

# DA VERDADE REAL AO DIREITO MATERIAL: INTERESSE JURÍDICO SUBSTANTIVO AXIOLOGICAMENTE PREVALECENTE NA IMPOSSIBILIDADE PROBATÓRIA CONCRETA NÃO SUBJETIVAMENTE PROVOCADA

Rafael Cavalcanti Lemos<sup>†</sup>

Sumário: 1. Introdução. 2. Primeiros registros do questionamento duma verdade real no Ocidente: a sofística grega antiga. 2.1. Concepções ocidental-filosóficas de verdade. 2.2. Sofística e verdade. 3. Verdade real na jurisprudência brasileira recente. 4. Da verdade real ao direito material: interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada. 4.1. Do paradigma da verdade ao da verossimilhança. 4.2. Per Olof Ekelöf e o princípio da verossimilhança preponderante. 4.3. Interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

Resumo: A concepção filosófica grega antiga de verdade ἀλήθεια subsiste dita, no processo civil brasileiro contemporâneo, verdade “real”. O Poder Judiciário tem cessado, no Brasil, de professar a crença em atingir uma verdade dessa natureza. De acordo com o princípio sueco da verossimilhança preponderante, é aceitável que a mínima preponderância probatória seja decisiva no processo civil. Nos casos em que a verossimilhança das alegações contrárias se

---

<sup>†</sup> Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

equivalha, deve-se, antes do recurso às regras de ônus objetivo da prova, perquirir, havendo impossibilidade probatória concreta não provocada, sequer culposamente, por qualquer das partes, que interesse, focado por um valor jurídico primário histórico, seja preferido pelo direito material.

Palavras-chave: verdade “real”, Poder Judiciário no Brasil, princípio sueco da verossimilhança preponderante, verossimilhança equivalente das alegações contrárias, impossibilidade probatória concreta não provocada sequer culposamente por qualquer das partes, interesse focado por um valor jurídico primário histórico, direito material, regras de ônus objetivo da prova.

Zusammenfassung: Der altgriechische philosophische Begriff der Wahrheit ἀλήθεια besteht als eine so genannte „reale“ Wahrheit im heutigen brasilianischen Zivilprozess. Die brasilianische Rechtsprechung hat in letzter Zeit aufgehört, ihren Glauben an die Erreichung einer solchen Wahrheit zu bekennen. Gemäß des schwedischen Überwiegensprinzips, der von Wahrscheinlichkeit handelt, ist es annehmbar, dass das geringste Beweisübergewicht im Zivilprozess entscheidend sei. Sind gleichwertig die widrigen Behauptungen der Parteien und ist es einer der Parteien schuldlos unmöglich, ihre Behauptung zu beweisen, soll es untersucht werden, welches von einem ursprünglichen historischen Wert qualifizierte Interesse vom materiellen Recht vorgezogen werde, damit die Beweislastregeln wirklich eine letzte Ausflucht sind.

Schlüsselwörter: „reale“ Wahrheit, brasilianische Rechtsprechung, schwedisches Überwiegensprinzip, Wahrscheinlichkeit, gleichwertige widrige Behauptungen, schuldlos unmögliches Beweisen, von ursprünglichem historischem Wert qualifiziertes Interesse, materielles Recht,

Beweislastregeln.



## 1. INTRODUÇÃO.

Discorrendo sobre as condições históricas do nascimento da filosofia na Jônia do século VI a.C., relata Chauí (1994, p. 35 e 38):

Verdade, em grego, é uma palavra que se diz negativamente: *a-létheia* (em grego, o prefixo *a-* indica uma negação). *Léthe*: esquecimento, esquecido. *Alétheia*: não esquecimento, não esquecido, lembrado. A verdade é não esquecer e por isso inseparável da memória, da deusa *Mnemosýne*, mãe das Musas. [...] *Dóxa* deriva do verbo *dokéo*, que significa: 1) tomar o partido que se julga o mais adaptado a uma situação; 2) conformar-se a uma norma; 3) escolher e decidir. [...] A filosofia vai surgir ligada a esses dois tipos de palavra, isto é, à *alétheia* e à *dóxa*.

