas a demonstrar com grau considerável de fiabilidade de que os enunciados fáticos incorporados na narração do juiz foram confirmados (hipótese-conclusão)<sup>129</sup>.

Neste sentido, escreve ABELLÁN: “à fiabilidade de uma decisão não subsiste em apenas estar carregada de provas”, perpassa também pelo julgador transpor à decisão todas as informações relevantes para a resolução da causa<sup>130</sup>. Assim, é necessário que o julgador exponha cada fato relevante (principal ou secundário) que ancila de fundamento à sua conclusão, de maneira pormenorizada<sup>131</sup> e, mais ainda, coerente<sup>132</sup>, sobre a base das

---

<sup>129</sup>Ou na análise que Beltrán (2005, p. 73) faz da doutrina de TARSKI (a ser estudada detidamente em capítulo posterior), é o mesmo que dizer que: *p está probado porque hay elementos de juicio suficientes a favor de p*. Deste modo, a se distanciar das doutrinas subjetivas da prova (mais à frente teceremos maior análise a tais), a verdade dum enunciado não depende do que resolva o juiz, mas sim, de haver critérios objetivos de valoração das provas e, conseqüentemente, que haja elementos probatórios suficientes a indicar que uma “*fiabile de que probablenete la afirmación en cuestión es verdadera*”.

<sup>130</sup>Isso porque, no cenário jurídico a confirmação de uma hipótese dá-se não exclusivamente, mas preponderantemente através das provas produzidas no sentido de confirmar aquela hipótese-conclusão. Sem embargo de sua imprescindibilidade (da prova), acertadamente Haack alerta-nos que não se deve fazer apenas referência às provas que confirmam a reconstrução dos fatos. Em efeito, motivar exige transportar à decisão razões bastantes sólidas ou convincentes para descartar a arbitrariedade e, por isso, a técnica mais sintónica com um modelo *cognoscitivista* e com o sentido da motivação é a analítica; é dizer, a exposição e valoração individual e ordenada de todas as provas praticadas. “*Mais especificamente, a motivação há de consistir en dejar constância de los actos de prueba producidos, de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa evaluación del material probatorio en su conjunto*” (ABELLÁN, 2004, p. 224). Mais importante ainda, para nós, nas situações em que a prova direta por si só não é suficiente para afirmar ou infirmar um enunciado fático (não é uma prova científica, por exemplo), por assim apenas por meio de regra de experiências gerais e provas indiretas, o juiz consegue estar convicto que a reconstrução dos fatos se deu da maneira *y*; nesta hipótese (sem provas contundentes), que o magistrado exponha expor detalhadamente as razões pelas quais, com base nos critérios de inferência, chegou aquela conclusão, porque se faltar informações esta pode ser posta em dúvida – “*y faltan informaciones que serían relevantes – la confirmación de la hipótesis puede ser débil o dudosa*”, para além de fugir de qualquer arbitrariedade (TARUFFO, 2010, p. 235).

<sup>131</sup>Apoiamo-nos, nos ensinamentos de Taruffo (Ibid., p. 252): “*à despeito de cada enunciado singular se identifiquem as provas que se referem especificamente a eles, e se determine o grau de confirmação que eles atribuem*”, ou seja, cada enunciado que se apresenta como verdadeiro deve ser confirmado pelas inferências probatórias das quais constituam a conclusão. De observar ainda que o estilo analítico da motivação da decisão judicial tem como função limitar a atividade irracional ou arbitrária do juiz através de mecanismos de controle sobre a mesma (os recursos): dificilmente se poderá controlar a racionalidade da decisão probatória através dos recursos se na sentença não se expõe claramente os critérios que pretendidamente a sustenta e se opta por uma simples narração fática (ABELLÁN, op. cit., p. 225).

<sup>132</sup>Para nós, a coerência da motivação da decisão judicial tem dois sentidos: o primeiro relacionado com a própria estrutura da fundamentação interna da decisão (não conter fundamentos contraditórios) e o segundo a coerência com relação às provas produzidas nos autos, isto é, em nada adianta seguir o sentido *norte* em sua fundamentação, aquando todas as provas produzidas apontam para o sentido *sul*. Em outras palavras, é necessário que a afirmação que se configura como hipótese conclusiva da inferência não resulte excluída, falseada ou contraditória por hipóteses alternativas referidas ao mesmo fato, senão a premissa fática está a servir a fundamentação da decisão está errada. Aliado ao nosso entendimento, Beltrán (2005, p. 76) credita nesta concepção objetiva (da verdade) de análise de prova (a qual ainda analisaremos), a possibilidade de conseguirmos identificar que o juiz adotou uma premissa equivocada em sua decisão, em razão de não haver elementos suficientes a embasar essa afirmação, ou seja, destacar a total falibilidade da decisão judicial e de seu controle a possibilitar o exercício do contraditório efetivo.



informações probatórias específicas que confirmam a veracidade do enunciado respectivo, a lograr que a sentença esteja “*más cercanas a la determinación de la verdad*”<sup>133</sup>.

Distamos assim em condições de afirmar<sup>134</sup>, ao nosso ver, dimanante da dimensão democrática do dever constitucional de fundamentação da decisão judicial, esculpido no art. 489.º do CPC/BR<sup>135</sup>, uma das condições de justeza do ato decisório (verdade dos fatos) tem como eixo central sua motivação, ao passo que é dada a estrutura dos argumentos expostos na seleção racional dos fatos – *análise crítica de cada fato relevante para a decisão consubstanciados nos elementos probatórios que confirmam sua veracidade* – se poderá

---

<sup>133</sup>No capítulo 2 explicitaremos o que é de fato chegar e/ou se aproximar da verdade, através da teoria lógico-semântica da verdade por correspondência, desenvolvida por Tarski, bastando por enquanto denotarmos o aspecto fulcral da fundamentação judicial para esta a verdade.

<sup>134</sup>Com base no esquema de argumentação e modelo *cognoscitivista analítico* de fundamentação da decisão judicial, propostos por Toulmin (1958) e Abellán (2004), respectivamente.

<sup>135</sup>O regramento contido no referido artigo é uma concretização do art. 93.º, IX da CF/BR, o qual estabelece o dever de fundamentar toda e qualquer decisão judicial, sob pena de nulidade desta. Para tanto, o art. 489.º estabelece diversos requisitos – intitulados de *elementos essenciais da sentença* – a serem cumpridos pelo magistrado a ensejar uma fundamentação adequada, tanto para evitar decisões arbitrárias ou insuficientemente motivadas, quanto para ampliar a legitimação social da jurisdição (CAMBI, Eduardo & HELLMAN, René Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo: RePro*, v. 40, n. 241, mar. 2015, pp. 413-438). Contudo, para nós, como juristas práticos, tal viragem axiológica de maior fundamentação judicial não ocorreu apenas para o atingimento de maior legitimação social da jurisdição, veio a combater uma prática muito comum nos tribunais brasileiros (em razão da hiperjudicialização), qual seja, muitas decisões estampavam estampam o seguinte *slogan*: “[...] o art. 93.º da CF não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (BRASIL. STF. *Agravo de Instrumento nº 791.292 QO-RG*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 de junho de 2010) ou que: “O Órgão Julgador não está obrigado a rebater pormenorizadamente todos os argumentos apresentados pela parte, bastando que motive o julgado com as razões que entendeu suficientes à formação do seu convencimento” (BRASIL. STF. *Suspensão de Segurança nº 4.836 AgR-ED*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 07 de outubro de 2015.). Vale destacar que os referidos acórdãos são decisões de nosso mais alto tribunal em questões constitucionais (STF/BR). Parece-nos, então, que o próprio poder judiciário, por estar *atolado* em processos (diga-se, com razão neste ponto), muitas vezes inverte a lógica da justiça substancial que lhe é destinado, isto porque permite ao juiz não fundamentar o por quê considerou insuficientes os argumentos trazidos pela parte que deixou de rebater, impedindo, por assim, as partes exercerem o contraditório efetivo, mais detidamente: a) *controlar exaustivamente a entrada da sentença de elementos probatórios inaceitáveis ou insuficientemente justificados*; b) *controlar todas as inferências que compõe a cadeia de justificação*. Pelo que: “*tal postura do judiciário conduz a resultados perversos em matéria de motivação judicial, fulcralmente no que tange a racionalidade da decisão e seu controle*” (Abellán 2004). Por fim, com a concretização deste dever de fundamentar dispostas no CPC/BR de 2015 pensávamos que o *slogan* “*da não necessidade da análise pormenorizada de todas alegações e provas*” fosse banido das decisões, porém não é assim que o STJ está interpretando o art. 489.º do CPC/BR, pois, em recente julgado, o referido Tribunal decidiu que: “*Conforme entendimento pacífico desta Corte, o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para preferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida*” (BRASIL. *EDcl no Mandado de Segurança nº 21315/DF*. Relatora: Min. Diva Malerbi. 08 de junho de 2016). E confirmou tal posicionamento em outro julgado (BRASIL. *AgInt no Agr.Resp. nº 913.080 - SP*. Relator: Min. Francisco Falcão. 06 de dezembro de 2018).

falar que a decisão enuncia a verdade<sup>136</sup>, na medida que “*hay elementos de probatorios suficientes que dan cuenta de la corrección de la pretensión*”<sup>137</sup>.

Notabilizado, portanto, cfr. pontua BELTRÁN, ser a *suficiência de elementos* de juízo o *elemento chave* para a determinação da verdade de um enunciado fático<sup>138</sup>.

E, a partir desta premissa, constata LARGIER, face à confirmação de uma hipótese ser um gradual, *i. e.*, depender de quais provas e quantas provas estejam disponíveis no processo<sup>139</sup>, urge de assaz importância o mencionado modelo combatente à inação do magistrado, posto que, quanto mais amplo o quadro factual (fatos a provar), quantidade e qualidade dos fatos probatórios (provas) produzidas no processo<sup>140</sup>, maiores chances de que se cumpra com o dever constitucional de motivação decisão e, conseqüentemente, seja a decisão *true to facts*<sup>141</sup>.

Importa-nos, por fim, a aproveitar o ensejo da breve análise sobre a estruturação e fundamentação das *dessumas* do processo cognitivo do juiz, demarcar a ligação dos *vasos comunicantes*<sup>142</sup> (enunciados fáticos trazidos pelas partes em seus articulados) ao *coração pulsante do processo* (provas)<sup>143</sup>.

---

<sup>136</sup>Diga-se, uma verdade *racionalmente cognoscible y demostrable*, posto que, após a análise de todos os fatos e provas que hajam sido produzidas no processo, segundo critérios determinados racionalmente e dirigidos claramente a lograr “*que sean elegidas las hipótesis que – sobre la base de pruebas – alcancen un grado relativamente más alto de confirmación, y pueden ser considerados como más cercanas a la determinación de la verdad*” (TARUFFO, 2010, p. 274).

<sup>137</sup>Em epílogo ao defendido até o presente momento, entendemos que a verdade de um enunciado fático, uma vez confirmado pelas inferências probatórias, deve ser transpassado com clareza para a decisão a demonstrar com razões robustas de o por quê que fora considerado verdadeiro. Ou seja, a narração de fatos que compõe a decisão do magistrado é estruturada por meio de enunciados fáticos, dos quais cada um há sido obtido face às provas disponíveis, racionalmente valoradas, uma confirmação probatória suficientemente forte. Em sendo assim, nas palavras do supracitado autor, nestas circunstâncias: “*hay razones válidas para considerar que, en el contexto del proceso, esos enunciados pueden considerarse verdaderos*” (BELTRÁN, 2005, p. 97).

<sup>138</sup>Ibid., p. 77.

<sup>139</sup>O que para o autor é evidente, porque para uma maior fiabilidade dos fatos probatórios (razões das inferências), quanto mais inferências neste sentido se produzirem no processo, mais teremos confiança na sua correção (LARGIER, 2006, p. 117).

<sup>140</sup>Ibid., p. 10).

<sup>141</sup>Pelo que compartilhamos das premissas propostas por Taruffo (op. cit., p. 230) sobre decisão justa: *de tres condiciones: que (i) la decisión sea resultado de un proceso justo, (ii) la correcta interpretación y aplicación de la norma asumida como criterio de decisión, así como (iii) la determinación verdadera de los hechos por el juez.*

<sup>142</sup>Expressão utilizada por Capelo (2017, p. 188), ao fazer referência para o estudo de Beneduzi, no qual chega-se à conclusão de que os meios de prova e os enunciados fáticos das partes como dois possíveis e desejáveis *vasos comunicantes*.

<sup>143</sup>Barbagallo assevera que “*a prova é o eixo sob o qual gira o processo, o seu coração pulsante*” (COMOGLIO, 2007, p. 6).

Com isto, ao nosso ver, na toada da professora CAPELO, não obstante ser a prova elemento fulcral para chegarmos à verdade dos fatos<sup>144</sup>, antecedentemente à sua produção, exsurge no processo – já nos articulados iniciais – o primeiro contributo das partes ao descobrimento da verdade dos fatos, consubstanciado em dois deveres: (a) trazer a maior completude possível dos fatos a provar<sup>145</sup>; e (b) dever de falar a verdade nos articulados.

### *1.2.2 Dificuldade em conhecer o quadro factual completo: princípio do inquisitório à interface entre o accertamento dos fatos e à decisão justa*

A questão que colocamos nesta sede centra-se em saber se o procedimento propicia o acesso à configuração real da situação controvertida<sup>146</sup>, visto que, impreterivelmente, a maior completude e/ou exposição da matéria fáctica da causa proporciona um percurso instrutório suficientemente bom a permitir a produção de todas “*as diligências necessárias ao apuramento da verdade e, conseqüentemente, à justa composição do litígio*”<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup>Porque, é meio processual pelo qual se confirma ou não uma situação fáctica; Capelo (op. cit., p. 205).

<sup>145</sup>A cumprir o que denomina Didier Jr. de ônus específico da postulação. Por conta do princípio da cooperação transposto no art. 6.º do CPC/BR, segundo o autor, forçou-se uma revisão do conteúdo dogmático de diversos ônus que já existiam na legislação, permitindo-lhes uma nova leitura. Desta maneira, se o art. 489.º, §§ 1.º e 2.º, do CPC exige uma justificação analítica das decisões judiciais, compreendido na lógica cooperativa do processo, o art. 6.º serve como base normativa para “*o reconhecimento de um ônus de justificação analítica de todas as postulações formuladas pelos demais sujeitos processuais*” (DIDIER JR., Fredie. O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ. In: *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, a. 3, n. 1, maio de 2018a, p. 5). Ou seja, as partes têm o ônus de uma justificação analítica em suas postulações, pelo que têm o dever de trazer a maior amplitude de fatos e provas a justificar seus pedidos.

<sup>146</sup>Por enquanto, não avançaremos na profunda discussão sobre a possibilidade de os fatos trazidos ao processo corresponderem ao mundo real, isto é, como se desenrolaram os fatos objetivamente e se é possível transpô-los ao processo, porque analisaremos tal discussão no capítulo 2 quando falaremos sobre a verdade ser *contextualizada dentro de um realismo processual*. Porém, algumas linhas introdutórias sobre o que entendemos de *acesso à configuração real da situação* controvertida se fazem necessárias. Pois bem, Jerome Amsterdam & Bruner destacam que, antes mesmo de os fatos chegarem à juízo ou mesmo ao escritório de um advogado, a parte constrói à sua versão dos fatos, é dizer: ao “*narrarem uma situação de facto*” para um advogado, por exemplo, dão forma “*a la realidade*” (AMSTERDAM, Anthony G. & BRUNER, Jerome. *Minding the Law*. Harvard University Press, 2002, p. 135). Mais ainda, complementa Gouveia (2007, pp. 60-62), não só as partes não levam ao advogado os fatos como, na verdade, se deram, como os próprios advogados, depurando os fatos narrados narrado pelo particular, excluindo pormenores que julgam irrelevante, quando trabalham em cima desta narração um quadro fáctico subsumível a norma aplicável ao caso, pelo que também não levam ao magistrado os fatos que lhe foram descritos de forma objetiva (real). O que queremos deixar demarcado é que o processo deve oferecer meios a se chegar o mais próximo possível desta realidade, ou melhor, que o magistrado, na estrutura de seus argumentos, aponte razões suficientes a determinar a verdade de uma hipótese.

<sup>147</sup>Parte final do art. 411.º do CPC/PT. O referido dispositivo é a concretização do princípio do inquisitório no sistema processual português. Preliminarmente, importa-nos destacar que o melhor remédio a combater a incompletude dos factos trazidos na inicial dá-se por meio do conhecimento oficioso de factos, que é lícito o juiz conhecer, bem como pelo dever de esclarecimento das partes para com o juiz, quando há tal incompletude e/ou possível insuficiência probatória.

É de se esperar, então<sup>148</sup>, que as partes, ao construírem as narrativas das situações de fato que constituem a base da controvérsia em seus *mosaicos de vidro*, cumpram com o dever de dizer a verdade<sup>149</sup>, transpassando aos articulados as *peças de vidro* de maneira específica<sup>150</sup>, detalhada, em possível, *completa dos fatos*<sup>151</sup>, a proporcionar ao juiz um marco

---

<sup>148</sup>O que denominaremos de primeiro plano do contributo das partes ao descobrimento da verdade dos fatos.

<sup>149</sup>Será que é possível exigir um dever trazer toda a verdade dos fatos ao processo? Em primeiro momento, do ponto de vista da letra da lei, é, sim, um dever de as partes exporem os fatos cfr. a verdade, segundo determinação disposta no art. 77.º do CPC/BR, a saber: “*são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade*”; sob pena de restar considerado litigante de má-fé, ainda (art. 80.º, II) “*considera-se litigante de má-fé aquele que: II – alterar a verdade dos fatos*”. De forma aproximativa ao legislador brasileiro, o parlamento alemão dispôs o dever de dizer a verdade sobre os fatos da causa no § 138.º, ZPO/ALE, intitulando-o como: “*deber de declaración sobre hechos; deber de decir la verdad*”. Ou seja, segundo o n.º 1 do referido artigo do código processual alemão, quando “*las partes deben hacer sus declaraciones sobre cuestiones de hecho en forma completa y adecuadas a la verdad*”. Por outro lado, Gozaíne e Taruffo fazem crítica aos seus respectivos códigos (argentino e italiano, respectivamente), por não disporem de normas que obrigue as partes a falarem a verdade em suas peças processuais. Ainda assim, corretamente, Gozaíne aduz que do dever de colaboração nasce o dever de dizer a verdade sobre todos os fatos (GOZAÍNE, Osvaldo Alfredo. *Los hechos e la verdad en el proceso por audiencias*. In: MORELLO, 2003, p. 131; TARUFFO, 2010). Passado o primeiro ponto de vista legal, neste segundo momento, do ponto de vista doutrinário, Jauerling (2002) entende que o § 138.º da ZPO/ALE estipula o dever de integralidade das partes, o qual faz recair sobre as partes o dever de não falsidade dos fatos alegados nos articulados, pelo que não faz com o que as partes tenham o dever de alegar todos os fatos oriundos da controvérsia, isto é, as partes poderão não alegar fatos as desfavoreçam. Neste mesmo sentido, Taruffo (op. cit., p. 148) diz que: “*la obligación de decir la verdad: la moral social posiblemente assume la gente debe decir la verdad, pero no parece concebible respecto de los abogados un deber general de decir la verdad, y menos aún un deber de decir toda la verdad*”. Pois bem, para que nossa linha pensamento não fuja à realidade prática do processo (ainda que entendamos que a verdade como valor social tem de estar na conduta de todos os cidadãos, independente de estar no campo processual ou não), entendemos que, pelo menos, há sim o dever de as partes falarem a verdade dos fatos em seus articulados, o que é diferente de afirmar que a parte tem *un deber de decir toda la verdad*, significa dizer, pode até a parte não ter o dever de dizer toda a verdade sobre tudo (expor absolutamente todos os fatos), porém, quando as partes trazem os fatos aos articulados, estes sim têm o dever de veracidade (a trazer o maior quadro possível dos fatos ao processo). Afirmamos, mais uma vez, oriundo desta perspectiva, aflora de assaz importância o poder instrutório do juiz a buscar factos e provas no processo, já que não é exigível a verdade até à sua última consequência, isto é, que as partes aleguem até os fatos que as desfavoreçam, ou melhor, na expressão do autor alemão: “*que as partes não se auto-mutilem processualmente*” (JAUERLING, op. cit., p. 148).

<sup>150</sup>A metáfora é de Taruffo (2010, p. 49) ao fazer referência a outro autor, Twining, que nos diz que a narração são elementos de informação fragmentários e dispersos, *peças de acontecimentos*, os quais podem ser combinados e articulados como um conjunto de fatos coerentes e dotado de sentido. A partir disto, o autor italiano ao fazer referência *as peças de acontecimentos*, fez alusão as narrativas das partes como sendo um monte de *peças de vidro de cores*, a comporem um *mosaico* (articulados) (TWINING, William. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2. ed. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1994).

<sup>151</sup>Assim como a ZPO/ALE no § 138.º, n.º 1, determina expressamente, para além da verdade dos fatos, que as exponham os *hechos en forma completa*. Parece-nos ter caminhado a ZPO/ALE em uma melhor direção que os códigos processuais português e brasileiro, isto porque, para além de determinar que as partes digam a verdade dos fatos em seus articulados, determina que as partes deverão expor os *hechos en forma completa*; nota-se que os códigos de Brasil e Portugal determinam que cabe, em geral, às partes alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir, todavia, não enfatizam sua completude. Por mais que na nota anterior do presente trabalho tenhamos afirmado que, no *campo processual prático*, exigir que as partes aleguem todos os fatos da causa, até aqueles que os prejudiquem, seja demais (a fugir da realidade) e, por isso, é de grande relevo atribuímos poderes instrutórios ao magistrado no que tange a produção de provas e busca dos fatos que constituem a controvérsia processual, ao nosso ver, caso os códigos de Brasil e Portugal trouxessem expressamente o dever de completude dos fatos, teríamos uma base legal para construir uma doutrina (tese)

de referência para admissão das provas relevantes, bem como para alertar as partes sobre a insuficiência probatória ou algum esclarecimento sobre a matéria fática<sup>152</sup>, fulcralmente em razão de o juiz não ter na frente de seus olhos os fatos como acontecimento empírico de que possa perceber as partes<sup>153</sup>, ou melhor, não tendo à sua frente um *mosaico* com uma estrutura perfeita, devendo reconstruí-los sobre a base de elementos disponíveis de que dispõe no processo<sup>154</sup>.

---

com mais robustez a exigir também que as partes aleguem os fatos que não lhes são favoráveis, logo: dever de expor os *hechos en forma completa*.

<sup>152</sup>Para que tenhamos uma determinação verdadeira dos fatos da causa, no primeiro plano de contributo das partes com a verdade é preciso que o juiz possa, como desdobramento de seu poder inquisitório, alertar as partes sobre a incompletude factual ou algum esclarecimento, de maneira a determinar a produção de todas as provas necessárias para adotar uma decisão que determine a verdade dos fatos; (TARUFFO, 2010, p. 178). E é o que autoriza os códigos de processo de Brasil e Portugal. O momento ideal para que tal esclarecimento e/ou alerta de insuficiência probatória – no sistema jurídico português – ocorra na audiência prévia, disposta no art. 591.º do CPC/PT, cujas precisas palavras de Capelo definem como sendo o *momento privilegiado da cooperação no processo*; tendo como fim, por meio de debate oral entre as partes e juiz, sanar qualquer vício ou incompletude na matéria factual expostas nos articulados, que não tenham sido sanadas no despacho pré-saneador (art. 590.º do mesmo diploma), fixar as matérias de fato e sobre qual versará a atividade probatória, isto é, a *enunciação dos temas de prova* em despacho proferido pelo magistrado; expressão utilizada na palestra cujo tema fora *A valorização da audiência prévia no sistema português*, ocorrida no I Congresso Lusófono de Direito Processual Civil – *Convergências e divergências dos sistemas processuais civis de Portugal, Brasil, Angola e Cabo Verde*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 12 e 13 de março de 2019. De outro lado, o sistema jurídico brasileiro, apesar de próximo ao sistema lusitano no que tange à decisão de saneamento e organização do processo (art. 357.º e ss. do CPC/BR), como assinala Greco, distancia-se do ordenamento brasileiro no prestígio do “*princípio cooperação proclamado como norma fundamental do sistema processual no artigo 6º*”, isto porque o §3.º do art. 357.º determina que somente haverá audiência de saneamento “*se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito*”, pelo que, nas demais causas, não há audiência prévia, apesar de ser um “*momento tão importante de regularização e preparação dos atos subsequentes do processo*”. Ou seja, no ordenamento jurídico brasileiro o trabalho do juiz para sanar o processo, ao invés de ser a *regra de ouro* para tirar o máximo proveito desse momento do processo e para que este nunca se desvie do seu fim último que é a busca da melhor decisão possível sobre o direito material das partes, faz com que seja solitário (dentro de seu gabinete) (GRECO, Leonardo. *Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. 2017. Disponível em: <<https://www.academia.edu>>. Acesso em: 22 jun. 2019, p. 8). Mais ainda, outro distanciamento entre os dois sistemas, para nós o mais grave, é que os temas de prova no direito lusitano, enunciados na audiência prévia, não formam coisa julgada, somente após a audiência final; sendo que, no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de muita discussão doutrinária, muitos afirmam que com a decisão saneadora há a estabilização das questões discutidas (de fato e de direito), significa dizer, com base no art. 505.º do CPC/BR há coisa julgada formal (o artigo 505.º proibiria o juiz de voltar a decidir as questões já decididas). Voltamos-nos à afirmação *para nós o mais grave*, porque antes mesmo da instrução probatória, na qual já afirmamos que podem aflorar diversos fatos a esclarecer pontos cruciais na decisão de mérito, o juiz ficará de mãos atadas para reconsiderar qualquer questão de fato, produção de outras provas e etc., em razão de ter havido a estabilização da demanda. Esta última observação feita por nós – sem adentrar na discussão – é mais para atender aquilo que a ilustre Professora de Coimbra sempre nos ensinou nas sessões de mestrado: “*deixar algumas inquietações para os juristas*”.

<sup>153</sup>TARUFFO, 2010, p. 231, mas apenas sobre as informações empíricas contidas nos articulados e nas provas que serão produzidas ao longo do processo.

<sup>154</sup>De acordo com Edelman, “*les tribunaux sont requis de «rétablir» ou, pis encore, d'«établir» la vérité historique*” (EDELMAN, Bernard. L'office du juge et l'histoire. In: *Droit et société*, n. 38, 1998, pp. 47-55, p. 48).

De observar, contudo, que este *esperar* para muitos é considerado uma *utopia*<sup>155</sup>, visto que, por conta da relação entres as partes emergir de um conflito<sup>156</sup>, suas narrações tendem a incluir manipulações dos fatos e a excluir informações importantes, dirigidas ao objetivo de ganhar a causa<sup>157</sup>.

Não somente. SILVA considera que nem mesmo os ideários constitucionais do processo civil contemporâneo<sup>158</sup> comportam a virtualidade de transformar *a parte real* num tipo de *parte ideal*, *i. e.*, sejam capazes de fazer com que as partes apresentem a versão dos fatos com a maior isenção, além de cooperar com a parte contrária e o tribunal na recolha de tudo aquilo que permita chegar ao resultado final justo<sup>159</sup>.

De fato, o ordenamento não pode anular este conflito<sup>160</sup>, porém, na esteira do posicionamento de MESQUITA, não significa afirmar que o próprio sistema processual abra portas para que o percurso do processo seja *conflituoso*<sup>161</sup>, até porque, dizem-nos TARUFFO e LIND, se o interesse principal das partes é ganhar o processo e não de trazer a verdade<sup>162</sup>,

---

<sup>155</sup>Isto porque, defendem Laren & Canaris: “quando os tipos ideias se afastam, em muito, da realidade, passam a ser utopias” (LARENZ, Von Karl & CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Springer Berlin, 1995, p. 293 apud SILVA, 2009, p. 109). Perguntamo-nos: será mesmo que é uma utopia? Acreditamos que não, até porque se o fosse, os legisladores, quer sejam os portugueses, quer sejam os legisladores brasileiros, compartilham também de nossa utopia, porque, em diversas passagens nos respectivos códigos, há normas de concretização do princípio da cooperação entre as partes e o juiz com o fito de se estabelecer a verdade no processo, como, por exemplo, art. 378.º, CPC/BR: “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (BRASIL, 2015).

<sup>156</sup>“Da preexistência de um conflito resulta que as partes esgrimirão posições tentando persuadir da justeza dos respectivos pontos de vista” (MENDES, João de Castro. O direito de ação judicial. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1959, p. 122).

<sup>157</sup>Twining (1994; 2006, p. 288) parte da premissa de que os advogados utilizam a técnica de argumentos racionais e de exclusão de informações relevantes, a efeitos de depurar os fatos da causa e de servir de persuasão do tribunal, dado que a tarefa principal do advogado é a de persuadir o tribunal para que decida a favor de seu cliente.

<sup>158</sup>SILVA, 2009, p. 109.

<sup>159</sup>A autora ao fazer a distinção entre *parte real* e *parte ideal* diz que, sob a ótica dos operadores judiciais, a parte ideal querida pelo legislador (parte ideal colaborativa) não corresponde ao tipo de frequência no ambiente judiciário, tendo em vista que *a parte processual, tal como tipicamente é, é alguém que vive o conflito de modo emocional e não de modo racional* (SILVA, 2003, p. 111).

<sup>160</sup>É preciso, então, atentar-nos ao alerta feito por Calamandrei (1935, p. 16) “que os advogados se habituem ao convencimento de que o mundo se transforma, que certas atitudes teatrais da sua profissão passaram de moda, que certas intemperanças de um individualismo amaneirado se devem disciplinar, fundir-se numa consciência mais precisa dos deveres públicos da sua ordem”.

<sup>161</sup>Mesquita afirma que, apesar de o processo ser um campo *conflitual*, não pode ser *conflituoso*. Exsurge, portanto, ainda mais a importância do diálogo entre partes e juizes - afirmação esta feita na palestra *A revelia no modelo cooperativo*, ocorrida no I Congresso Lusófono de Direito Processual Civil (cit.).

<sup>162</sup>Em geral, as partes são as que melhor conhecem os fatos em litígio. No entanto, “o que mais interessa é manipular, distorcer e ocultar a verdade” (TARUFFO, 2005, p. 67).

“a dinâmica adversarial de distanciamento do juiz incentiva a distorção e supressão de factos e provas desfavoráveis”<sup>163</sup>.

E é neste ponto, para nós, que o legislador brasileiro, em decorrência da estipulação do art. 190.º do CPC/BR, *adotou um mau caminho*<sup>164</sup>, eis que possibilitou a majoração da conflituosidade porque deixou as partes debelarem livremente sobre pontos cruciais do rumo do processo (fatos, prova, e. g.), sem qualquer intermediação e diálogo com o tribunal<sup>165</sup>.

Ou seja, utilizando-nos do próprio argumento cético de não existir *parte ideal*<sup>166</sup>, por que entregar o controle do processo às partes e/ou permitir distanciamento do único sujeito processual sem interesse pessoal no resultado final do processo quando o órgão judicial seria o neutralizador desta conflituosidade?<sup>167</sup>

---

<sup>163</sup>Lind, em seu estudo, diz que o ambiente no qual o processo é desenrolado, nomeadamente, se o ambiente de informação é favorável, ambíguo ou desfavorável, influencia diretamente no atuar das partes quanto ao uso das informações trazidas ao processo. O autor traça sua linha de pesquisa, segundo a qual as partes, com seus próprios advogados, assumem a responsabilidade de *terno inicial, de moldar as questões e de produzir evidências*. Por outro lado, “o papel do decisor inclui uma atitude de receptividade passiva e seletiva à informação fornecida pelos advogados orientados para o cliente”. Esta dependência de informações dos advogados fornece a cada advogado uma capacidade de influência de informação – o único meio legítimo no sistema adversarial para que o advogado e seu cliente afetem seus resultados do litígio. E, conclui o autor: “quanto mais distantes as partes estão do juiz, tendem a maior tentativa de uso da influência da informação, isto é, selecionar as informações a obter garantir um veredicto favorável ao seu cliente” (LIND, Edgar Allan. *The Exercise of Information Influence in Legal Advocacy*. University of North Carolina, Journal of Applied Social Psychology, 1975, pp. 127-143).

<sup>164</sup>Referimo-nos ao efeito do distanciamento das partes para com o juiz. Para tanto, seguimos o posicionamento de Taruffo (2005, p. 114), o qual diz que “a história confirma que a competição bilateral entre as partes é um mau caminho para a busca da verdade”, pois cabe apenas às partes reunir todo o acervo probatório e produzi-las, sendo que seus interesses não estão voltados para encontrar a verdade, mas, sim, de ganhar o processo. “A dinâmica acusatória incentiva a distorção e supressão de provas desfavoráveis”. Mais ainda, tal distanciamento não se deu apenas nos NJP, ocorreu também nas questões procedimentais. Observável que, enquanto que os ordenamentos europeus deixam o juiz adequar o procedimento às especificidades da causa, como, p. ex., adequação formal *no ordenamento francês* através dos *contrat de procédure* realizado entre partes e juízes, cujo objeto é adaptar o procedimento, o legislador brasileiro deixou a cargo das partes realizarem as especificações procedimentais às suas causas, no dizer de Sousa, enquanto “adequação formal em Portugal é pública, no Brasil a adequação formal privada” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Adequação formal pública vs. adequação formal privada (ou Portugal vs. Brasil)?* 2016. Disponível em: <<https://blogippc.blogspot.com>>. Acesso em: 06 mai. 2019).

<sup>165</sup>Consoante autorização expressa do art. 190.º, as partes podem negociar *antes ou durante o processo*. Para Cadiet, o melhor momento para a celebração dos negócios jurídicos processuais é anteriormente à propositura de uma demanda, em razão de haver convergência do acordo de vontades, em suas palavras: “sem nenhuma dúvida é melhor resolver um litígio que sequer tenha se tornado um litígio” (CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. In: *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3: 3-35, aug.-dec., 2012, p. 8). Ou seja, estipular cláusulas a interferir no processo equitativo, anteriormente ao processo e sem qualquer intermediação do tribunal, sendo que seus interesses não estão voltados para encontrar a verdade.

<sup>166</sup>Sob a perspectiva de que os advogados jogarão com as regras do jogo, lutando com todas as armas processuais ao seu alcance para chegar à vitória (AROCA, 2006, p. 169).

<sup>167</sup>Mesquita (2017, p. 90) ao analisar a obra de GUASP, conclui que tendencioso (parcial) seria aquele *juiz que fecha porta à verdade*.

Afirmamos mais, inclusivamente aquando estejamos frente às *partes ideais*<sup>168</sup>, pode ser que o caminho adotado pelo legislador brasileiro venha a ser um obstrucionismo à completude dos fatos e, por conseguinte, acertamento destes para uma justa resolução. Exemplificando: as partes, anterior ao processo, em nome de uma celeridade e da economia processual, negociam que não poderão ser considerados no processo fatos instrumentais e/ou concretizadores, mas apenas aqueles fatos trazidos nos articulados iniciais para que a instrução processual não se prolongue; todavia, da inferência relativa a um facto principal ou essencial urge necessário a prova indireta de um fato instrumental, cuja prova se faz mister realizar<sup>169</sup>.

Exsurge o segundo contato com a essência problematizante do presente estudo, pelo que indagamo-nos: será, pois, que o magistrado vincular-se-á a esta convenção, por mais que não tenha havido *animus* de modulação da verdade em razão de NJP sobre fatos, porém o impediu de ter acesso à configuração real da situação controvertida face à estabilização prematura da demanda?<sup>170</sup> Ter-se-á o magistrado que montar o mosaico sem todas as peças de vidro ou dar uma decisão sabendo que *un hecho es falso*?<sup>171</sup>

Ainda que não seja o momento da análise detida da validade das convenções processuais, cremos que por tudo que já foi dito aqui, não há como este NJP contender indiretamente poderes do juiz, pois, como apontam GOUVEIA e MARINONI<sup>172</sup>, há

---

<sup>168</sup>Um NJP pré-processual de boa-fé.

<sup>169</sup>Acentua Marques que esta situação é mais complexa ainda no processo, quando o enunciado relativo ao *factum probans* não coincide com o relativo *factum probandum*, sendo imperiosa a produção desta prova para o desfecho do processo (MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. Os Poderes da Relação em Matéria de Presunções Judiciais e o Controlo do STJ sobre o Exercício desses Poderes os Poderes da Relação em Matéria de Presunções Judiciais e o Controlo do STJ sobre o Exercício desses Poderes. In: *Boletim Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2016, pp. 757-825, p. 781).

<sup>170</sup>Capelo (2017, pp. 195/204) afirma que o CPC/PT é digno de uma nota positiva na medida em que contraria uma ideia de rigidez na fixação da matéria de facto, porque a estabilização da desta somente ocorrerá depois de toda a prova produzida e do funcionamento de todas as presunções (n.º 4 do art. 607 do CPC) na audiência final. Para a autora, o legislador português, criando “*mecanismos que propiciam essa simbiose factos-prova ao longo de todo o processo ao longo de todo o processo*”, permitindo-se, “*por conseguinte, a consideração oficiosa dos factos instrumentais e daqueles que sejam o complemento, ou concretização dos que as partes tenham alegado que surja nos autos por via da prova produzida e assumida no processo*” (art. 5.º, n.º 2, a e b, do CPC). Ou seja, conclui, “*que este regime flexível [na assunção da matéria de facto] motivado pela busca da real situação material que deu azo ao litígio, permite a consideração oficiosa de factos úteis à justa composição do litígio [desde que seja respeitado o contraditório]*”. Será, então, que louvaríamos a estipulação realizada pelo CPC/BR? Cremos já ter demonstrado um pouco que não fora a melhor solução, em razão de permitir que as partes diretamente no resultado da demanda a violar diretamente o aforismo latino *iura novit curia*, mais ainda, moldar um procedimento o qual não se importe com o acesso à situação fática havida.