Com o desenvolvimento da democracia, mormente em Atenas, aparecem os sofistas<sup>1</sup>, que afastam a *alétheia* (ἀλήθεια) e fortalecem a *dóxa* (δόξα) – CHAUI, 1994, p. 38. Platão

---

<sup>1</sup> Destacando-se, dentre eles, Górgias, autor de “Do não-ser ou da natureza”, obra que, no entender de Sexto Empírico (1841, p. 290 – Adv. Math., VII, 87 – cf. tb. GUTIÉRREZ, 1966, p. 62), visa demonstrar *não haver critério de verdade* (contra, cf. DUPRÉEL, 1980, p. 67, para quem na referida obra gorgiânica não se discute a verdade, mas a *realidade*) – Romilly (2010, p. 117) vê nela (obra) “uma discussão brilhante e difícil” e Robin (1948, p. 177) tem-na (obra) como “um ensaio de niilismo radical, no fundo um jogo erudito, uma acrobacia dialética”; para Legrand (1991, p. 108), contudo, “se [a obra] não esconde a *indigência do pensamento* [...], parece uma *paródia* da sublime insolência de Parmênides”.

promoverá, então, visando pôr a *alétheia* (palavra que exprime um pensamento que seja verdadeiro para todos, sem que se precise recorrer à persuasão e à escolha) no lugar da *dóxa* (própria do espaço político da discussão, persuasão e escolha), um esforço gigantesco, decisivo para o pensamento ocidental (CHAUÍ, 1994, p. 38-39).

A filosofia, portanto, nasce com a pretensão não apenas de argumentar e persuadir, mas de proferir a verdade, a qual seria a mesma para todos (CHAUÍ, 1994, p. 39; cf. tb. KHALED JR., 2009, p. 29):

Quando o discurso e o pensamento *não estão voltados para interesses determinados pela vida prática*, quando estão voltados *apenas para a contemplação daquilo que é*, desejando saber *como veio a ser e por que veio a ser*, não há contenda e luta, não há necessidade de persuadir nem de enganar, não há necessidade de dominar. Essa *contemplação desinteressada* – que se exprime com a palavra *theoría* – será a pretensão do *lógos* filosófico, convencido do *acordo entre os seres racionais* porque o Ser, a razão, o pensamento e a palavra são idênticos e os mesmos para todos. (CHAUÍ, 1994, p. 39).

Para Deleuze (2010, p. 24), erra a filosofia ao pressupor nos homens uma boa vontade em pensar, um desejo ou amor natural do verdadeiro. Não se busca a verdade senão quando se está determinado a fazê-lo em função dum caso concreto (DELEUZE, 2010, p. 24)<sup>2</sup>. Se assim é, nada mais adequado à

---

<sup>2</sup> No mesmo sentido, versando contudo sobre o conhecimento *científico*, Schuster (2004, p. 15: “Claro que constitui um ponto de vista superficial que se encontre a verdade ‘estudando os fatos’. Nenhuma pesquisa começa se não se detecta alguma *dificuldade em uma situação prática ou teórica.*”) e Bachelard (1980, p. 14: “Para um espírito científico, todo conhecimento é uma resposta a uma pergunta. Se *não houve pergunta, não pode haver conhecimento científico.*”).

busca da verdade que o processo subjetivo<sup>3</sup>, o qual justo à discussão de casos concretos se presta. Nele (processo subjetivo), contudo, a verdade não é uma só: divide-se em real e formal<sup>4</sup>.

O presente trabalho (A) começa por expor as objeções da sofística<sup>5</sup> grega antiga à primeira concepção filosófico-ocidental de verdade, que se poderia dizer real, (B) sistematiza decisões, proferidas nos últimos quinze anos aproximadamente, de tribunais e turmas recursais brasileiros em que é feita referência a uma verdade real, (C) propõe a substituição do paradigma da verdade (real ou formal) pelo da verossimilhança e, enfim, (D) oferece uma solução que fuja dos extremos fáceis da equidade ou da aplicação mecânica da lei (regra de ônus objetivo da prova) para os casos em que, com a nota de que haja um direito material que faça prevalecer, em virtude dum valor jurídico primário histórico, o interesse duma parte sobre o da outra, *mesmo a busca* de uma verdade real (na transição de um paradigma a outro) torne-se, por absoluta falta de prova e ante alegações contraditórias de igual verossimilhança,

---

<sup>3</sup> “Subjetivo” para o diferenciar do processo dito objetivo ou *sem partes*, em que se procede a um controle normativo abstrato (cf. doutrina e jurisprudência a respeito no Voto do Ministro Relator Celso de Mello na ADI 2130-AgR, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ 14-12-2001 pp-00031 ement vol-02053-03 pp-00485).

<sup>4</sup> Esclareça-se de antemão que, conquanto expressões utilizadas habitualmente no processo, em questões respectivas à prova, nem a verdade material nem a formal confundem-se com o direito probatório material ou o formal: “Pertencem ao direito probatório material os pontos relativos ao ônus da prova, à admissibilidade dos meios de prova e à força probatória de cada um deles. [...] Pertencem ao direito probatório formal as normas que disciplinam a utilização dos meios de prova em juízo, indicando o modo de requerer as provas, de as produzir e de as valorar.” (MACHADO; PIMENTA, 2010, p. 235 e 237 – cf. tb. DIDIER JR., BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 106). No que concerne ao direito probatório material e ao formal, Marinoni e Arenhart (2011, p. 385) chamam a atenção para que os critérios usados para os distinguir “possuem fronteiras obscuras e definições imprecisas, especialmente quando considerados diante de situações limítrofes”. Gouveia (2008, p. 332), por sua vez, adverte que “[q]ualquer alteração ao direito probatório material não pode deixar de tomar em consideração o direito probatório formal”.

<sup>5</sup> A primeira, não a segunda, esta romano-imperial – cf. SILVA, 2007.

*impossível*, sem que para isso tenha contribuído qualquer das partes. Além de na jurisprudência referida, a pesquisa dá-se em doutrina brasileira, portuguesa e dalhures.

## 2. PRIMEIROS REGISTROS DO QUESTIONAMENTO DUMA VERDADE REAL NO OCIDENTE: A SOFÍSTICA GREGA ANTIGA.

### 2.1. CONCEPÇÕES OCIDENTAL-FILOSÓFICAS DE VERDADE.

Para Chauí (1995, p. 99-100), podem reduzir-se a quatro<sup>6</sup> as concepções filosóficas da verdade influentes na cultura ocidental:

(a) a primeira assenta na *alétheia* (ἀλήθεια) grega, para a qual verdadeiro é o que é evidente ou plenamente visível para a razão; a verdade, pois, é a manifestação da própria realidade; o critério da verdade é a adequação de nosso intelecto à coisa ou da coisa a nosso intelecto<sup>7</sup>;

(b) a segunda, na *veritas* latina, que se refere à precisão de um relato ou enunciado sobre um fato; a verdade depende da memória e da acuidade mental de quem fala; *coisas e fatos* podem ser *reais ou imaginários*, mas *relatos e enunciados* é que são *verdadeiros ou falsos*; o critério da verdade é fornecido pela coerência interna ou lógica das ideias e cadeias de ideias que formam um raciocínio, a qual (coerência) depende da obediência às regras e leis dos enunciados corretos;

---

<sup>6</sup> Numa concepção *psicológica* de verdade, Bachelard (1980, p. 239) sustenta que esta assenta na *retificação de um erro*.

<sup>7</sup> Dessa concepção diferem o desvelamento heideggeriano e a negação do esquecimento gadameriana, conquanto estes (desvelamento e negação) aproximem-se *etimologicamente* da *alétheia* (cf. KHALED JR., 2009, p. 30).

a marca do verdadeiro é a validade lógica dos argumentos;

(c) a terceira, na *emunah* (אמונה) hebraica, consistente na confiança nas pessoas ou em Deus, sendo estes verdadeiros quando cumprem o que prometem<sup>8</sup>;

(d) a quarta, na eficácia e na utilidade; o conhecimento, verificado pela experimentação e pela experiência, é verdadeiro por seus resultados e aplicações práticas<sup>9</sup>; a marca do verdadeiro é a verificabilidade desses resultados.