<sup>171</sup>Certamente este tipo de decisão, “*baseadas em fatos falsos, não condizem com a dignidade do juiz e do tribunal*” (JAUERING, 2002, p. 147).

<sup>172</sup>Diz-nos que a “*liberdade não pode se sobrepor a uma valor fundamental do Direito (decisão justa)*. Isso é uma ideia de liberdade do séc. XVIII”, cuja eficiência da administração da justiça não era uma preocupação



“sobreposição do interesse público na verdade aos interesses privados em litígio”<sup>173</sup>, consubstanciado no acesso à configuração real da situação controvertida, até porque, mais ainda num processo de *partes reais*, acreditamos ser o princípio do inquisitório a interface entre o accertamento dos fatos e a decisão justa<sup>174</sup>.

Em sendo assim, desejamos um procedimento que possibilite que o juiz possa ver o famoso quadro de *Champaigne – pintado em três atitudes diferentes* – ao centro, significa dizer: a figura do cardeal *Richelieu* vista de frente pelo juiz seria algo como a completude dos fatos da causa (e possível verdade dos fatos), ao passo que um procedimento que force (negócios jurídicos processuais) a ver o quadro de perfil<sup>175</sup>, seria algo como *possível injustiça substancial*<sup>176</sup>.

---

(intervenção feita pelo autor no I Congresso Lusófono de Direito Processual (cit.), quando palestrou sobre a seguinte temática: *Coisa julgada sobre questão*).

<sup>173</sup>GOUVEIA, 2007, p. 60.

<sup>174</sup>Isso porque, para que tenhamos uma determinação verdadeira dos fatos da causa, é preciso que o juiz possa complementar as iniciativas probatórias das partes aquando essas *sejam insuficientes ou inadequadas*, para a aquisição de todas as provas necessárias para adotar uma decisão que determine a verdade dos fatos (TARUFFO, 2010, p. 178).

<sup>175</sup>A metáfora a que nos referimos é feita por Calamandrei (1935, pp. 99-101). Com maestria, o processualista italiano explica que o modelo pintado na tela é um só, mas na tela parece que são três pessoas a conversar, de tal modo que são diferentes as expressões das figuras vistas de perfil e, mais do que isso, o ar calmo que, no retrato do centro, é a síntese dessas duas figuras; e conclui: num processo passa-se o mesmo. Os advogados procuram a verdade de perfil, esforçando o olhar, e apenas o juiz, que está no meio do quadro, vê pacatamente de frente.

<sup>176</sup>Ou seja, poderia o NJP ancilar como entrave ao primeiro contributo das partes com a verdade, eis ser essencial maior quadro fático para o accertamento dos factos e percurso probatório satisfatório e, conseqüente, accertamento do fatos.

## 2 PROVA E VERDADE

### 2.1 Finalidade da prova

Falávamos no capítulo anterior que, em primeiro plano do contributo das partes ao descobrimento da verdade dos fatos da causa, refletir-se-ia no percurso satisfatório ou não da instrução probatória no processo. Bem assim, em razão de a prova ser o ponto *nevrálgico do processo*<sup>177</sup>, resta-nos apontar qual o papel que esta desempenha no processo porque<sup>178</sup>, a depender da concepção dada, refletir-se-á na aceitabilidade ou não de o negócio probatório coatar o poder probatório oficioso<sup>179</sup>.

Decerto o conceito de prova não é unívoco na doutrina e na jurisprudência, ou melhor, é notadamente *plurissignificante*<sup>180</sup> devido ao vocábulo *prova* ser referido a mais de um sentido, *i. e.*, sendo por vezes utilizado para designar *meio de prova*<sup>181</sup>, *destinatário da*

---

<sup>177</sup>MELENDO, Santiago Sentís. *El proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 181.

<sup>178</sup>Antes de mais, vale aqui mencionar Carnelutti, para afirmar que não pretendemos dar um sentido único à prova, visto que, “*como tantas otras cosas, tiene sólo un significado en lenguaje jurídico*” (CARNELLUTTI, Francesco. Transcrizione e esecuzine della sentenza. In: *Rivista di diritto processuale*, vol. II, 1948, p. 181).

<sup>179</sup>Uma vez mais, a adoção de uma determinada concepção ideológica do modelo de processo modula significados jurídicos e, conseqüentemente, efeitos variados a determinados atos processuais; CALHEIROS, Maria Clara. *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 54).

<sup>180</sup>DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol. II. 10. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015b, p. 41.

<sup>181</sup>Para Sousa, “*meios de prova são os elementos portadores da informação que permite a formação da convicção do tribunal sobre a realidade desses factos*” (SOUSA, Miguel Teixeira. *As Partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 1995, p. 196). Enquanto isso, Theodoro Jr. diz que meios de prova seriam “*os modos admitidos em lei genericamente para a realização da prova* [como, *e. g.*, o testemunho, o documento, a confissão, a perícia, a inspeção judicial, o indício]” (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 865). É em relação aos meios de prova que se costuma falar que o processo judicial se serve da prova documental, da prova testemunhal, da prova pericial, etc. Ainda, Freitas faz um desdobramento do conceito de meio de prova, dividindo-o em: (i) *fonte de prova*, que será o objeto propriamente dito (documento, testemunho, etc.); enquanto que o (ii) *fator probatório* é o resultado da produção das fontes de prova, a determinar a ocorrência ou não dos enunciados de factos que integram o *thema probandum* (FREITAS, José Lebre de. *Código de processo civil anotado*. Vol. 1. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2014, p. 205).

*prova*<sup>182</sup>, *objeto da prova*<sup>183</sup>, *prova como atividade*, *prova como resultado*<sup>184</sup>, *finalidade da prova*, etc.

A despeito disso, deteremos nosso debate na discussão doutrinária acerca da finalidade da prova. Segundo as doutrinas de TARUFFO e ABELLÁN – das quais comungamos

---

<sup>182</sup>A doutrina brasileira, em geral, aponta o juiz como sendo o destinatário da prova no processo, em razão de o art. 369.º do CPC/BR estipular que “[...] *as partes têm o direito de empregar todos os meios legais [...] e influir eficazmente na convicção do juiz*” (BRASIL, 2015). Desta maneira, pensa Theodoro Jr. (2016, p. 866) ser o juiz o destinatário da prova, “*pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio*”. A seguir essa mesma linha, em julgamento de Recurso de Apelação n.º 0041290-23.2015.8.19.0209, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (BRASIL) afirmou que: “*logo, se o juiz é o destinatário da prova está plenamente autorizado a dispensar as desnecessárias ou desinfluentes para o deslinde da causa, assim como determinar a produção daquelas que se afigurem indispensáveis à formação de seu convencimento*” (Relatora: Des. Renata Machado Cotta. 13 de novembro de 2018). Apesar dessa inclinação de parte da doutrina em apontar como sendo o juiz o destinatário da prova, o enunciado n.º 50 do FPPC – (art. 369.º; art. 370.º, *caput*), em uma melhor direção, acentua que: “*os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz*”. (Disponível em: <<https://institutodc.com.br>>. Acesso em: 06 mai. 2019).

<sup>183</sup>São os factos constantes da base instrutória, ou no sistema português, temas de prova determinados na audiência prévia (já anteriormente destacados) (MARQUES, 2016, p. 780). Para a lei processual brasileira, a prova terá como objeto “*os fatos em que se funda o pedido ou a defesa*” (art. 369.º do CPC/BR, BRASIL, 2015).

<sup>184</sup>Beltrán (2006, p. 32), em breve síntese, diz que uma coisa é a prova como atividade probatória e outra é a prova como resultado. Uma primeira questão é que a finalidade da atividade probatória “*no processo seja a averiguação da verdade sobre as proposições fáticas relevantes para a aplicação do direito*”, pelo que se aportam elementos de juízo (*medios de prueba*) que deveriam permitir acessar-se razoavelmente a esta finalidade; e outra que, como resultado probatório, “*não seja concebível a prova de uma proposição falsa (ainda, que por suposto, em nesse caso não se falaria alcançado a finalidade da prova)*”.

–, há duas epistemologias dicotômicas<sup>185</sup> que dão o significado de prova, quais sejam: (a) *concepção cognoscitivista*; e (b) *concepção persuasiva*<sup>186</sup>. Neste sentido:

(a) *A epistemologia cognoscitivista* traz um conceito *objetivista e crítico* da prova, segundo o qual considera a prova um instrumento de conhecimento, sendo uma atividade encaminhada a conhecer e/ou averiguar a verdade sobre os factos litigiosos “*como fuente de un conocimiento que – por ser inductivo y estar institucionalizado, o sea, sometido a limitaciones – es sólo probable*”<sup>187</sup>.

Em nosso sentir, a mais-valia desta perspectiva do conceito de prova é a de trazer critérios objetivos da decisão judicial no momento da apreciação da prova, pois concebesse-a dentro de uma atividade racional<sup>188</sup>, é dizer, o *juízo de factos baseia-se nos elementos*

---

<sup>185</sup>Em sentido contrário, para Dei Vecchi não há necessariamente uma dicotomia entre prova judicial como conhecimento ou prova judicial como persuasão. O autor começa a construir o seu raciocínio no sentido de que nem todo advogado estará direcionado a persuadir o magistrado, assim como nem sempre o magistrado estará voltado a conhecer a verdade empírica do que julga (prova como conhecimento); diga-se, o que não deixa de estar correto, porém distante da prática judicial. A partir disto, aponta mais dois motivos a ensejarem a equalização dos conceitos *ditos dicotômicos*. O primeiro concerne ao fato de que a *persuasão*, no seu significado linguístico, “*implica algum critério de corrección y como consecuencia de ello, no cualquier cosa, no cualquier causa, podrían llevar a la persuasión de juez, sino tan solo aquellas que fundamenten su juicio de conformidad*”. O segundo motivo à prova como persuasão tem a mesma direção de ajuste que a prova por conhecimento, isto é, “*ambas tendem a adequar-se à realidade, pois convencer sobre sua credulidade tem sentido de correspondência com a realidade*”. Em sendo assim, “*o juiz pode estar persuadido, pero con la particularidad de que su persuasión está sustentada en pruebas (es decir, por razones epistémicas) suficientes*”. Desta forma, conclui que “*la cuestión no parece ser entonces una dicotomia entre prueba como conocimiento y prueba como persuasión, sino más bien entre diversos criterios de determinación de la suficiencia probatoria*”. No entanto, para nós, apesar de o autor denotar acertadas observações de certas acusações de *la prueba como persuasión*, não faz com o que, aquando a prova como persuasão é adotada como critério de decisão, como sistema de valoração da prova, *i. e.*, íntima convicção, tal se sujeite ao controle externo da decisão judicial; sendo um dos pontos fulcrais da racionalidade que defendemos para a decisão judicial no esquema de argumentação de *warrant*, significa dizer, nas palavras de Beltrán, “*necessariamente postular una concepción racional de la prueba que rechace sostener que está probado todo aquello que el juez considera probado*”, visto que o juiz pode considerar provada uma pretensão sem que tal seja verdadeira, encerrando uma instrução probatória prematuramente, por exemplo. Assim como o autor italiano confunde-se em ser tido como verdadeiro e ser verdadeiro, bem como de prova como atividade e prova como resultado (pontos que analisaremos mais à frente) (DEI VECHI, 2016).

<sup>186</sup>ABELLÁN, 2008.

<sup>187</sup>Porque o conhecimento indutivo dos factos traz a falibilidade da decisão, segundo Abellán (Idem, 2004, p. 8). Ainda vamos tratar deste assunto com maiores detalhes dentro do contexto da verdade judicial, no item 2.3. Sem embargo, o caráter de certeza que seguimos é aquele nos ensina Vaz Serra: “*as provas não têm forçosamente que criar no espírito do juiz uma absoluta certeza acerca dos factos a provar, certeza essa que seria impossível ou geralmente impossível: o que elas devem é determinar um grau de probabilidade tão elevado que baste para as necessidades da vida*” (SERRA, Adriano Vaz. Provas – Direito Probatório Material. In: *BMJ* 110/82, 1961, p. 171).

<sup>188</sup>A fugir por completo da arbitrariedade da decisão judicial, assim como delineou o Tribunal da Relação do Porto, no julgamento da Ac. n.º 3332/17.5T8PNF.P1: “*as máximas de experiência não representam a íntima convicção do juiz mas fatores que surgem da vivência (experiência) coletiva e são apreensíveis pelo homem médio, adquirindo autoridade precisamente porque trazem consigo essa imagem do consenso geral*”. A partir disto, há de haver um grau de convicção do magistrado “*indispensável e suficiente que justifique a decisão, que não pode ser, de modo algum, arbitrária, funcionando aquela justificação (fundamentação) como base de*

*probatórios disponíveis no processo consistente em determinar a verdade dos enunciados fáticos e, por ello susceptible de exteriorización y control (não da consciência do juiz)*<sup>189</sup>.

(b) De outro lado, a *epistemologia persuasiva* propugna a concepção de prova calcada numa visão *construtiva e persuasiva, i. e.*, distanciando-se de um critério de conhecimento objetivo, isto porque a finalidade não tem como persecução a verdade<sup>190</sup>, mas, sim, outras finalidades, nomeadamente, como *un instrumento para la resolución de conflictos*<sup>191</sup>. Logo, para esta doutrina: face às partes quererem a obtenção de uma resolução favorável, tem-se a prova como um meio de convencimento do juiz acerca da ocorrência de um determinado fato<sup>192</sup>.

Consequentemente, adverte BELTRÁN, a raiz de pensamento dessa construção doutrinária (prova como persuasão) desemboca num conceito *irracional da prova*<sup>193</sup>, já que faz referência a termos subjetivos como critério de decisão, tais como: convicção e persuadido (íntima convicção). Ou seja, afora outros problemas que esta teoria conduzíramos, há de chamar atenção para dois: (a) a *infaliabilidade* da decisão judicial<sup>194</sup>; e (b)

---

*compreensão do processo lógico e convincente da sua formação*” (PORTUGAL. Relator: Filipe Caroco. 18 de dezembro de 2018).

<sup>189</sup>Por suposto, resta evidente que, à esteira do defendido (motivação da decisão judicial como uma das condições da justeza da decisão), acompanhamos Beltrán (2006, p. 34): “*os instrumentos de racionalidade da decisão judicial que permite, o controle da admissibilidade das hipóteses tidas como verdadeiras*”, por isso, para se chegar à verdade dos fatos não podemos defender um juízo de fixação formal dos factos da causa, pelo contrário, o juízo de fatos deve basear-se em elementos probatórios, os meios de prova deveriam servir para estabelecer a verdade dos factos relevantes para a causa, é dizer, para lograr uma das metas da administração da justiça, por conseguinte, finalidade da prova, como instituição jurídica, é a de permitir que se alcance o conhecimento dos fatos alegados no caso concreto (prova tem papel fulcral na obtenção de uma decisão justa).

<sup>190</sup>Sendo vista como um obstáculo para a rápida solução da concontrovérsia, contraproducente à duração razoável do processo (TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, A. 45, (2), April-Giugno 1990, pp. 420-485, pp. 429 e ss.).

<sup>191</sup>Para Taruffo (apud ABELLÁN, 2003, p. 45), esta doutrina exerga a prova como tendo como fim principal *la resolución de conflictos*, pelo que a prova, como sendo uma atividade consistente em comprovar a verdade dos fatos, *es un sinsentido*.

<sup>192</sup>A maioria da doutrina espanhola adota como função da prova a convicção judicial, é dizer, persuadir o magistrado a *obtener una resolución favorable*. Para esta doutrina cética, dizer que uma proposição acerca de um fato fora sido provada significa unicamente que haja sido incorporada *al razonamiento decisório del juez como premisa fáctica*, significa que na opinião do autor, que basta que o juiz tenha declarado a ocorrência do fato em questão, diga-se, em grande erro, acabando por associar a decisão do magistrado com a verdade dos fatos (BELTRÁN, 2006, p. 32). Carnelutti fora o principal autor desta concepção de prova, segundo a qual “*probar en el contexto del proceso judicial no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos específicos*” (CARNELLUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: Ed. Arayú, 1955, p. 40).

<sup>193</sup>Fazendo com que o *procedimento se transforme em um meio que constitui a verdade e não um meio para averiguá-la*, cfr. MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes* (1745). (trad.) M. Blázquez e P. de Vega. Madrid: Tecnos, 1985, Libro XXVII, cap. XVII, p. 359 apud ABELLÁN, 2003, p. 10, nota de rodapé n.º 4).

<sup>194</sup>Analisaremos no item 2.3.

impercusável intuição subjetiva do magistrado na formação da convicção do julgador sobre os fatos<sup>195</sup>.

A subjetividade dos termos usados para o critério da decisão *convicção, crença da verdade* e/ou *persuadido*<sup>196</sup>, abre espaço para que o magistrado descure de manejar as providências necessárias ao apuramento da verdade factual<sup>197</sup>, eis que, em função de estar persuadido da ocorrência de determinado enunciado fático ser um estado psicológico, poderá levar em consideração para a formação do seu estado psicológico qualquer coisa e/ou impressões pessoais em relação ao objeto da lide<sup>198</sup>, mas não necessariamente estar assentado nas provas e elementos informativos do processo<sup>199</sup>.

Em sendo assim, uma vez obtida a finalidade da prova (persuasão), já não parecem possíveis maiores controles<sup>200</sup>, pelo que, diz-nos LESSONA, estar-se-ia aberta a *clandestinidade no processo*, pois permitir-se-ia ao magistrado converter informações extraprocessuais em provas praticadas dentro do procedimento em uma impercuscável

---

<sup>195</sup>Fulcralmente porque, cfr. célebre frase do autor americano Sagan: “*you can't convince a believer of anything; for their belief is not based on evidence, it's based on a deep seated need to believe*”.

<sup>196</sup>Beltrán (2005, pp. 65-74) rejeita a teoria *irracionalista* da prova como persuasão por trazer conceitos subjetivos como critérios para a correção da decisão, isto é, tem como sistema de valoração da prova a íntima convicção do magistrado, a fugir de parâmetros externos no controle da decisão, assim como, por ainda comportar numa rechaçada noção de verdade formal que são dependentes da própria decisão judicial; para uma análise detida sobre o tema de verdade material e verdade formal, cf. PICÓ I JUNOY, 2007a. Por conseguinte, o autor traça uma relação teológica entre prova e verdade, por meio da qual uma pretensão é verdadeira não em função de o juiz estar convencido que uma descrição factual é verdadeira por conta das provas produzidas por uma das partes, mas, sim, que os enunciados sobre os fatos que se declaram provados são verdadeiros em razão da sua correspondência com o mundo exterior (e não sobre o que decidiu o juiz), “*por lo que puede sustentar-se que a função da prova é a determinação da verdade dos fatos*”. Portanto, determina as seguintes premissas para uma teoria da finalidade da prova (i) “*la actividad probatoria se vincula con la verdad*; (ii) *es menester postular una concepción racional de la prueba que rechace sostener que está probado todo aquello que el juez considera probado*; (iii) *dado que es la única forma de garantizar su control*”.

<sup>197</sup>Sob pena de ocorrer o inverso daquilo que Comoglio (2004, p. 102) defende, isto é, ao invés de “*non debba transormasi – con aperta violazione della garanzia costituzionale di imparzialità del giudice*”; ou, como defende Rosenberg, que o juiz deve *estar comprometido com o alcance da verdade do caso concreto*, este só estaria interessado a chegar à sua íntima convicção, de modo a proferir uma sentença operativa (que põe fim ao processo), sem preocupar-se com uma análise ampla das provas e fatos (ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 2).

<sup>198</sup>Esta epistemologia construtivista *siquiera puede discutirse si el conocimiento del jue es correcto o equivocado*; porque simplesmente está persuadido. E, como destaca Taruffo (apud ABELLÁN, 2003, p. 48), estar persuadido sobre algo “*es um estado psicológico y nada más*”. Doutra lado, o efeito mais perverso para uma decisão racional que defendemos, é que “*la persuasión podrá fudarse sobre cualquier cosa que hayan incluído en la formación de estado psicológico, y no necesariamente en la producción de pruebas*”.

<sup>199</sup>Distanciando-se, daquilo que determina o n.º 4 do art. 607.º do CPC/PT (PORTUGAL, 2013). O juiz analisa livremente as provas produzidas nos autos do processo dentro da perspectiva da persuasão racional, ou seja, segundo o alegado e comprovado nos autos e não segundo sua convicção pessoal.

<sup>200</sup>Principalmente impedindo o contraditório efetivo, reflexo da fundamentação analítica da decisão judicial, defendido no capítulo 1.

intuição subjetiva<sup>201</sup>, impedindo, assim, *um parâmetro externo à própria decisão do juiz sobre os factos que permita avaliar a correção da mesma*<sup>202</sup>.

Afirmamos mais, corroborando com as palavras do antigo Procurador Geral da República de Portugal CUNHA RODRIGUES, trata-se de legitimar a decisão judicial perante o jurisdicionado<sup>203</sup>, pois “*as pessoas passaram a querer conhecer os métodos de formação da decisão judicial e não a se contentarem com um discurso meramente declarativo; deixaram de se persuadir sem acesso a razões*”<sup>204</sup>.

Por suposto, resta evidente que, à esteira do defendido anteriormente<sup>205</sup>, não podemos defender um juízo de fixação formal dos factos da causa, arbitrário e insuscetível de controle<sup>206</sup>, pelo contrário, defendemos um juízo de fatos objetivos, baseando-se no máximo de elementos probatórios possíveis, por meio de inferências logicamente válidas e controláveis, isto é, que decida racionalmente se uma pretensão é verdadeira ou não<sup>207</sup>.

Portanto, se o tribunal deve estabelecer a verdade dos fatos em litígio para alcançar a justa decisão, o princípio orientador da prova como conhecimento deve ser entendido como um meio a oferecer informações necessárias a permitir que o magistrado tenha acesso à real situação de facto controvertida, ou melhor, na perspectiva de instituição jurídica<sup>208</sup> a prova

---

<sup>201</sup>Guasp (1943, pp. 90-92), combatente ao princípio do dispositivo, fortemente marcante em sua época (e até os dias de hoje), defende o conhecimento dos fatos não alegados pelas partes que, outrora era negado por Chiovenda, em razão da aplicação desarquetada do princípio *quod non est in actis non est in mundo*, o referido princípio surgiu no “*direito canônico não para limitar a atividade do juiz na formação da matéria fática do processo, mas, sim, para adotar como requisito essencial das formas processuais a escrita*” (isso era uma preocupação do legislador canônico a fim de evitar possíveis prejuízos causados pela malícia de determinados juizes, em vista de assegurar a possibilidade de um recurso ante a jurisdição papal). O insigne processualista defende que o “*hecho relevante para el juez y que las partes no hubieran utilizado, su actitud debería ser la de aportarlo al material de decisión y dejar constancia objetiva de él, lo mismo que euda la de cualquier hecho alegado por las partes*” e, por conseguinte, esta constância objetiva permitir a revisão ulterior da certeza de tais circunstâncias em razão da produção probatória. Desta maneira, com base em Lessona, defende pela necessidade de uma releitura do princípio *allegata et probata* a atribuir poderes instrutórios ao juiz, para evitar a *clandestinidade*, isto é, quando o juiz toma conhecimento de um fato (não alegado) e utilize para sua convicção. Ou seja, com a *iniciativa del Juez en cuanto a la pruebas*, permitiria ao magistrado converter informações extraprocessuais em provas praticadas dentro do procedimento.

<sup>202</sup>BELTRÁN, 2005, p. 74.

<sup>203</sup>Até porque “*o papel da fundamentação da decisão judicial tem muito a ver com a importância a própria legitimação do exercício do poder judicial*” (CALHEIROS, 2015, p. 195).

<sup>204</sup>RODRIGUES, José Narciso da Cunha. *Em nome do povo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 303.

<sup>205</sup>Motivação da decisão judicial como uma das condições para o atingimento da verdade, logo: chegar-se à justa composição do litígio.

<sup>206</sup>É o que propõe Haack (2016, p. 318), em seu modelo de *estándares de pruebas*, os quais apontam ser uma prova melhor ou pior a determinar que a afirmação é verdadeira.

<sup>207</sup>MARQUES, 2016, p. 779.

<sup>208</sup>Ou, na correta compreensão do laço familiar que há entre prova e verdade, *estos es*, na visão de Beltrán (2005, p. 101): “*la prueba y la verdad no son hermanas, pero no se deduce que no tengan una estrecha relación de parentesco*”.

torna-se o elemento essencial que dispõem tanto as partes, como o juiz<sup>209</sup>, para aquilo que o Tribunal da Relação de Évora determinou como sendo o seu verdadeiro fim: *o apuramento da verdade e a justa composição do litígio*<sup>210</sup>.

## 2.2 Verdade: um valor fundamental para procedimento ou um esperar do canto galo?

Da mesma forma que TARSKI, não temos uma pretensão *platônica* ou *aristotélica* de terminar o que é a verdade<sup>211</sup>, entretanto, como designa WILLIAMS, não somos *negadores da verdade*<sup>212</sup> que, principalmente, dão atenção aos usos filosóficos do conceito de verdade e não aos comuns, bem como se concentram nas conhecidas dificuldades e insuficiências das teorias filosóficas de verdade, porém, ao invés de negá-la – assim como fazem DUMMETT<sup>213</sup> e HAACK<sup>214</sup> –, necessário é explicar por qual motivo precisamos do conceito e o que significa possuí-lo no campo processual<sup>215</sup>.

---

<sup>209</sup>TARUFFO, 2010, p. 66.

<sup>210</sup>PORTUGAL. *Proc. n.º 137/15.IT8SSB.EI*. Relatora: Isabel Peixoto Imaginário. 06 de abril de 2017. De modo a cumprir com a função da prova estabelecida pelo legislador português: art. 341 do CC/PT *as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos*.

<sup>211</sup>O doutrinador afirma que não tem pretensão de determinar o que é a verdade e o seu conceito porque, por ser um termo tão vago, não é possível alcançar uma solução determinada, bem como tal resultaria em usar um sentido quase místico que se funda na crença de que toda palavra tem um só significado real (ideia platônica ou aristotélica) (TARSKI, 1994, p. 345).

<sup>212</sup>O autor assevera que uma corrente da doutrina nega toda e qualquer verdade, rejeitando sua importância ou defendendo que toda verdade é relativa ou subjetiva ou sofre de alguma outra desvantagem semelhante (BOUVERESSE, Jacques. *Precisamos da Verdade?* Maria João Ferro (trad.). In: ANTUNES, João Lobo. *Que valores para este tempo?* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Editora Gradiva, 2007, p. 94).

<sup>213</sup>Dummett diz que a tarefa do filósofo não é minimizar a verdade, nem exaltá-la, e também não é negá-la ou defendê-la, mas, antes explica por qual motivo precisamos do conceito e o que significa possuí-lo (DUMMETT, Michael. *Truth and the Past*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2004, p. 116).

<sup>214</sup>Segundo apontamentos de Haack (2016, p. 312), se o processo não se importasse com a verdade: “o procedimento probatório judicial seria uma espécie de farsa cruel”. Aproximando-se da expressão dada por Nietzsche, qual seja: “de a atividade probatória ser um teatro”, conclui a autora que: “os procedimentos probatórios *hão de ser algo mais do que um teatro judicial, necessitam, ser capazes de chegar, suficientemente frequentemente, a decisões faticamente correta*”. Mas, mais para um lado filosófico que não adentraremos em razão do tempo e escopo do estudo, o supracitado filósofo alemão chama atenção para estarmos em *tempos de massas e do teatro*. O que isso significa? Em tais tempos, para algo ser visto e reconhecido como verdadeiro não é necessário, de forma alguma, que o seja, e que o fato de ser verdadeiro pode até, nesse ponto, construir um grave inconveniente: a melhor forma de algo ser aceito como verdadeiro não é necessariamente aquele que consiste em ser, com efeito, verdadeiro; NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Der Fall Wagner, Werk*. Herausgegeben von Karl Schlechta, Ullstein, Francoforte do Meno/Berlim/Viena 1981, Bd. III, p. 366.

<sup>215</sup>Em outra perspectiva, contudo, podemos transpô-la ao ambiente jurídico e ao sentido de verdade que melhor nos atende, o filósofo francês Jacques Bouveresse, ao estudar os trabalhos de Nietzsche, diz que, para sabermos se a falsidade e a mentira são mais importantes do que propriamente a verdade, “*precisaríamos de alguma noção da verdade oposta à falsidade e à mentira*”. Para tanto, indaga-se: “*a questão será que não sobrestimamos as virtudes da verdade e não será, no final, a falsidade mais útil e necessária do que a verdade? É bastante diferente da questão ‘precisaremos da verdade?’ como é entendida por alguns filósofos contemporâneos, e não deve ser confundida com ela. Esta última questão, aparentemente muito mais profunda,*



Ora, se assim não fosse – se a verdade não importasse ao processo ou se não existisse –, ter-nos-íamos reestabelecido o sistema de prova por desafio descrito por FOUCAULT<sup>216</sup>, constituído na Idade Média, ou melhor, esperaríamos *canto do galo* para saber o resultado do processo<sup>217</sup>?

Evidente que não, se não existisse a verdade, consoante observa STRECK, porque, então, estamos a falar de algo que não existe?<sup>218</sup> Por isto, ao invés de negá-la, queremos dar um conceito útil ao processo, até porque como negar algo que inclusivamente o legislador determinou como sendo um dos fins do processo: “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (art. 378.º do CPC/BR, BRASIL, 2015) ou “na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio” (art. 7.º do CPC/PT, PORTUGAL, 2013).

Apesar disso, há uma grande parcela da doutrina que, ao confundir determinados conceitos<sup>219</sup>, opta por negar a verdade, tendo como raiz de pensamento duas bases

---

*pertence, de facto, a uma categoria diferente e não certeza se é possível atribuir-lhe verdadeiro significado”* (BOUVERESSE, 2007, p. 98). Em nossa interpretação, transpondo o raciocínio filosófico do mencionado autor ao cenário jurídico, é dizer: podemos usar essa distinção e/ou necessidade da falsidade para termos em conta do que é verdadeiro. Desta maneira, a citar Henke (apud LARENZ, 2014, p. 257), o qual entende a justiça como em sendo um princípio aberto com conteúdo injuntivo normativo, ou melhor, em seus termos: “*não sendo meras fórmulas vazias, mas, antes, são perspectivas negativas, isto é, excluem determinadas soluções contrárias à justiça*”. Ou seja, a “falsidade” (remontando-nos a Bouveresse) dá-nos segundo a experiência, a possibilidade de perceber uma resolução injusta.

<sup>216</sup>Aponta Foucault que o sistema de prova na Alta Idade Média baseava-se em um sistema cujo fim não era a busca da verdade, mas, como um desafio entre as partes: se a prova acontece e o desafiado vence, a assertiva seria verdadeira. Ou seja, a prova não é tida como uma demonstração da verdade, mas, no resultado do desafio, pelo que, invariavelmente, tal sistema não atesta quem tem razão, mas quem é mais forte; restando ao juiz apenas atestar o vencedor. Confere-se à força o valor de verdade (SILVA, Beclate Oliveira. A prova: (in)subsistência dos modelos declaratório e constitutivo do fato. In: SILVA, João Calvão da. et al. *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 4).

<sup>217</sup>A fazer referência à famosa Lenda de Barcelos/Portugal, havida em tempos medievos. Explanemo-la: ocorrera um crime na cidade de Barcelos, no entanto, sem qualquer indício de quem o cometera. Ocorre que, soubera-se que, na altura do cometimento do referido crime, havia um galego peregrinando pelo Caminho Português até Santiago de Compostela e, como ninguém o conhecia, acabara sendo acusado, declarado culpado e, por fim, condenado à forca. No dia do julgamento, como última medida para provar sua inocência, o galego afirmou que: “*seria tão certo eu estar inocente, como certo é esse galo cantar quando me enforcarem*”, tendo apontado para um galo assado que estava numa mesa, pronto a ser transformado em refeição. Pois bem, como algo milagroso, quando o réu estava a ser enforcado, o galo voltou à vida, cantando alto bem à frente do juiz. Este, que viu na improbabilidade absoluta de tal acto um sinal da inocência do acusado, correu até à forca e percebeu-se que, graças a um nó mal dado, o peregrino sobreviveu.

<sup>218</sup>STRECK, Lenio Luiz. *O cego de Paris e a busca da verdade real – O início*. 2013. Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 25 jun. 2019.

<sup>219</sup>Haack (2016, p. 313).

estruturantes<sup>220</sup>, segundo aponta MARQUES<sup>221</sup>: (i) *não pode ser encontrada no processo*<sup>222</sup> ou; (ii) *não deve ser buscada no processo por não a ter como fim*<sup>223</sup>.

Permita-se-nos, antes de debruçarmos na teoria que atribui o conceito de verdade mais adequado para o contexto processual, tecermos algumas observações sobre a supramencionada doutrina cética. A primeira nota, no que tange a *verdade absoluta* ser *inalcançável, sendo necessariamente subjetiva ou relativa*<sup>224</sup>, a sua negação esbarra nos primeiros sentidos de *verdade* seguido por nós, quais sejam: a verdade é *objetiva (sendo seu conhecimento relativo) e contextualizada*<sup>225</sup>.

---

<sup>220</sup>Ressalta-se que, em face das variadas negações, ao apresentarmos o modelo de descobrimento da verdade mais consentâneo com a adequada fundamentação judicial (conceito semântico da verdade por correspondência), sem incauto, desmistificaremos muitas destas confusões, sendo que algumas já foram desconstruídas no presente estudo.

<sup>221</sup>Marques (2016, p. 767), em um excelente estudo sobre *Os Poderes da Relação em Matéria de Presunções Judiciais e o Controle do STJ sobre o Exercício desses Poderes*, dedica algumas páginas a falar sobre a verdade no processo civil e a sua relação com a fundamentação da decisão judicial, pelo que, diz que a doutrina *inimiga da verdade* - com verdadeira *verifobia* -, se divide e, duas: naquela que nega a verdade como possível na ciência, matemática (em qualquer campo) e aquela que nega-a no domínio do Direito.

<sup>222</sup>Calcada principalmente na ideia de que, em razão das limitações processuais, não é ambiente próprio e adequado ao descobrimento da verdade. Aroca é mais contundente na crítica a uma busca da verdade no processo, afirmando que “*não há espaço para essa busca ilusória, sendo um mito que precisa desmistificado, até porque há muito Carnellutti já pôs fim a esta discussão em razão de sua duração razoável e efetividade*” (AROCA, Juan Montero. et al. *Derecho Jurisdiccional II – Proceso Civil*. 25. ed. Valencia: Tirant lo Bllanc, 2017, p. 217).

<sup>223</sup>Tendo como fim apenas resolução do litígio. Já discorremos bastante sobre a verdade dos factos inserir-se na condição para a justa decisão, ante uma segunda interpretação do devido processo legal, portanto, não adentraremos nesta discussão.

<sup>224</sup>Edelman (1998, p. 54) afirma que *la vérité judiciaire* é essencialmente relativa porque expressa apenas uma verdade oriunda de um debate privado e temporário, aplicada apenas às partes envolvidas e a falar apenas a verdade de um momento.

<sup>225</sup>Antes de mais, quando afirmamos *supra* ser a *verdade contextualizada*, não nos referimos à discussão acerca sobre o tipo de governo de Estado (democrático ou autoritário) refletir-se nas regras processuais, mas, tão somente, para destacarmos que, em razão de estarmos em um processo judicial, a *contextualidade da verdade* relaciona-se ao fato de esta depender das provas e informações trazidas ao processo.

TARUFFO invalida a distinção entre verdade absoluta ou relativa<sup>226</sup>, o que pode ser relativo é o conhecimento da verdade<sup>227</sup>, assim, explicam ABELLÁN e CALHEIROS que o procedimento de averiguação da verdade, mais ainda no contexto judicial, enfrenta um conjunto objeções ao conhecimento que lhes são específicas<sup>228</sup>, sendo, portanto, *imposible hablar de verdades absolutas* emanadas pelo judiciário<sup>229</sup>.

O que se pretende ressaltar é que a única verdade passível de apreensão processual será uma verdade *relativa*, estando em proporção direta com a humana possibilidade de

---

<sup>226</sup>Taruffo (2010, p. 99) afirma que, para uma definição adequada da verdade, não há que se partir sobre a distinção de a verdade “*ser relativa ou absoluta, o que há é uma verdade objetiva [determinada pela realidade]*”, porque não há verdade absoluta no contexto processual, tendo somente esse atributo *en unas pocas teorías metafísicas y algunas religiones* (TARUFFO, Michele. Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. In: *Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 25). Mais ainda, não é menos certo que, “*mesmo no universo das ciências exatas, se deixou de há muito de prestar um tributo a uma noção sacralizada e absoluta de verdade*” (STENGERS, Isabelle. *As políticas da razão – dimensão social e autonomia da ciência*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 135). Rosset parte da ideia de que toda realidade é cruel e essa *ética da realidade* tem como base dois princípios, sendo o segundo *princípio a incerteza*: toda a verdade é *duvidosa*, hipótese que vale especialmente para a *filosofia*, mais ainda, *uma verdade incontestável cessaria, por isso mesmo, de ser filosófica*. A partir disto, o autor afirma que incerteza é cruel e essa crueldade é própria da filosofia, pergunta-se: para que serve? “*Não para produzir o verdadeiro, posto que ele só habita o incerto. Mas para destruir ideias falsas: uma verdade filosófica, por ser sempre negativa ou crítica, é de ordem essencialmente higiênica*” (ROSSET, Clement. *O Princípio de crueldade*. (trad.) José Thomaz Brum. Rio de Janeiro: Rocco, 1989, p. 06). Compartilhando dessa mesma dúvida filosófica sobre a verdade e para denotar a modernidade de tal discussão, Veyne pergunta-se no título de seu livro: “*os gregos acreditavam em seus mitos?*” (VEYNE, Paul. *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes? Essai sur l’imagination constituante*. Paris: Seuil, 1992).