Para as concepções filosóficas em que predomine a *alétheia*, a verdade está “nas próprias coisas ou na própria realidade e o conhecimento verdadeiro é a percepção intelectual e racional dessa verdade” (CHAUÍ, 1995, p. 100). Para aquelas (concepções filosóficas) em que a *veritas* se sobressaia, a verdade “depende do rigor e da precisão na criação e no uso de regras de linguagem, que devem exprimir, ao mesmo tempo, nosso pensamento ou nossas idéias e os acontecimentos ou fatos exteriores a nós e que nossas idéias relatam ou narram em nossa mente” (CHAUÍ, 1995, p. 100). Destacando-se a *emunah*, a verdade “depende de um acordo ou de um pacto de confiança entre os pesquisadores, que definem um conjunto de convenções universais sobre o conhecimento verdadeiro e que devem ser sempre respeitadas por todos” (CHAUÍ, 1995, p. 100). Na concepção pragmática de verdade, finalmente, não é empregado, como o é pelas demais

---

<sup>8</sup> Como explica Schuster (2005, p. 48), certas predições tornam-se verdadeiras por sua própria causa, v.g. a que anuncie (A) a quebra de um banco e provoque uma fuga de investidores ou (B) o triunfo de uma revolução e inspire nas pessoas confiança decisiva a isso.

<sup>9</sup> Cf. DUVERNOY, 1993, p. 9: “Mesmo que decretemos que nenhuma filosofia é verdadeira em sua totalidade, algumas representam, entretanto, proezas tais de inteligência, tão claramente orientadas para a *solução de problemas reais* – justamente aqueles que deixam perplexos a grande maioria dos homens – que também deve haver nelas algum *indício de verdade*.”

(concepções), um critério puramente teórico, senão eminentemente prático, para se aproximar daquela (verdade); uma tal concepção “está muito próxima da teoria da correspondência entre coisa e idéia, entre realidade e pensamento, que julga que o resultado prático, na maioria das vezes, é conseguido porque o conhecimento alcançou as próprias coisas e pode agir sobre elas” (CHAUÍ, 1995, p. 100).

Cada concepção de verdade nasce em virtude de uma mudança na história (CHAUÍ, 1995, p. 106)<sup>10</sup>. Assim, nas sociedades baseadas no trabalho escravo, a verdade é “considerada a forma superior do espírito humano, portanto, desligada do trabalho e das técnicas, e tomada como um valor autônomo do conhecimento enquanto pura contemplação da realidade, isto é, como *theoria*” (CHAUÍ, 1995, p. 106). Substituído o trabalho servil pelo livre na sociedade capitalista, aparece o indivíduo como um ser que pode ser pensado sem os outros, dependendo a verdade “das operações do sujeito do conhecimento ou da consciência de si reflexiva autônoma” (CHAUÍ, 1995, p. 106). Com o aumento das forças produtivas e da capacidade industrial para dominar e controlar as forças da natureza, a verdade mostra-se como utilidade e eficácia, algo

---

<sup>10</sup> Na concepção racionalista crítica da ciência (em que, para que uma teoria se possa dizer científica, ela deve ser refutável e portanto nunca verdadeira, ainda que provavelmente, uma vez que *o fim da ciência é substituir teorias por outras mais resistentes a testes* – cf. POPPER, 2006, p. 42 e 92), o contexto histórico importa mesmo em se tratando de *confirmar* uma teoria científica: “Hertz confirmou a teoria de Maxwell quando detectou as *primeiras* ondas de rádio. Também eu confirmo a teoria de Maxwell sempre que ouço rádio. A situação lógica é similar nos dois casos. Em cada caso, a teoria prediz que as ondas de rádio deveriam ser detectadas e, em cada caso, a detecção bem-sucedida delas fornece *algum apoio indutivo* à teoria. Apesar disso, Hertz é merecidamente famoso pela confirmação que realizou, enquanto minhas frequentes confirmações são devidamente ignoradas, num contexto científico. Hertz deu um significativo *passo à frente*. Quando escuto o rádio, estou apenas matando o tempo. *O contexto histórico faz toda a diferença.*” (CHALMERS, 1994, p. 57-59). Kuhn afirma que a descoberta científica (aí incluída a confirmação duma teoria) está associada ao prestígio profissional (1977, p. 165-166), sendo o *único processo histórico* relevante para a rejeição ou adoção duma teoria a *competição entre segmentos da comunidade científica* (1991, p. 8).



de uso prático e verificável: se o trabalho deve produzir lucro, o conhecimento precisa dar resultado útil (CHAUÍ, 1995, p. 106). Em sociedades altamente tecnológicas, enfim, nas quais as pesquisas científicas criam em laboratório o próprio objeto do conhecimento, a verdade “tende a ser considerada a forma lógica e coerente assumida pela própria teoria, bem como a ser considerada como o consenso teórico estabelecido entre os membros das comunidades de pesquisadores” (CHAUÍ, 1995, p. 106).