<sup>227</sup>A relatividade não decorre do fato de que a verdade não exista, que não tenha sentido ou que não possa ser estabelecida. Em razão de estarmos em um contexto processual, a verdade de enunciado só poderá ser estabelecida (ou não) com base nas provas disponíveis no processo e, com base na doutrina de Taruffo (2010, p. 101), conclui Marques (2016, p. 768): “*se qualquer verdade (ou enunciado de verdade) baseia-se na informação disponível no momento decisório e nos métodos de aquisição processuais de tais informações ou dados, daqui resulta que o tribunal apenas tenta a melhor aproximação ou captação da realidade-fenomenológica dos factos controvertidos*”.

<sup>228</sup>Calheiros (2015, p. 74) diz que o procedimento de averiguação da verdade, “*no contexto do mundo judiciário, enfrenta um conjunto de dificuldades que lhe são específicas*”, tais como podemos citar como exemplo: duração razoável do processo (não pode durar *ad eternum* apenas para se chegar a verdade), regras de preclusões em matéria probatória e/ou de alegações de fato, trânsito em julgado, proibição de praticar determinadas provas, dentre outras limitações peculiares ao contexto judicial. Em nosso entender, a maior dificuldade que o contexto judicial enfrenta ao averiguar a verdade, assinala Abellán (2003, pp. 53 e 66), por isso, não há que se falar em certezas absolutas – “*é a de que os fatos não são entidades empíricas objetivamente determinadas, mas são, em realidade, narrações relativas a factos em que se afirmar que eles hão ocorrido no mundo exterior*”. Como já afirmamos, o juiz não tem frente aos seus olhos os fatos como se deram no mundo real, mais ainda, “*la verdad de tales enunciados há de ser obtenida casi siempre mediante un razonamiento inductivo a partir de otros enunciados fáctico [depoimento de uma testemunha, por exemplo]*”, ou seja, em sendo o processo o âmbito onde se utilizam provas para proporcionar informações acerca dos acontecimentos que se presumem ter acontecido fora do processo, por isso a importância – e, ao mesmo tempo, da debilidade do conhecimento dos fatos no processo – de um procedimento que valorize a produção do maior número de provas essenciais possíveis para aproximar-se da realidade dos fatos.

<sup>229</sup>Ibid., p. 53.

conhecimento<sup>230</sup>, em função de o processo ser um método de fixação do real, não um método de averiguação científica<sup>231</sup>; porquanto, não significa que o conceito da verdade que propomos seja *subjetiva*<sup>232</sup>.

A *objetividade da verdade*, por sua vez, floresce do dever constitucional de fundamentação da decisão judicial, isto é, de acordo com HAACK, no âmbito de um sistema jurídico justo<sup>233</sup>, impõe-se a existência de indicações objetivas da verdade (critérios de inferências, p. ex.), de modo que a verdade de um enunciado não seja arbitrária (consciência do juiz)<sup>234</sup>, mas mais bem da correspondência da afirmação com a realidade a que se refere<sup>235</sup>.

Sem mais delongas, importa-nos acentuar a teoria da verdade que mais se coaduna com a racionalidade da decisão judicial. Para tanto, inúmeras teorias buscam definir a verdade<sup>236</sup>, sendo, entretanto, a *teoria da verdade como correspondência* a qual possui mais

---

<sup>230</sup>FERRARI, Ubaldo. La ricerca della verità. In: *Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Roma, 1927, p. 6.

<sup>231</sup>SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Lisboa: Almedina, 1987, p. 111. Na visão do filósofo francês, Clément Rosset (1989, p. 6), traz o princípio da realidade suficiente, a saber: “*o real basta e dele nada escapa, posto que é real*”. Cabe aos homens se contentarem e este contentamento é o que o autor chama de alegria; sendo, para nós, no contexto processual, *o real* é aproximar-se ao máximo da verdade.

<sup>232</sup>A verdade que se busca no processo é determinada pela realidade, sendo assim, objetiva. Mais ainda, *la verdad* alética no contexto do processo tem um valor regulativo, é dizer, sendo o norte do processo: ainda que seja inalcançável (como a doutrina cética argumenta), “*pero sirve para indicar la dirección hacia la cual hay que orientar los procedimientos cognoscitivos que concretamente se ponen en práctica*” (TARUFFO, 2010, pp. 99-101).

<sup>233</sup>O é processo visto como meio de obter uma decisão justa, legal e não arbitrária e realizável na prática, segundo as concretas regras de produção de prova existentes em cada ordenamento (CALHEIROS, 2015, p. 74).

<sup>234</sup>A objetividade da verdade, segundo Haack, recai principalmente de o sistema jurídico dispor de indicações objetivas da verdade, isto é, padrões objetivos de melhor ou pior prova. Para tanto, a autora traz o caso *Kerry Kotler*, por ser particularmente vívido: em 1992, após cumprir 11 dos 25 a 50 anos da pena por estupro, o réu teve a liberdade decretada quando uma nova prova obtida mediante uma análise de DNA provou não ter sido ele o autor do crime; menos de três anos depois, acusado de outro estupro, Kotler uma vez mais foi condenado à prisão, desta vez, com uma prova de DNA. “*Mas, se não houvesse nenhuma verdade objetiva quanto ao estupro, ou estupros, cometido por Kotler, ou se a rova de DNA não fosse, em termos objetivos, mais indicativa da verdade do que um testemunho ocular, etc., não haveria aí justiça: apenas uma farça medonha*” (HAACK, 2015, p. 152).

<sup>235</sup>Corresponde às provas produzidas no processo em relação à realidade do mundo exterior. Entraremos mais à frente na temática dessa correspondência entre as provas (decisão) com o mundo real (MARQUES, 2016, p. 768).

<sup>236</sup>Cf.: NICOLÁS, Juan Antonio & FRÁPOLLI, María José (ed.). *Teorías de la verdad em el siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1997. Não sendo o presente estudo o campo para debater todas essas teorias, apontaremos aquelas teorias que mais são utilizadas no campo do direito a explicar o conceito de verdade: (a) *teoria semântica da verdade como correspondência*; (b) *teoria sintática da verdade como coerência*; (c) *teoria pragmática*. A teoria sintática entende a verdade de um enunciado como resultante da sua integração coerente num conjunto de enunciados. Por outro lado, a teoria *pragmática da verdade* leva em consideração que o enunciado verdadeiro é aquele que seja justificadamente aceitável (ABELLÁN, 2003, p. 54). De antemão, descartamos essas duas teorias da verdade porque não desassociam a verdade da decisão judicial (verdade é aquilo que o juiz decidir), bem como dão um caráter de infalibilidade da decisão judicial.

força e vigência histórica<sup>237</sup>, em especial porque deixa em aberto a definição dos métodos utilizados para sua determinação, a fugir de qualquer subjetividade e/ou arbitrariedade da decisão judicial<sup>238</sup>.

Dessa maneira, nosso estudo recair-se-á sob análise da *teoria lógico-semântica da verdade por correspondência*, pois dá conta de responder a primeira proposição na abertura do tópico, qual seja: por que precisamos do conceito no processo? Porque, com base nesta teoria<sup>239</sup>, a verdade é convertida em um meio para que se alcance e se cumpra a função de garantia da justiça<sup>240</sup>.

TARSKI, expoente desta teoria, afirma que qualquer definição de verdade há de ser formalmente correta e materialmente adequada, consistente em estar de acordo (ou correspondência) com a realidade<sup>241</sup>. Parafraseando o autor, esta asserção formalmente adequada significa que a definição de verdade da “*oração que figure linguagem objeto* deve figurar-se na *metalinguagem*”<sup>242</sup>, pois só assim poderá evitar-se paradoxos como o do

---

<sup>237</sup>Nicolás & Frápolli (op. cit., p. 16) destacam que: “*sin duda las que mayor fuerza y vigencia histórica han tenido*”, nomeadamente, a partir do século XX ganhou ainda mais força. À título exemplificativo de que verdade como correspondência goza de uma larguíssima tradição e, talvez seja o *slogan* mais icônico desta teoria, tal está presente desde Aristóteles quando estabelece que: “*falso es, en efecto, decir que lo que es, no es, y que lo que no es, es; verdsdero, que lo que es, es, y lo que no es, no es*” (ARISTÓTELES. *Metafísica, introducción*. (trad.) T. Calvo Martínez. Madrid: Gredos, 1994, IV, 7, 1011 b, pp. 26/28, p. 198).

<sup>238</sup>TARUFFO, 2005, p. 169.

<sup>239</sup>Porque uma teoria “*acceptable no puede contener (o implicar) enunciado falso alguno*” (TARSKI, 1990, p. 103).

<sup>240</sup>Taruffo traz-nos a ideia de que “*a giustizia della decisione* depende de um algarítimo que incluye e vincula *tre ordini di valori* (a) *correttezza della scelta e dell’interpretazione della regola giuridica applicabile al caso*; (b) *accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso*; (c) *impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione*”. Face à necessidade da correta aplicação do direito ao caso concreto (premissa a), urge ao processo a necessidade da verdadeira determinação dos fatos pelo juiz, pelo que, ao nosso ver, a verdade é tida no processo como dois vieses complementários e necessários: no primeiro, a verdade é convertida em uma ferramenta a orientar partes e juízes, ou melhor, a dirigir racionalmente a conduta de todos os sujeitos processuais de maneira a obter-se um maior quadro factual e probatório possível para uma maior aproximação desta e, por conseguinte, desemboca no seu segundo viés, é dizer, para que se cumpra sua função de garantia de justiça: decisão justa (aplicação correta do direito ao caso concreto). Por fim, uma “*una decisione è giusta in senso proprio solo se è giusta sulla base di tutti e tre i criteri*” (TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 2, 1997, p. 317).

<sup>241</sup>O autor, para demonstrar o critério de adequação material de sua definição de verdade, apresenta a clássica concepção de verdade: “*la nieve es blanca*”. Baseando-se nesta concepção clássica da teoria por correspondência, o autor propõe um replanteamento desta, sugerindo aplicar a seguinte equivalência: “*la oración la nieve es blanca es verdadera si, y si sólo si, la nieve es blanca*”. Conclui que, quando queremos afirmar a veracidade de uma oração (*la nieve es blanca*), esta terá que ser substituída por outra oração equivalente, a determinar a veracidade da asserção objeto, é dizer: *x es verdadera si, y sólo si, p* (“*p*” seria a equivalência ou correspondência com a realidade) (TARSKI, op. cit., p. 70).

<sup>242</sup>Segundo o autor, toda oração que figure na linguagem objeto (contida na primeira oração a qual pretende-se confirmar sua veracidade) também deve figurar na metalinguagem (*p*). A metalinguagem deve conter a linguagem-objeto como parte dela, de modo a provar que a metalinguagem possui riqueza essencial para definir a noção de verdade. Trocando em miúdos, só há dois casos possíveis para uma oração: ou é bem satisfeita por todos os objetos, ou não é satisfeita por objeto algum. Por conseguinte, conclui o autor, aflora-se o conceito de

*mentiroso*, que tem sua causa na ambiguidade da linguagem comum<sup>243</sup>. Por outro lado, a verdade restará materialmente adequada se se designa um estado de coisas existentes, em concreto: quando houver garantia para aplicar a caracterização é verdade dadas as preposições (metalinguagem) serem equivalentes com o esquema  $(V)$ <sup>244</sup>, ou seja, deve ter como consequência todas as instâncias linguagem e objeto (*p es verdadera*) *si y sólo si p*<sup>245</sup>.

Transpondo-a ao contexto jurídico processual: no procedimento de fixação de fatos, o que interessa dos enunciados fáticos é a informação empírica que proporcionam<sup>246</sup>, portanto, interessa conhecer o *facto probandum* se há ocorrido (por exemplo, a asserção de que *A* violou o direito subjetivo de *B*), interessa-nos por seu referente empírico (saber se *A* violou o direito subjetivo de *B*), os quais dar-se-ão pelos *factuns probans* (declaração de uma testemunha, *e. g.*)<sup>247</sup>.

Em sendo assim, constatam ABELLÁN e MARQUES, é um problema lógico e semântico: o enunciado relativo ao *factum probandum* poderá ser considerado verdadeiro caso seja confirmado logicamente pelo enunciado relativo ao *factum probans*, pelo que os

---

falsidade e verdade, visto que uma “*oración es verdadera si es satisfecha por todos los objetos, y falso en caso contrario*” (Idem, pp. 82-86).

<sup>243</sup>Denomina de “*la antinomia del mentiroso*” (Idem, p. 74).

<sup>244</sup>Por assim, o termo verdadeiro deve ser adequado dentro do ponto de vista material: “*deseamos usar el término verdadero de manera tal que puedas enunciarse todas las equivalencias de la forma (v), y llamaremos de adecuada a una definición de la verdad si de ella se siguen todas estas equivalências*”. E, a partir disto, o autor utiliza-se de critérios para a explicação da verdade proposicional (das proposições equivalentes). A metalinguagem deve conter riqueza suficiente para dar a possibilidade de construir um nome para cada uma das frases da linguagem objeto, assim como deve conter termos de caráter lógico geral (ou termos semânticos para o autor referentes a linguagem objeto). Porque só assim explicará o significado do termo que se define a verdade proposicional e em termos cujos significados parecem completamente claros e inequívocos; ademais, teremos uma garantia de que o uso de conceitos semânticos não nos complicará em contradições (TARSKI, 1990, p. 92).

<sup>245</sup>Em essência, em considerar a oração *x es verdadera* como equivalente a oração denotada por *x* (donde *x* representa um nome de uma oração da linguagem objeto). Por conseguinte, o termo verdadeiro, quando aparece em uma oração simples da forma *x es verdadera*, pode eliminar facilmente, e a oração mesma, que pertence à metalinguagem, pode substituir-se por uma oração equivalente da linguagem objeto; e o mesmo se aplica às orações compostas sempre que os termos verdadeiros figurem nelas exclusivamente como parte de expressões da forma *x es verdadera* (*todas las consecuencias de los enunciados verdaderos son verdaderas*). Em efeito, a definição semântica da verdade nada implica no que diz respeito às condições em que pode afirmar-se uma oração tal como *la nieve es blanca*, “*sólo implica que siempre afirmamos o rechazamos esta oración, debemos estar listos para afirmar o rechazar la oración correlacionada: la nieve es blanca es verdadera*”. Ou seja, traz condições para determinar se há garantia ou não para aplicar a caracterização é verdade dadas as preposições, dissociando a definição de verdade com a sua justificação (Idem, p. 96).

<sup>246</sup>E, consoante anteriormente assinalado, é no primeiro plano de contributo das partes para com a verdade no processo, significa dizer, quanto maior a completude dos factos trazidos pelas partes, maiores informações empíricas saltarão destes enunciados fáticos, de maneira a possibilitar uma instrução probatória mais bem eficiente.

<sup>247</sup>MARQUES, 2016, p. 781.

critérios de verdade (via criterial de Tarski)<sup>248</sup> fornecem as *condições teste* sobre as quais pode-se afirmar com segurança a veracidade dessa asserção<sup>249</sup>. Ou seja, o modelo semântico de verdade por correspondência não é o conceito de verdade em si, tão só uma condição de adequação de qualquer definição de verdade que queira apresentar-se como aceitável<sup>250</sup>.

Por conseguinte, desvela-se o primeiro ponto alto desta teoria: racionalidade no percurso decisório de determinação da verdade, afastando-se de qualquer arbitrariedade ou subjetividade da decisão judicial<sup>251</sup>.

Ademais, BELTRÁN e FERRAJOLI<sup>252</sup>, ao analisarem a teoria *proposicional tarskiana* sobre a adequação material dos enunciados que declaram um facto provado, destacam aquilo que consideramos o segundo ponto fulcral: *dissociação entre a verdade de um enunciado e a decisão judicial*<sup>253</sup>. Trocando em miúdos: a força descritiva do enunciado probatório enunciado pelo juiz não depende deste, mas a verdade do enunciado probatório depende

---

<sup>248</sup>No dizer do processualista português, é um problema *lógico-semântico*, pois, o juiz faz uma *inferência lógica* a constituir a ligação entre os enunciados sobre os factos, isto é, ao ligar os factos aduzidos pelas partes em seus articulados e os resultados probatórios obtidos no processo (*factus probans*). Sendo esta conexão pautada por critérios bem definidos: sobre a base de elementos informativos e probatórios, o juiz constituirá suas inferências (regras de experiência, presunções, provas científicas, etc.), pelas quais o magistrado conectará aos *factum probandum* a firmar se ocorreram ou não (Idem, p. 783). No mais, remetemo-nos ao item 1.2.

<sup>249</sup>Abellán (2003, p. 70) assevera que os critérios de verdade são condições que permitem afirmar uma oração como verdadeira, ou melhor, em suas palavras: “*proporcionam tests que há de se superar uma oração para poder dizer que ela é verdadeira ou falsa*”. Ademais, quando afirmamos acima “*chegar com segurança a veracidade dessa asserção*”, podemos fazer uma referência ao conceito de *probabilidade epistemológica*” como grau de confirmação de um enunciado sobre a base dos elementos de prova que se referem a ele. É claro, sem embargo, que este conceito se refere a lógica das inferências entre proposições, e não implica nenhuma quantificação matemática (JAUERING, 2002, p. 263).

<sup>250</sup>Haack (2016, p. 316).

<sup>251</sup>Para Haack (ibid., p. 318) e Abellán (op. cit., p. 53), um modelo modelo epistemológico de descobrimento e justificação da verdade, sendo um conjunto estruturado de atividades destinados à determinação da verdade dos fatos que se assenta uma decisão, sobre *base nas provas produzidas, com a esperança de que isso revele a verdade*.

<sup>252</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

<sup>253</sup>Fundamentalmente porque esta teoria parte de uma ideologia minimamente realista, advinda da concepção objetiva da verdade e não subjetivista, significa dizer, permite haver uma crença na existência de um mundo objetivo, independente do sujeito cognoscente, que é o que faz verdadeiras nossas crenças. Ou seja, a fixação de fatos neste modelo, quando o juiz declara que certos fatos são verdadeiros, não pretende formular um enunciado que seja coerente ou possa ser aceito por qualquer razão. O que pretende é reconstruir a realidade, aportar uma informação empírica sobre os fatos em questão. Muito simplesmente: “*pretende dizer que a realidade é – ou há sido – como descreve o enunciado (por certo é o conceito de verdade usado em múltiplas facetas do cotidiano). La verdad há de depender de la realidad, porque así es. No hay oración que sea verdadera sino porque la realidad la hace verdadera*” (Idem, p. 70).

exclusivamente de sua correspondência com o *mundo físico*<sup>254</sup>, diga-se, do qual podemos ter conhecimento através de nossos sentidos e *não uma cópia do mundo real*<sup>255</sup>.

Na acepção dos referidos autores, exsurge, por assim, grande vantagem da teoria da correspondência sobre a doutrina cética *subjetivista da verdade*, posto que permite considerar que uma hipótese justificada seja falsa<sup>256</sup> e/ou permite rescindibilidade da coisa julgada *secundum probationem* mediante a descoberta de um novo meio de prova superveniente<sup>257</sup>, respondendo satisfatoriamente a seguinte situação: *um imputado poderia*

---

<sup>254</sup>Não obstante a necessidade que os enunciados fáticos das partes devam ser confrontados com a realidade exterior ao processo, recusa-se a ideia de verdade no sentido de exata correspondência, enquanto “*reflexo ou cópia do mundo real, porque nossas representações desse mundo real são sempre parciais e incompletas*”, até porque os conhecimentos dos fatos no processo judicial tratam-se de uma experiência mediata (as partes que trazem os fatos, o juiz não tem acesso direto a eles) (ABELLÁN, 2003, p. 27). Isto porque, para concepção da existência objetiva da verdade, tendo por pressuposto a aceitação da existência objetiva da realidade do mundo físico, do qual podemos ter conhecimento através de nossos sentidos, há de se levar em consideração a diferenciação “*entre el mundo real y el modelo teórico, pues éste há de ser sólo um instrumento para analizar y guiar áquel*”, por conta de dois pressupostos nesta proposição do mundo real: (a) um *metafísico*, de um reconhecimento da existência de um mundo real; e (b) um *gnosiológico*, de aceitação da possibilidade de acontecer, ainda que imperfeitamente esse mundo (CALHEIROS, 2015, p. 74).

<sup>255</sup>Alerta-nos Gouveia (2007, pp. 62-65), o acerto da verdade não pode ser entendido como a verdade absoluta ou, em suas palavras, uma “*verdade verdadeira*”, mas, sim, *máxima aproximação à realidade dos factos materiais concretamente palpáveis*, mais ainda com as limitações inerentes ao processo judicial.

<sup>256</sup>Porque os conceitos de coerência e aceitabilidade justificada, próprios dos conceitos subjetivistas da verdade, são incapazes de explicar a situação de um processo, cujas provas apontam a veracidade de um enunciado fático, ou seja, caso em que uma sentença estaria justificada, contudo seja equivocada, visto que: “*para justificar las decisiones judiciales no es suficientes que satisfagan o tengan éxito o que sean aceptadas, sino es necesario que sus presupuestos fáticos sean verdaderos en el sentido de la correspondencia con los hechos reales (realidad externa al proceso judicial)*” (FERRAJOLI, 2001, p. 64).

<sup>257</sup>Perguntamo-nos: não há verdade no âmbito do processo? O trânsito em julgado não é a verdade no processo? Como explicar a rescindibilidade de um trânsito em julgado e rediscussão da sentença face à nova prova? Em face das inconcludências nas respostas dessas indagações dadas pela doutrina *subjetivista da verdade*, que optam por negar a verdade no contexto processual, optamos pela teoria da *correspondência* em razão de trazer respostas as essas indagações, é dizer, admite a verdade dentro do *contexto processual* e da *condição humana* (aproximação da realidade). Pois bem, comecemos a responder à pergunta sobre a qual o *trânsito em julgado seria a verdade no processo*: recorreremos a doutrina de Bulygin que, precisamente, aponta que “*a decisão que põe fim da demanda e seu trânsito não significa a veracidade do enunciado, mas somente sua indiscutibilidade, porque a verdade depende da realidade*” (BULYGIN, Eugenio. *Cognition and Interpretation of law*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. & PAULSON, Stanley (eds.). coll. « *Analisi e diritto* », Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 11). Ora, se seguirmos a doutrina *subjetivista* uma vez transitada em julgado a ação, não haveria hipótese de rediscussão da matéria em função de nova prova, porque aquela sentença proferida pelo juiz corresponde com a verdade ou, se houvesse tal possibilidade, seria considerar não haver verdade no processo, eis que a sentença que era tida como verdade será rediscutida? Ao revés, se analisarmos a questão segundo a doutrina *objetivista* e *correspondencialista* da verdade, conseguiremos responder satisfatoriamente a penetração da coisa julgada por conta *secundum eventum probationis*, posto que a verdade existe no processo, porém ela se dissocia da decisão do magistrado, isto é, a verdade corresponde à realidade do mundo físico e, por isso, uma nova prova poderá forçar uma reavaliação probatória a infirmar algo que era “*tido como verdade*”. E este é o posicionamento do STJ/BR que, com base na “*busca da verdade real, em se tratando de questões atinentes ao direito de família, por envolverem questões de estado, existe a possibilidade de reabrir ação judicial sobre matéria já julgada por sentença transitada em julgado*”. Mais ainda, ficara determinado neste julgamento que, por conta da *existência de dúvida razoável* sobre possível fraude em teste de DNA anteriormente realizado, “*é suficiente para reabrir a discussão acerca da filiação biológica*”, somado ao fato de que “*as partes em um processo civil norteado pela cooperação, tem o dever de colaborar com o Poder*



*ser inocente (ou culpável) ainda que a hipótese haja sido rechaçada em todas as instâncias de um processo em contraste com todas as provas disponíveis*; segundo BELTRÁN, em razão de um novo planteamento da distinção: *estar probado v.s. ser tenido por probado*<sup>258</sup>.

Em sendo assim, partimos de um *realismo processual* para defender um processo onde não há uma verdade *transcendental*<sup>259</sup>, pois a verdade de um enunciado se predica das provas e informações disponíveis no momento decisório suficiente a favor de *p*, bem como no qual não há a figura de um *Juiz Hércules infalível*<sup>260</sup>, mas, sim, para defender um procedimento cuja orientação seja buscar *una verdad racionalmente cognoscible y demostrable*<sup>261</sup>.

Por fim, remontámo-nos ao que propusemos no início do presente tópico: o que significa possuir conceito de verdade no campo processual?

Seguindo de perto a lição do insigne processualista MARQUES<sup>262</sup>, significa atribuir a verdade *valor fundamental* no processo, ao passo que servir-se-á para “*calibrar a qualidade e funcionalidade ou adequação dos diferentes trâmites probatórios e do*

---

*Judiciário para o descobrimento da verdade*” (BRASIL. REsp 1632750/SP. Relator: Min. Moura Ribeiro. 13 de novembro de 2017).

<sup>258</sup>Partindo da distinção feita por Tarski (1990, p. 85) de que a noção de verdade não deve concindir com a noção de comprobabilidade, “*pues todas la oraciones comprobables son verdaderas, pero hay oraciones verdaderas que no son comprobables*”, Beltrán (2005, pp. 95-101) afirma que *esta probado que p* não pode ser sinônimo de *ser tenido por probado o verdadero*, deve ser entendido que *hay elementos de juicio suficientes (en el expediente judicial) a favor de p*, estando claro que, no caso da prova judicial, será o juiz ou o tribunal quem tenha que tomar uma decisão acerca da existência ou inexistência de elementos de juízo para aceitar *p* como verdadeiro. Mas, pode suceder que essa decisão resulte errônea: que se considere que não há elementos de juízo suficientes e, em contrapartida, há sim, ou inversa. Nesses casos, produzir-se-á uma dissociação entre o que o órgão decisor declara ou tem por provado e o que realmente está provado. Deste modo, a verdade de um enunciado probatório (*está probado que p*) não depende do que resolva o juiz. Estes podem decidir ter por provado que *p*, declará-lo como provado, “*mas a verdade do enunciado probatório depende exclusivamente com a sua correspondência com o mundo*”. Neste caso, depende de que efetivamente existam elementos ou não de juízo suficientes a favor de *p* que hajam sido aportados ao processo, sendo, portanto, suscetível de verdade ou falsidade.

<sup>259</sup>Sendo-nos palpável, pois então, uma objetiva e não suprema, em razão de estarmos na esfera judicial, i.e., para além da limitação natural de um processo ao acesso à real situação fática (conhecimento mediato), também desde sua constituição com esta limitação, diga-se, em não havendo a respeitabilidade daquilo que denominamos como sendo o primeiro contributo das partes para com a verdade. Contudo, não deixa de ser relevante na esfera jurídica, pois permite conceber a fixação judicial dos fatos precisamente como uma atividade racional, mas ao mesmo como fonte de um conhecimento provável (informações empíricas dadas pelas narrações fáticas).

<sup>260</sup>Metáfora que o ilustre justista Ronald Dworkin utiliza para demonstrar a figura do julgador ideal que, com uma capacidade sobrehumana (DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977). Não, não defendemos uma visão de um juiz superpodoroso, a qual corresponde numa visão subjetivista a tornar o *julgador soberano e incontrolável*, por mais que a lei imponha limitações; defendemos o oposto, em razão da racionalidade e objetividade o conceito de verdade que propomos, cremos na sua faliabilidade (dissociação da decisão e verdade).

<sup>261</sup>Afinal, assevera Guasp (1943, p. 170), independentemente da posição de processo a ser seguida, há uma coisa que há sido considerada como objeto de qualquer investigação de ciência: *o descobrimento da verdade*.

<sup>262</sup>MARQUES, 2016, p. 770.

*denominado direito probatório*<sup>263</sup>, ligando-se a um dos pontos fulcrais de nosso estudo: a demarcar até que ponto as partes, através dos negócios jurídicos processuais, poderão negociar a prova, sob pena de modular a decisão final<sup>264</sup>.

A tudo isso podemos obter temperar dizendo, em tendo a verdade valor fundamental, lançamos mão desta para reforçar as garantias de verdade no processo (maximação de fatos e provas) para alcançarmos a justa composição do litígio<sup>265</sup>, senão ter-nos-íamos que contar com a sorte do Galego.

### **2.3 Primeiras notas acerca da negociabilidade probatória atípica: decisão justa como parâmetro de controle de validade**

Em retrospectiva, sendo o descobrimento da verdade um *valor fundamental* ao sistema processual para alcance de uma justa decisão, desvelou-se o caráter essencial da prova como meio ao descobrimento, refletindo-se diretamente nas normas que regulam o direito probatório, porque, a depender do tipo de procedimento, haver-se-á maior ou menor objeção à verdade.

Pois bem, centro-nos-emos, neste primeiro momento de linhas introdutórias, sobre os parâmetros de controlabilidade a respeito da negociabilidade probatória<sup>266</sup>, em saber se a visão de um procedimento destinado à justa decisão implica em uma renúncia à autonomia da vontade no processo civil ou, ao invés, há uma equalização entre ambos<sup>267</sup>.

---

<sup>263</sup>Tal é o posicionamento do STJ/BR que, em atenção ao princípio da verdade real, flexibiliza as normas procedimentais probatórias, porque “*deve ser flexibilizada em atenção ao princípio da verdade real*” (BRASIL. REsp 1678437 RJ 2016/0253462-3. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 21 de agosto de 2018). Ou seja, levando em consideração do *valor da verdade* para se chegar a uma justa decisão, vem o Superior Tribunal de Justiça flexibilizando as regras de admissão de provas, sendo “*lícito às partes juntarem documentos aos autos em qualquer tempo (até mesmo por ocasião da interposição de apelação), desde que tenha sido observado o princípio do contraditório*” (BRASIL. REsp 660267/DF. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 28 de maio de 2007).

<sup>264</sup>Até porque a veracidade de um enunciado se predica das provas disponíveis no processo. (TARUFFO, 2010, p. 25).

<sup>265</sup>Nas palavras de Calamandrei: *se colocar no sentido de uma resolução do litígio segundo a verdade e segundo a justiça* (Processo e giustizia. In: *Rivista di Diritto Procesale*, Padova, V, parte I, 1950a, p. 283).

<sup>266</sup>Neste momento, apenas apontaremos se um processo cuja respeitabilidade da vontade se faz presente, também se preserva a emanção de uma decisão justa e, por conseguinte, a justa decisão pode vir a ser um controle de validade destes negócios jurídicos processuais (afora as regras gerais do CC sobre negócio jurídico).

<sup>267</sup>O que ora defendemos é boa vizinhança entre o público e o privado, que pressupõe duas coisas: correta demarcação e correta articulação; Degenkolb, H. *Das Anerkenntnisurteil*, 1902, p. 61.

Consabidamente, o direito à prova é tido como direito fundamental<sup>268</sup>, aflorado do direito ao devido processo legal<sup>269</sup>, consubstanciado no direito de ação e defesa no acesso à tutela jurisdicional<sup>270</sup>, conferido às partes para fazerem uso dos meios de prova que a lei coloca à disposição<sup>271</sup>.

Em outro giro, com base nos ensinamentos de PICÓ I JUNOY, importa-nos denotar o direito fundamental à prova sob a perspectiva da segunda interpretação do devido processo legal<sup>272</sup>, significa dizer: em sendo a prova elemento essencial ao atingimento do valor

---

<sup>268</sup>No direito português o caráter constitucional do direito à prova decorre da garantia prevista no art. 20.º, n.º 1, da CRP, isto é, do direito *direito à jurisdição*, consoante Sousa (1995, p. 263). Neste mesmo sentido, Jorge considera que o direito à prova é tomado com um direito fundamental, conferido às partes ao abrigo do princípio geral de acesso ao direito e aos tribunais (JORGE, Nuno Lemos. Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial. In: *Julgar*, n.º 6, Lisboa, 2008, pp. 99-106). Também assim é a interpretação dada pela jurisprudência, como, p. ex., no RE 21/1/2016 (623/14.0TBBJA-A.E1).

<sup>269</sup>Já no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à prova encontra rasgo constitucional no direito ao acesso à justiça mediante um processo justo, no qual tem como direitos fundamentais o contraditório e a ampla defesa, que, segundo Theodoro Jr. (2016, p. 860), envolvem, sem dúvida, o direito inafastável à prova necessária à solução justa do litígio (art. 5º, incisos LIV e LV).

<sup>270</sup>Na Alemanha, o meio para a defesa de qualquer violação à direito fundamental processual dá-se através do direito a ser ouvido que, por sua vez, é uma derivação do Estado de Direito. Tal exige a necessária tutela do direito de as partes serem ouvidas, efetivado no direito a peticionar, a oferecer e produzir provas, assim como também aportar todos os elementos necessário para que o órgão jurisdicional se pronuncie. Esta é a interpretação dada pela jurisprudência (BVerfGE 19, p. 201; BVerfGE 36, p. 88) e doutrina ao aplicarem analogicamente o *direito de a ser ouvido* disposto no § 321a da ZPO, como meio a tutelar outros direitos fundamentais, que não só o de peticionar. Oportunizando as partes, portanto, uma vez que se considere em seu direito de ser ouvido de maneira relevante pela decisão jurisdicional, a possibilidade de interpor o remédio (recurso extraordinário). No entanto, como destaca Schneider, não é toda e qualquer decisão que prejudique ou lese uma das partes suscetível de ser impugnada pelo remédio acima, devido a existência paralela de recurso e remédios ordinários e extraordinários que permitem a parte lesada solicitar um novo exame judicial da decisão que o prejudiciou (SCHNEIDER, E. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. (trad.) PRADILLO, Juan Carlos Ortiz & RAGONE, Álvaro J. Pérez. Montevideo/Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 89).

<sup>271</sup>Segundo Taruffo (2008, pp. 56-57), o posicionamento dominante entende que o direito de apresentar todos os meios de prova relevantes que estão ao alcance das partes é aspecto essencial do direito ao devido processo legal. Devendo, pois, ser reconhecido o direito à prova às partes, para que o devido processo legal seja efetivo. Embora o direito à prova seja um direito fundamental, a disponibilidade sobre o objeto do processo e o consequente ônus de alegação são contemplados por uma semelhante disponibilidade sobre a atividade probatória (SOUSA, 1995, p. 263). Nesta toada, doutrina e jurisprudência brasileira autorizam a negociação probatória sem que isso seja uma violação ao devido processo e outros direitos fundamentais. Entretanto, essa disponibilidade não é irrestrita, ainda mais no campo processual, cuja prossecução de seu fim (decisão justa), pressupõe estar orientado pelo princípio da verdade real, pelo que têm que ser visto quais limites pode o indivíduo determinar-se e em que medida pode definir o exercício de sua liberdade. Para tanto, a definir quais os parâmetros desta liberdade, a Corte Europeia de Direitos Humanos estabeleceu dois limites para a renúncia de um direito fundamental: “a) *informação clara das partes na contratação para verificar o exercício da liberdade da renúncia e b) interesse público envolvido*” (CABRAL, 2018, p. 200).

<sup>272</sup>Argumentações trazidas no item 1.1. do presente estudo.

fundamental da Justiça<sup>273</sup>, qual seja: a justa composição do litígio<sup>274</sup>. Consequentemente, ao passo que o acerto dos fatos é condição para a justa decisão, a verdade converte-se em um pressuposto ao devido processo legal<sup>275</sup>.

Por assim, o juiz, ao proferir uma sentença, não pode ser o que CIPRIANI denomina de *mero decisor*<sup>276</sup>, pois, ao decidir, tem que cumprir com o imperativo valorativo de justiça que lhe é atribuído<sup>277</sup>. Exige-se, então, para que o ato decisório responda ao valor de Justiça<sup>278</sup>, o esgotamento de todas as possibilidades probatórias, isto porque – como se há visto anteriormente – o grau de confirmação dos factos depende das provas que lhe dizem respeito<sup>279</sup>.

Em virtude da qualidade da decisão estar intimamente ligada ao material probatório disponível no processo, pensamos que o melhor expediente processual, dada a importância da prova<sup>280</sup>, seja o proposto por GOLDMAN: “*um amplo conjunto probatório é, em termos*

---

<sup>273</sup>Picó I Junoy (2007a, pp. 276-277) parte de duas premissas constitucionais: sendo a *primeira a justiça como valor superior do ordenamento jurídico* e a *segunda premissa constitucional* é extraída do art. 24.º da CE, qual seja, a *efetividade da tutela jurisdicional*. A partir disto, entende que o juiz necessita de todas as provas dos factos controvertidos possíveis, pelo que coató-las seria, ao fim e ao cabo, uma *limitação a efetividade da tutela judicial efetiva*.

<sup>274</sup>Navarrete diz: “*o direiro a carga de prova é fundamental para que se tenha uma decisão justa, porquanto a prova é essencial para conseguir-se à justa decisão*” (NAVARRETE, Antonio María Lorca. *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia probatoria*. Madrid: IVADP, 2006, p. 6).

<sup>275</sup>Esta é a mesma conclusão chegada pela Suprema Corte da Argentina que, ao destacar a importância que a verdade dos factos tem para o processo, “*há assignado a denominada verdade jurídica objetiva carácter constitucional*”. De maneira tal que “*alcançá-la se converte em um pressuposto do devido processo constitucional*”. Sendo assim, determinou a Corte: “*o processo será constitucionalmente válido em tanto e quanto, dentro dos limites da natureza do tipo que cobre-lhe, o juiz não haja impedido de alcançar a verdade dos factos* [Fallos, 310:24553;134]” (apud CUELLO, 2003, p. 123). Aproximando-se de cariz constitucional da verdade, o Ministro Herman Benjamin, relator do processo no TSE/BR da chapa Dilma Temer, afirmou em seu voto que: “*aquí, na Justiça Eleitoral, nós não trabalhamos com os olhos fechados. Esta é a tradução desse princípio da verdade real*”.

<sup>276</sup>Giovanni Verde, em sua obra, destaca a figura de juiz impassivo dada por Cipriani, qual seja, “*o único papel do juiz é decidir e nada mais*” (não tendo qualquer outra preocupação e outra obrigação), tendo que ser, na verdade *um mero decisor de questões* (VERDE, Giovanni. *Las ideologías del proceso em un reciente ensayo*. In: AROCA, Juan Montero & VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos: Moción de Valencia (2006), Declaración de Azul (2008)*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011, p. 80).

<sup>277</sup>Sob pena de proferimento de decisão iníqua, que nada mais é, segundo Goldschmidt: “*es injusta una sentencia, cuando lo que en ella se reconce como Derecho no lo es en realidad*” (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, Derecho Penal y Proceso II – Derecho Procesal Civil*. (trad.) Leonardo Prieto Castro. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 232).

<sup>278</sup>Senão, renuncia-se a ideia de que o processo deve perseguir ou tentar determinar a verdade dos fatos, o que acaba por gerar reflexos diretos na qualidade da decisão final, isto porque, explica Damarska, se o que importa é que seja resultado direto do enfrentamento individual das partes, que ponha fim à controvérsia, não importa o conteúdo da decisão nem os critérios com os quais esta formula (DAMARSKA, Mirjan apud TARUFFO, 2010, p. 175).

<sup>279</sup>Ainda mais quando o critério de inferência não é uma lei científica, por exemplo (MARQUES, 2016, p. 768).

<sup>280</sup>Defende Sousa (1995, p. 198) ser desejável que a lei não exclua a admissibilidade de outros meios de provas que além das típicas. Em suas palavras: “*É salutar que a lei aceite as provas atípicas*”.

gerais, um melhor indicador da verdade do que em um cenário cujo conjunto probatório seja limitado”<sup>281</sup>.

A este ensejo, urge, portanto, precisar se o procedimento que propomos voltado à verdade (justa decisão) coabita com o novo panorama processualístico brasileiro (autonomia da vontade).

CABRAL identifica como errôneo partir da premissa que prega uma disputa exclusiva entre estes interesses<sup>282</sup>, ao invés do equilíbrio no paradigma da cooperação<sup>283</sup>. Embora o alerta do processualista, parcela da nova doutrina brasileira<sup>284</sup> utiliza-se justamente deste argumento politizado<sup>285</sup>, calcado nos ideários constitucionais de liberdade

---

<sup>281</sup>Porém, se se segue somente a resolução do conflito, existirá uma menor preocupação pela exatidão na determinação dos fatos, que se manifesta “sobre todo en forma de una relativa indiferencia com respecto a la plenitud del material probatorio presentado al juez” (TARUFFO, 2010, p. 161).

<sup>282</sup>A transladar para a célebre frase de um dos mais incônicos presitendes norteamericanos, Abraham Lincoln: “é a eterna luta entre estes dois princípios — o certo e o errado — no mundo todo; são os dois princípios que se confrontam desde o início dos tempos; e permanecerão em luta eternamente” – seria algo como: processo liberal vs processo inquisitório, ou autonomia das partes vs justa decisão. Não obstante, maior parte da doutrina sempre quando trata desta problematidade (autonomia da vontade e poderes do juiz) acaba por colocar esses dois valores constitucionais em uma eterna luta, acabando por esvaziar um ou outro princípio por completo, e não tentando equalizá-los ou, ainda, quando um princípio fora se sobrepor ao outro, este sobreposto tenha o mínimo possível de seu conteúdo atingido.

<sup>283</sup>CABRAL, 2018, p. 357. Concordamos com o autor no tocante ao pouco contributo que este argumento de sobreposição de interesses traz para a discussão doutrinária, até porque, há muito, Chiovenda já combatia essa dicotomia entre direito público e direito privado (muito presente em sua época), explorando a possibilidade de colocar o direito processual em um território intermediário entre direito público e direito privado, possibilitando assim as partes terem autonomia de vontade no processo (CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. I. Napoli: N. Jovene, 1935, p. 102).

<sup>284</sup>Ressaltamos que, ao fazermos referência à palavra *nova*, pretendemos chamar atenção para a doutrina mais recente a qual se dedica a escrever sobre as novidades trazidas pelo CPC/BR de 2015, e não em relação a *novos* autores. No entanto, não podemos fazer o uso do mesmo vocábulo – *novo* – para os argumentos que são utilizados por esta doutrina, designadamente em razão de que muitos desses argumentos já foram superados há muito mais de um século. À título de exemplo, na Itália, na *Relazione de Giuseppe pisanelli al projecto de Código Procesal Civil de 1865*, fora sustentado que o valor primoridal ao processo civil, frente a qualquer outra exigência ou finalidade, era a realização da *plena liberdade e autonomia das partes na condução do processo e no desenvolvimento de suas defesas* (TARUFFO, 2010, p. 130).

<sup>285</sup>Expressão de Picó I Junoy ao fazer referência a doutrina que argumenta ser o aumento dos poderes do juiz no processo um reflexo do aumento dos poderes do Estado na sociedade, desembocando numa visão autoritária de processo. O autor nega existir qualquer relação entre maiores poderes do juiz ser oriundo de um regime autoritário de Estado e, contundentemente, afirma que esta parcela da “*doutrina quer politizar uma questão meramente processual*” (PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado. In: *Derecho Procesal Civil*, p. 65, Congreso Internacional de Derecho Procesal, Lima, 29 al 31 de octubre de 2003, pp. 55-66).

e respeito à propriedade privada<sup>286</sup>, a levantar um novo paradigma no CPC<sup>287</sup>: *o princípio do respeito ao autorregramento da vontade*<sup>288</sup>.

A fim de libertar-se do *autoritarismo estatal*, busca-se uma viragem ideológica defendida por AROCA<sup>289</sup>, em que a liberdade individual e propriedade nascem como proteção da atuação do Estado<sup>290</sup> – em denominação dada por GOLDSCHIMDT<sup>291</sup> –, passa-se à *primazia da vontade das partes no processo*<sup>292</sup>, as quais, como *donas do litígio*, podem

---

<sup>286</sup>Em Espanha, pela doutrina majoritária, o princípio se encontra na própria estrutura do modelo econômico e jurídico protegido pela CE, a qual reconhece o direito à propriedade privada no art. 33.º e a liberdade de empresa no marco da economia de mercado no art. 38.º. Consequentemente, opta a Constituição por um determinado modelo que implica numa distinção clara entre interesses privados e públicos, e na admissão de uma ampla margem a autonomia da vontade e na iniciativa dos particulares, refletindo-se no processo através do princípio do dispositivo (PICÓ I JUNOY, 2007a, pp. 100-101). De igual modo, na Argentina, o princípio do dispositivo também guarda relação com o modelo liberal econômico adotado pelo Estado e ao respeito à propriedade privada, de rasgo constitucional (art. 17.º da CF/ARG). Oteiza (apud MORELLO, 2003, p. 83).

<sup>287</sup>Redondo (2016, p. 397) descreve um novo cenário para o processo civil brasileiro com a promulgação do CPC/BR de 2015, em razão da estipulação da cláusula geral de negociação atípica prevista no art. 190.º, bem como do princípio do autorregramento da vontade, o autor identifica uma postura clara do legislador em querer romper com a sistemática do CPC/BR de 1973, trazendo premissas profundamente diferentes: *ampliação dos poderes das partes e preponderância da vontade destas sobre a do juiz*.

<sup>288</sup>Destaca-se que não há qualquer menção do CPC/BR sobre um princípio do respeito ao autorregramento da vontade, mas, sim, tal é uma construção doutrinária feita por Didier Jr., Cabral e Nogueira (2015, p. 34). Os autores, em uma interpretação sistemática do código, depuram diversas normas que exprimem o princípio do autorregramento da vontade, tais como: estimula a resolução do conflito por autocomposição, permite a homologação de um acordo extrajudicial, e, ainda – talvez a maior expressão desse princípio – permite negócios processuais atípicos, etc. E, assim, concluem que, face a um microsistema de respeito à vontade, por meio do art. 3.º (o qual prevê o estímulo a solução consensual dos conflitos, logo, a vontade das partes), atribuem caráter de norma fundamental ao princípio do autorregramento da vontade.

<sup>289</sup>Porque hodiernamente no “*extrato do autoritarismo o cidadão não tem direitos frente ao Estado, mas, sim, deveres*” (AROCA, Juan Montero. *Defensa del liberalismo contra el autoritarismo en el proceso civil - Las bases ideológicas de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. In: COLOMER, Juan Luiz Gómez (coord.). *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 470).

<sup>290</sup>Daquilo que Aroca denomina de *paternalismo inadequado* (Idem). No mesmo sentido, Persgrave, ao comentar sobre a adequação procedimental no Brasil ser feitas pelas partes e não pelo juiz (aquando estava por comparar com o ordenamento jurídico português), afirmou que esta opção legislativa (autonomia das partes) decorre do “*direito e garantia fundamental da defesa do cidadão para com Estado, assim o devido processo legal é contra-estatal*”, amparando-se na liberdade e propriedade (defesas desses princípios contra o Estado). Prossegue a autora e afirma, apesar de não ser um princípio expresso na CF/BR, porém é possível extrai-lo de outros direitos fundamentais que, fulcralmente, “*estão ligados a proteção das liberdades individuais e da propriedade, a servir de proteção contra o Estado*” (intervenção feita pela autora no I Congresso Lusófono de Direito Processual (cit.), aquando palestrou sobre a seguinte temática: *Princípio da adequação: que limites?*).

<sup>291</sup>Em uma noção arraigada na ideia do princípio do dispositivo, supunha um “*senhorio ilimitado as partes sobre o direito substantivo, como sobre todos os aspectos vinculados com a iniciação, marcha e culminação deste*”, a reconhecer, enfim, a primazia da vontade das partes no processo (GOLDSCHIMDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936, p. 93).

<sup>292</sup>Na visão de Almeida, antes de analisar qualquer aspecto do NJP, precisa-se desarraigá-lo à *ideia de irrelevância da vontade no processo civil, preconizada pelo publicismo, quer dizer, um sistema assentado no paternalismo estatal* (empoderamento do juiz) e *rigidez procedimental, sem espaço para a autonomia da vontade* (ALMEIDA, Diogo Assumpção. *As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC*. In: DIDIER JR.; CABRAL; NOGUEIRA, 2015, p. 334).

alterar o regramento processual probatório a *seu bel-prazer*, influenciando diretamente no conteúdo da decisão final<sup>293</sup>.

Sem açodarmo-nos – para que não concluamos com incauto – , urge levantarmos uma indagação: será que a doutrina brasileira, com uma urgência aflitiva na superação dogma da irrelevância da vontade no processo, por conta do *autoritarismo estatal*, ao revés, estar-se-ia transformando o processo num *autoritarismo das partes*?<sup>294</sup> Ou, na acepção de GODINHO, face ao *hiperpublicismo* ter tornado o processo *uma coisa sem partes*, estar-nos-íamos transformando, então, o processo como *uma coisa sem juiz*?<sup>295</sup>

Não tão rápido<sup>296</sup>. Parece-nos ser uma leitura apressada do CPC/BR, pois, a doutrina, ao extrair do art. 3.º do CPC/BR *status* de norma fundamental, traça como novo paradigma do processo civil brasileiro o *respeito ao autorregramento da vontade*<sup>297</sup>, utilizando-o de parâmetro – para nós, a engrandecer soberaneamente a vontade das partes –, para dirimir qualquer colisão com outros *interesses* não contentes aos das partes quando da negociação, entretanto, esquecem-se de outra *norma fundamental processual* havida no art. 6.º do CPC/BR, qual seja, ser a demanda resolvida com uma *decisão de mérito justa e efetiva*.

---

<sup>293</sup>Neste sentido, Nogueira (2015) defende que as partes, como donas do litígio, podem alterar as regras procedimentais probatórias, bem como dispor a seu *bel-prazer* das provas a serem produzidas no processo, sem se preocuparem com o conteúdo da decisão final. Com máxima *vênia* ao autor, não podemos concordar com tal posicionamento, já demasiadamente ultrapassado, isto porque não estamos mais frente a um processo cuja vontade das partes é tamanha, sendo capaz de criar, de forma ampla e irrestrita, “*acordos probatórios que impele o juiz a colocar como base da sentença fatos manifestamente não acontecidos ou impossíveis, não havendo comprometimento algum com a realidade dos factos*”, posto que, pontua o eminente processualista italiano, a Administração Pública tem interesse no resultado do processo, influenciando invariavelmente na atuação das partes que, “*apesar de serem livres para dispor dos seus direitos deduzidos em juízo, não podem dispor a seu bel-prazer do próprio processo e do modo como esse deve se desenvolver*” (CAPPELLETTI, Mauro. *La Justicia Constitucional - Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 187).

<sup>294</sup>Uma vez que erguem a autonomia da vontade como prevalectente no processo civil brasileiro.

<sup>295</sup>Godinho destaca que o hiperpublicismo a combater o processo civil com maior autonomia da vontade das partes, tido como *coisa das partes*, ganhou tal força que o processo passou a ser uma *coisa sem partes*, numa verdadeira soberania estatal a se sobrepor à vontade das partes (GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. 259 p. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 93.

<sup>296</sup>Expressão sempre utilizada por Haack (2016, p. 326) quando quer fazer uma ponderação frente à doutrina contrária aos seus entendimentos, ainda mais quando se dão em conclusões apressadas.

<sup>297</sup>Assim como não compartilhamos da doutrina *negadora da verdade*, não somos *negadores da autonomia da vontade*, contudo, defendemos equalizar a autonomia da vontade com outros fins perquiridos no processo civil, nomeadamente, de a *decisão justa* servir como parâmetro de controlabilidade deste negócio jurídico. Algo não tão novo no direito brasileiro porque Pontes de Miranda defendia que o autregramento da vontade será exercido no *espaço das normas não cogentes*, pelo que, a depender do tipo do sistema jurídico (com mais ou menos normas cogentes) haver-se-á uma maior liberdade para as partes (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XXXVIII – Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Editor Borsi, 1962).

Dito de outra forma: ao invés de a problematidade ser dirimida, como propõe TARUFFO, na ponderação de conflitos de valores fundamentais ao processo (vontade das partes vs. decisão efetiva)<sup>298</sup>, maioritariamente, tem-se como parâmetro um ilusório equilíbrio do princípio cooperação – para nós, em verdadeiro constrangimento à instrução ou atuação oficiosa –, chegando à mesma conclusão de DIDIER JR., é dizer: *o juiz não pode ignorar o ato de vontade das partes ao negociarem uma determinada prova, porque, se assim o fizesse, isso seria o mesmo que negar às partes o protagonismo da cena processual, assumindo-o somente para si*<sup>299</sup>.

Não tão rápido<sup>300</sup>. Acertadamente, em função da verdadeira democracia na justiça, ECHANDIA chama atenção ao fato de que o processo não pode se tornar uma *aventura incerta*<sup>301</sup>, ou, como dito por BARACK OBAMA, um jogo de interesse econômico<sup>302</sup>, cujo resultado fique dependente da habilidade de um *litigante habitual* que, ao saber avaliar as vantagens com a aplicação das convenções probatórias no processo, sobreponha-se ao

---

<sup>298</sup>TARUFFO, 2005, p. 56.

<sup>299</sup>De observar que definimos como *ilusória a ponderação tendo como parâmetro o princípio da cooperação*, porque há uma incongruência de raciocínio na doutrina dos defensores da autonomia da vontade das partes. Aponta-se como exemplo a doutrina de Didier Jr. (2015b, pp. 89-91): tendo como premissa o modelo cooperativo adotado pelo CPC/BR de 2015, o autor afirma “*não haver posição de destaque para qualquer dos sujeitos processuais*, ou melhor, *com destaque para todos eles*”. Ao mesmo tempo, quando defende que o juiz não pode ignorar a vontade ao negociarem uma determinada prova porque estaria a “*negar às partes o protagonismo da cena processual, assumindo-o somente para si*”. Ora, se no processo cooperativo defendido pelo autor os sujeitos processuais ficam em uma posição horizontalizada, a qual não há protagonismos, perguntamo-nos: utilizando-se desse argumento para defender a autonomia das partes (*negar às partes o protagonismo da cena processual*) na colisão entre vontade das partes vs. decisão efetiva, não estaria o autor levantando um protagonismo das partes enquanto defende um modelo processo no qual não há esta diferenciação? Aqui está a incongruência sobre a qual falamos. Em nosso entender, se é para haver algum tipo de protagonismo, que seja a Justiça levada a este pedestal e não o capricho de partes e/ou um mau juiz em não determinar uma prova essencial à justa decisão.

<sup>300</sup>Queremos dizer: não pode o respeito à autonomia privada valer soberaneamente, por si só, sem ao menos analisar o que aquele acordo (a não produção de uma determinada prova, p. ex.) poderá acarretar no deslinde do processo, tendo como seu fim a justa decisão. É preciso haver uma ponderação.

<sup>301</sup>O eminente processualista é direto ao afirmar que: “*é ridículo falar em liberdade total das partes no processo, quando pode resultar na perda de um bem de família, quando não se aduzem as melhores provas apesar de existir ao alcance do juiz, a quem poderia descobrir e salvar se dispusera de faculdades inquisitoriais*”, mas não pode fazer uso em razão de seu poder probatório estar coadado face à uma negociação probatória, p.ex. (ECHEANDÍA, 1967, pp. 69-70).

<sup>302</sup>Numa *verdadeira desilusão* – definição dada pelo ex-presidente americano – porque, por muitas vezes, “*o direito serve para regular os assuntos daqueles que têm o poder*” (OBAMA, Barack. *A minha herança – Uma história de raça e legado*. Alfragide: Editora Casa das Letras, 2008, p. 382). E é exatamente esse Direito que Aroca (2006, p. 169) defende: “*o processo civil é visto como um jogo de interesses econômico para alcançar a vitória*”.



*litigante eventual*<sup>303</sup> ou, pior ainda, nas palavras de SILVA, a permitir que a justiça sofra uma *entorse* porque há querido as partes devido à disposição de *acordos probatórios*<sup>304</sup>.

Afirmamos mais, sem distinção de *parte real* e *parte ideal*<sup>305</sup>, ao contrário da doutrina que enxerga os negócios processuais como sendo capaz de trazer certeza e previsibilidade ao percurso probatório<sup>306</sup>, cremos que as partes, buscando ditas certezas, poderão prejudicar-se na prossecução do processo, justamente porque a instrução probatória é incerta e imprevisível, cfr. explana MESQUITA: “o processo não deixa de ser, em muitos dos seus aspectos, um mundo do imprevisto: à partida, não se sabe tudo (ou nem tudo é recordado) e processo torna-se uma fonte de surpreendentes descobertas que podem ser essenciais para se alcançar a justa composição”<sup>307</sup>.

Logo: optar pela prevaência da vontade das partes no âmbito subjetivo da esfera de aplicação do negócio probatório ao excluir uma prova<sup>308</sup>, ainda, levando em consideração a observação feita por LLUCH de haver sempre um *incertus* na atividade probatória<sup>309</sup>, sem ao menos ponderar o seu reflexo no direito fundamental à decisão justa; na imagem do juiz *escrupuloso* de CALAMANDREI, seria fazer com o que a *angústia mais obcecante* deste fosse saber qual prova é essencial para uma decisão justa, todavia, não poder praticá-la no

---

<sup>303</sup>Ou *repeat-players* na linguagem do direito estaduniense; os quais, com uma maior experiência com o Direito, conseguem palanear melhor o litígio, ou o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora, dentre outras vantagens oriundas da sua vívida participação em diversos processos judiciais. Por assim, possuindo melhores condições de avaliar os resultados que variam a obter com a aplicação das convenções processuais; o que poderia gerar assimetrias e desvantagens para o litigante eventual (CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988).

<sup>304</sup>Afirma: “a resolução do caso concreto pode, de um ponto de vista objectivo, pode apresentar-se como absolutamente injusta, desde que a parte tenha querido de modo juridicamente relevante essa aparente solução injusta, será esta que a vinculará” (SILVA, 2003, p. 111), pelo que a Justiça pode sofrer esse pequeno *entorse*. Ora, por todos os ideários constitucionais trazidos até o momento, não entendemos que a justiça possa sofrer um *entorse* porque a parte há desejado, mesmo que para isso sejamos *ortopedistas* do processo, de modo a evitarmos uma *lesão* à justa decisão. Até porque, processo não é coisa das partes, ao menos quando é levado perante ao judiciário, quando terão que se submeter ao interesse público no resultado deste; ainda mais por serem livres para não submeter o seu litígio ao poder judiciário (câmara privada de resolução de litígio ou arbitragem); TISSIER, Albert. Le cetenaire du code de procédure et les projetis réforme. *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1906, p. 654; MENDONÇA, 2002, p. 124.

<sup>305</sup>Sem adentrar na discussão de eventual utilização desvirtuada dos negócios jurídicos probatórios, sem a observância da boa-fé por uma das partes, que objetiva somente vencer o processo.

<sup>306</sup>CABRAL, 2018, p. 237.

<sup>307</sup>MESQUITA, 2017, pp. 91 e 108.

<sup>308</sup>SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *Convenções de prova em processo civil*. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Processuais – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 70).

<sup>309</sup>LLUCH, Xavier Abel. *Iniciativa probatoria de ofício en el proceso civil*. Barcelona: Editora Bosch, 2005a, p. 130.

processo, visto que, anteriormente ao processo, as partes já haviam convencionado sua não produção sem ao menos saber se esta seria essencial ou não ao litígio<sup>310</sup>.

Por todo o exposto, enfim, destacaremos *a pedra de toque* quanto à questão de um dos parâmetros de invalidade dos negócios jurídicos processuais<sup>311</sup>. CABRAL descaracteriza os termos *processo justo, ordem pública, devido processo legal*, etc., como parâmetro de controle sob dois fundamentos: primeiro porque parte de uma ideia de que *o interesse privado não poderia prevalecer* e, segundo, em razão da *vagueza dos termos*<sup>312</sup>.

Opomo-nos frontalmente ao referido posicionamento, porque, primeiro, a questão não deve ser colocada em oposição de forças entre juiz e partes, mas, sim, na ponderação de valores entre *autonomia da vontade* e *justa decisão*, ambos descritos como normas fundamentais pelo CPC/BR<sup>313</sup>. A bem da verdade, trata-se de interesse superior dos sujeitos processuais, é interesse de qualquer Estado Democrático de Direito de entregar aos jurisdicionados à Justiça<sup>314</sup> e, conseqüentemente, sendo o juiz *longa manus* do Estado para cumprir com tal função, decidirá em nome da Justiça (e não de seu interesse ou das partes)<sup>315</sup>, quer seja sendo aplicando uma norma probatória convencional, quer seja invalidando-a<sup>316</sup>.

---

<sup>310</sup>Realizamos uma analogia à angústia mais oboecante de um *juiz escrupuloso* de Calamandrei (1935, p. 147), qual seja: “*saber porque lhe foi sugerida pela consciência, qual é a decisão justa e não conseguir encontrar os argumentos para demonstrar logicamente*”, o que, para nós, no caso do NJP probatório, seria a falta de prova a trazer esta angústia e não a falta de argumentos.

<sup>311</sup>Em razão da vagueza do art. 190.º, apontada na introdução deste trabalho, da pequena disposição sobre os limites descritos no §único do art. 190.º: “*De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade*”. A doutrina se ocupou de traçar critérios mais bem definidos acerca da controlabilidade das negociações, sendo um destes, quando se trata de direito ou norma fundamental processual, é atingida pela convenção probatória.

<sup>312</sup>O doutrinador diz que o interesse público não se afigura como parâmetro adequado e seguro para apontar a ilicitude do objeto da convenção processual, em razão de ser uma cláusula vaga e não fornece, por si só, um critério único para o controle das convenções processuais. Mais, afirma não ser viável alegar de forma tão simplória que questões referentes aos pressupostos processuais não podem ser objeto de acordo, tratando-se de um raciocínio ainda fruto de um hiperpublicismo de que todas ou a maior parte das normas processuais são inderrogáveis, decorrendo daí que a ordem pública eliminaria a autonomia da vontade (CABRAL, 2018, pp. 344 e 357).

<sup>312</sup>MESQUITA, 2017, pp. 91 e 108.

<sup>313</sup>Calamandrei (1935, p. 10) destaca que: “*não há que se defender um protagonismo do juiz face às partes, se sim, uma relação de reciprocidade*”.

<sup>314</sup>Portanto, assegurar a máxima de Lacordaire: “*entre o rico e o pobre, entre o forte e o fraco, é a lei que liberta e a liberdade que oprime*” (LACORDAIRE, Henri Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: éd. Sagnier et Bray, 1848, p. 246).

<sup>315</sup>E é este o sentido de interesse do juiz no resultado do processo defendido por Moreira (1984, p. 213) é dizer: “*o juiz tem sim interesse no resultado do processo porque fazer justiça é uma das funções principais do Estado, do qual é do órgão judicial*”.

<sup>316</sup>Assim como o próprio autor (CABRAL, op. cit., p. 258) afirma ser a função do juiz, em suas palavras: “*caberá ao juiz velar pelos princípios públicos evitando que os acordos avancem em uma seara indisponíveis as partes*”.

Segundo, pensamos que a vagueza dos termos não guarda relação com a decisão que se utiliza destes para invalidar um negócio probatório. Trocando em miúdos, diga-se, tendo como base os próprios critérios trazidos pelo autor supracitado a serem utilizados pelo juiz na análise de invalidação do NJP quanto ao atingimento a um direito fundamental<sup>317</sup>: o juiz, casuisticamente, a cumprir seu *dever constitucional de fundamentação*, exporá com razões suficientes a intensidade com que o núcleo essencial do direito fundamental à justa decisão fora atingido pelo direito fundamental à autonomia da vontade, cuja lesão levou à invalidade do NJP probatório<sup>318</sup>.

Propõe-se, portanto, o art. 6.º do CPC/BR como um dos critérios de invalidação dos negócios jurídicos processuais probatórios<sup>319</sup>, isto porque, denota BENTHAM, em sendo a prova a base da justiça (meio ao descobrimento da verdade)<sup>320</sup>, excluí-la quando essencial à resolução justa do litígio *é o mesmo que excluir a Justiça*<sup>321</sup>.

---

<sup>317</sup>De notar que tal *método de avaliação da lesão de um direito fundamental* é defendido pelo próprio autor, o qual estabelece três etapas a servir de proteção aos direitos fundamentias, a saber: 1ª etapa – identificar os direitos fundamentais atingidos; 2ª etapa – analisar se existe alguma convenção típica que possa servir de balizamento de controle; 3ª etapa – se o acordo fere o núcleo essencial do conteúdo essencial do direito fundamental. Ora, perguntamo-nos: por que não utilizar este método de avaliação quando há uma colisão entre dois direitos fundamentais? Parece-nos, com base na própria construção teórica do autor, ser possível o controle da negociação probatória tendo como parâmetro o direito fundamental ao justo processo. Parece-nos, também, que esta solução não é, por muitas, vezes enxergada e/ou aceita, em razão do *ilusório parâmetro do processo cooperativo* o qual falamos antecedente que, na verdade, é mais em função do embate entre oposição de forças no processo (Idem, p. 382).

<sup>318</sup>Mais uma vez, conclusão esta também chegada por Cabral (2018, p. 380) é dizer: “*a intensidade com que os direitos fundamentais perdem a efetividade pode levar à invalidade ou inadmissibilidade de uma convenção processual*”.

<sup>319</sup>Na senda de Picó I Junoy (1997, p. 68) e Marques (2016, p. 780), cremos que as normas processuais devem ser interpretadas à luz da constituição, ou seja, *favorável ao princípio da tutela jurisdicional efetiva*, i.e., “*o valor da verdade apenas estará limitado pela realização de outros valores, que, no caso concreto, imponham a necessidade de restringir seus alcances*”.

<sup>320</sup>Escreve Taruffo (2010, p. 66), em sendo a prova um meio para obter-se a verdade dos factos litigiosos, o processo deverá constituir-se em um método através do qual é assegurado, por um lado, que todas as partes interessadas possam apresentar as suas razões, mas, por outro lado, temos que garantir o poder instutório oficioso, para garantir que a decisão final esteja embasada no maior número de provas e elementos probatórios possíveis, de maneira a aproximar-se ao máximo dos fatos ocorridos no mundo real.

<sup>321</sup>O autor foi além e afirmou em seu tratado que nenhuma nenhuma prova deveria ser excluída. Entendemos não tão abrangentemente, mas, apenas a impedir aquelas provas cuja essencialidade é denotada pelo magistrado para a resolução justa do caso concreto (BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. (trad.) Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEJA, 1959).

### 3 PODER PROBATÓRIO OFICIOSO

#### 3.1 Finalidade do princípio do inquisitório nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro

Permita-nos, antes de analisarmos as regras processuais sobre a (im)possibilidade de afetação dos poderes probatórios do juiz ante a celebração de um NJP, apontar qual é a *ratio* na atribuição do poder probatório oficioso dentro processo civil contemporâneo.

De forma aproximativa, os ordenamentos jurídicos português e brasileiro – no tocante à atribuição probatória oficiosa – mantêm uma ligação estreita na evolução histórica sobre os poderes probatórios do magistrado. De observar, contudo, que o pioneirismo lusitano, frente à doutrina brasileira<sup>322</sup>, originou-se na dogmática do insígne Professor de Coimbra ALBERTO DOS REIS na primeira metade do século XX<sup>323</sup>, combatente ao modelo liberal do CPC/PT de 1876<sup>324</sup>, cuja figura do juiz era um observador “*impassível à luta que se trava entre as partes no decurso da causa, que só acorda do seu sono no momento de proferir a sentença*”<sup>325</sup>.

Para ALBERTO DOS REIS, este sistema calcado na ideia de o litígio ser “*um negócio de exclusivo interesse particular*” culminou na demora excessiva da resolução do litígio, pelo que aflorou-se de assaz importância na Reforma de 26 passar o juiz a ser o *timoneiro*

---

<sup>322</sup>Pioneirismo quanto ao combate ao processo liberal, visto que a reforma processual de 26, a qual teve como idealizador Alberto dos Reis, consagrou mais poderes ao magistrado e tal concepção somente obteve consagração na Itália catorze anos depois e no Brasil no ano de 1939 (MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português. In: AROCA, Juan Montero & VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos: Moción de Valencia (2006), Declaración de Azul (2008)*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011, p. 378).

<sup>323</sup>Diz-nos Mesquita (2015, p. 80) que, erroneamente o legislador da Reforma de 2013 aponta como marco da *figura do juiz dirigente e activo* como sendo a Reforma de 1995/1996, contudo, a *relidade histórica* desta figura do juiz activo vem de Alberto dos Reis na metade do século XX.

<sup>324</sup>O primeiro CPC/PT tinha como ideia basilar a parte como *dominus litis*, estando legitimada a comportar-se como preferir, não cabendo ao magistrado intervir para corrigir uma gestão deficiente dos interesses dos particulares, porquanto tal podia conduzir a um “*paternalismo opressivo. Em sendo assim, o processo estava sujeito ao impulso das partes, tanto o inicial como o sucessivo*”, assim como detinham o poder exclusivo a definir objeto da controvérsia e, por conseguinte, sobre as provas a comprovarem os factos alegados. Ou seja, “*o procedimento probatório era dominado pelas partes, não podendo o juiz produzir provas ex officio, pelo que à assunção e produção das provas presidia um estilo competitivo*”. Pois então, a figura do juiz neste contexto processual era *reflexa* e não *impulsiva*, logo: era um mero *servidor da lei*, cuja função era deixar um foro neutro para as partes resolverem suas controvérsias, proferindo somente a decisão final sobre o mérito da causa (MENDONÇA, op. cit., p. 382).

<sup>325</sup>REIS, José Alberto dos. *Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1929, p. 208.

do processo<sup>326</sup>, é dizer, com amplos poderes de *direcção formal e material* a intervir eficazmente na preparação da causa e acompanhá-la com atenção e rapidez até ao julgamento<sup>327</sup>.

Não somente. O reforço dos poderes de direcção do magistrado teve como ideário, segundo destacam COSTA<sup>328</sup> e MIRANDA<sup>329</sup> na doutrina brasileira, para além de dar ao jurisdicionado “*uma justiça real num menor período de tempo*”<sup>330</sup>, instituir o juiz de poderes de instrução para determinar “*todos os atos e diligências necessárias para descobrimento da verdade*”<sup>331</sup>.

Ou seja, a raiz do pensamento do autor português, designadamente na *atividade do juiz*, refletiu na disposição ampla do princípio do inquisitório no art. 264.º do CPC/PT de 1939<sup>332</sup>, assim como manteve-se ao longo das sucessivas reformas do ordenamento jurídico português (e concomitantemente no CPC/BR)<sup>333</sup>, até chegarmos a atual redação do art. 411.º

---

<sup>326</sup>Mendonça (2002, p. 157). Para o autor, a reforma de 1926 representa uma mudança de paradigma no processo civil português, saindo do modelo liberal e garantista de oitocentos, indo para um modelo *social* (concepção publicista do processo), sendo para o referido autor “*um exemplo de vitória do publicismo*” (Idem, 2011, p. 379).

<sup>327</sup>REIS, José Alberto dos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 1946, p. 10.

<sup>328</sup>O célebre autor brasileiro a destacar o princípio do inquisitório afirma que *o fim de todo o processo é a verdade real e que a isto conduz o art. 117.º do CPC/BR de 1939, outorgando faculdades ao juiz para decretar de ofício as diligências necessárias a instrução do processo* (COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual civil brasileiro*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 188). O referido artigo do CPC/BR de 1939 dispunha: “*a requerimento ou ex-officio, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo*”.

<sup>329</sup>Afirma que o art. 117.º do CPC/BR de 1939 fora um “*golpe profundo ao princípio do dispositivo em matéria de prova*”, posto que, ao dar ao juiz faculdades para “*provocar e praticar todas as provas que considere necessárias*” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, pp. 225-227).

<sup>330</sup>Outorgando-lhe àquilo que Alberto dos Reis denominou de *poder de promoção*, significa dizer, determinar de ofício o que for necessário para o prosseguimento da ação, bem como o *poder de disciplina* a fim de *recusar o que for dilatatório ou impertinente* (MESQUITA, 2015, p. 80).

<sup>331</sup>MENDONÇA, 2011, p. 411.

<sup>332</sup>“*O juiz tem o poder de ordenar oficiosamente as diligências e actos que entender necessários para o descobrimento da verdade*”. É de se observar claramente a proximidade da disposição do princípio do inquisitório no sistema jurídico lusitano para com o código brasileiro, mais detidamente no art. 117.º.

<sup>333</sup>O CPC/PT de 1939 passou por duas grandes reformas (1961 e 1995/1996) até chegar à promulgação de um novo código no ano de 2013. Não adentraremos na discussão se o CPC/PT de 1961 fora verdadeiramente um novo código, diga-se, para Gouveia (2007, p. 69), este não passou de uma mera reforma ou atualização do CPC de 1939, portanto, não sendo um novo código. Desta forma, ao que nos interessa, de fato não houve grandes mudanças, isto é, desde a grande Reforma do CPC de 1939, o legislador português manteve amplos poderes instrutórios ao magistrado. Destaca-se, ainda, que em 2013 o CPC intensificou ainda mais os poderes do juiz na direcção do processo através do dever de gestão processual estauído no art. 6.º do referido diploma legal. Referimo-nos ocorrer *concomitantemente* no sistema jurídico brasileiro, porque a legislação brasileira – antes do CPC de 2015 – teve uma reforma em 1973 a qual Dinamarco aduziu não ter representado “*uma revolução em relação ao CPC anterior, pois consagrou um “modelo processual” equivalente ao antecessor*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros,

do CPC/PT de 2013: “incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer”<sup>334</sup>.

O que extrair do princípio do inquisitório no processo civil hodierno? Ou melhor: qual é o reflexo deste nas suscitações feitas por ROCCO e ROSENBERG, a saber: como deverá proceder o juiz quando uma das partes não haja provado um fato relevante, apesar de ter cumprido com seu ônus mínimo de apresentação de provas?<sup>335</sup> Ainda que não seja uma dúvida insanável para a convicção do órgão judicial, dever-se-á considerar “certos fatos como sendo, isto é, tratar como verdade sem sê-lo?”<sup>336</sup> Ter-se-á lugar a um julgamento com base nas regras do *onus probandi*?<sup>337</sup>

JAUERING escreve que o debate centra-se, então, em saber quem tem a responsabilidade sobre a completude dos elementos de fatos probatórios para a decisão, é dizer, se o *princípio do inquisitório* se comunica com o *princípio da instrução por iniciativa das partes*<sup>338</sup>, compartilhando, assim, a responsabilidade probatória entre as partes e o tribunal, sob pena de a instrução probatória seguir a máxima extrema do *tudo ou nada*<sup>339</sup>.

Os *revisionistas* – denominação dada por CHIARLONI –, defensores de um processo liberal<sup>340</sup>, respondem positivamente às suscitações *supra*, pois, ao acreditarem ser o ativismo judicial uma *enfermidade forense*<sup>341</sup>, creem fundamentalmente que, se o juiz ajuda as partes,

---

2001, p. 24). Ou seja, no tocante à evolução histórica do poder instrutório do magistrado na dogmática brasileira, manteve-se igual estipulação do CPC/39: poder amplo e geral.