O que não muda, para Chauí (1995, p. 106), é a *busca* da verdade, conservando-se esta (verdade) como “o valor mais alto a que aspira o pensamento”.

## 2.2. SOFÍSTICA E VERDADE.

A segunda concepção filosófica de verdade aparece ainda na antiga Grécia.

Detienne (1988, p. 57) conta que a desvalorização da *alétheia* deu-se com a secularização (por Simônides, consoante a tradição) da memória, quando da posta em prática, no plano poético, de procedimentos de memorização, deixando o poeta de, *por inspiração*, dizer a *alétheia* “tão naturalmente quanto respira”. A memória não mais era “o fundamento da palavra poética e o estatuto privilegiado do poeta”, passando a exercer-se segundo *regras* mais ou menos definidas, ao alcance de *todos* (DETIENNE, 1988, p. 57). Simônides reivindica, possivelmente pela primeira vez na história ocidental, a *dóxa* no lugar da *alétheia* (DETIENNE, 1988, p. 58), conquanto não o faça para com esta (*alétheia*) dos filósofos, mas “na problemática interna do pensamento poético” (DETIENNE, 1988, p. 61).

Simônides, de qualquer modo, anuncia a sofística (DETIENNE, 1988, p. 61): “Longe de pertencer à ordem da *episteme*” (certeza), diz Detienne (1988, p. 59), “a *doxa*

pertence à ordem de *kairos*, o ‘tempo da ação humana possível’ [segundo a fórmula de AUBENQUE, Pierre. *La prudence chez Aristote*. Paris: PUF, 1963, p. 104]”.

A sofística e a retórica são formas de pensamento fundamentalmente orientadas para o que é ambíguo, definindo-se como os instrumentos que, “por um lado, formulam num plano racional a teoria, a lógica da ambigüidade, e, por outro lado, permitem agir com eficácia nesse mesmo plano de ambigüidade” (DETIENNE, 1988, p. 61). Os sofistas encontram-se no domínio em que, dito como Aristóteles (1861, p. 23 – Ét. Nicôm., II, 2, 1104 A 8-9) na tradução em Detienne (1988, p. 61-62), “cabe aos próprios atores dar conta da oportunidade (καίρος) que têm”.

Eles (sofistas) não eram nem pedagogos, no sentido grego da palavra, nem filósofos numa escola (ROBIN, 1948, p. 168). Preparavam seus discípulos para todos os conflitos de pensamento ou de ação de que a vida social pudesse fornecer a ocasião e tinham por método a antilogia ou controvérsia, *id est*, a oposição de teses possíveis relativamente a certos temas ou hipóteses convenientemente definidos e classificados (ROBIN, 1948, p. 168)<sup>11</sup>. Tratava-se de ensinar a criticar e discutir, a *organizar uma disputa de razões contra razões* (ROBIN, 1948, p. 168). Se o *poder* da retórica não foi uma descoberta dos

---

<sup>11</sup> A propósito, como expõe Segal (1981, p. 9), as situações de conflito e os debates (*antilogiai* ou *hamillai logon* [combates verbais, discursos contrastantes]) na tragédia grega antiga refletem não apenas as ferramentas intelectuais então usadas por filósofos e sofistas (retóricos práticos), mas também a aguda polarização de valores que as pessoas vivenciavam, e, embora a tragédia não se tenha desenvolvido em resposta unicamente a esses conflitos, mostrou-se especialmente adequada a representá-los. Assim é que, no Filoctetes de Sófocles, “tido [Sófocles] com justiça como o típico representante da tragédia grega em sua máxima perfeição” (HAIGH, 1968, p. 328), as personagens Ulisses e Neoptólemo somente podem ser devidamente compreendidas quando associadas respectivamente a um mestre sofista e seu discípulo (cf. SEGAL, 1981, p. 335 – sustentando que a peça não é uma alusão *deliberada* a eventos de sua época, cf. HAIGH, 1968, p. 198; afirmando que ela [peça] trata do conflito entre o Estado e as consciências individuais de Neoptólemo e Filoctetes, cf. PALMEIRA, 1973, p. XXII).