<sup>334</sup>E no direito brasileiro no art. 370.º. Este artigo do CPC/BR será objeto de análise do presente estudo, quando discorrermos sobre os limites do poder instrutório, contudo, ainda assim, tudo o que escrevermos neste tópico relativo ao princípio do inquisitório se aplica ao código brasileiro, eis que, ao longo da história e até os dias de hoje, o direito brasileiro bebe da fonte do direito português no tocante ao poder probatório oficioso.

<sup>335</sup>ROCCO, Alfredo. *La sentenze civile. Studi*. Torino: Fratelli Bocca, 1906, p. 140 apud GUASP, 1943, p. 100.

<sup>336</sup>ROSENBERG, 1956, p. 172.

<sup>337</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. El neoprivatismo en el proceso civil. In: AROCA, 2006, p. 211.

<sup>338</sup>Nem mesmo ordenamentos jurídicos com origem na *common law*, nomeadamente, o direito inglês após a Reforma de 1999, deixou o sistema *adversarial puro* porque, mais do que a liberdade das partes, interessa agora assegurar que se apure a verdade dos factos de acordo com a lei (MATOS, 2010, pp. 48-49). Ressalta-se, porém, em relação à instrução do processo, não há poder de procurar provas, como ocorre no sistema brasileiro e português, mas a *Rule 32.1* permite que o magistrado, no âmbito da audiência prévia, identifique as questões controvertidas necessitadas de provas, mais as espécies de provas, bem como decide sobre a forma de distribuição do ônus probatório entre as partes.

<sup>339</sup>Ou na metáfora do referido autor alemão, “o processo não é um jogo de futebol e o tribunal nenhum árbitro, que só tem que atender à observância das regras do jogo e depois da luta entrega o prêmio, a sentença” (JAUERING, 2002, p. 141).

<sup>340</sup>*La giustizia civile ed i suoi paradossi*, in *Sotira d'Italia*, Annali 14, Legge Diritto Giustizia, Luciano Violante, Torino, 1998, p. 440, nota de rodapé n.º 9.

<sup>341</sup>A expressão é utilizada por Aroca a fazer referência a famosa *metáfora* de Franco Cipriani (*Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, p. 1244) *entre um hospital e o processo*, qual seja: o hospital não deve ser construído pensando nos médicos ou nos juizes, há de ser construído nos interesses dos doentes ou

se torna *um menos juiz*<sup>342</sup> e, conseguintemente, para que isto não ocorra, CHIOVENDA defende que o magistrado deve julgar fundando-se nas provas produzidas pelas partes; “*se são insuficientes, tanto pior para a parte*”<sup>343</sup>.

Pois bem. CARNACINI aponta que o principal argumento desta doutrina *liberal* está ligado na velha roupagem do princípio do dispositivo<sup>344</sup>, eis que deixar às partes o direito a iniciar o processo e pedir a tutela jurisdicional sobre determinado direito material não impede de outorgar ao juiz faculdades inquisitivas em matéria probatória<sup>345</sup>.

Parece-nos, pois, com a estipulação do art. 411.º do CPC/PT e art. 370.º do CPC/BR, não ter sido a opção legislativa de Brasil e Portugal em deixar a prova dos fatos sob o monopólio das partes<sup>346</sup>, pelo contrário: a lei impõe ao magistrado *ser participante, mas não parcial; inquiridor, mas não inquisitor; com autoridade, mas sem autoritarismo*<sup>347</sup>, até porque, como acentua REGO, os poderes probatórios do juiz são-lhe outorgados pela lei

---

jurisdicionados. Picó I Junoy, ao interpretar esta metáfora, conclui por ser inexata, principalmente porque em ambos os casos não há de ser observado sob a ótica que intervem (doentes ou litigante), mas, sim, na função designada ao hospital e ao processo. Por isso, o protagonismo deve se dar tanto ao médico como ao juiz, pois o hospital tem como função oferecer a melhor assistência médica aos doentes e isto quem realiza é o médico; e o processo tem por função obter a resolução mais justa em um tempo de duração razoável e isto quem realiza é o juiz, pelo que se justifica a atribuição dos poderes probatórios ao magistrado. Continua o autor: “*quem vai ao hospital para curar suas doenças, não pensa ou acredita que o paciente quem vai indicar as provas que deve se submeter e o tratamento a seguir, e não o médico; in El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia*” (AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006, p. 129, nota de rodapé n.º 29).

<sup>342</sup>GUASP, 1943, p. 50.

<sup>343</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*, 1923, p. 730 apud PICÓ I JUNOY, 2007a, p. 111. Haveria uma incompatibilidade psicológica entre julgar e procurar provas. Em atenção ao excesso de linhas deste estudo, apontaremos uma brilhante crítica feita por Guasp (1943, p. 92) a esta incompatibilidade psicológica. O autor espanhol pergunta-se: há incompatibilidade maior que o juiz *ter que julgar a realidade material das circunstâncias que são submetidas ao judiciário como realmente existiu, contudo, só poderá ditar a sentença com base naquilo que as partes trouxeram ao processo?* Harver-se-á uma decisão justa? Mais ainda, por mais que o juiz saiba que um fato não ocorreu daquela maneira, todavia, por não poder produzir prova, terá que considerar aquela reconstrução factual incompleta e inexata, tal “*no representa un absurdo psicológico de mucha mayor envergadura?*” Com certeza que sim.

<sup>344</sup>Optamos não trazer a discussão acerca do princípio do dispositivo nesta sede, porque, tendo em vista que este princípio está muito arraigado na doutrina espanhola, teceremos maiores comentários no momento de apresentar o princípio do inquisitório no processo espanhol.

<sup>345</sup>Explica brilhantemente que deixar as partes o direito a iniciar o processo e pedir a tutela jurisdicional sobre determinado direito material, não impede outorgar ao juiz faculdades inquisitivas em matéria probatória, “*una vez que la maquina haya sido puesta en marcha y que las partes no renuncian a ella, que pueda investigar, en grado mayor o menor, a fin de reconstruir de la mejor manera posible el hecho del pleito*. Isso porque, *no se corresponde con la misma naturaleza soberana de la función jurisdiccional el que los juece, una vez recabada su actuación, deban permanecer completamente inertes, precisamente cuando se trate de reunir el material que están obligados a apreciar*” (CARNACINI, Tito. Tutela jurisdiccional y técnica del proceso. In: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo III, núm. 12, oct-dic 1953, pp. 97-182, p. 176).

<sup>346</sup>Freitas (2013b, pp. 175-179).

<sup>347</sup>JORGE, Nuno de Lemos. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. In: *Julgar*, n.º 3, 2007, pp. 61-84, p. 79.

processual, tendo em vista sua finalidade concreta: “o apuramento da verdade e a justa composição do litígio”<sup>348</sup>.

Ou seja, a apreciação do *princípio da instrução probatória compartilhada*<sup>349</sup> deve partir de que, no processo, há de ser estabelecida a verdadeira situação jurídica e, para alcançar este objetivo, é indissociável dotar também o magistrado de todos os instrumentos<sup>350</sup>, designadamente, poder probatório, a estabelecer o esclarecimento dos fatos<sup>351</sup>.

Afirmamos mais. Na esteira do defendido por MESQUITA, a *ratio* na atribuição poder probatório oficioso – outrossim ao apuramento da verdade – é de evitar o julgamento como base no lado que *mais pesa na balança da relação processual*<sup>352</sup>. Trocando em miúdos: julgamento com base na regra do ônus da prova deve ser utilizado para julgar uma dúvida insanável relativamente à verificação da factualidade<sup>353</sup>, *i. e.*, somente após o magistrado ter manejado todos os instrumentos probatórios necessários “*en la búsqueda de la convicción judicial, al objeto de otorgar la efectiva tutela dos intereses en litigio*”<sup>354</sup>.

Se assim não fosse, em conformidade com LEMOS JORGE, um mundo sem poder instrutório seria um caminho com dois braços abertos, é dizer, ter-nos-íamos só dois

---

<sup>348</sup>REGO, 2004, p. 520.

<sup>349</sup>Quer seja na apresentação de provas pelas partes, quer seja apresentação das provas por partes do juiz – justamente para a instrução probatória não seguir a máxima do *tudo ou nada*, há a necessidade de ser compartilhada entre as partes e o juiz.

<sup>350</sup>SCHWARZER, William W. & HIRSK, Alana. *The elements of Case Management: A Pocket Guide for Judges*. 2. ed. Federal Judicial Center, 2006.

<sup>351</sup>JAUERING, 2002, p. 144.

<sup>352</sup>Mesquita diz que a figura do *ônus da prova é aquela que mais pesa na balança da relação processual*; (MESQUITA, Luis Miguel Andrade de. A revelia no processo ordinário. In: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 1082).

<sup>353</sup>Vale ressaltar que muitos autores erroneamente associam o julgamento com base na regra do ônus da prova – a falta de provas acerca de um fato – com o princípio da inocência inserido na cláusula do *in dubio pro reo*, porque o julgamento, com base nesta cláusula, não se dá em razão da carência de confirmação de uma situação fática; pelo contrário, explica-nos Velloso, dá-se quando há suficientes elementos de confirmação que, não obstante, não logram em formar a convicção de culpabilidade na mente do juiz. A dúvida que gera no magistrado não é pela falta de provas, mas, sim, que não há provas a apontar para a veracidade de uma pretensão que se queira confirmar, por isso, por conta da regra do de proibição contida no aforismo romano do *non liquet*, o juiz julga de acordo com o ônus da prova (VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidade judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: AROCA, Juan Montero & VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos: Moción de Valencia (2006), Declaración de Azul (2008)*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011, p. 247).

<sup>354</sup>PICÓ I JUNOY, op. cit., p. 107.



cenários: “em um braço o juiz chega à sua convicção através das provas das partes e noutra braço vai decidir pela regra de julgamento de inversão do ônus da prova”<sup>355</sup>.

Por meio desta metáfora pretendemos assinalar que o poder instrutório do juiz está no meio do caminho dos *braços abertos*<sup>356</sup>, ou seja, uma vez o juiz não estando convicto para proferir uma decisão e para não emanar uma decisão estritamente formal com base no *onus probandi*, de maneira a cumprir com a sua *missão de julgar*<sup>357</sup>, ordenará diligências probatórias ao descobrimento da verdade, por assim resolvendo o litígio com uma decisão justa.

### 3.2 Dimensão ampla do poder probatório officioso: quebra da imparcialidade do julgador?

Convém, notabilizar, desde logo, ser indubitável pela redação do art. 370.º do CPC/BR – “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito” –, ter optado o legislador por instituir o magistrado de um poder *amplo e geral* de promoção de prova officiosa ou melhor, nas palavras do entendimento consagrado pelo STJ/BR<sup>358</sup>: “a iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça”<sup>359</sup>.

Embora a regra regral do referido artigo não contenha limitação, por óbvio a assunção de um papel ativo do juiz na fase instrutória é *limitado*<sup>360</sup>, não devendo ir para além

---

<sup>355</sup>Metáfora trazida pelo Dr. Nuno de Lemos Jorge em intervenção realizada na sessão de mestrado de 2.º ciclo na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), ministrada pelo Prof. Dr. Luis Miguel Andrade de Mesquita, realizada em 10 de março de 2017.

<sup>356</sup>É dizer: decidir com base nas provas apresentadas ou decidir pelo ônus da prova.

<sup>357</sup>Moreira (2006, p. 210) afirma: “a lei quer que o juiz julgue, tanto quanto é possível, bem informado”, sendo assim, deverá empregar “*todos os meios que tem em mão, posto que é algo inerente à sua missão de julgar*”.

<sup>358</sup>Não obstante, há muita divergência na doutrina brasileira quanto ao alcance do poder instrutório officioso, havendo até doutrina que defende a inconstitucionalidade do supracitado artigo. Ribeiro afirma, em síntese, que o poder probatório officioso do juiz não parte da garantia constitucional do devido processo legal, pelo fato de impor a parte uma tutela jurisdicional não requerida, ferindo a faculdade de disposição das partes (RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR., Fredie. et al (coord.). *Ativismo judicial*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 643).

<sup>359</sup>Recurso Especial n.º 1.012.306/PR (BRASIL. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 07 de maio de 2009).

<sup>360</sup>Assim como o exercício de qualquer poder processual, quer seja no exercício de um poder pelas partes (autonomia da vontade, por exemplo), quer seja em qualquer atuação do tribunal (utilizando-se do seu poder de gestão, por exemplo). Extraímos este pensamento da doutrina dos *princípios de justiça* do filósofo alemão Helmut Coing que revela três princípios basilares do princípio da justiça, quais sejam: igualdade, boa-fé e a limitação ao poder. Na linha filosófica, parte o autor do raciocínio de que “*todo poder é limitado de maneira a*

daquilo requerido pelo fim específico definido pela lei<sup>361</sup>, significa dizer, antes do exercício do *poder probatório ex officio*, pressupõe-se o atuar mínimo das partes no tocante à alegação dos fatos essenciais e indicação das provas necessárias para sua a confirmação<sup>362</sup>, de maneira que não haja sanatória oficiosa de determinada insuficiência probatória, imputável por *negligência ou inércia de uma das partes*<sup>363</sup>.

Por conseguinte, compartilhamos da mesma inquietação e preocupação de GUASP: “¿qué margen queda a la actividad del Juez?”<sup>364</sup> Possível *perda da imparcialidade do juiz?*

Alerta PICÓ I JUNOY que *o temor pela perda da imparcialidade* não pode servir de neutralização e/ou impedimento da utilização de diligências probatórias oficiosas porque, além de o possível excesso da produção probatória oficiosa ser de caráter excepcional e atacável por meio de recursos próprios<sup>365</sup>, o poder instrutório do juiz há de ser visto como o decidido pelo Supremo Tribunal Constitucional Federal alemão: “*as partes não devem temer a aplicação e/ou o uso desses poderes pelo juiz* (BVerfGE de 1951), *devem confiar que o tribunal dirigirá e impulsionará o processo no que este corresponde, como é e seja de se esperar de um juiz* (BVerfGE de 1978)”<sup>366</sup>.

Dessa maneira, no atuar de uma diligência probatória de ofício, na metáfora de LLUCH, requer-se do *juiz cirurgião* singular destreza ao manejar o bisturi em uma cirurgia, *i. e.*, tão fino o bisturi “*exige la precisión de sus presupuestos, límites y garantías*”<sup>367</sup>. Dito de outra forma: a seguir as diretrizes criadas pelo BVerfGE, estar-se-á garantida a imparcialidade do magistrado na medida em que haja o respeito às garantias das partes ao

---

*não ir para além daquilo que corresponde à natureza das coisas, requerido pelo fim específico*” (apud LARENZ, 2014, pp. 254-255).

<sup>361</sup>É exatamente esta a preocupação de Comoglio (2004, p. 98).

<sup>362</sup>Este é o entedimento do Tribunal da Relação de Coimbra, expressado no julgamento n.º 2890/13.8TBPRD-A.C1, no qual o magistrado afirmou precisamente que “*não pode servir para ‘remediar’ a inércia da parte, a quem incumbe a alegação e prova dos factos (a que está inerente a junção/indicação dos respectivos meios probatórios) em que assenta a sua pretensão*” (PORTUGAL. Relator: Arlindo Oliveira. 06 de junho de 2017)..

<sup>363</sup>Cfr. Rego, 2004, p. 544.

<sup>364</sup>GUASP, 1943, p. 109.

<sup>365</sup>PICÓ I JUNOY, 2007a, p. 110.

<sup>366</sup>RAGONE & PRADILLO, 2006, p. 53

<sup>367</sup>LLUCH, 2005a, p. 76.

*contraditório e à fundamentação da decisão*<sup>368</sup>, ou seja, *caso o tribunal efetive a introdução de provas de ofício, as partes têm direito de serem ouvidas e a manifestarem-se a respeito*<sup>369</sup>.

Mais ainda, para que o poder instrutório do juiz se concretize de um modo processualmente adequado, é necessário respeitar mais três critérios: (a) atuação oficiosa deve circunscrever-se aos elementos que o processo contém<sup>370</sup>; (b) pertinência da prova com o objeto do feito; (c) contribuição efetiva da medida para esclarecimento dos fatos<sup>371</sup>.

Um exemplo trazido por LEMOS JORGE é bastante esclarecedor: numa ação de indenização por acidente de aviação, o autor arrolou diversas testemunhas para comprovar que o veículo *x* estava em excesso de velocidade, todavia, nenhuma das testemunhas deu um depoimento crível nesse sentido. Ocorre que, destes depoimentos, emergiu a necessidade de inquirição de uma testemunha que assistiu aos factos a partir de outro lugar (elementos contidos no processo). Em sendo assim, não apenas devido ao incumprimento do ônus probatório pela parte, mas pela circunstância de os depoimentos não serem suficientemente esclarecedores, o órgão judicial deverá chamar essa testemunha a depor (pertinência e essencialidade da prova para o esclarecimento dos fatos)<sup>372</sup>.

Voltemo-nos à *ratio* do poder probatório oficioso. De notar as distintas funções probatórias entre partes e juiz, enquanto as partes exercem direito próprio de produzir todos

---

<sup>368</sup>Moreira (2006, p. 212), ao responder a doutrina que alega que o poder probatório oficioso abre caminho para imparcialidade e injustiça, diz que o juiz, adotando qualquer prova de ofício, é necessário notificar as partes para que estas possam participar da diligência, impugná-las, em caso de que pareçam inavítáveis, e de se manifestarem sobre o resultado; não se descobrindo nenhuma garantia das partes.

<sup>369</sup>Desde 1910 o Supremo Tribunal Constitucional alemão estabeleceu o direito à decisão não surpresa (STEIN, Friedrich & JONAS, Martin. (org.). *ZPO-Kommentar zur Zivilprozessordnung*. § 278 e n.º 53, p. 55).

<sup>370</sup>De fulcral importância a devida compreensão dessa afirmação para um melhor aproveitamento de fatos e provas ao processo, de maneira a proporcionar ao processo ser dirimido com uma justa decisão. Jorge (2007, p. 71), com brilhantismo, aponta que o juiz atuará oficiosamente sobre todos “*os elementos presentes no processo relevam para apreciação da necessidade de ulterior prova*”. Detidamente, cabe às partes a exposição da fonte de prova, isto é, exposição dos fatos que se servirá o juiz para decidir. Por outro lado, fenômeno diferente é a atividade desenvolvida no processo de modo a confirmar ou infirmar as alegações de fato (essencial) trazidas ao processo, pelo que o magistrado não fica circunscrito aos fatos alegados pelas partes (e.g., pode determinar uma prova de um fato não alegado pelas partes, contudo, deve ser um fato extraído da instrução do processo – instrumental ou secundário –, ou seja, elemento do processo) e/ou seus meios de prova apresentados, mas, sim, aos elementos contidos no processo; cf.: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 124. Assim é o entendimento do Min. Luiz Fux do STF/BR que, no julgamento da Chapa Dilma-Temer no Tribunal Superior Eleitoral (Aije n.º 1943-58. 2014), já anteriormente destacado por nós, explanou em seu voto que: “*o juiz não pode ser um avestruz que enfia a cabeça no chão; o que no meu modo de ver é impossível a uma Corte, é descobrir e não levar em consideração*”.

<sup>371</sup>Tais critérios foram estabelecidos pelo Min. Herman Benjamin no julgamento da Aije n.º 1943-58.

<sup>372</sup>JORGE, 2007, p. 73. É de se referir ainda que os três critérios estabelecidos pela jurisprudência brasileira restaram cumpridos nessa hipotética situação processual, pelo que restar-se-ia imaculada a imparcialidade do magistrado atuante ativamente na atividade probatória.

os meios necessários à confirmação de seus enunciados fáticos<sup>373</sup>, o poder probatório oficioso é atribuído ao magistrado com um fim legal *claríssimo*<sup>374</sup>: o apuramento da verdade<sup>375</sup> e a conseqüente justa composição do litígio. Por assim, o poder probatório oficioso é *autônomo*<sup>376</sup> em relação às partes<sup>377</sup>, quer seja independente do resultado da

---

<sup>373</sup>Idem, p. 67.

<sup>374</sup>Clareza essa destacada por Mesquita (2015, p. 104), com a qual concordamos.

<sup>375</sup>Marinoni & Arenhart defendem que um juiz que “omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo imparcial ou mal cumprindo sua função, visto que este deve se importar apenas a descoberta da ‘verdade’, e não aquele que resulta vitorioso (o autor ou o réu), está voltado apenas para a efetividade do processo” e, conseqüentemente, sua imparcialidade permanece inabalada (MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. Vol. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 290).

<sup>376</sup>No mesmo sentido defendido pelo presente estudo, sendo o poder instrutório do juiz autônomo e/ou independente da conduta das partes, ou seja, não havendo qualquer sujeição aos atos de disposição das partes, em razão de ser um poder conferido diretamente pela lei com fim da descoberta da verdade no processo para se alcançar uma justa composição do litígio, cf.: DINAMARCO, 2011, p. 223; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. [comentários aos artigos n.º 369-381]. In: CABRAL, Antonio & FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; BEDAQUE, 2001, p. 159. Em sentido contrário na doutrina brasileira, cf.: CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 127; DIDIER JR., 2015b, p. 91; GODINHO, Robson Renault. *Negócios jurídicos processuais sobre ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 95. Os supracitados autores defendem o poder instrutório do juiz como sendo complementar ao poder de provas das partes, ou seja, somente nos casos de insuficiência de provas produzidas. Ainda, entendem que as partes, através de negócios jurídicos processuais, podem limitar o poder instrutório do juiz, pois, se não pudessem, seria o mesmo que negar às partes o protagonismo da cena processual (o que veremos mais à frente).

<sup>377</sup>Tanto assim é que o STJ/BR já decidiu por diversas vezes que a “*iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da justiça*”. Ainda, até aquelas “*provas dispensadas pelas partes, em razão da inexistência de preclusão ao tribunal*” (BRASIL. REsp 262978 MG 2000/0058446-0. Relator: Min. Barros Monteiro. 06 de fevereiro de 2003). Logo, na esteira da jurisprudência do STJ, podemos concluir que o poder probatório oficioso não guarda relação com as partes, sendo autônomo a estas, pelo que pode o magistrado produzir provas já precluídas e/ou dispensadas por estas.

iniciativa destas<sup>378</sup>, quer seja em relação às suas vontades, ou melhor, até mesmo *contra a vontade das partes*<sup>379</sup> quando a produção das provas forem essenciais à justa decisão<sup>380</sup>.

E é exatamente dessa finalidade e atuação autônoma em relação às partes que está a *imparcialidade* do órgão judicial; significa afirmar, em sendo sua função a realização da justiça, ao determinar uma prova, o juiz não está interessado a quem prejudicará e/ou beneficiará a prova<sup>381</sup>, pelo que, em nosso entender, a bem da verdade *parcial* é o juiz que não determina uma diligência probatória que estava em seu alcance<sup>382</sup>, porque, diz-nos MARINONI, “*a imparcialidade não se pode confundir com neutralidade*”<sup>383</sup>.

### 3.3 Poder probatório oficioso autônomo: destruição da carga de prova?

De entre os autores que negam ou restringem o poder probatório oficioso, comumente são utilizados dois argumentos no que toca ao ônus probatório: (a) haveria “*una destrucción de la carga de prueba*”, porque o juiz estaria provando a existência ou

---

<sup>378</sup>O ex. acima deixa clara essa situação, i.e., conquanto a parte tenha arrolado testemunhas a confirmarem seu enunciado fático (alegação de excesso de velocidade), o magistrado, ao saber de outra testemunha capaz de sanar a dúvida da real situação dos fatos controvertidos, determinou o chamamento daquela ao processo, eis que se tornou essencial ao deslinde do processo. Ou seja, para nós, uma vez estabelecido o objeto do processo – fatos controvertidos em decisão de saneamento ou na definição dos temas de prova –, o juiz tem poder probatório amplo para determinar suficientes para o julgamento da demanda, aquando as provas restarem contraditórias, confusas ou incompletas. Nesse sentido, STJ/BR no julgamento do Resp n.º. 345436/SP, 2001/0105326-5 (BRASIL. Relatora: Min. Nancy Andrighi. 07 de março de 2002); EDcl no REsp 1791101 (BRASIL. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 01 de abril de 2019).

<sup>379</sup>Nos termos da jurisprudência do STJ/BR, “*os juízos de primeiro grau, caso entendam que a dilação probatória era necessária, podem determinar prova de ofício apesar da discordância da parte*” (BRASIL. AgRg no AgRg no Agravo de Instrumento n.º 1.403.421/RJ. Relator: Min. Benedito Gonçalves. 07 de agosto de 2017); REsp 1012306/PR; AgInt no AREsp 897.363/RJ (BRASIL. Relator: Min. Humberto Martins. 30 de agosto de 2016).

<sup>380</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 52.

<sup>381</sup>Picó I Junoy (2007a, pp. 111-112) descarta o argumento da doutrinária revisionista, pelo qual nega-se a atividade probatória do juiz porque sua atividade irá beneficiar alguma parte, simplesmente por conta de o juiz, ao realizar uma “*diligência probatória, não sabe a quem vai beneficiar a prova, se é a favor de uma parte ou contra, pois antes da prática de uma prova não se sabe o resultado desta*”. E mais: “*su único objetivo es poder cumplir eficazmente la funcion de tutela judicial que la Constitución le assigna: la efetiva tutela dos interesses em litígio*”.

<sup>382</sup>De forma aproximativa ao nosso pensamento sobre imparcialidade, em intervenção feita no II Colóquio Luso-brasileiro, realizado em 09 de novembro de 2016, na Universidade de Lisboa, em Lisboa/Portugal, o Professor Miguel Teixeira de Sousa, ao discursar sobre a configuração do dever de colaboração do tribunal e a imparcialidade do magistrado, falou: “*se se afirmar que o Tribunal é parcial com uma das partes ao aplicar o seu dever de cooperação, também poderá se afirmar que o magistrado estaria sendo parcial caso não ajudasse (sua omissão também seria uma forma de imparcialidade)*”. Ou seja, podemos afirmar que, para os que entendem que, cumprido esse dever probatório oficioso, ele seria *parcial*, caso não cumpra também está sendo *parcial*.

<sup>383</sup>MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2015, p. 391.

inexistência de um fato que corresponderia a uma parte; e (b) desinteresse da parte em *propocionar elementos probatórios*<sup>384</sup>.

Para PICÓ I JUNOY, vale-se o raciocínio de que o ônus subjetivo da prova está incorreto<sup>385</sup>, pois o *efeito subjetivo* do incumprimento do *onus probandi* dar-se-á apenas no momento da prolação sobre a parte que incumbia o *ônus objetivo* de provar determinado fato, é dizer, posterior à fase instrutória levada à cabo no processo – tanto pelas partes, quanto pelo juiz –, tornando-se irrelevante discutir através de que sujeito uma determinada prova fora incorporada ao processo<sup>386</sup>.

Post isso, se há rebatido também o segundo argumento da doutrina – *desestímulo de a parte apresentar provas* –, uma vez que a regra do julgamento do *onus probandi* se dá exatamente em situações de insuficiência de prova<sup>387</sup>. Portanto, conclui-se, pela impossibilidade do argumento de *destrucción de la carga de prueba*, porque o ônus subjetivo da prova regula e incentiva a produção probatória das partes, não impondo qualquer limite à instrução oficiosa.

### 3.4. Dever probatório oficioso sob a perspectiva da justa composição do litígio

Sob o aspecto do incremento dos poderes do juiz em razão do *dever de gestão processual material* na direção do processo<sup>388</sup>, compreende-se também o *poder probatório oficioso* como um *autêncio poder-dever*<sup>389</sup> e não uma mera *discricionariedade* ao

---

<sup>384</sup>Navarrete (2006, p. 37) diz que a doutrina espanhola afirma que a aplicação do art. 429.º da LEC (indicação do magistrado sobre a insuficiência probatória) gera como consequência também a usurpação da competência do advogado.

<sup>385</sup>Taruffo (2008, p. 146) divide o efeito do “*principio da carga de prueba em efeito objetivo e efecto negativo*”. Sendo o efeito objetivo do ônus da prova no momento da decisão final, isto é, “*cuando el tribunal determina que algunos hechos carecen de pruebas suficientes y tiene que extraer las consecuencias jurídicas pertinentes de esa situación*”. Por outro lado, o efeito subjetivo do ônus da prova aplica-se no percurso do processo, é dizer, funcionando, assim, como uma regra de instrução, com o que visa estimular as partes à prova de suas alegações e adverti-las dos riscos que correm ao não prová-las.

<sup>386</sup>BEDAQUE, 2001.

<sup>387</sup>“*Limitar a actividad probatoria por que provocará en las partes el desinterés em proporcionar elementos probatórios ya que, como he indicado, dicha posibilidad no exclue que el excluye que el órgano jurisdiccional, al realizar el juicio fático de la sentencia, acuda a las reglas del ónus probandi*” (PICÓ I JUNOY, 2007a, p. 109).

<sup>388</sup>Mesquita (2015, pp. 103-104) insere o poder inquisitório na esfera da gestão material no plano das provas direcionado à descoberta da verdade e à maior eficiência da Justiça, pelo que determina ser o poder de procura de provas como sendo um *clássico poder-dever* e não uma mera discricionariedade do magistrado.

<sup>389</sup>Em comentário ao acórdão relatado pelo Rel. Arlindo Oliveira, Tribunal da Relação de Coimbra, em 06 de junho de 2017 (Processo n.º 2890/13.8TBPRD-A.C1.), Miguel Teixeira de Sousa aponta para uma imprecisão terminológica no decisório, a saber: “*O dever de gestão processual e inquisitório que subjaz ao disposto nos artigos 6.º, 411.º e 436.º do NCPC [...]*” (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Jurisprudência* (743). 2017. Disponível

magistrado<sup>390</sup>, sendo-lhe imposto um dever de promover um debate com as partes para a melhor obtenção do material probatório ao longo do processo, bem como produção das provas necessárias ao apuramento da verdade para uma justa decisão<sup>391</sup>.

Com tal força que a inobservância do magistrado de primeira instância gera uma nulidade processual secundária descrita no art. 195.º, n.º 1, CPC/PT<sup>392</sup> e/ou configura um “*error in iudicando*”<sup>393</sup> a transferir ao tribunal de segunda instância em grau recursal o *dever* de determinar a produção da prova que repute essencialmente necessária à justa decisão, ao

---

em: <<https://blogipcc.blogspot.com>>. Acesso em: 01 jun. 2019). Em parte, concordamos com o professor. A primeira nota concordante diz respeito ao fato de haver, sim, diferença entre o dever de gestão processual e o princípio do inquisitório. Contudo, na segunda nota discordante, não entendemos por uma divisão estanque entre os dois princípios, significa dizer: na senda de Rego (2004, p. 266), o princípio do inquisitório é conexo ao dever de gestão processual, ou melhor, é uma concretização do dever de gestão processual, visto que o art. 6.º dispõe: “*cumpra ao juiz, promovendo diligências necessárias ao que garantam a justa composição do litígio*”. Contudo, independente de o princípio do inquisitório ser uma extensão do dever de gestão processual e/ou até do princípio da cooperação, o poder probatório officioso continua sendo um poder-dever de o magistrado produzir prova essencial ao julgamento da lide; e é o que importa para nós neste momento.

<sup>390</sup>Em uma interpretação sistemática do CPC/BR e CPC/PT, diversos dispositivos apontam o princípio do inquisitório como sendo um *poder-dever*, como, por exemplo, o art. 6.º do CPC/BR; ainda, o art. 378.º estipula que “*ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade*”. Ou seja, para além de os deveres de colaboração para o descobrimento da verdade e decisão justa estarem espalhados pelo código, impondo um dever no atuar dos sujeitos processuais, Jorge (2007, p. 63), por meio de um elemento literal *incumbe ao magistrado*, constante no art. 411.º do CPC/PT, “*não parece sugerir que a intenção do legislador tenha sido disponibilizar ao juiz um instrumento probatório cujo uso ficasse entregue à sua vontade discricionária; não diz que o magistrado ‘pode’ determinar a produção de prova*”.

<sup>391</sup>Mitidiero assevera que, em razão do modelo cooperativo de processo, impõe-se um *dever de debate* ao magistrado (e todos os sujeitos processuais) *no campo probatório*, como condição imprescindível para uma fundamentação adequada da decisão judicial (MITIDIERO, op. cit., p. 144).

<sup>392</sup>Pelo fato de a lei atribuir ao juiz um *dever* de realizar uma diligência probatória quando necessária ao desfecho da situação de fato controvertida, a sua não determinação gera uma nulidade secundária porque “*a omissão de um ato ou de uma formalidade que a lei prescreva [...] produz nulidade quando “a irregularidade cometida possa influir no exame ou na decisão da causa”*”. Logo, extrai-se da leitura do art. 195.º do Código de Processo Civil português que, em se tratando de prova essencial – a influir no resultado do processo –, a omissão do magistrado na sua determinação constituirá em nulidade do decisório. Nesse sentido e para maiores esclarecimentos quanto ao meio de combate (recursos) contra essa omissão, cf.: MESQUITA, 2015, p. 105.

<sup>393</sup>Oliveira defende que, em não tendo sido produzidas provas necessárias ao julgamento da lide, incorre o magistrado em *error in iudicando* na eventual desconsideração desta prova na motivação da sentença, quando poderia ter procedido a instrução de modo diferente, contudo não o fez (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 317). Sendo assim, em eventual recurso de apelação em face desta sentença, há de ser reformada pelo Tribunal e determinada a produção desta prova essencial sem a necessidade de devolução ao juízo de primeira instância (BRASIL. STJ. *REsp* 382.742/PR. Relator: Min. Francisco Martins. 16 de fevereiro de 2006).

abrigo da determinação contida no art. 932.º, I, do CPC/BR<sup>394</sup>: “*incumbe ao relator; dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova*”<sup>395</sup>.

A tudo isso podemos afirmar que a mais-valia *ampla* do *dever probatório oficioso* à justa decisão fora reconhecida pelos ordenamento luso-brasileiro, na medida em que tal irradia-se, inclusivamente, em sede recursal.

### **3.5 Contraponto aos sistemas jurídicos português e brasileiro: uma análise do princípio do inquisitório no direito espanhol**

Afigura-se-nos, importante, desde logo, notabilizar que a tradição processualística em Espanha está assentada em princípios liberais do século passado<sup>396</sup>, *i. e.*, numa concepção privatística da qual “*las partes son dueñas de sus derechos y los medios de justificarlos*”<sup>397</sup> – tem-se, por assim, uma lei inspirada no princípio do dispositivo e de “*aportación de parte*”<sup>398</sup>.

Mais detidamente, recorrendo à ideia de GOLDSCHMIDT, no sentido de ser o princípio do dispositivo o dominante e de mais interesse no processo civil<sup>399</sup>, busca-se, no

---

<sup>394</sup>Em havendo necessidade de nova prova, determina o art. 938.º, §3.º do CPC/BR, que o julgamento do recurso seja *convertido em diligência*, significa dizer, que o julgamento será suspenso até que seja concluída uma determinada diligência probatória a ser realizada em primeiro grau ou no próprio tribunal. Portanto, os julgadores que atuam nos tribunais detêm os mesmos poderes instrutórios que os juízes singulares, permitindo-lhes determinar a produção de uma prova adicional caso a repute necessária à correta formação de seu convencimento para o julgamento do recurso (ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 442).

<sup>395</sup>De maneira mais ampliativa e, em nosso entender, mais bem positivada, é à produção de prova em sede recursal no sistema português, ao dispor no art. art. 662.º, n.º 2, letra b, que: “*a Relação deve ainda, mesmo oficiosamente: ordenar, em caso de dúvida fundada sobre a prova realizada, a produção de novos meios de prova*”. A jurisprudência portuguesa confirma a amplitude do Tribunal da Relação na reapreciação da matéria de facto dada pelo artigo 662.º do CPC, de forma exemplificativa o Tribunal da Relação de Coimbra, no julgamento da Apelação 2082/11.0TBPBL-O.C1, considerou: “*uma clara evolução do sentido conferido pela lei à reapreciação da matéria de facto, tendo claramente consagrado a autonomia decisória dos Tribunais da Relação, aos quais compete formar e formular a sua própria convicção e, bem assim, conferindo-lhes a possibilidade de renovação de certos meios de prova e mesmo a produção de novos meios de prova, em casos de dúvida fundada sobre a prova realizada em primeira instância*” (PORTUGAL. Relatora: Albertina Pedroso. 24 de junho de 2014).

<sup>396</sup>Picó I Junoy (2007a, p. 103) atribui a essa tradição da construção jurídica espanhola o impedimento de este ordenamento jurídico ter-se recorrido à doutrina “socializadora” do processo civil, diversamente de muitos países europeus. De modo a destacar esta doutrina, Aroca, ao fazer referência à LEC de 2000, aduz que a lei processual fora um retrocesso, porque, na verdade, a chamada “*publicização está em franca retirada del mundo*” (AROCA, Juan Montero. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo II. 10. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2001a, p. 255).

<sup>397</sup>ANDRE, Georges. *Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*. Thèse de Doctorat Droit. Paris: Jouve, 1910.

<sup>398</sup>Lluch (2005a, p. 23).

<sup>399</sup>(GUASP, op. cit., p. 65).



egoísmo das partes e nos seus interesses opostos<sup>400</sup>, o recolhimento do acervo probatório – nomeadamente, na “*aportación de hechos*”<sup>401</sup> –, bem como a condução do procedimento processual, o que levou à inação do juiz.