sofistas, criaram estes, em grande parte, a *arte* daquela (retórica) – KERFERD, 2003, p. 136. Como afirma Górgias na declamação Elogio de Helena (cf. tradução completa em GUTIÉRREZ, 1966, p. 84-91), mais vale, numa disputa em juízo, a habilidade da parte na composição do discurso (do) que a verdade do que ela (parte) alega, estando livre de culpa quem é persuadido se não lhe é possível recordar com precisão que aconteceu e por isso precisa recorrer à *dóxa* (cf. KERFERD, 2003, p. 137-138).

A sofística não é separável da retórica, surgida na Magna Grécia dentro do mesmo contexto político, “seja em relação com as mesmas deliberações da primeira ‘democracia’<sup>12</sup>, seja em relação ao funcionamento da *justiça dialogada*.” (DETIENNE, 1988, p. 62). Sofística e retórica desenvolvem técnicas mentais solidárias, sendo tanto o sofista quanto o retórico técnicos do *lógos* [palavra], contribuindo ambos na elaboração de uma reflexão deste (*lógos*) como instrumento, como “meio de ação sobre os homens” (DETIENNE, 1988, p. 62). O campo da palavra, para o sofista, está delimitado pela tensão de dois discursos sobre cada coisa, pela contradição de duas teses sobre cada questão: “Neste plano de pensamento, regido pelo ‘princípio de contradição’ [também chamado ‘da não-contradição’<sup>13</sup>], o sofista aparece como o teórico que torna lógico o ambíguo, e que faz desta lógica o instrumento próprio para fascinar o adversário, *capaz* de fazer triunfar o menor sobre o maior. O fim da sofística, assim como o da retórica, é a persuasão (*peithó*), o engano (*apáte*).” (DETIENNE, 1988, p. 62). Para o sofista, “o discurso é, certamente, um instrumento,

---

<sup>12</sup> Em se tratando da democracia *moderna*, seu surgimento não se dá com o questionamento da verdade, mas com o (questionamento) de *certezas* relativamente ao presente e ao futuro (LECHNER, 1987, p. 59).

<sup>13</sup> Princípio que subsiste relevante na contemporaneidade: “Um exame desapassionado dos processos da ciência contemporânea, com toda a sua sofisticação metodológica, patenteia, efetivamente, que ela funda suas vastíssimas conclusões nos *vetustos* princípios da identidade e da contradição.” (BAPTISTA, 2001, p. 26).

mas jamais um instrumento de conhecimento do real” (DETIENNE, 1988, p. 62). Romilly (2010, p. 117) critica Górgias, um dos mais célebres sofistas, justo por haver-se contentado em, no domínio da argumentação, insistir na verossimilhança<sup>14</sup>. Dentre as sete definições de sofista encontradas por Kerferd (2003, p. 14-15) no diálogo Sofista, de Platão, a sétima tem-no como um “falsificador da filosofia, construindo, de maneira ignorante, contradições baseadas *mais em aparências e opiniões*<sup>15</sup> *do que na realidade*”.

Conclui Detienne (1988, p. 63):

Se examinarmos a reflexão dos sofistas e dos retóricos sobre a linguagem como instrumento, duas conclusões impõem-se: por um lado, o pensamento grego *isola*, coloca de lado uma *zona específica do ambíguo*, um plano do real que pertence a uma ordem exclusiva da *apáte*, da *doxa*, da “*alethés* [verdadeiro] e do *pseudés* [falso]”; por outro lado, neste plano de pensamento, observa-se uma correlação perfeita entre a secularização da

---

<sup>14</sup> Legrand (1991, p. 109-110) chega a dizer que há, na reabilitação da sofística, “uma espécie de ‘demolição ao contrário’, em que a futilidade da nossa época se mira em uma outra futilidade”.

<sup>15</sup> Para Platão (1850, p. 50-51 – Fédon 66b-c), pela boca da personagem Sócrates, “o *corpo* nos oferece mil *obstáculos* pela necessidade que temos de *sustentá-lo* e as *enfermidades* perturbam nossas investigações. Primeiramente nos enche de *amores*, de *desejos*, de *temores*, de *mil ilusões* e de *toda classe de tolices*, de modo que nada é mais certo que aquilo que se diz correntemente: que o *corpo* jamais nos conduz a algum pensamento judicioso.” (PLATÃO, 1996, p. 127). Bachelard (1980, p. 13-14), referindo-se ao conhecimento *científico*, diz que a dificuldade em atingi-lo (conhecimento) reside no que chama de *obstáculos epistemológicos* (Khaled Jr., 2009, p. 183, fala de “impedimentos”), os quais *não são externos*, como o seriam a *complexidade e fugacidade dos fenômenos* ou a *debilidade dos sentidos e espírito humanos*, mas *internos ao ato de conhecer*, quando “aparecem, por uma espécie de necessidade funcional, *delongas e perturbações*”, sendo o *primeiro* dos obstáculos a superar justo a *opinião*, que “traduz *necessidades* em conhecimento e impede que se conheçam os objetos, ao designá-los por sua *utilidade*”. Para Bachelard (1980, p. 14), “o espírito *científico* nos impede de ter uma opinião *sobre questões que não compreendemos*”.

memória e a desvalorização da *Alétheia*. A relação entre os dois termos é da ordem do necessário. No plano das estruturas mentais, o fato essencial é que entramos em um *outro sistema de pensamento*: outro, porque o ambíguo não é mais uma face da *Alétheia*. É um *plano do real que exclui de algum modo a Alétheia*; outro também porque o ambíguo não é mais a união dos contrários complementares, mas a *síntese dos contrários “contraditórios”*.

### 3. VERDADE REAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA RECENTE.

A primeira dentre as concepções filosófico-ocidentais de verdade subsiste, no processo civil contemporâneo<sup>16</sup>, dizendo-se “real”, “objetiva”, “material” ou “substancial”<sup>17</sup>, pelos quais adjetivos distingue-se da segunda (concepção), outrossim subsistente<sup>18</sup> e dita “formal”<sup>19</sup>, em que, “[o]bedecidas as regras do ônus da prova<sup>20</sup> e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como *completa, considerando o resultado obtido*

---

<sup>16</sup> Para Marinoni e Arenhart (2011, p. 27-28), não apenas subsiste: *predomina*.

<sup>17</sup> Na Idade Média, falava-se ainda de uma verdade “natural”, oposta e superior à *ficção* do direito, o qual “opera contra os fatos e desorganiza necessariamente a realidade natural” (THOMAS, 2005, p. 127).

<sup>18</sup> Acerca da sobrevivência de ambas as concepções no presente, não se havendo elas limitado a certa época, cf. MARÍ, 1974, p. 5.

<sup>19</sup> Khaled Jr. (2009, p. 32-34) não associa a *veritas* à verdade formal dos juristas, porquanto esta (verdade formal) teria ainda a pretensão de aproximar-se duma verdade real, enquanto aquela (*veritas*) seria pura *verossimilhança*.

<sup>20</sup> O ônus da prova corresponde ao ônus da *alegação*, salvo “quando a lei ou as partes determinam a inversão do ônus da prova, o que poderá suceder por virtude de presunção legal (artigo 344º. n.º. 1 do CC[PT]); dispensa legal do ônus de provar (artigo 344º. n.º. 1 do CC[PT]); dispensa convencional do ônus da prova (artigos 344º. n.º. 1 e 345º. n.º. 1 do CC[PT]) e ainda nos casos de impossibilitação culposa da prova pela contraparte do onerado (artigo 344º. n.º. 2 do CC [de Portugal])” (NUNES, 2007, p. 19, n. 23).

*como verdade*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 33)<sup>21</sup>.

No REsp 58.306/SP (Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. 21.03.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.450), a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que o Poder Judiciário “só se justifica se visar à verdade real”<sup>22</sup>, sendo útil qualquer meio de prova, “salvo se receber o repúdio do Direito”. Esse julgado foi lembrado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, no Incidente de Uniformização de Jurisprudência 2006.70.95.01.4189-0 (Rel. Manoel Rolim Campbell Penna, publicado em 05.05.2010) e no Pedido de Uniformização 2007.70.57.0002329 (Rel. Joana Carolina Lins Pereira, DJ 22.05.2009)<sup>23</sup>.

A verdade material seria, pois, o “fim último do processo” (Recurso 68/99, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Paraná, Rel. Alberto Junior Veloso, j.