De notar que esta tradição, fiel ao liberalismo, ou seja, calcada no exclusivo poder das partes em matéria de prova, advém desde a primeira LEC de 1855<sup>402</sup>, perpassa pela LEC de 1881<sup>403</sup>, até chegar, também, na lei processual atual.

Muito embora a LEC de 2000 tenha seguido nesta toada, para LLUCH, recorre pela primeira vez no texto processual um *artículo* destinado a regular a iniciativa probatória oficiosa<sup>404</sup>, porém, tendo ainda como regra geral a iniciativa das partes<sup>405</sup> e, por exceção, a iniciativa probatória de ofício quando assim a lei estabelecer<sup>406</sup>.

Desta maneira, carecendo de precedente<sup>407</sup>, o legislador espanhol, ao aproximar-se mais dos modelos de processo civil dos países vizinhos<sup>408</sup>, a perquirir evitar *tiempos muertos* no processo, ao aprovar artigo 429.1.º da LEC<sup>409</sup>, *abriu una ventana* em seu sistema jurídico

---

<sup>400</sup>Para Rosenberg (apud GUASP, 1943, p. 57).

<sup>401</sup>A expressão, em nossa tradução, significa, processualmente, levar os fatos ao processo.

<sup>402</sup>De acordo com Lluch (2005a, p. 25), a referida lei processual era “*fiel a los postulados dominantes del liberalismo y la concepción privatística del proceso imperante en el siglo XIX*”. A LEC de 1885, ainda segundo o autor, parte de uma concepção monolítica do princípio de *aportación de parte* e, por conseguinte, trouxe para as partes o domínio exclusivo sobre as provas, sem qualquer margem para a iniciativa probatória oficiosa, salvas as diligências de *mejor proveer* (em razão da extensão deste estudo, não abordaremos este instrumento processual, dado que fora substituído pelas *diligencias finales*). Aroca defende que o *principio de aportación de parte* comportava três consequências, quais sejam: (a) era necessário a solicitação das partes para ter-se o recebimento da prova; (b) monopólio absoluto sobre a proposição dos meios de prova, segundo o artículo 257.º da LEC de 1885; e, por último, (c) predomínio das partes na prática da prova, de modo que o juiz não podia formular perguntas em depoimento testemunhal, bem como no depoimento das partes (AROCA, Juan Montero. *Ensayos de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosh, 1996, p. 268).

<sup>403</sup>Não houve mudança substancial na sistemática processual espanhola, o que significa dizer que “*las variaciones introducidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no son relevantes*” (LLUCH, op. cit., p. 27). Apesar de o sistema processual ter-se mantido quase que inalterado, com a referida LEC abriu-se um pouco mais “as portas” para uma certa margem de prova de ofício, notadamente, resumidas a duas manifestações: (a) o juiz podia pedir explicações do *confessante* e da testemunha; (b) *manifestación eran las diligencias para mejor proveer*.

<sup>404</sup>LLUCH, Xavier Abel & PICÓ I JUNOY, Joan (coord.). *Problemas actuales de la prueba civil*. Barcelona: J. M. Editor, 2005b, p. 71.

<sup>405</sup>Cf. art 282.º da LEC.

<sup>406</sup>Navarrete (2006, p. 25).

<sup>407</sup>Ruiz Tovar, M<sup>a</sup>. Josefá Ruiz Tovas, SAPLu de 29 de mayo de 2002, em AJ. (apud NAVARRETE, Antonio María Lorca. La denominada insuficiencia probatoria en el proceso civil español. In: *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis*, a. 2, n. 2, enero-diciembre 2016, pp. 11-27, p. 19).

<sup>408</sup>Lluch (2005, p. 27) traz diversos exemplos de artigos constantes na atual legislação espanhola com inspiração em outros diplomas legais, tais como ZPOale, *Code de Procédure Civile*, dentre outros. p. ex., indica que o § 139.º da ZPO (dever de esclarecimento judicial) guarda semelhança com o art. 429.1.º da LEC, i.e., o dever de advertir as partes sobre a insuficiência probatória.

<sup>409</sup>“*Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos, la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba (...) Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos*”

quando atribuiu ao juiz o impulso de ofício no recebimento e proposição de prova, nomeadamente, no início do processo na audiência preliminar<sup>410</sup>.

Ou seja, neste novo cenário, passa o magistrado a ter um novo papel, ou melhor, utilizando-nos da expressão de SENDRA, passa a ser um “*juez a pie de obra*” comprometido em dirigir o procedimento de modo a obter uma solução rápida e efetiva do litígio<sup>411</sup>.

Observável, portanto, que a atual LEC há reforçado as faculdades do órgão jurisdicional no que tange à sua iniciativa probatória, pelo que daqui partiremos para análise do princípio do inquisitório no sistema espanhol, mais especificamente, – de acordo com intitulação dada por GURIDI<sup>412</sup>, – exploraremos o que, em matéria de iniciativa probatória de ofício, é considerado “*el precepto estrella*”.

Sem embargo, antes de trazermos à baila as discussões doutrinárias e jurisprudenciais que o referido artigo trouxe ao mundo jurídico espanhol, é primeiro necessário distinguirmos o princípio do dispositivo (sua supervalorização<sup>413</sup>) e o princípio de *aportación de parte*, porque<sup>414</sup>, devido à confusão doutrinária havida entre os dois princípios, impede uma maior e/ou melhor aplicação disposto no artículo 429.1.º da LEC<sup>415</sup>.

DOMINGUÉZ já alertava-nos, desde os anos 70, sobre a dificuldade de distinção entre o princípio do dispositivo e o de *aportación de parte*<sup>416</sup>, cingindo-se às posições doutrinárias em três sentidos, a saber: (a) uma interpretação ampla do princípio do dispositivo, sendo o princípio de *aportación de parte* uma manifestação do princípio do dispositivo; (b) interpretação ampla do princípio de *aportación de parte*, na qual abarca o princípio do

---

*controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”.*

<sup>410</sup>Designadamente, a evitar protelamento do processo, optou pelo impulso oficial de recebimento e proposição de prova já na audiência preliminar.

<sup>411</sup>SENDRA, José Vicente Gimeno. Características esenciales de la «audiencia previa». In: COLOMER, Juan Luis Gómez. *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 141.

<sup>412</sup>GURIDI, José Francisco Etxeberria. *Las facultades judiciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 268.

<sup>413</sup>Guasp (1943, p. 125).

<sup>414</sup>Aroca chama a atenção para esta confusão entre os processualistas espanhóis, isto é, dentro do princípio do dispositivo insere-se o princípio de *aportación de parte*, quando este último é complementar do primeiro (AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001c, p. 63).

<sup>415</sup>LLUCH & PICÓ I JUNOY, 2005b, p. 73.

<sup>416</sup>Tal dificuldade também incorreu ao legislador espanhol, pois, incorreu em erro dogmático na redação do art. 216.º da LEC, uma vez que incluiu a pretensão da parte dentro do *principio de aportación*, aquando formam parte do princípio do dispositivo (MORENO, Juan Damián. *Comentarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo III. Valladolid: AAVV Lex Nova, 2000, p. 1.417).

dispositivo; (c) o princípio de *aportación de parte* corresponde na determinação dos sujeitos para introduzir os fatos objetos de cognição judicial (modo com que os fatos ingressam ao processo)<sup>417</sup>.

A primeira nota que deve ser feita é a de que o presente estudo adota a posição majoritária, no sentido de serem princípios diferentes, ou melhor, princípios complementários. Partamos, então, da premissa de que levamos à discussão dois princípios e não somente um.

Decerto, ao analisar o alcance do princípio do dispositivo far-se-á necessário demarcar qual a linha divisória entre este princípio e o princípio do inquisitório, isto é, se se admitir o poder de prova oficiosa não é uma grave colisão ao princípio do dispositivo.

Sem delongar mais, o princípio do dispositivo corresponde ao interrogante de que a atividade jurisdicional se inicia à instância das partes<sup>418</sup>, ou seja, “*as partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no, judicialmente, en la medida que estimen oportuno*”<sup>419</sup>.

Por conseguinte, ao submeterem seu litígio ao poder judiciário, por meio de seus articulados iniciais, delimitam o objeto do processo<sup>420</sup> e vinculam juiz a decidir de maneira congruente às suas pretensões (princípio da congruência)<sup>421</sup>.

Importa, a este ensejo, frisar um segundo sentido do princípio do dispositivo, apresentado por ECHEANDÍA, no qual, face ao caráter privado do objeto litigioso, detém as partes exclusivamente o material probatório no processo<sup>422</sup>.

Explicita-se a dissonância doutrinal. A partir deste segundo sentido do princípio do dispositivo, parte a maioria da doutrina espanhola para negar o poder de prova do juiz.

---

<sup>417</sup>LLUCH, 2005a, p. 57.

<sup>418</sup>ECHEANDÍA, 1965, p. 15.

<sup>419</sup>Francos escreve que o princípio do dispositivo responde “*al interrogante de quién inicia el proceso y quién fija o determina su objeto, y comprende*” (FRANCOS, María Victoria Berzosa. Principios del proceso. In: *Revista Jusiticia*, 1992-III, p. 575), como determina o art. 19.º da LEC.

<sup>420</sup>Através da *causa petendi y petitum*, segundo se verifica no art. 399.1.º da LEC, bem como no art. 412.1.º da LEC: “*establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente*”.

<sup>421</sup>Echeandía (op. cit., p. 16). Lluch & Picó I Junoy (2005b, p. 71), uma das consequências fundamentais do princípio do dispositivo – que não do *principio de aportación*, nem de *rogación* –, é que a introdução das pretensões também corresponde às partes. Francos, na mesma linha, diz que “*el dominio do direito material processual que constituirá fundamento de fato da sentença corresponde aos litigantes*” (FRANCOS, María Victoria Berzosa, *Demanda, causa petendi y objeto del proceso*, Córdoba: El Almendro, 1984, p. 85).

<sup>422</sup>Méndez afirma que, “*sólo en sentido lato se vinculan (inquisitivo y dispositivo) a la iniciación y continuación oficiosa o no del proceso y la facultad de decidir ultra petita partium*” (MÉNDEZ, Francisco Ramos. *La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil*. In: *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1983, pp. 9-40).

Aflorado do caráter privatístico do processo<sup>423</sup>, dá-se uma roupagem antiquada para o dito princípio ao contrapô-lo frente a um processo civil contemporâneo<sup>424</sup>, isto porque, como destaca CARNACINI<sup>425</sup>, não obstante o caráter disponível do processo por tratar-se de direito privado, não significa afirmar que o processo é em todo das partes e, por conseguinte, significa admitir a figura de um *juiz como mero expectador*<sup>426</sup>.

Porquanto, “*o modo de desarrollarse el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función*”<sup>427</sup>.

Mais ainda. A configuração do princípio do dispositivo circuncreve-se em termos exatos, na possibilidade de as partes iniciarem o processo, terminarem e delimitarem o objeto a ser discutido nos autos do processo, pelo que, pressupor ter o juiz alguma iniciativa probatória, em nada tem a ver com choque e/ou violação ao dispositivo, simplesmente pelo fato de que conservam as partes exclusividade na determinação do objeto litigioso do processo<sup>428</sup>.

Por outro lado, o *principio de aportación de parte* põe em tela a discussão entre a repartição de funções entre juiz e partes, bem como ao incremento de faculdades probatórias do órgão jurisdicional, isto é, determina os sujeitos a quem corresponde a introduzir o material fático objeto da cognição judicial, tanto quanto as provas atinentes a este<sup>429</sup>.

É aqui, em nosso sentir, onde há maior impedimento para a mais-valia do expediente processual da iniciativa probatória *ex officio iudicis*, no sentido de o órgão jurisdicional também contribuir com a *aportación* de fatos e provas para o descobrimento da verdade.

---

<sup>423</sup>PICÓ I JUNOY, 2007a, p. 107.

<sup>424</sup>Já combatemos esta velha roupagem do princípio do dispositivo seguindo a linha proposta pelo eminente professor Mesquita (2017).

<sup>425</sup>CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. 2, Milão: Giuffrè, 1965..

<sup>426</sup>DOMINGUÉZ, Valentin Cortés. La constitución española y los principios rectores del proceso civil. In: *Principios constitucionales del proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, p. 152.

<sup>427</sup>CARNACINI, 1965, p. 147.

<sup>428</sup>PICÓ Y JUNOY, 2007a, p. 126.

<sup>429</sup>Moreno (2000, p. 1.417), com propriedade, aponta que o *p.a.p.* determina os sujeitos a quem corresponde introduzir o material fático objeto da cognição judicial. Ainda, a essência do dito princípio é de regular o modo de como os fatos ingressam no “mundo do processual” e “*los medios con que cuenta el juez para el descubrimiento de la verdad*”.

Mais detidamente da interpretação do art. 216.º da LEC<sup>430</sup> aflora-se uma concepção fielmente expressada no axioma jurídico *iudex iudicare debet secundum iusta allegata et probata, non secundum conscientiam suam*<sup>431</sup>, na qual os litigantes têm que trazer todos os fatos da realidade a serem discutidos no processo, assim como *proponer* todas as provas<sup>432</sup>, devendo o julgador ficar vinculado a estes. Tudo visando assegurar a devida adequação da sentença com os fatos alegados e provados no processo (princípio da congruência)<sup>433</sup>.

Trocando em miúdos, a ideia matricial é: que as partes que determinam os fatos que servem de fundamento à sua pretensão e também serão as partes que decidirão os meios de prova que estimem conveniente utilizar a fim de acreditar os fatos alegados na demanda e na contestação desta para convencer o juiz sobre a questão debatida no processo e isto em virtude do *p.a.p.* que contém a regra jurídica *allegata et probata*<sup>434</sup>.

De observar, no entanto, que, apesar de majoritariamente entender ser o material fático exclusivo das partes, em nosso sentir, o alcance do *p.a.p.* há de concerner-se na introdução de fatos secundários e não de fatos essenciais, pois, os fatos essenciais configuram a causa *petendi* e, em sendo assim, ao integrar o objeto do processo devem ser alegados, necessariamente, pelas partes devido ao princípio do dispositivo e não do *aportación*<sup>435</sup>.

Em razão de, como nos ensina PICÓ I JUNOY, além de o princípio de *justicia rogada* encontrar limites na própria LEC<sup>436</sup>, a formulação errônea do brocardo *allegata et probata*

---

<sup>430</sup>“Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”. Segundo Picó I Junoy (op. cit., p. 96), o art. 216.º recorre a um dos princípios inspiradores do atual sistema processual civil da plena vinculação do juiz aos fatos alegados pelas partes, diga-se, *sin excepción alguna*, bem como pela impossibilidade de o juiz praticar provas de ofício, ainda que com um regime maior de exceções.

<sup>431</sup>Tal como no aforisma latino *mihi factum dabo tibi ius*. Francos (1984) atribui somente aos litigantes o material fático que constituirá de fundamento para a sentença (PARDO, 2001, p. 478).

<sup>432</sup>Porque, caso não fosse assim, o juiz mudaria o objeto da causa e isso destruiria o princípio do dispositivo como também poria sua imparcialidade em jogo. Desta maneira, o juiz não pode considerar fatos não alegados pelas partes, bem como provas não aportadas por estas (LLUCH, 2005b, p. 64).

<sup>433</sup>Sendra atribui essa vinculação em razão da ineficiência histórica da justiça, bem como, em função do *p.a.p.*, ao estrito cumprimento da máxima do *iudex allegata probata* (SENDRA, José Vicente Gimeno. Causas históricas de la ineficiencia de la justicia. In: *Justicia*, III, 1987, p. 589).

<sup>434</sup>Guasp (1943, p. 124), já em seu tempo, suplicava pela superação deste aforisma.

<sup>435</sup>LLUCH (op. cit., p. 64).

<sup>436</sup>Daí que o autor afirma que, na análise deste preceito, deve-se distinguir dois aspectos jurídicos diferentes: por um lado, em matéria de alegações, se recorre a um verdadeiro princípio com uma tradição histórica, já que não há nenhuma norma na LEC que permita o juiz alterar officiosamente os fatos alegados pelas partes – “*por lo que el brocardo sigue manteniendo plena vigencia. Sem embargo, a respeito da prova, a própria LEC estabelece múltiplas situações em que atribuisse iniciativa probatoria ex officio iudicis, lo que permite cuestionar si estamos ante un verdadero principio y, de estar ante un principio y, de estar ante un principio, permite concluir que pese a su expresa formulación la vigencia del mismo se encuentra también igualmente limitada por la LEC*” (Ibid., p. 56).

leva a considerar que o juiz deve julgar sobre os fatos alegados e provados pelas partes, posto que as partes estão mais bem preparadas para aportar o material fático ao processo, o que não explica que se omita ou se exclua essas atividades do juiz<sup>437</sup>.

Ainda, segundo o eminente processualista espanhol, o verdadeiro brocardo tem como finalidade impedir que o juiz julgue de acordo com sua ciência privada e ter-se a congruência da sentença<sup>438</sup>. Ou seja, dever-se-á a sentença ater-se ao alegado e provado no processo, não importando o sujeito processual que tenha trazido tal fato ao processo ou se tenha sido emanado por uma das partes<sup>439</sup>, até porque o juiz é livre para decidir sobre os *elementos resultantes dos autos*<sup>440</sup>, principalmente quando se tem como premissa da iniciativa judicial ao accertamento e/ou descobrimento dos fatos para se chegar à justa composição do litígio<sup>441</sup>.

### 3.5.1 Noção geral do art. 429.1.º, II e III, da LEC

Pelo exposto até o momento, parece-nos que a jurisprudência e a doutrina obraram uma leitura apressada do dispositivo legal<sup>442</sup>, notadamente, em virtude de jamais ter havido qualquer artigo parecido nos diplomas processuais anteriores à LEC de 2000<sup>443</sup>, por assim,

---

<sup>437</sup>Estamos de acordo com Picó I Junoy quando faz críticas ao fundamento de que as partes estão mais bem preparadas para produzir provas e de trazê-las ao processo, em razão de serem livres para dispor de seus interesses em juízo. Até porque as partes estão livres para dispor do objeto do processo e não em respeito ao processo em si, é dizer, no seu desenrolar, posto que o processo civil já não é só como um instrumento dirigido à tutela jurisdicional, mas também como uma função pública do Estado, interessado, portanto, no melhor cumprimento desta função (PICÓ I JUNOY, 2007a, p. 106).

<sup>438</sup>Picó I Junoy (op. cit. p. 23), através de um extenso e profundo estudo do brocardo, chega à conclusão de que, atualmente, a maioria da doutrina utiliza o aforisma que fora transcrito erroneamente, isto é, utilizam-se da expressão *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, quando deveria ser *iudex iudicare debet secundum iusta allegata et probata partium mel non secundum conscientizam suam*. Desta maneira, com um simples “passar de olhos”, vê-se que existe uma dupla modificação, isto é, escreve o autor: por um lado incluiu-se a palavra “*partium*” ou “*a partibus*” e, por outro, lado, se omite a expressão “*et non secundum conscientizam*”, alterando-se, assim, em substância sua verdadeira finalidade.

<sup>439</sup>PICÓ I JUNOY, op. cit., p. 24.

<sup>440</sup>ROCCO, Alfredo. *La sentenze civile. Studi*. Torino: Fratelli Bocca, 1906, p. 142, nota de rodapé n.º 2. Aqui, abrem-se portas para o debate de ser possível ou não o juiz conhecer um fato não alegado pelas partes, posto que, consoante escreve o processualista, os fatos podem figurar no processo em virtude dos próprios autos, mas não de alegações das partes. Todavia, faz a ressalva de que o fato não alegado não pode substituir um fato distinto daquele que fora alegado. Podemos perceber, então, que referido autor tem uma interpretação mais ampla do *allegata et probata*.

<sup>441</sup>GUASP, 1943, p. 125.

<sup>442</sup>P. ex., o juez José Manuel Ruiz-Rico afirma que *el artículo 429.1.º da LEC é extraño y aún perturbador*; SAPGr de 14 de octubre de 2003, en AJ (apud NAVARRETE, 2006, p. 25).

<sup>443</sup>De notar que o aludido artigo *ni siquiera constaba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por el Gobierno en 1998* (LLUCH, 2005a, p. 113).

tendo como expoente AROCA, instituiu-se a premissa de que é mais provável que o juiz peque por omissão (não fazer uso do art. 429.º da LEC), que por “*acción – exceso em indicar hechos huérfanos de prueba*”<sup>444</sup>.

A partir desta recepção do supramencionado *artículo*, analisaremos suas correntes doutrinárias interpretativas. Portanto, na senda de LLUCH<sup>445</sup>, cinge-se o posicionamento doutrinal quanto ao art. 429.º em dois grandes grupos: (i) um primeiro grupo de interpretação restritiva<sup>446</sup>; e (ii) um segundo grupo com uma tese mais ampliativa<sup>447</sup>.

(i) Fundamentalmente o argumento da doutrina restritiva gira em torno da dificuldade de encaixe sistemático da referida norma, frente a um processo civil regido pelo princípio do dispositivo e de *p.a.p.* Além disso, é de difícil utilização por parte do magistrado, porque a redação do artigo 429.º da LEC é ambígua, insuficiente e incompleta<sup>448</sup>.

No mais, defendem que o emprego da utilização desse poder conferido ao juiz pode ancilar para a quebra de sua imparcialidade por haver uma incompatibilidade psicológica entre julgar e de buscar elemento de defesa das partes<sup>449</sup>.

(ii) Em contrapartida, a despeito de não ser a maioritária no ordenamento em questão a seguir a linha de raciocínio do presente estudo, cremos que a interpretação constitucional deverá ancilar de norteamento para o art. 429.1.º da LEC.

De entre os autores que defendem uma interpretação lógico-constitucional do *artículo*, merece destaque PICÓ I JUNOY, por não se confortar em negar uma interpretação hodierna do processo civil, tão somente face à *tradição liberal do processo espanhol*, aquando o sistema jurídico como um todo permite esta interpretação.

---

<sup>444</sup>AROCA, 2001c, p. 123.

<sup>445</sup>LLUCH, 2005a, p. 119.

<sup>446</sup>SANTOS, Andres de la Oliva & DIEZ-PICAZO, Ignacio. *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*. 3. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2004; REPRESA, Guillermo Sacristán. Cuatro consideraciones no muy extensas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. In: *Rev. Jueces para la Democracia*, núm. 40, marzo 2001; MORENO, Faustino Cordón. *Comentario a distintos artículos de la LEC en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid: Aranzadi, 2011.

<sup>447</sup>PICÓ I JUNOY, Joan. Los principios del nuevo proceso civil español. In: *Rev. peruana de derecho procesal*, 2004b; a referida obra também pode ser consultada na língua portuguesa; SPIEGELBERG, José Luis Seoane. *La prueba en la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. Navarra: Tomson-Aranzadi, 2007.

<sup>448</sup>LLUCH & PICÓ I JUNOY, 2005b, p. 78.

<sup>449</sup>AROCA, Juan Montero. El proceso llamado social como instrumento de justicia autoritaria. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006, pp. 155 e ss. O que já fora amplamente rechaçado, eis que, em utilizando o poder probatório de forma prudente e dentro dos pressupostos e limites legais, não há que se falar em perda de sua imparcialidade.

Na esteira do “*giusto processo*”<sup>450</sup> tem-se como alicerce dessa “*construção*” mais ampliada o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, extraído dos arts. 24.1.<sup>451</sup> e 120.3.<sup>452</sup>, ambos da *Constitución Española*.

Pois bem. Parte-se, portanto, de duas premissas<sup>453</sup>, quais sejam: ter a justiça como valor superior do ordenamento jurídico – diga-se, reconhecida na Constituição –, bem como prestação da tutela jurisdicional efetiva<sup>454</sup>.

Dimana dessas duas premissas que, para plasmar uma concretude do valor da justiça faz-se necessária a prova dos fatos controvertidos e, para lograr este objetivo, coatar ou restringir a iniciativa probatória do juiz significa, ao fim e ao cabo, uma limitação da efetividade da tutela jurisdicional<sup>455</sup>.

Por conseguinte, se o objetivo do processo é de que o juiz aplique a lei a determinados “*hechos, de cuya certeza deben estar convencidos*”<sup>456</sup>, impedir de modo absoluto a iniciativa probatória oficiosa, no entender do processualista espanhol PICÓ I JUNOY, é “*una limitación a la efectividad de la tutela judicial a la postre a la búsqueda de la justicia*”<sup>457</sup>.

---

<sup>450</sup>Comoglio (2004, p. 96).

<sup>451</sup>“24.1: *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

<sup>452</sup>“120.3: *Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*”.

<sup>453</sup>PICÓ I JUNOY, Joan. La iniciativa probatoria del juez penal y el principio acusatorio. In: *Justicia: revista de derecho procesal*, n. 1-2, 2007b, p. 276. Afirma o autor que “*la existencia de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico y reconocido en la Constitución, así como de la efectividad de la tutela judicial reconocida en el art. 24 CE*”.

<sup>454</sup>Spiegelberg (2007, p. 32).

<sup>455</sup>Picó I Junoy (2007b, p. 276) e Guasp (1943, p. 1920).

<sup>456</sup>Partindo de outra justificação constitucional Martínez, com base no art. 120.3.º argumenta que, quanto maior a convicção judicial, mais clara e sólida será a motivação na resolução da sentença. O processualista espanhol, com muita precisão, nos ensina ainda que, indubitavelmente, uma sentença baseada na falta de *acreditación de um hecho* possa ser plenamente ajustada ao direito, por fazer-se nela a correta aplicação das regras de repartição da carga de prova, uma resolução de tal tipo não satisfaz intelectualmente o juiz, bem como não “*creo que responda al valor justiticia*”, aquando a falta de justificação de um fato relevante dê-se somente pelo fato de não ter se esgotado todas as possibilidades probatórias (MARTÍNEZ, Carlos Gómez. Las facultades del juez en relación a la prueba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. In: *Jueces para la democracia*, n. 31, 1998, pp. 68-72, p. 71).

<sup>457</sup>Escorando-se na doutrina de Taruffo (2010), precursor nesta matéria, i.e., ter como premissa de uma decisão justa o accertamento dos fatos ocorridos no mundo exterior no mundo intra-processual, senão o juiz estará baseando sua fundamentação sobre uma determinação errada dos fatos e, por conseguinte, esta decisão não será justa porque não está de acordo com a realidade ocorrida. Prossegue, até esta argumentação é compatível com a teoria segundo a qual o processo unicamente serve para resolver conflito: se não se aceita qualquer resolução de conflito e, em seu lugar, se pense que este dever ser resolvido sobre a base de algum critério de justiça, então certamente nos encontramos com o dever de reconhecer que a declaração judicial certa dos fatos é uma condição necessária para lograr a justa solução do processo.



Distamos, assim, em condições de interrogarmo-nos: se a prova tem por finalidade lograr o convencimento do juiz acerca dos fatos controvertidos no processo<sup>458</sup>, ter-se-ia, destarte, por contraditório, sustentar que a atividade probatória pertence exclusivamente às partes? Com certeza que sim<sup>459</sup>.

De notar que o artigo não se aplica da maneira aqui defendida, simplesmente em razão da desídia dos julgadores de realizar todo esse debate na audiência prévia, bem como temor de perda de sua imparcialidade<sup>460</sup>.

Apesar de este entendimento ser minoritário, bem como importar na limitação da eficácia do *principio de aportación de parte*<sup>461</sup>, entendemos segundo os ideários constitucionais do art. 429.1.º da LEC cujo fim seja garantir a plena eficácia da tutela jurisdicional<sup>462</sup>, inclusivamente, por não haver expressamente qualquer óbice no código processual espanhol, haja espaço no ordenamento jurídico espanhol para a prática de prova de ofício<sup>463</sup>.

Por fim, após apresentar as formulações teóricas da doutrina quanto à interpretação do art. 429.1.º da LEC, de maneira que fique claro, e já a *abrir portas* para o próximo tópico a ser analisado, importa-nos demarcar o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência<sup>464</sup>.

---

<sup>458</sup>Esta é a finalidade da prova apresentada por Picó I Junoy (2001, p. 47), apontando ainda para a mesma incongruência de raciocínio: “*se tiene por finalidad lograr el convencimiento del juez acerca de los hechos discutidos en el proceso, resulta contradictorio sostener que la prueba es una actividad que exclusiva y excluyentemente interesa a las partes y prohibir en consecuencia al juez por propia iniciativa el medio probatorio que considere necesario para alcanzar su debida convicción*”.

<sup>459</sup>No mesmo sentido adotado no presente estudo, minoritário em Espanha, Sendra admite a produção de prova de ofício pelo magistrado, afirmando que, não obstante o silêncio à luz “*del art. 282 LEC, porposición segunda dispone que “el tribunal podrá acordar de oficio, que se practiquen determinadas pruebas*”. Para o autor: “*es necesario que el juez considere la prueba relevante para dictar sentencia, y justifica su posición ante la imposibilidad de acordala em outro momento, ni siquiera como diligencia final, y anie la testitura de um juez que debe dictar a sentencia sin haberse practicado una prueba que em su día estimó necesaria y pertinente*” (SENDRA, José Vicente Gimeno. *Proceso Civil Práctico*. Tomo V. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2018, p. 396).

<sup>460</sup>AROCA, 2001b.

<sup>461</sup>Por todo já exposto em relação à diferenciação do princípio do dispositivo e de *a.p.p.*, estamos de acordo com Taruffo (2010, p. 200) quando destaca que, na realidade, o problema está posto de forma errônea, pois, a disponibilidade das provas pertence à dimensão epistêmica do procedimento, isto é, a técnica de processo e não ao princípio do dispositivo em sentido estrito. E, portanto, de forma aproximativa ao defendido anteriormente, dar ao juiz alguma iniciativa probatória não afeta o objeto litigioso (princípio do dispositivo) e nem supõe quebra da *alma mater do processo civil espanhol*, na medida em que as partes conservam a exclusividade na determinação do objeto do processo.

<sup>462</sup>PICÓ I JUNOY, 2007a, pág. 126.

<sup>463</sup>Ademais, permite ainda que a prova cumpra sua função de lograr o convencimento do juiz acerca da existência ou não dos fatos discutidos no processo (Ibid., p. 126).

<sup>464</sup>Em decisório prolatado por García (apud NAVARRETE, 2006, pp. 30-31), podemos notar a visão geral que a doutrina deu ao referido artigo, aquando o magistrado diz que é uma faculdade do juiz apontar a insuficiência

Em sendo assim, amplamente entende-se que o referido dispositivo legal atribui ao juiz uma faculdade de indicar a insuficiência probatória de determinado fato, mas não de praticar esta prova de ofício, pois, se assim não fosse, quebrar-se-ia o princípio de *p.a.p.* Não atribui ao magistrado uma disposição probatória, de prova de ofício, tão somente indicação da produção de eventual prova faltante<sup>465</sup>, significa dizer, traduz-se em um poder de mera “*sugerencia probatoria de oficio*”<sup>466</sup>.

### 3.5.2 Pressupostos, alcance e limites do art. 429.º da LEC

Como hemos visto, partamos do seguinte sentido de poder conferido ao juiz, majoritariamente, ao abrigo *precepto* “*estrella*” em matéria de prova oficiosa: não habilita o magistrado a praticar de ofício, em concreto, assim como não legitimada sua prática de ofício. Somente autoriza ao órgão jurisdicional, à raiz da fixação dos fatos controvertidos e da proposição de provas pelas partes, a pô-las de manifesto com fundamento na proposição de prova já realizada, os fatos controvertidos que, no entendimento do juízo, “*podrían quedar insuficientemente probados con la prueba propuesta por las partes*”<sup>467</sup>.

Sem embargo aos entendimentos dicotômicos supramencionados, em outro giro, no que toca aos pressupostos extraídos no art. 429.1.º da LEC, os posicionamentos são sintônicos. Significa que, para que o *juez* utilize do poder disposto no referido artigo, impõem-se-lhe algumas linhas demarcatórias<sup>468</sup>: (i) a existência de fatos controvertidos<sup>469</sup>;

---

probatória. Em adendo: “*la generalidade de los sistemas procesales civiles y el espíritu de la nueva LEC implica que no será ni razoable ni asequible (más bien resultaría imposible) que fuese el Estado, a través de los tribunales, quines hubieran de ocuparse con la correlativa responsabilidad de comprobar la certeza de los hechos y sus afirmaciones, con una adecuación probatoria al efecto, que configuran la inmensa mayoría de los casos llevados ante los tribunales. Pelo que, o referido artigo – segundo o decisor – nada mais faz do que “otorgar al juzgador la facultad de indicar a su juicio existe una posible insuficiencia probatoria”.*

<sup>465</sup>LLUCH, 2005a, p. 158.

<sup>466</sup>Llobregat & Ramírez (2004).

<sup>467</sup>Delimitação do art. 429.º realizada pelo ilustre magistrado SEVILLA, José María Torres Fernández de. em SAP Audiencia Provincial de Ciudad Real de 29 de marzo de 2004.

<sup>468</sup>A formulação desses pressupostos é de autoria de Lluch & Picó I Junoy (2005b, p. 77).

<sup>469</sup>“[...] *pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos* [...]” (grifo nosso). Tal trecho refere-se à parte do art. 429.1.º da LEC (ESPANHA, 2000).

(ii) prévia proposição de provas pelas partes<sup>470</sup>; (iii) haver um *juicio* de insuficiência probatória<sup>471</sup>.

Dimana desses pressupostos limitadores a proteção de princípios constitucionais. Explica-se: destes pressupostos constitucionais limitadores, é dizer, em respeito aos princípios de *p.a.p* e dispositivo, deve o juiz limitar-se aos fatos controvertidos ou discutidos pelas partes<sup>472</sup> e, ainda, a manter inabalada sua imparcialidade, necessário que conste no processo as fontes de prova sobre as quais têm lugar para posterior atividade probatória do juiz<sup>473</sup>.

Importa, a este ensejo, delimitar no que toca, especificamente, a limitação do poder de indicação insuficiência probatória, de modo a que não venhamos restringir demasiadamente o art. 429.1.º, inutilizando-o quase que por completo.

Quanto a nós, seguimos os ensinamentos de LLUCH, segundo o qual o juiz deve utilizar do poder conferido-lhe e surgir às partes a proposição de provas, ainda que as partes não tenham pedido expressamente ou exista nos autos *nominatim*, bastando que se possa deduzir a fonte ou a prova oriunda dos autos<sup>474</sup>. Um exemplo pode clarificar mais a problemática:

*o juízo declarativo ordinário em reclamação de danos e prejuízos por acidente de circulação pelo que se há seguido um processo penal antecedente com sentença absolutória e que econsta deste um atestado policial (fonte de prova). Em audiência prévia, o autor, ao amparo do art. 426.1 efetua alegações complementárias e aponta para o atestado policial. Do dito atestado se deduz a existência de uma testemunha cuja declaração o juiz estima ser relevante, ainda que partes não tenham proposto o depoimento da testemunha (meio de prova) sugira as partes a necessidade do interrogatório da testemunha<sup>475</sup>.*

---

<sup>470</sup>“[...] Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes [...]” (grifo nosso). Tal trecho refere-se à parte do art. 429.1.º da LEC (Ibid.).

<sup>471</sup>“[...] lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria [...]” (grifo nosso). Tal trecho refere-se à parte do art. 429.1.º da LEC (Ibid.).

<sup>472</sup>Navarrete (2006, p. 16).

<sup>473</sup>Senão o juiz atuaria de forma inquisitiva a buscar provas e/ ou fontes probatórias não constantes nos autos do processo, o que, conseqüentemente, quebraria sua imparcialidade. Ou seja, este limite constitucional tem por fim limitar o juiz a indiciar somente aquelas provas constantes nos autos (PICÓ I JUNOY, 2007a, p. 117).

<sup>474</sup>Lluch 2005a, p. 143.

<sup>475</sup>LLUCH, 2005a, p. 144.

Nota-se, com exemplo acima, remetendo-nos à distinção realizada por AROCA, entendemos por não haver atividade investigadora do magistrado<sup>476</sup>, mas, sim, uma atividade verificadora. Em outras palavras: o magistrado não fora investigar oficiosamente a existência ou inexistência de um atestado policial para indicar a prova testemunhal, mas, com base nas *afirmaciones de hechos*, sugeriu a prova testemunhal<sup>477</sup>.

Certo é, pois, ser a melhor interpretação da redação do art. 429.º da LEC: “*elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos*”; *entenderse en el sentido de medios de prueba que hayan accedido a los autos*”, ou seja, poder-se-á deduzir das *afirmaciones de de hechos*, ainda mais quando o juiz cria a convicção que os depoimentos daquelas podem contribuir para o apuramento da verdade.

### 3.5.3 Dever ou faculdade

Antes de mais, convém notabilizar anterior análise da premissa maior do fundamento *deber judicial* ou *facultad judicial*, há de ser esclarecida a premissa menor deste fundamento.

Trocando em miúdos, recorrendo à ideia disposta no CPC Modelo para Iberoamérica<sup>478</sup>, deveremos distinguir<sup>479</sup>, no que se refere à insuficiência probatória, isto é, dividindo-a em dois sentidos: (i) indicação de insuficiência probatória geral (premissa

---

<sup>476</sup>Aroca et al. (2017, p. 217) entende por atividade investigadora aquela que implica em ir à busca ao descobrimento de fatos desconhecidos, ou seja, não trazidos pelas partes ao processo. E este não é o objetivo do processo civil, eis que as partes têm a faculdade exclusiva de realizar as afirmações de fatos e o juiz limita-se a verificar com exatidão os fatos trazidos pelas partes.

<sup>477</sup>O autor circunscreve o poder de *sugerencia probatoria* aos *hechos* controvertidos no processo de modo a configurar uma atividade verificadora e não investigadora, ou seja, entende que a prova deve referir-se somente aos fatos afirmados expressamente, bem como deverá respeitar os meios de prova propostos pelas partes. De observar que, neste ponto, esse pensamento se afasta da nossa tese, em razão de ser demasiado restritivo, isto é, somente poderá sugerir provas de fatos expressamente alegados, não podendo o juiz realizar qualquer interpretação das alegações de fatos das partes, de maneira a indicar uma prova importante para o desfecho do proceso, devido ao fato de a parte não ter alegado expressamente (AROCA et al., 2017).

<sup>478</sup>Este Código fora fruto do trabalho de juristas ibero-americanos e europeus, convocados pelo Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, através dos professores uruguaio Enrique Vescovi, Adolfo Gelsi Bidart e Luis Torelló; Lluch (2005a, pp. 103 e ss.).

<sup>479</sup>De notar que, ao longo de nossa pesquisa, identificamos que raríssimas jurisprudência e doutrina diferenciam o ato do juiz em sugerir a uma parte a produção de uma prova, é dizer, se deve o juiz identificar a prova em si. Sendo um dos poucos que realizam tal diferenciação, Sendra (2018, p. 82) afirma que um dos requisitos do art. 429.º é respeitar a carga de prova das partes, o juiz deverá indicar a insuficiência probatória. Lluch (op. cit., p. 137) também faz esta demarcação que o estudo fez, isto é, afirma ser a faculdade de insuficiência probatória “*una finalidad individualizadora*”. Vale ressaltar que o autor não atribui um dever do juiz em assinalar em concreto qual fato que pode ver-se insuficiente de prova e, com isso, permitir a individualização do fato controvertido e com insuficiência probatória.

maior), na qual o juiz assinala haver uma insuficiência probatória; e (ii) indicação de insuficiência probatória específica (premissa menor), na qual o juiz não só assinala uma falta de prova, mas, sim, aponta qual fato está *huérfano* de *prueba* e a respectiva prova a ser produzida<sup>480</sup>.

Amplamente majoritário, quer seja na doutrina<sup>481</sup>, quer seja na jurisprudência<sup>482</sup>, através de uma interpretação sistemática da LEC<sup>483</sup>, ser o poder disposto no art. 429.º da LEC uma faculdade do julgador em indicar a prova faltante, ainda mais em razão do fato deste dever ser dependente de uma valoração subjetiva do juiz de difícil controle<sup>484</sup>.

Por outro lado, o setor doutrinário minoritário que considera o poder do art. 429.º da LEC como sendo um dever<sup>485</sup> utiliza como principal argumento a literalidade dos termos utilizados pelo legislador, ou melhor, o tempo verbal empregado é uma forma imperativa *lo*

---

<sup>480</sup>Pontua-se que o CPC *Iberoamérica* não traz disposto em seus artigos a mesma denotação que demos à interpretação do sentido a ser dado à insuficiência probatória. Retiramos do referido código processual apenas nomenclaturas que a doutrina atribui ao art. 34.2.º que estipula iniciativa probatória do juiz, *i.e.*, os doutrinadores distinguem o dever de iniciativa probatória de ofício em três vertentes: em uma faculdade geral, faculdade específica e dever judicial. O conteúdo contido na LEC se assemelha mais ao princípio número 19 da *Fundamental Principles in Rules of Transnational Civil Procedure*, o qual outorga ao magistrado três faculdades importantes em matéria de prova, sendo especificamente a segunda parecida com o art. 429.º da LEC: “b) *es la facultad de indicar los puntos relevantes objeto de prueba, así como los medios de prueba idóneos para resolver estos puntos*” (LLUCH, 2005a, p. 107).

<sup>481</sup>Na obra de Lluch & Picó I Junoy (2005b, p. 78), Lluch diz ser uma faculdade, visto que o legislador se utiliza de termos indicativos (*señalar*) quando poderia ter se valido de termos mais imperativos, tais como: ordenará, decretará. Por conseguinte, “*lo pondrá de manifiesto*” evidencia uma faculdade de *integración probatoria*, sendo ainda subordinada a uma eventualidade. Por fim, conclui, trata-se “*de una oración temporal, expresada de modo sunjuntivo, de inequívoco significado condicional*”.

<sup>482</sup>García diz que: “*la facultad que establece el artículo 429-1 de la Ley Procesal*”, ou seja, afirmando o caráter optativo do magistrado e, continua “*no puede servir para la subsanación de la inexistencia de pruebas o de las proyecciones inadecuadamente por las partes, por no ajustarse a lo establecido en la LEC*”. Em outra decisão, de maneira ainda mais assertiva, Ramos diz que: “*la normativa de prueba en el proceso civil, y sin olvidar, que la facultad admonitória del juez*”.

<sup>483</sup>Lluch (2005a, p. 129).

<sup>484</sup>De maneira aproximativa ao exposto, o decisório contido no SAP Navarra de 16 de abril de 2002, por meio de uma interpretação finalista, diz tratar-se “*de una apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de control externo y a posteriori por otro órgano judicial para imponer su propio criterio*”. Assim como afirma Picó I Junoy (2007, p. 110) que se trata de um poder “*judicial de difícil control, en la medida que su aplicación depende de la valoración subjetiva que efectúe el propio juez sobre la insuficiencia de la prueba*”. Ainda afirma que: “*ni tampoco se puede configurar una nueva responsabilidad judicial – la de buscar la certeza probatoria – que, em los sistemas procesales civiles que no se basan em la investigación ex officio de los hechos alegados, resultaría, si no ilusoria, al menos excesiva e ilógica*” (SANTOS & DIEZ-PICAZO, 2004, p. 275). Exigir-se-ia do juiz quase que predefinir o resultado da atividade probatória. Ao nosso ver, não prospera esse pensamento, dentre outros motivos, em razão de o dever de o juiz fundamentar a indicação de insuficiência probatória da mesma maneira como qualquer outra decisão proferida por este no processo. Dessa forma, havendo fundamentação da insuficiência probatória, abertura de prazo para as partes se manifestarem quanto à *sugerencia probatoria de oficio* (exercício do contraditório e ampla defesa), por conseguinte, o tribunal conseguirá controlar essa decisão em caso de recurso.

<sup>485</sup>Picó I Junoy (2007).

*pondrá de manifesto*<sup>486</sup> e em respeito à indicação ante una *facultad* (insuficiência probatória específica)<sup>487</sup>.

Em nossa perspectiva, a doutrina minoritária acertadamente impõe um dever ao juiz para indicar a insuficiência probatória geral. Entretanto, no que toca à insuficiência probatória específica ser uma faculdade, discordamos.

À luz da tutela jurisdicional efetiva, em nada adianta o juiz apontar que há uma insuficiência probatória e não a indicar, pois, presumível que aquela parte a qual não aportou a prova *x*, não o fez com *animus*, mas, sim, porque não sabia ou não podia prever que a prova *x* seria determinante para que o magistrado proferisse a sentença<sup>488</sup>.

Até porque não deve ter sido a *ratio* querido pelo legislador, isto é, dispor de um poder de advertimento e, possivelmente, de superação da falta de prova<sup>489</sup>, porém, esta não se concretizar em razão de a parte mais deficiente processualmente não conseguir identificar qual é o ponto de insuficiência probatória<sup>490</sup>.

### 3.5.4 Momento processual para indicação de insuficiência probatória

Face à adoção de modelo parecido com o disposto na ZPOale<sup>491</sup>, a utilização do poder conferido pelo art. 429.º ao juiz deverá ser utilizado na *proposición de la prueba* que, para o juízo comum, é na audiência prévia<sup>492</sup>.

---

<sup>486</sup>FRANCÉS, Ignacio Marrero. Análisis del art. 429.1, II y III LEC. In: LLUCH, Xavier Abel & PICÓ I JUNOY, Joan (coord.). *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 47.

<sup>487</sup>Picó I Junoy (2007a, p. 124) aponta que, dentre a doutrina que defende que o disposto no art. 429.º é um dever para o juiz, no que tange à indicação de insuficiência, por outro lado, a dizer qual prova que deverá ser praticada, torna-se em uma faculdade ao juiz.

<sup>488</sup>Ainda mais pelo fato de o processo ser um mundo de incertezas, ou melhor, na expressão utilizada por Mesquita (2015, p. 83), “o mundo do imprevisto”.

<sup>489</sup>Importa, frisar que não estão vinculadas à indicação de insuficiência de provas sinalizada pelo juiz. Unanimamente na doutrina, tendo aqui como expoente Picó I Junoy, tal indicação pode ter apenas um efeito de advertência sobre a insuficiência probatória (por nós, sobre qual alegação de fato está insuficiente de prova, bem como qual prova para tal), de modo que a parte possa realizar a sanação de insuficiência *probatica*. Ainda, o autor escreve ter este ato do juiz um efeito recordatório, *i. e.*, em não se tratando de fato essencial, pode a parte ter esquecido de apresentar uma prova, por exemplo (2005b, p. 88).

<sup>490</sup>Vulnerabilidade técnica, p.ex; cf. TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. São Paulo: Editora Método, 2012.

<sup>491</sup>Aroca et al. (2017, p. 243) chama atenção ao fato de que a LEC se inspirou na audiência preliminar prevista no § 275.º da ZPO, que serviu para evitar processos inúteis ou atos desnecessários.

<sup>492</sup>Não obstante a obrigação de as partes terem que, em seus articulados iniciais, as provas que pretendem produzir, sob pena de inadmissão deste meio probatório, proporão oralmente na audiência prévia os meios de provas que pretendem produzir, cfr. redação dada pelo art. 429.º.

Em sendo assim, não existe melhor momento para o juiz de indicar a insuficiência probatória quando às partes estão indicando as provas que pretendem produzir a comprovar suas alegações de fatos, posto que, através do amplo debate entre os sujeitos processuais nesta audiência, ao fixar os fatos controvertidos, o magistrado consegue identificar e/ou projetar qual fato ter-se-ia como carente de prova<sup>493</sup>.

Portanto, para além do recorte que damos ao art. 429.º da LEC<sup>494</sup> para resguardar minimamente alguma utilidade ao referido preceito legal<sup>495</sup>, o *juez a pie de obra* torna-se ainda mais necessário (presença ativa e diretiva)<sup>496</sup> porque, para o juízo de insuficiência probatória se transformar em um bom recurso, far-se-á necessário um juiz prudente que “*estudia las alegaciones y depura la admisión de pruebas*”<sup>497</sup>.

### 3.5.5 Conclusão

GUASP, com a precisão, chama atenção para o problema de obstaculizar-se a iniciativa probatória oficiosa, como sendo de *educación jurídica*<sup>498</sup>, *i. e.*, em nada adianta mudar a lei, chegar a alguns avanços e àqueles que desempenham suas atividades no dia a dia forense não aplicar o processo de maneira técnica.

O impedimento de uma maior iniciativa *probática del juez* é um problema de viragem ideológica, inspirado naqueles aforismas da antiga ciência que, por tradição, vêm compreendidos pela expressão princípio dispositivo<sup>499</sup>, afastando-se cada vez mais das

---

<sup>493</sup>Como já defendemos, ao contrário da doutrina, cujo pensamento matricial é de que pensar nisso é o mesmo que um juízo de adivinhação por parte do juiz, cremos que, em razão da experiência do magistrado no dia a dia forense, julgando centenas e milhares de processo todos os anos, pode este ser – em geral – mais capaz para saber qual prova necessária para comprovar determinada alegação de fato.

<sup>494</sup>Não é demais reforçar nosso entendimento de até ser possível o juiz praticar a prova oficiosamente.

<sup>495</sup>Minimamente, referimo-nos ao seguinte fato: já que a doutrina majoritária impõe demasiadas restrições e, quando ao menos se reconhece algum poder ao juiz (indicação de insuficiência probatória geral), tal deverá ser usado com a melhor técnica possível para que seja dada alguma finalidade e/ou aplicabilidade para o art. 429.º da LEC, sob pena de torná-lo inservível.

<sup>496</sup>Alonso-Cuevillas chama a atenção pela necessidade de uma mudança de hábitos dos juízes e advogados, para dar-se “*el máximo de aprovechamiento de las utilidades probatorias de la audiencia previa*” (ALONSO-CUEVILLAS, Jaume. La audiencia previa al juicio. In: *Instituciones del nuevo proceso civil*, Tomo II. Barcelona: Difusión Jurídica, 2000, p. 169).

<sup>497</sup>Dado que, caso o juiz tenha se debruçado nos articulados iniciais das partes, já chega na audiência prévia próximo dos fatos discutidos no processo, bem como de suas respectivas provas propostas e, conseqüentemente, tem uma maior possibilidade de apontar uma eventual insuficiência probatória. Ocorre que, infelizmente, segundo Píco I Junoy, pela desídia e pelo excesso de trabalho dos juízes de primeiro grau, não realizam um estudo prévio do processo e, desse modo, não alcançam os resultados que o legislador há querido com o art. 429.º da LEC (LLUCH & PICÓ I JUNOY, 2005b, p. 128).

<sup>498</sup>GUASP, 1943, p. 124.

<sup>499</sup>COMOGLIO, 2004, p. 89.

tendências inquisitórias das modernas legislações no intento de reforçar o papel ativo do juiz<sup>500</sup>.

Prefere-se, portanto, ao invés de seguir o modelo propugnado por GUASP nos anos 1945, aquando clamava por um novo sistema processual em Espanha<sup>501</sup>, cuja *alma mater* dever-se-ia ser o *juicio* dialógico entre as partes para averiguar a verdade, negar-se, *a priori*, a concessão de poderes probatórios do juiz pela mera possibilidade de que se faça um uso inconveniente<sup>502</sup> (quebra de sua imparcialidade) e/ou por razões ideológicas<sup>503</sup>.

Conclui-se, pois, não dar uma leitura constitucional<sup>504</sup> ao art. 429.1.º da LEC, privilegiando-se a pura prevalência do princípio do dispositivo, conseqüentemente, nega-se o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e à justa composição do litígio, isto porque, corroborando com MESQUITA, a primazia do princípio do dispositivo leva-nos à perda de um direito por causa de um erro, de uma distração ou de uma falta de cuidado, a qual poderia ser suprida com a prova de ofício<sup>505</sup>.

---

<sup>500</sup>Comoglio (op. cit., p. 89).

<sup>501</sup>Guasp (op. cit., p. 141).

<sup>502</sup>*A patologia não deve servir nunca de pauta para apreciar a bondade ou os defeitos de um instituto* (MELENDO, Santiago Sentís. Los poderes del juez – lo que el juez puede o podrá. In: *Revista Jurídica de Cataluña*, n. III, 1976, p. 690).

<sup>503</sup>Como o defendido por Aroca (2006) de que um processo com maiores poderes para o juiz significa num processo autoritário.

<sup>504</sup>ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

<sup>505</sup>MESQUITA, 2015, p. 88.



## 4 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

### 4.1 Linhas gerais do negócio processual atípico

A despeito do destacamento de alguns aspectos do NJP probatório ao longo de todo o estudo, indispensável delinear as linhas gerais da ampla cláusula de *atipicidade da negociação processual*<sup>506</sup> estatuída pelo art. 190.º do CPC/BR, a qual outorga às partes, “dentro do espaço de liberdade constitucionalmente reconhecido”<sup>507</sup>, em cujo processo verse “direitos que admitam autocomposição”<sup>508</sup>, estipularem mudanças no procedimento – sem prévia definição trazida pela lei – para ajustá-lo às especificidades da causa, bem como sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo<sup>509</sup>.

---

<sup>506</sup>Denominação esta atribuída por DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie. (coord.) Negócios processuais: Coleção de grandes temas do novo CPC. Vol. I. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017, pp. 105-124, p. 109.

<sup>507</sup>Segundo Caponi, há uma tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do processo civil (CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processual. In: *Civil Procedure Review*, vol. 1, n. 2, jul.-set. 2010, pp. 42-57, p. 44.

<sup>508</sup>É o primeiro requisito objetivo expresso sobre a licitude do objeto da negociação. A doutrina amplamente majoritária esclarece que o limite *versar o processo sobre direito que admite autocomposição* não é a mesma coisa que afirmar a impossibilidade de serem realizados NJP em processos cujo direito seja indisponível, isto porque o direito litigioso pode até ser indisponível e, ainda assim, admitir solução por autocomposição, como, p. ex, direito de família (YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JR., 2017, p. 82).

<sup>509</sup>Maiores problemas podem vir à tona em estipulações de regras processuais (negócios jurídicos processuais) inseridas em contratos do direito substantivo em geral (p. ex: contrato de locação), diga-se, não estamos nem a falar dos contratos em adesão. Pois bem, para nós, em havendo um NJP pré-processual, a manifestação de vontade só será livre se tiver tido lugar para uma informação qualificada entre os contraentes, visto que cláusulas atinentes a regras processuais, para além de fugirem da prática contratual em geral, contêm assuntos técnicos que não são de domínio geral. Sendo assim, Comoglio (2004, p. 283) chama a atenção para a atividade do juiz consistente em escrutinar e reconstruir com atenção, sob o plano material, a efetiva vontade das partes contratantes, a fim de estabelecer se as partes tenham entendido de fato sobre dispor – no caso italiano – da inversão ou modificação do ônus probatório, ou seja, saber exatamente se têm vontade para atingir aquele efeito processual. Já destacamos a primeira inquietação com os NJP em geral (mais ainda no caso dos probatórios), pois, mesmo no direito objetivo, é muito difícil a prova sobre o vício na manifestação da vontade. Imaginemos: no contrato de locação havia uma cláusula em que não admitir-se-ia prova pericial e o locatário, por não entender de fato qual poderia ser o problema daquela cláusula em um futuro processo, assina o contrato. Ocorre que, em decorrência de um grande vazamento, o locador rescinde o contrato sob a alegação de mau uso do imóvel. Em um processo judicial, a prova pericial mostra-se-ia de grande relevo para solucionar a controvérsia da questão (a apontar de o defeito fora anterior a assinatura do contrato ou não), contudo, esta prova não será produzida. Perguntamo-nos: será que quando o locatário assinou aquele contrato com inúmeras cláusulas, mesmo sendo plenamente capaz, saberia medir sua extensão e/ou consequência? O locatário, apenas alegando o desconhecimento dos efeitos daquela cláusula, seria suficiente a comprovar o vício na sua manifestação de vontade? No mesmo sentido de nossa inquietação, o enunciado n.º 18 do Fórum Permanente dos Processualistas diz que: “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”. Cumpre esclarecer que o referido Fórum trata-se de encontros periódicos dos professores brasileiros de processo a fim de estudo e discutir o CPC de 2015. Ademais, no fim de cada encontro são emitidos.

Evidente, pois, que a generalidade da cláusula de *atipicidade negocial atípica* acarreta em um manancial de *novas espécies* de NJP<sup>510</sup> sem critérios de regulação bem definidos, sendo assim, acentua CUNHA, a evitar *entusiasmos exagerados* sobre tais convenções<sup>511</sup>, urge necessária a observância dos requisitos gerais de validade dos negócios jurídicos do direito objetivo, dispostos no art. 104.º do CC/BR: (a) serem celebrados por agente capaz; (b) objeto lícito, possível determinado ou determinável; (c) observar forma prescrita ou não defesa em lei<sup>512</sup>.

Ademais, o parágrafo único do art. 190.º do CPC/BR estipula que o juiz só controlará a validade das convenções somente nos casos de *nulidade* ou de *inserção abusiva em contrato de adesão* ou em que alguma parte se encontre em *manifesta situação de vulnerabilidade*<sup>513</sup>.

Para CABRAL, o fato de o juiz controlar as convenções processuais *somente* nos casos dispostos no referido parágrafo único, somado à eficácia imediata dos atos de vontade das partes (art. 200.º do CPC/BR<sup>514</sup>), mostra-se uma prevalência normativa pela liberdade convencional<sup>515</sup>, pressupondo-se uma *eficácia apriorística* das convenções processuais por não haver necessidade de homologação judicial<sup>516</sup>.

---

<sup>510</sup>P. ex., pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*). Para maiores exemplos de negócios atípicos, cf. o enunciado n.º 19 do FPPC (Ibid.).

<sup>511</sup>CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL & NOGUEIRA, 2016, p. 259.

<sup>512</sup>CABRAL, 2018, p. 305.

<sup>513</sup>Além do respeito aos requisitos dos negócios jurídicos do CC/BR e o respeito aos critérios de validade objetivos expostos no *caput* do art. 190.º do CPC/BR, a doutrina estabelece que não poderá ser objeto dos NJP: *matéria de reserva de lei*, como, por exemplo, a taxatividade recursal (não podem as partes criarem um recurso); *direitos e garantias fundamentais processuais*, como, por exemplo, não poderão afastar a boa-fé, cooperação, ampla defesa, etc.; não pode tornar *o exercício do direito excessivamente difícil para uma das partes* afetando a igualdade e equilíbrio de poder. O juiz não admitirá o NJP caso infinja um desses pressupostos. Para um maior aprofundamento no estudo sobre a invalidade dos negócios jurídicos processuais, cf.: DIDIER JR., 2017.

<sup>514</sup>“Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”

<sup>515</sup>Didier Jr. (2017, p. 112) entende que esse conjunto de normas (art. 190.º e art. 200.º do CPC) constituem um microsistema da negociação atípica e devem ser interpretados juntos.

<sup>516</sup>Salvo exceções legais (por exemplo, desistência da ação, disposta no parágrafo único do art. 200.º do CPC). Vigindo, portanto, a regra do *in dubio pro libertate* de Peter Schlosser (*Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*) (apud CABRAL, 2018, p. 163).

## 4.2 A (im)possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais probatórios atípicos

Ulterior análise dos requisitos objetivos e gerais dos NJP atípicos<sup>517</sup>, é chegado o momento de investigarmos detidamente o *ponto mais sensível*<sup>518</sup> de nossa problemática: licitude *subjéctiva* do objeto do *negócio jurídico processual atípico probatório* e a consequente possibilidade de afetação do poder probatório oficioso<sup>519</sup>.

Partamos da premissa de que não tratamos da regra geral dos NJP atípicos<sup>520</sup>, mas, mais circunscritamente, sobre a possibilidade de os efeitos do pacto probatório atípico celebrado pelas partes ao *excluir um meio de prova* irradiarem-se à esfera jurídica do juiz, inibindo-o de mobilizar oficiosamente essa prova excluída pelas partes<sup>521</sup>.

As teses favoráveis à limitação do poder probatório do juiz, em apertada síntese, têm como raiz três bases estruturantes<sup>522</sup>: (i) as partes serem as melhores sabedoras dos seus direitos; (ii) heterorregulação da atividade judicial por meio do negócio jurídico processual em virtude da teologia da norma convencional; (iii) não imposição de demasiadas limitações a esvaziar a novidade do instituto da convenção de prova atípica estipulada pelo legislador<sup>523</sup>. Vejamos:

---

<sup>517</sup>Vale ressaltar que, face à limitação de linhas do presente estudo, não trataremos dos vários desdobramentos dos requisitos objetivos dos negócios processuais do direito objetivo e sua conjugação com as especificidades das normas processuais, assim como a análise dos negócios típicos.

<sup>518</sup>Didier Jr. (op. cit., pp. 105-124) diz ser a licitude do objeto do NJP o ponto mais sensível da temática, tendo em vista a opção legislativa de aprovar uma cláusula geral aberta de negociação atípica.

<sup>519</sup>Freitas alerta sobre a pertinência da questão de se saber se se terá por admissível a convenção probatória que exclua determinado meio de prova que o juiz possa oficiosamente ordenar (FREITAS, José Lebre de. *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013a, p. 224).

<sup>520</sup>Convém destacar que, desde logo, apesar de o CPC/PT não ter uma cláusula de negociação atípica como o Código brasileiro, bem como devido ao fato de ter dotado o juiz com maiores poderes a dirigir o processo (e não as partes), não é totalmente alheio à autonomia da vontade das partes, pois admite negócios processuais típicos, tais como: prorrogação de prazo disposto art. 141.º, n.º 2: “*havendo acordo das partes, o prazo é prorrogável por uma vez e por igual período*”. O art. 95º traz a possibilidade da convenção de competência. O art. 272.º, n.º 4 prevê a possibilidade de suspensão da instância pelas partes; dentre outras. E o CC/PT, em seu art. 345.º, autoriza a convenção probatória de inversão do ônus probatório e/ou exclusão e criação de meios de prova.

<sup>521</sup>ANDRADE, Manuel de. *Noções Elementares do Processo Civil*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1956, p. 198.

<sup>522</sup>Como principais defensores do NJP: Didier Jr. (2017), Cabral (2018) e Câmara (2015).

<sup>523</sup>Comoglio (2004, p. 96) alerta para o fato de que, por muitas vezes, quando a lei não traz critérios e limites objetivos a determinados instrumentos jurídicos, “*acaba alimentando com isso limitadas interpretações, que correm o risco de desvitalizar a priori ou, ainda, neutralizar as inovações*”. E é exatamente o que queremos: estabelecer limites a trazer maior segurança jurídica aos negócios jurídicos processuais, nomeadamente, com respeito à igualdade entre as partes e à justa composição do litígio, sem, contudo, procurar um esvaziamento do instituto processual.

(i) MOREIRA denota que, como um *mantra*, a doutrina *revisionista* propugna que as partes, *ao saberem melhor seus direitos*<sup>524</sup>, e não órgão judiciário, podem, por via negocial, livremente dispor do material probatório<sup>525</sup>.

Sem embargo, há uma incongruência de raciocínio nesse pensamento doutrinário, eis que, ao negar existir cooperação entre as partes – até mesmo o princípio geral da boa-fé no processo<sup>526</sup> –, tem como argumento o fato de as partes não andarem de *mãos dadas* no processo, ora, por que, então, na estipulação de convenção probatória, as partes *dariam às mãos* para diminuir a incerteza associada à produção probatória?<sup>527</sup>

Se seguirmos este pensamento cético, não enxergamos outra finalidade na convenção de prova senão a parte mais forte buscar se favorecer em detrimento da parte mais fraca, mediante a exclusão de uma determinada prova<sup>528</sup>, ou melhor, servindo apenas na *amputação dos poderes instrutórios*<sup>529</sup> com o fim de obter uma resolução favorável.

Contudo, não podemos enveredar pelo mesmo argumento extremado, pouco contributivo ao debate, pelo que centra-nos-emos nossa problematidade sob a perspectiva de um NJP probatório “válido” (sem intencionalidade de sobreposição de interesses entre as partes com a estipulação da convenção) vs. a possibilidade de o juiz produzir a prova excluída pelas partes em nome da justa composição do litígio.

(ii) Heterorregulação da atividade judicial por meio do negócio jurídico processual, em virtude da teologia da norma convencional.

De entre os autores que defendem a sujeição do juiz ao novo regime jurídico-processual estatuído pelas partes através dos NJP, tem-se como primeira linha de raciocínio que o atuar legítimo das partes no espaço de autonomia da vontade conferida pelo legislador ao alterar as regras relativas à prova – excluindo um meio de prova – não decorre da volição

---

<sup>524</sup>Chioyenda defendia que: “*las parte son los mejores jueces de su propia defensa*” (CHIOYENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo II. Madrid: Reus, 1955, p. 183).

<sup>525</sup>MOREIRA, 2006, p. 213.

<sup>526</sup>Aroca assevera: “*o desconocimiento de la buena fe procesal durante más de mil años en el Derecho español no fue casual*”. Portanto, não deveríamos ter como regra a *boa-fé*, mas, sim, a regra *contra a má-fé*; a impor do advogado um dever negativo – de abstenção – e não um dever positivo de ter que afirmar todos os fatos e apresentar todas as provas, por exemplo (AROCA, Juan Montero. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. In: AROCA, 2006, p. 294).

<sup>527</sup>VELLOSO, 2011, p. 224.

<sup>528</sup>Pezzani afirma que, na maioria das vezes, esse é o intuito das partes com a estipulação de convenções probatórias (PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 74).

<sup>529</sup>Bedaque (2001, p. 94) elucida que defender que o juiz não possa produzir qualquer tipo de prova, resulta na *amputação dos poderes instrutórios do juiz*.

direta das partes em limitar os poderes do juiz<sup>530</sup>, mas, sim, em decorrência da alteração do procedimento, logo: a instância *nasce* sem aquele meio probatório *para todos os sujeitos processuais*<sup>531</sup>.

Tem-se como segunda linha de raciocínio, matricialmente na prossecução da *teleologia* da norma *convencional*, o fundamento de os efeitos dos NJP atingirem a esfera jurídica do juiz e, por consequência, restringir seu poder probatório oficioso<sup>532</sup>. Significa dizer: permitindo o legislador a possibilidade de a convenção processual derrogar a aplicação da regra legal em favor da *norma convencional*<sup>533</sup>, o magistrado possui o dever geral – *como decisor e aplicador da lei* – de aplicar a norma jurídica válida, diga-se, não legislada, igualmente a norma convencional porque também é fonte de *juridicialidade*<sup>534</sup>.

Destarte, uma vez o juiz negando aplicar o NJP seria, ao mesmo tempo, o Estado que previu a possibilidade de um fim (convenção probatória) na sua função legiferante, negar a concretização desse fim através de sua função judicial<sup>535</sup>.

Indagamo-nos na senda do raciocínio desta doutrina: será a teleogia da norma jurídica processual uma *via de mão única*? Não tão rápido. Em nosso entender, essa construção doutrinária tem como partida a teoria *kelsiana*, porém, com uma linha argumentativa diverso-distinta acaba por abranger demasiadamente a autonomia das partes.

Neste diapasão, KELSEN diz-nos que a *capacidade negocial* é o poder conferidor pela ordem jurídica aos indivíduos para, dentro de seu espaço de autonomia da vontade, em conformidade com as *normas jurídicas gerais*, produzirem normas jurídicas individuais<sup>536</sup>. E é exatamente aqui que enxergamos a *via de mão dupla* da teleogia da norma processual,

---

<sup>530</sup>Em nosso entender, tendo como raiz de pensamento que o estatuto processual já nasce alterado, ou seja, como se o legislativo tivesse disposto aquele procedimento probatório de tal forma, essa construção não passa de uma tentativa de driblar a regra do direito civil de que os contratos têm *efeito inter partes*. Para Chiovenda, independe da forma (na sua época era na inversão do ônus da prova) a vontade das partes não influir na atividade alheia, mais ainda, na atividade própria do juiz a qual é conferida pela lei (CHIOVENDA, Giuseppe. *Pincipios de derecho procesal civil*. Tomo III. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1977, p. 293).

<sup>531</sup>Pois, afinal, cfr. Costa Junior, na *rule of law*, não só aquelas normas emanadas do legislativo que devem ser seguidas e respeitadas pelo magistrado, mas, também, as normas convencionais definidas conjuntamente pelas partes (COSTA JUNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional, situação, relação e obrigação em direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 49).

<sup>532</sup>Nesse sentido, cf.: SILVA, 2015, p. 95.

<sup>533</sup>YARSHELL, 2017, p. 69.

<sup>534</sup>Segundo Didier Jr. (2017, p. 111), o NJP é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador. O estudo das fontes da norma jurídica processual não será completo caso ignore o NJP.

<sup>535</sup>Cabral (2018, p. 163/256) afirma que, em razão da heterolimitação da atividade judicial, operada pelo atuar legítimo das partes no espaço de autonomia da vontade que o ordenamento processual lhes assegura, o juiz se vincula porque tem o dever de aplicar a norma convencional, sob pena de, em não o fazendo, esvaziar o fim querido pelo legislador brasileiro com a cláusula de negociação geral: *o empoderamento das partes*.

<sup>536</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999, p. 104.

pois, PEZZANI, com clareza, aponta-nos que a atribuição legal do poder probatório oficioso se deve justamente a impor restrição à “soberania da autonomia da vontade das partes em sede de produção probatória”, cujo fito é permitir que o processo se aproxime *un pò di più* da verdade<sup>537</sup>.

Por conseguinte, o legislador, como atrás referimos, conferiu iniciativas probatórias ao magistrado independentes da atuação das partes (poder autônomo), ou seja, segundo EICKMANN, “o juiz poderá atuar mesmo havendo convenção restritiva ao meio de prova, a despeito de também ter o dever de dar cumprimento à convenção das partes”<sup>538</sup>.

Senão, nas palavras de MESQUITA, seria permitir as partes “alienarem o direito indisponível”<sup>539</sup>. Note-se que a vedação da *konventionalprozeß* não se dá em função da inderrogabilidade das regras processuais<sup>540</sup>, mas, sim, por conta de o reflexo da falta de prova obstaculizar a *outra via da teologia da norma*: a justa composição do litígio<sup>541</sup>.

Por assim, escrevem MARINONI e COMOGLIO, na esteira da cláusula constitucional do direito ao processo justo, incumbindo ao magistrado a realização da Justiça, o poder probatório oficioso surge como *inderrogável*<sup>542</sup>, *i. e.*, a afetação do poder probatório oficioso não está no espaço *de liberdade de autonomia das partes* no momento da criação do regramento probatório convencional (norma processual individual) sob pena de indevida

---

<sup>537</sup>PEZZANI, 2009, p. 158.

<sup>538</sup>Pois o legislador atribuiu os poderes diretamente ao juiz e, por lógica, não podem ser coatados pelas partes, porque elas não dispõem desse poder (apenas o legislador) (EICKMANN, Karl Wilhelm. *Beweisverträge in Zivilprozeß*. Bochum: Brockmeyer, 1987, p. 85 apud CABRAL, 2018, p. 256, nota de rodapé n.º 40).

<sup>539</sup>Expressão utilizado por Mesquita (2013, p. 1.114). Segundo a doutrina do professor, a qual o *interesse público* não está em se intrometer na relação das partes ao realizarem um acordo, porém, está na justa composição do litígio, significa dizer “que a resolução do caso não constitua erro da decisão judicial e se perca fé na justiça, ponto no qual a conflituosidade das partes só aumentariam” – esta segunda afirmação fora feita na palestra *A revelia no modelo cooperativo*, no I Congresso Lusófono de Direito Processual Civil (cit.).

<sup>540</sup>Pezzani (2009, p. 214) explica-nos: “nel período compreso tra la fine del 1800 e la prima metà del 19000 era predominante l’affermata violazione delle norme di ordine pubblico”. Entre os autores que enxergavam pela impossibilidade da celebração desses acordos, na doutrina italiana tem-se: LESSONA, Carlo. *Trattato Delle Prove in Materia Civile*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1922, p. 65; GIANTURCO, Emanuele. *Lezioni di diritto civile. Diritto delle obbligazioni*. Napoli: L. Pierro, 1894, p. 167. Para Cabral (2018, p. 183), fora por conta da leitura da difusão e aceitação da tese de Büllow de que a toda a norma processual tem natureza publicística, que negavam que viessem a alterar as regras procedimentais e, por conseguinte, interferirem nos poderes juiz.

<sup>541</sup>Caso assim não fosse, seguiríamos à risca a lógica de Maquiavel: *os fins justificam os meios*. Por isso, Silva (2003, p. 152), acertadamente, defende que há o interesse da comunidade *num decurso não acidentado do processo*, isto é, os fins (obtenção de uma decisão favorável) não justificam o meio (adoção de condutas de obstrução à realização da justiça). Ou seja, ao nosso ver, o NJP (meio) não pode vir a obstaculizar a justa composição do litígio (fim do processo).

<sup>542</sup>Comoglio (2004, p. 281) insere os poderes do juiz no contexto da *ordem pública*, pelo que devem ser considerados *inderrogáveis*. Em suas palavras: “si esclude, certamente, la validità di patti convenzionali, che possano dirsi intensi ad incidere in modo diretto sui poteri decisorii del giudice, poiché, nel contesto del c.d. “ordine pubblico processuale”, i principi sanciti dagli artt. 112-115 c.p.c, com i relativi corollari, devono reputarsi inderrogabili”.

restrição da possibilidade de obtenção de uma decisão justa para a causa (norma constitucional geral)<sup>543</sup>.

Ou seja, em não havendo no CPC/BR estipulação igual a prevista pelo legislador português no n.º 2 do art. 345.º do CC/PT, qual seja: “*é nula a convenção se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública*”<sup>544</sup>; na qual a doutrina insere os poderes do juiz na matéria de *ordem pública*, a findar com dúvidas relativas à validade do NJP perante aos poderes instrutórios do juiz<sup>545</sup>, *é talvez no plano do giusto que devemos resolver as incertezas que subsistem sob o negozio giuridico processuale*<sup>546</sup>. Estar-se-íamos, então, propondo um esvaziamento da cláusula geral de negociação atípica?<sup>547</sup>

Não tão rápido. Compartilhamos também da *eficácia apriorística* do NJP probatório, *i. e.*, não defendemos sua invalidade tão somente porque a exclusão de uma determinada prova atinge indiretamente a esfera jurídica do magistrado, entretanto, propomos a possibilidade de o juiz em concreto apreciar a validade da convenção sob o aspecto da essencialidade daquela prova para uma justa decisão<sup>548</sup> e não sobre a conveniência convenção entabulada entre as partes<sup>549</sup>.

Portanto, o magistrado só invalidará o NJP probatório – e *produzirá oficiosamente a prova faltante* – quando, no caso em concreto, a *prova convencionalmente excluída* tenha se tornado *essencial* ao esclarecimento dos fatos<sup>550</sup>, pelo que a preservação da garantia

---

<sup>543</sup>Neste sentido, mesmo que indiretamente, os poderes do juiz não poderão ser afetados pelos negócios jurídicos processuais posto que não é possível uma norma convencional modular uma cláusula constitucional (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2015, p. 244).

<sup>544</sup>Para nós, o legislador português andou melhor que o legislativo brasileiro, eis que estipulou expressamente limites às convenções probatórias realizadas entre as partes, designadamente, impedindo de limitarem os poderes do juiz. O n.º 2 do art. 345.º do CC/PT dispõe: “*é nula, nas mesmas condições, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias*” (PORTUGAL, 2016).

<sup>545</sup>Freitas (2013a, p. 225) retira da expressão *ordem pública* a impossibilidade de as partes limitarem os poderes probatórios oficiosos. Miguel Teixeira de Sousa endossa este posicionamento, segundo o qual os *contratos probatórios não vinculam o juiz, porque quando a matéria envolve ordem pública, nomeadamente, poderes probatórios do juiz*. Mais ainda, aduziu que a problemática é maior no ordenamento jurídico brasileiro, porque não há esse limite expresso no art. 190.º CPC/BR – palestra sobre *Princípio da concentração da defesa: o caso da compensação de créditos*, realizada no I Congresso Lusófono de Direito Processual Civil (cit.).

<sup>546</sup>Propõe Comoglio (2004, p. 290).

<sup>547</sup>Terceira base estruturante da doutrina defensora dos negócios jurídicos.

<sup>548</sup>JORGE, 2008, p. 105.

<sup>549</sup>Ou seja, o juiz só controlará a *validade da convenção*. Atendemos, pois, a uma das preocupações de Cabral (2018, p. 259), de um juiz interventor com possibilidade de descaracterizar a vontade das partes caso fosse dado o poder de analisar a conveniência da negociação convencional.

<sup>550</sup>De igual modo Pezzani (2009, p. 225) não defende a inadmissibilidade geral da convenção probatória, *i. e.*, mantém-se a restrição da prova às partes, contudo, não ao magistrado que, por conseguinte, poderá manejar essa

fundamental do processo justo passa a ser um *limite subjetivo de licitude do objeto* da convenção probatória, sob pena de, por via transgressa, dar as partes, na roupagem *autonomia da vontade*, o poder de modularem o conteúdo da decisão judicial e, por fim, modularem à Justiça<sup>551</sup>.

Propomos, pois, ao juiz a análise da máxima de MONTESQUIEU: “*una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa*”. O NJP não é justo porque as partes estipularam determinada convenção. Deve ser o NJP válido porque é justo. Logo: o NJP probatório que exclui meio de prova só é justo caso não venha obstaculizar a justa decisão, afinal, *como decisor e aplicador da lei*, o juiz tem o dever de aplicar a norma jurídica válida<sup>552</sup>.

---

prova de ofício. Aflora-se, em nossa visão, uma grande relevância ao não esvaziamento do NJP, porque à sua invalidade não se dá de pronto no processo (apenas porque indiretamente atinge os poderes do juiz), mas, apenas após avaliação da necessidade daquela prova ao processo.

<sup>551</sup>Vejamos: não defendemos nada de estranho daquilo mesmo que a doutrina defensora dos negócios jurídicos já definiram como limite. Explica-se: Didier Jr. (2018, p. 109) diz que “*não se admite negócio processual que tenha por objeto afastar regra processual que sirva de direito à proteção de direito indisponível*” e, também, Cabral (op. cit., p. 258): “*cabera o juiz velar pelos interesses públicos evitando que os acordos avancem em uma seara indisponível*”. Na esteira da própria doutrina que defende a limitação do poder probatório do juiz, perguntamo-nos: quer maior indisponibilidade ao processo do que a própria Justiça? Em sendo assim, parece-nos razoável o nosso posicionamento no qual o juiz, *como longa manus do Estado*, ao analisar em concreto que a falta de prova poderá atingir o valor máximo do Estado Democrático de Direito, tem o *dever de produzir oficiosamente* essa prova faltante em razão de uma convenção probatória para pôr fim ao litígio com uma justa decisão.

<sup>552</sup>MONTESQUIEU, 1985, p. 398.



## CONCLUSÃO

É chegado o momento final. O atingimento do interesse do Estado Democrático de Direito no resultado final do processo com uma justa decisão perpassa pelo respeito à seguinte tríade: (a) procedimento justo; (b) aplicação correta do direito ao caso concreto; e (c) determinação da verdade dos fatos controvertidos.

Nessa medida, afluíram-se como valor fundamental as normas procedimentais e o atuar dos sujeitos processuais serem redimensionados à apreensão da *verdade* que, por sua vez, através da *prova*, fora convertida em um meio para que se alcance e se cumpra a função de garantia da Justiça: a justa decisão.

Tal cenário reflete, por consequência, diretamente na imbricação de deveres processuais entre partes e juiz, *i. e.*: (i) no dever de as partes, em seus articulados, apresentarem a completa exposição da matéria fática, assim como todas as provas necessárias a permitir o acesso à realidade dos fatos; (ii) no dever do juiz ser ativo na assunção da matéria fática e probatória; fulcralmente porque, dentro do contexto jurídico-processual, a condição da justeza da decisão judicial (verdade de um enunciado fático) se predica das provas e informações disponíveis no momento decisório.

A desvelar, portanto, o caráter essencial da prova ao atingimento da justa composição do litígio, em nosso sentir, o legislador estabeleceu o *princípio da instrução probatória compartilhada*, outorgando diretamente ao magistrado amplos poderes probatórios para também contribuir ao atingimento deste fim, a evitar que o processo seja um *caminho com dois braços abertos* adotado na experiência espanhola, ou seja: ou o juiz chega à sua convicção através das provas produzidas somente pelas partes, ou julga com a regra do *onus probandi*.

E é aqui que surge no direito brasileiro o *ponto de tensão* para a resolução de nossa problemática. Explica-se: apresentando-se o art. 190.º do CPC/BR como uma lacuna na delimitação do espaço de liberdade da autonomia da vontade das partes, coube-nos apresentar critérios concretizadores e limitadores a responder a seguinte indagação: até que ponto a *autonomia privada* com a estipulação de um NJP probatório atípico poderá atingir o *poder instrutório do juiz*?

Para tanto, intentou-se, com o presente estudo, apresentar como solução uma máxima compatibilização entre o poder instrutório do juiz e o NJP probatório atípico, tanto

para não haver o esvaziamento da inovação do instrumento processual, como para que essa nova ferramenta não transforme o processo em um instrumento contrário àquilo que fora destinado – resolução do litígio com uma justa decisão.

Retrocedendo à *máxima compatibilização* mencionada, tal circunscreve-se no fato de que a convenção probatória não será inválida *a priori* por contender indiretamente o poder instrutório do juiz ao excluir um meio de prova – mantendo-se sua *eficácia apriorística* –, sendo inverso cenário àquele no qual esse meio de prova excluído torna-se essencial ao esclarecimento dos fatos.

Em não havendo necessidade de produção do meio de prova excluído e/ou em sendo possível a utilização de outro meio de prova a comprovar um enunciado fático, o magistrado prestigiará a vontade das partes e não produzirá oficiosamente esse meio de prova. Em contrapartida, no entanto, em sendo o meio de prova excluído convencionalmente essencial à justa decisão, face o seu poder-dever autônomo, o magistrado produzirá oficiosamente essa prova.

Podemos concluir, portanto, que a preservação da garantia fundamental do processo justo é o *limite subjetivo de validade do objeto* da convenção probatória, já que, se após escrutínio casuístico feito pelo magistrado, este julgar que a prova excluída é essencial à justa decisão, o NJP tornar-se-á inválido.

Do contrário, seria dar as partes o poder de mudar o *rumo das estrelas* fazendo com que se perca a fé na Justiça, pois, como acentua CALAMANDREI: “*aquele que tem fé na justiça consegue sempre, mesmo com oposição com os astrólogos, fazer mudar o rumo das estrelas*”<sup>553</sup>.

---

<sup>553</sup>CALAMANDREI, 1935, p. 21.

## REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. Concepciones de la prueba: observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdade, de Michele Taruffo. In: *Prueba, conocimiento y verdade*, Discusiones, año III, n. 3, 2003, pp. 43-54.

\_\_\_\_\_. *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ALLORIO, Enrico. Forma e prova scritta nel pagamento. In: *Revista diritto processuale*, II, 1936.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo Cabral; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

ALONSO-CUEVILLAS, Jaume. La audiencia previa al juicio. In: *Instituciones del nuevo proceso civil*, Tomo II. Barcelona: Difusión Jurídica, 2000.

AMSTERDAM, Anthony G. & BRUNER, Jerome. *Minding the Law*. Harvard University Press, 2002.

ANDRADE, Manuel de. *Noções Elementares do Processo Civil*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1956.

ANDRE, Georges. *Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*. Thèse de Doctorat Droit. Paris: Jouve, 1910.

ARISTÓTELES. *Metafísica, introdución*. (trad.) T. Calvo Martínez. Madrid: Gredos, 1994, IV, 7, 1011 b.

AROCA, Juan Montero. *Ensayos de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosh, 1996.

\_\_\_\_\_. *Derecho Judiccional*. Tomo II. 10. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2001a.

\_\_\_\_\_. *Los Principios de La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001b.

\_\_\_\_\_. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001c.

\_\_\_\_\_. Defensa del liberalismo contra el autoritarismo en el proceso civil - Las bases ideológicas de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. In: COLOMER, Juan Luiz Gómez (coord.). *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

\_\_\_\_\_. *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. El proceso llamado social como instrumento de justicia autoritaria. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. Prólogo. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006.

AROCA, Juan Montero. et al. *Derecho Jurisdiccional II – Proceso Civil*. 25. ed. Valencia: Tirant lo Bllanc, 2017.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

\_\_\_\_\_. La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Estudios sobre la prueba*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2006.

BELTRÁN, Jordi Ferrer & VÁZQUEZ, Carmen (coord.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. (trad.) Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1959.

BOUVERESSE, Jacques. Precisamos da Verdade? Maria João Ferro (trad.). In: ANTUNES, João Lobo. *Que valores para este tempo?* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Editora Gradiva, 2007.

BRADLEY, Francis Herbert. *Ethical Studies*. 2. ed. Oxford University Press, Clarendon Press, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm)>. Acesso em: 26 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BULYGIN, Eugenio. *Cognition and Interpretation of law*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. & PAULSON, Stanley (eds.). coll. « Analisi e diritto », Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

CABRAL, Tricia Navarro Xavier. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CADIET, Loïc. *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*. Petites affiches, 5 de maio de 2000.

\_\_\_\_\_. *Théorie générale du procès*. Paris: Presses Universitaires de France, 2010.

\_\_\_\_\_. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. In: *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3: 3-35, aug.-dec., 2012.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 8. ed. Rio Grande do Sul: Editora Livraria Clássica, 1935.

\_\_\_\_\_. Processo e giustizia. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, V, parte I, 1950a.

\_\_\_\_\_. Il processo come giuoco. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. V, Parte I. Padova: CEDAM, 1950b.

\_\_\_\_\_. *Instituciones de derecho procesal civil segun el nuevo Código*. 2. ed. Vol. I. Buenos Aires: El Foro, 1996.

CALHEIROS, Maria Clara. *Para uma teoria da prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CÂMARA, Alexandre Antonio Franco Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. *Por um modelo deliberativo de formação e aplicação de padrões decisórios vinculantes: análise da formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes a partir do conceito de contraditório como princípio da não-surpresa e da exigência de deliberação qualificada pelos tribunais*. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_CamaraAA\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CamaraAA_1.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2019.

CAMBI, Eduardo & HELLMAN, René Francisco. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo: RePro*, v. 40, n. 241, mar. 2015.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPELO, José Maria. Principais novidades sobre provas no novo código de processo civil português. In: SILVA, João Calvão da. et al. *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. (trad.) Santiago Santís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

\_\_\_\_\_. *La Justicia Constitucional - Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*. México: Editorial Porrúa, 2007.

\_\_\_\_\_. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, ano XVII, n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processual. In: *Civil Procedure Review*, vol. 1, n. 2, jul.-set. 2010, pp. 42-57.

CARACCILOLO, Ricardo Alberto. *El sistema jurídico: problemas actuales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CARNACINI, Tito. Tutela jurisdiccional y técnica del proceso. In: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo III, núm. 12, oct-dic 1953, pp. 97-182.

\_\_\_\_\_. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. 2, Milão: Giuffrè, 1965.

CARNELLUTTI, Francesco. Transcrizione e esecuzine della sentenza. In: *Rivista di diritto processuale*. Vol. II. 1948.

\_\_\_\_\_. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: EJA, 1952.

\_\_\_\_\_. *La prueba civil*. Buenos Aires: Ed. Arayú, 1955.

CAVALLONE, Bruno. *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova: CEDAM, 1991.

CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*. New York: New York University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito, cultura e ritual: Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. São Paulo, Marcial Pons: 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. I. Napoli: N. Jovene, 1935.

\_\_\_\_\_. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo II. Madrid: Reus, 1955.

\_\_\_\_\_. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo III. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1977.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garantías mínimas del proceso justo civil en los ordenamientos hispano-latinoamericanos. *Revista iberoamericana de derecho procesal*, n. 2, Buenos Aires, 2002.

\_\_\_\_\_. *Le Prove Civile*. 2. ed. Torino: UTET, 2004.

CORDEIRO, António Menezes de. *Da Alteração das Circunstâncias: a concretização do artigo 437º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*. Lisboa: AAFDL, 1987.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual civil brasileiro*. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COSTA JUNIOR, Olímpio. *A relação jurídica obrigacional, : situação, relação e obrigação em direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.



CUELLO, Ramiro Rosales. Lineamientos de la Corte Suprema. In: MORELLO, M. Augusto (director). *Los Hechos en el Proceso Civil: en Homenaje al Dr. Clemente A. Díaz*. Buenos Aires: La Ley, 2003.

DEGENKOLB, H. *Das Anerkenntnisurteil*, 1902, p. 61 In: Beiträge zum Zivilprozeß, 1905.

DEI VECHI, Diego. La prueba judicial como conocimiento: una caracterización poco persuasiva. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer & VÁZQUEZ, Carmen (coord.). *Debatendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

DI DONATO, Flora & SCAMARDELLA, Francesca. Una aproximación epistemológica-contextual al conocimiento de los hechos em el proceso. El modelo de Michele Taruffo, entre perspectivas analíticas y aperturas interdisciplinarias. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer & VÁZQUEZ, Carmen (coord.). *Debatendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. 2010. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/829/298>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. Vol. I. 17. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015a.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol. II. 10. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015b.

\_\_\_\_\_. O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ. In: *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, a. 3, n. 1, maio de 2018a.

\_\_\_\_\_. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil: Negócios Processuais*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018b.

\_\_\_\_\_. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie. (coord.) *Negócios processuais: Coleção de grandes temas do novo CPC*. Vol. I. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017, pp. 105-124.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DOMINGUÉZ, Valentin Cortés. La constitución española y los principios rectores del proceso civil. In: *Principios constitucionales del proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993.

DUARTE, Bento Herculano. *Processo civil: aspectos relevantes*. São Paulo: Editora Método, 2006.

DUMMETT, Michael. *Truth and the Past*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

ECHEANDÍA, Hernando Devis. El moderno proceso civil inquisitivo y con libertad para apreciar las pruebas. In: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, n. I, 1965.

\_\_\_\_\_. La iniciativa probatoria del juez civil en el proceso contemporáneo. *Revista iberoamericana de derecho procesal*, n. IV, Buenos Aires, 1967.

EDELMAN, Bernard. L'office du juge et l'histoire. In: *Droit et société*, n. 38, 1998, pp. 47-55.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

ESPAÑA. *Constitución Española*. Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial

del Estado. Disponível em:

<<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Disponível em:

<<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Legislación Procesal*. Edición actualizada a 25 de abril de 2019.

Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Disponível em:

<[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/codigos/codigo.php?id=040\\_Codigo\\_de\\_Legislacion\\_Procesal&tipo=C&modo=2](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=040_Codigo_de_Legislacion_Procesal&tipo=C&modo=2)>. Acesso em: 28 set. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Derechos y garantías - La ley del más débil*. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_. *Principia Iuris – Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. 2. Roma: Editori Laterza, 2007a.

\_\_\_\_\_. *Principia Iuris*. Bari: Laterza, 2007b.

FERRARI, Ubaldo. La ricerca della verità. In: *Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza*, Roma, 1927.

*FÓRUM Permanente de Processualistas Civis*. Disponível em:

<<http://fpprocessualistascivis.blogspot.com/>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

FRANCÊS, Ignácio Marrero. Análisis del art. 429.1, II y III LEC. In: LLUCH, Xavier Abel & PICÓ I JUNOY, Joan (coord.). *Los poderes del juez civil en materia probatoria*. Barcelona: Bosch, 2003.

FRANCOS, María Victoria Berzosa, *Demanda, causa petendi y objeto del proceso*, Córdoba: El Almendro, 1984.

\_\_\_\_\_. Principios del proceso. In: *Revista Jusiticia*, 1992-III.

FREITAS, José Lebre de. *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código de Processo Civil de 2013*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013a.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e princípios gerais à luz do novo código*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013b.

\_\_\_\_\_. *Código de processo civil anotado*. Vol. 1. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2014.

GARNER, Brian A. *Black's Law Dictionary*. 6. ed. Londres: West Group, 2006.

GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. 259 p. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6185>>. Acesso em: 26 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Negócios jurídicos processuais sobre ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOLDSCHIMDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936.

\_\_\_\_\_. *Derecho, Derecho Penal y Proceso II – Derecho Procesal Civil*. (trad.) Leonardo Prieto Castro. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa - em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. In: *Julgar*, n.º 1, Lisboa, Janeiro-Abril de 2007.

GOZAÍNE, Osvaldo Alfredo. Los hechos e la verdad en el proceso por audiencias. In:

MORELLO, M. Augusto (director). *Los Hechos en el Proceso Civil: en Homenaje al Dr. Clemente A. Díaz*. Buenos Aires: La Ley, 2003.

GIANTURCO, Emanuelle. *Lezioni di diritto civile. Diritto delle obbligazioni*. Napoli: L. Pierro, 1894.

GRASSO, Eduardo. La Collaborazione nel Processo Civile. In: *Revista iberoamericana de derecho procesal*, Vol. XXI (II Serie), Padova, 1966.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. In: *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 7, n. 14, jul. 2008a, pp. 369-406.

\_\_\_\_\_. *Publicismo e privatismo no processo civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, vol. 33, nº. 164, 2008b.

\_\_\_\_\_. *Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada*. 2017. Disponível em: <[https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO\\_DO\\_PROCESSO\\_ESTABILIDA DE E COISA JULGADA](https://www.academia.edu/34224708/SANEAMENTO_DO_PROCESSO_ESTABILIDA_DE_E_COISA_JULGADA)>. Acesso em: 22 jun. 2019.

GUASP, Jaime. *Juez y hechos en el proceso civil: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*. Barcelona: Bosh, 1943.

\_\_\_\_\_. *Derecho procesal civil – introduccion, parte general y procesos declarativos y de ejecucion ordinários*. Tomo I. 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

GURIDI, José Francisco Etxeberria. *Las facultades judiciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

HAACK, Susan. *Epistemologia Legalizada: ou verdade, justiça e o jeitinho americano*. 2015. Disponível em: <[https://www.academia.edu/35155872/Epistemologia\\_legalizada\\_Ou\\_verdade\\_justi%C3%A7a\\_e\\_o\\_jeito\\_Americano\\_2015](https://www.academia.edu/35155872/Epistemologia_legalizada_Ou_verdade_justi%C3%A7a_e_o_jeito_Americano_2015)>. Acesso em: 13 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. La justicia, la verdad y la prueba: no tan simple, después de todo. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer & VÁZQUEZ, Carmen (coord.). *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

INSTITUTO de Direito Contemporâneo. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

JAUERING, Othamar. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 2002.

JORGE, Nuno de Lemos. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. In: *Julgar*, n.º 3, 2007, pp. 61-84.

\_\_\_\_\_. Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial. In: *Julgar*, n.º 6, Lisboa, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

LACORDAIRE, Henri Dominique. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: éd. Sagnier et Bray, 1848.

LANGBEIN, John H. *The German Advantage in Civil Procedure*. University of Chicago Law Review, vol. 52, n. 4, 1985.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbeinkian, 2014.

LARGIER, Daniel González. *Argumentación y prueba judicial*. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Estudios sobre la prueba*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2006.

LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. 9. ed. Napoli: Morano, 1962.

LEVIN, Richterliche. *Prozessleitung und Sitzungspolizei in Theorie und Praxis*. Berlin: Otto Liebmann, 1913.

LESSONA, Carlo. *Trattato Delle Prove in Materia Civile*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1922.

LIND, Edgar Allan. *The Exercise of Information Influence in Legal Advocacy*. University of North Carolina, Journal of Applied Social Psychology, 1975, pp. 127-143.

LLUCH, Xavier Abel. La audiencia previa: entre el deseo y la realidad. In: *Revista del Poder Judicial*, n. 69, 2003.

\_\_\_\_\_. *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Barcelona: Editora Bosch, 2005a.

LLUCH, Xavier Abel & PICÓ I JUNOY, Joan (coord.). *Problemas actuales de la prueba civil*. Barcelona: J. M. Editor, 2005b.

LLOBREGAT, José Garberí & RAMÍREZ, Guadalupe Buitró. *La prueba civil – Doctrina, jurisprudencia y formularios sobre prueba, procedimiento probatorio y medios de prueba en la nueva ley de enjuiciamiento civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Comentários ao novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio & FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.

LÜKE, G. *Münckener Kommentar/ZPO*. Múnich: Beck, 2003.

MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès*. La documentation Française, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. Vol. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio. Os Poderes da Relação em Matéria de Presunções Judiciais e o Controle do STJ sobre o Exercício desses Poderes da Relação em Matéria de Presunções Judiciais e o Controle do STJ sobre o Exercício desses Poderes. In: *Boletim Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2016, pp. 757-825.

MARTÍNEZ, Carlos Gómez. Las facultades del juez en relación a la prueba en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. In: *Jueces para la democracia*, n. 31, 1998, pp. 68-72.

\_\_\_\_\_. La ética judicial en el Estado constitucional de derecho. In: PASCUAL, Cristina García (coord.). *El buen jurista – deontología del derecho*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2013.

MATOS, José Igreja. *Um modelo de juiz para o processo civil atual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MELLADO, José María Asencio. *Disposiciones Generales sobre la prueba en la LEC, en la aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MELENDO, Santiago Sentís. *El proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

\_\_\_\_\_. Los poderes del juez – lo que el juez puede o podrá. In: *Revista Jurídica de Cataluña*, n. III, 1976.

MENDES, Armindo Ribeiro. *As sucessivas reformas do processo civil português*. In: *Julgar*, n.º 16, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 79-97.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. *La influencia de la Constitución en el Derecho Procesal Civil*. In: *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1983, pp. 9-40.

MENDES, João de Castro. O direito de acção judicial. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1959.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil*. Vol. 2. Lisboa: AAFDL, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil*. Vol. 1. Lisboa: AAFDL, 1997.

MENDONÇA, Luís Correia de. *Direito processual civil: as origens em José Alberto dos Reis*. Lisboa: Quid Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. 80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português. In: AROCA, Juan Montero & VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Proceso civil e ideologia: un*



*prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos: Moción de Valencia (2006), Declaración de Azul (2008)*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011.

MENKE, Fabiano. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 50, 2004.

MESQUITA, Luis Miguel Andrade de. A revelia no processo ordinário. In: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. Princípio da gestão processual: O «Santo Graal» do Novo Processo Civil?. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 145, n.º 3995, Coimbra, nov/dez 2015.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. A «morte» do princípio do dispositivo? In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 4007, 2017, Nov-Dez, pp. 86-119.

MIGUEL Y ROMERO, Mauro. *Principios del moderno Derecho Procesal civil*. Valladolid, España: Imprenta y Librería de Andrés Marín, 1931.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XXXVIII – Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Editor Borsi, 1962.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Coleção temas atuais de direito processual civil, vol. 14, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las orientaciones publicísticas del proceso civil. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. *Manuale di diritto processuale civile*. Vol. 1. 4. ed. Padova: CEDAM, 2007.  
MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes* (1745). (trad.) M. Blázquez e P. de Vega.  
Madrid: Tecnos, 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breves reflexões sobre a iniciativa judicial em matéria de prova*. Temas de Direito Processual, vol. III. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. El neoprivatismo en el proceso civil. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006.

MORELLO, M. Augusto (director). *Los Hechos en el Proceso Civil: en Homenaje al Dr. Clemente A. Díaz*. Buenos Aires: La Ley, 2003.

MORENO, Faustino Córdón. En torno a los poderes de dirección del juez civil. In: *Revista de Derecho Privado*, 1979.

\_\_\_\_\_. *Comentario a distintos artículos de la LEC en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid: Aranzadi, 2011.

MORENO, Juan Damián. *Comentarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo III. Valladolid: AAVV Lex Nova, 2000.

MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*. Vol. II. 4. ed. Milano: F. Vallardi, 1908.

NAVARRETE, Antonio María Lorca. *Estudio jurisprudencial de los poderes del juez civil en materia probatoria*. Madrid: IVADP, 2006.

\_\_\_\_\_. La denominada insuficiencia probatoria en el proceso civil español. In: *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis*, a. 2, n. 2, enero-diciembre 2016, pp. 11-27.

NICOLÁS, Juan Antonio & FRÁPOLLI, María José (ed.). *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid: Tecnos, 1997.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Der Fall Wagner, Werk*. Herausgegeben von Karl Schlechtha, Ullstein, Francoforte do Meno/Berlim/Viena 1981.

OBAMA, Barack. *A minha herança – Uma história de raça e legado*. Alfragide: Editora Casa das Letras, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PARDO, Antonio Miguel Seoane. In: AA.VV. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol. I. Navarra: Aranzadi Editorial, 2001.

PERELMAN, Chaím. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996.

\_\_\_\_\_. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosh, 1997.

\_\_\_\_\_. Los principios del nuevo proceso civil español. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 26, n. 103, jul./set. 2001.

\_\_\_\_\_. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Um debate mal planteado. In: *Derecho Procesal Civil, Congreso Internacional de Derecho Procesal, Lima*, 29 al 31 de octubre de 2003, pp. 55-66; *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2004a, núm. 4, pp. 253/270.

\_\_\_\_\_. Los principios del nuevo proceso civil español. In: *Rev. peruana de derecho procesal*, 2004b.

\_\_\_\_\_. *El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Bosch Editor, 2007a.

\_\_\_\_\_. La iniciativa probatoria del juez penal y el principio acusatorio. In: *Justicia: revista de derecho procesal*, n. 1-2, 2007b, pp. 39-78.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2015.

PORTUGAL. *Diário do Governo*. I série, número 123, Lisboa, maio de 1939.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1959&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis)>. Acesso em: 23 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

RADBRUCH, Gustav. Introducción a la Ciencia del Derecho. In: *Biblioteca de la Revista de Derecho Privado*, serie C, vol. II, Madrid, 1930.

RAGONE, Álvaro J. Pérez & PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO): traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. 2. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

REGO, Carlos Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

REIS, José Alberto dos. *Processo Ordinário Civil e Comercial*. Vol. I. Coimbra: Imprensa Académica, 1907.

\_\_\_\_\_. Os poderes do juiz no julgamento da acção. In: *Revista da Universidade de Coimbra*, 1914.

\_\_\_\_\_. *Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1929.

\_\_\_\_\_. O Novo Código de Processo Civil Português. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento VI, Coimbra, 1945.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 1946.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol. III. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

REPRESA, Guillermo Sacristán. Cuatro consideraciones no muy extensas sobre la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. In: *Rev. Jueces para la Democracia*, núm. 40, marzo 2001.

RIALS, Stéphane & ALLAND, Denis. *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris: Presses Universitaires de France - P.U.F., 2003.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR., Fredie. et al (coord.). *Ativismo judicial*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

ROCCO, Alfredo. *La sentenze civile. Studi*. Torino: Fratelli Bocca, 1906.

\_\_\_\_\_. *La sentencia civil*. Pamplona: Analecta, Ediciones y Libros, 2006.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha. *Em nome do povo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956.

ROSSET, Clement. *O Princípio de crueldade*. (trad.) José Thomaz Brum. Rio de Janeiro: Rocco, 1989.

SANTOS, Andres de la Oliva & DIEZ-PICAZO, Ignacio. *Derecho procesal civil: el proceso de declaración*. 3. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2004.

SCHLOSSER, Peter. *Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne*. JZ, 1991.

SCHNEIDER, E. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. (trad.) PRADILLO, Juan Carlos Ortiz & RAGONE, Álvaro J. Pérez. Montevideo/Uruguay: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SCHWARZER, William W. & HIRSK, Alana. *The elements of Case Management: A Pockte Guide for Judges*. 2. ed. Federal Judicial Center, 2006.

SENDRA, José Vicente Gimeno. Causas históricas de la ineficiencia de la justicia. In: *Justicia*, III, 1987.

\_\_\_\_\_. Características esenciales de la «audiencia previa». In: COLOMER, Juan Luis Gómez. *La aplicación práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

\_\_\_\_\_. *Proceso Civil Práctico*. Tomo V. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2018.

SERRA, Adriano Vaz. Provas – Direito Probatório Material. In: *BMJ* 110/82, 1961.

SILVA, Beclaute Oliveira. A prova: (in)subsistência dos modelos declaratório e constitutivo do fato. In: SILVA, João Calvão da. et al. *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

SILVA, Lucinda Maria Duarte Dias da. *Convenções de prova em processo civil*. Tese (Doutoramento em Ciências Jurídico-Processuais) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Paula Costa. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Lisboa: Almedina, 1987.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *As Partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 1995.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 1997.

\_\_\_\_\_. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?* 2015.

Disponível em:

<[https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA\\_DE\\_SOUSA\\_M.\\_Omiss%C3%A3o\\_d\\_o\\_dever\\_de\\_coopera%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_tribunal\\_que\\_consequ%C3%Aancias\\_01.2015?auto=download](https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Omiss%C3%A3o_d_o_dever_de_coopera%C3%A7%C3%A3o_do_tribunal_que_consequ%C3%Aancias_01.2015?auto=download)>. Acesso em: 06 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. *Adequação formal pública vs. adequação formal privada (ou Portugal vs. Brasil)?* 2016.

Disponível em: <<https://blogippc.blogspot.com/2016/02/adequacao-formal-publica-vs-adequacao.html>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *Jurisprudência (743)*. 2017.

Disponível em: <<https://blogippc.blogspot.com/2017/12/jurisprudencia-743.html>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

SPIEGELBERG, José Luis Seoane. *La prueba en la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. Navarra: Tomson-Aranzadi, 2007.

STENGERS, Isabelle. *As políticas da razão – dimensão social e autonomia da ciência*. Lisboa: Edições 70, 2000.

STOLLEIS, Michael. O perfil do juiz na tradição europeia. In: SILVA, Paula Costa e. & HOMEM, António Pedro Barbas (coord.). *O perfil do juiz na tradição ocidental*. Coimbra: Almedina, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O cego de Paris e a busca da verdade real – O início*. 2013.

Disponível em: <[www.conjur.com.br/2013-mai-09/senso-incomum-cego-paris-busca-verdade-real-inicio](http://www.conjur.com.br/2013-mai-09/senso-incomum-cego-paris-busca-verdade-real-inicio)>. Acesso em: 25 jun. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. O que o processo civil precisa aprender com a linguagem? In: *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 2, pp. 317-335, ago. 2017.

Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1874>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

TARSKI, Alfred. The Semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics. In: *Philosophy and Phenomenological Research*, IV, 1994, pp. 341-375.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. São Paulo: Editora Método, 2012.

TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, A. 45, (2), April-Giugno 1990, pp. 420-485.

\_\_\_\_\_. Idee per una teoria della decisione giusta. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 2, 1997.

\_\_\_\_\_. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. *La prueba*. Madrid: Marcaíl Pons, 2008.

\_\_\_\_\_. *Páginas sobre Justicia Civil*. Madrid: Marcaíl Pons, 2009.

\_\_\_\_\_. *Simplemente la verdad: El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

\_\_\_\_\_. *La prova nel processo civile*. Milano: Dott. A Giuffrè – Editore, 2012.

\_\_\_\_\_. Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. In: *Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.

\_\_\_\_\_. *A Prova*. (trad.) João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

TOULMIN, Stephen. *The uses of argument*. Cambridge, England: Cambridge University Press, 1958.



TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. *Una introducción al razonamiento*. Lima, Peru: Palestra Editores, 2018.

TUCCI, José Rogério Cruz e; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo Costa Manso Real (coords.). *Processo Civil: homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

TWINING, William. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2. ed. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 1994.

\_\_\_\_\_. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. 2. ed. Cambridge University Press, 2006.

VARELA, João de Matos Antunes; BEZERRA, J. Miguel; SAMPAIO e NORA. *Manual de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidade judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: AROCA, Juan Montero & VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos: Moción de Valencia (2006), Declaración de Azul (2008)*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011.

VERDE, Giovanni. *Le ideologie in un recente saggio*. In: *Rivista di diritto processuale*, Padova, 2002.

\_\_\_\_\_. Las ideologías del proceso em un reciente ensayo. In: AROCA, Juan Montero & VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos: Moción de Valencia (2006), Declaración de Azul (2008)*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011.

VEYNE, Paul. *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes? Essai sur l'imagination constituante*. Paris: Seuil, 1992.

VON COELLN. *Beratungsgeheimnis mit Berücksichtigung der Abstimmungs-rmethode*. Prozessr Abhdl, 1931.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Triunais, 2006.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. San Sebastián: Universidad del País Vasco, 1989.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JR., Fredie. (coord.) *Negócios processuais: Coleção de grandes temas do novo CPC*. Vol. I. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017, pp. 105-124.

ZACCARIA, G. *La comprensione del diritto*. Roma: Laterza, 2012.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: *REsp 345436 SP 2001/0105326-5*. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 07 de março de 2002. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7797647/recurso-especial-resp-345436-sp-2001-0105326-5-stj>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: *REsp 262978 MG 2000/0058446-0*. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília, 06 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/237493/recurso-especial-resp-262978-mg-2000-0058446-0/inteiro-teor-100196212>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: *REsp 382.742/PR*. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, 16 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: *REsp 660267 DF 2004/0086424-3*. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 28 de maio de 2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8931757/recurso-especial-resp-660267-df-2004-0086424-3/inteiro-teor-14097474>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: *REsp 1012306 PR 2007/0287732-4*. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 07 de maio de 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4134725/recurso-especial-resp-1012306-pr-2007-0287732-4/inteiro-teor-12211831>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no Mandado de Segurança nº 21315 / DF (2014/0257056-9)*. Relatora: Min. Diva Malerbi. Brasília, 08 de junho de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num\\_registro=201402570569&dt\\_publicacao=15/06/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=201402570569&dt_publicacao=15/06/2016)>. Acesso em: 22 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 897.363/RJ*. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 30 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em: 29 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: *REsp 1632750 SP 2016/0193441-0*. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 13 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/521315092/recurso-especial-resp-1632750-sp-2016-0193441-0/relatorio-e-voto-521315132?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AgRg no Agravo de Instrumento n° 1.403.421/RJ (2011/0035937-3)*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 07 de agosto de 2017. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento?seq\\_documento=17121032&data\\_pesquisa=09/08/2017&parametro=42](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento?seq_documento=17121032&data_pesquisa=09/08/2017&parametro=42)>. Acesso em: 29 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: *REsp 1678437 RJ 2016/0253462-3*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 21 de agosto de 2018.

Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617597762/recurso-especial-resp-1678437-rj-2016-0253462-3/inteiro-teor-617597771>>. Acesso em: 09 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Agravo em Recurso Especial n° 913.080 - SP (2016/0094965-1)*. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília, 06 de dezembro de 2018. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600949651&dt\\_publicacao=14/12/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600949651&dt_publicacao=14/12/2018)>. Acesso em: 22 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no Recurso Especial n° 1791101 - PR (2019/0004999-5)*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 01 de abril de 2019.

Disponível em: <[https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/679912444/andamento-do-processo-n-1791101-edcl-recurso-especial-26-02-2019-do-stj?ref=topic\\_feed](https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/679912444/andamento-do-processo-n-1791101-edcl-recurso-especial-26-02-2019-do-stj?ref=topic_feed)>. Acesso em: 30 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n° 791.292 QO-RG*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 23 de junho de 2010. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613496>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Segurança n° 4.836 AgR-ED*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 07 de outubro de 2015. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308051952&ext=.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *RI n° 0707164-332015.8.07.0016*. Rio de Janeiro, 26 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Processo n° 0041290-23.2015.8.19.0209*. Relatora: Des. Renata Machado Cotta. Rio de Janeiro, 13 de novembro de 2018.

Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201800175910>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Ação de Investigação Judicial Eleitoral n.º 1943-58*. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2014/prestacao-de-contas-eleicoes-2014/acao-de-investigacao-judicial-eleitoral-no-1943-58>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo n.º 2890/13.8TBPRD-A.CI*. Relator: Arlindo Oliveira. Coimbra, 06 de junho de 2017. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/116283011/details/maximized?emissor=Tribunal+da+Rela%C3%A7%C3%A3o+de+Coimbra&perPage=50&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. *Processo n.º 2082/11.0TBPBL-O.CI*. Relatora: Albertina Pedroso. Coimbra, 24 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/76ddf21158550da080257d25003a48e5?OpenDocument>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora. *Processo n.º 623/14.0TBBJA-A.EI*. Relator: Silva Rato. Évora, 21 de Janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/805b3a160faafbeb80257f4f00522629?OpenDocument>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora. *Processo n.º 137/15.1T8SSB.EI*. Relatora: Isabel Peixoto Imaginário. Évora, 06 de abril de 2017. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/116286031/details/maximized?emissor=Tribunal+da+Rela%C3%A7%C3%A3o+de+%C3%89vora&perPage=100&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>>. Acesso em: 06 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. *Processo n.º 3332/17.5T8PNF.P1*. Relator: Filipe Carço. Porto, 18 de dezembro de 2018. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/JTRP.NSF/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/5349e46ac3115634802583ad0042d5cd?OpenDocument>>. Acesso em: 23 jun. 2019.