---

<sup>21</sup> A verdade formal, *para a maioria dos autores*, é, nas palavras de Mendes (1961, p. 388), “a representação intelectual da realidade obtida pela aplicação a certo caso das regras da prova legal ou dirigida”. Mendes (1961, p. 165) prefere, contudo, falar, em contraposição ao princípio da verdade material, dum “princípio da verdade *meramente legal*, no sentido de que o processo deve tender à *representação* de uma situação de facto ou de direito *justificável ainda que não verdadeira – justa no seu modo de formação*, embora não no seu conteúdo”. Mendes (1961, p. 401-402) chega mesmo a defender que “[o] conceito de verdade *formal* deveria ser *banido da ciência jurídica*. Com efeito, o termo tende insidiosamente a *fazer admitir*, desempenhando funções e papéis científicos reservados à verdade em si, *uma realidade que verdade não pode ser*. E dizer que o processo civil tem por fim – *coincidente com o resultado* – a verdade formal, é afirmar, por outras palavras, que através de um certo número de meios e actividades reguladas na lei se tende para se alcançar – e *necessariamente se alcança* – aquilo que se obtenha por esses meios e actividades.”

<sup>22</sup> A mesma concepção, *sem tanta contundência* (descoberta da verdade real como “finalidade *precípua* do processo”), havia já sido lançada pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro quando relator do REsp 33.100/RS (6ª. Turma do STJ, julgado em 01/06/1993, DJ 28/06/1993, p. 12904).

<sup>23</sup> Cf. tb. a decisão da Sétima Turma de Recursos de Santa Catarina no Recurso Inominado 2007.700670-1 (Rel. José Carlos Bernardes dos Santos, j. 15.09.2008, DJE 03.10.2008), referindo-se ao REsp 65.158/SP (Sexta Turma, STJ, j. 14.08.1995, DJ 26.02.1996, p. 400), outrossim relatado pelo Min. Vicente Cernicchiaro.

24.09.1999) e “indispensável em prol do prestígio das decisões judiciais” (Recurso Inominado 491/2003, Única Turma Julgadora do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco, Rel. Juiz Abelardo Tadeu da Silva Santos, Rel. p/ Ac. Eduardo Guilliod Maranhão, j. 24.04.2003, DOE/PE 01.05.2003<sup>24</sup>), uma vez que permite a “decisão mais justa e equânime” (Processo 2010.03.1.026726-3, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro. unânime, DJe 04.05.2011), não sendo possível “que a *retórica* suplante o princípio da busca pela verdade real” (Recurso 922/2000, Rel. Paula Maria Malta Teixeira do Rego, Única Turma Julgadora do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco, j. 10.08.2000, DOE/PE 19.08.2000), a qual verdade se atinge pela “*cabal comprovação* dos fatos alegados pelas partes” (Recurso 0702.07.396.814-2, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de Minas Gerais, Rel. José Luiz de Moura Faleiros. j. 26.09.2007), evitando-se “a prolação de decisão judicial em descompasso com a realidade fática” (Agravo de Instrumento nº 2010206228, 2ª Câmara Cível do TJSE, Rel. Marilza Maynard Salgado de Carvalho. unânime, DJ 16.06.2011), de modo que *somente*<sup>25</sup> devem ser indeferidas “as provas *indiscutivelmente*”<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Cf. tb. Recurso Inominado 45/2003, j. 27.03.2003, DOE/PE 02.04.2003, mesmos Turma Recursal e Relatores.

<sup>25</sup> Para Marinoni e Mitidiero (2010, p. 98), “só pode ocorrer o *indeferimento* da produção de determinada prova por questões relativas à sua admissibilidade. A prova é *admissível* quando a alegação de fato é *pertinente, controversa e relevante*. Vale dizer: se a alegação de fato que se pretende provar concerne ao mérito da causa [pertinência], se sobre ela [alegação de fato] existem duas ou mais versões nos autos [controvérsia] e se a prova é idônea a esclarecer a alegação de fato [relevância].”

<sup>26</sup> Evitando-se, deste modo, a “*valoração antecipada da prova*”: “Significa este desvio que o juiz extraiu elementos para a formação da sua convicção antes das provas terem sido produzidas, ou seja, exclui determinado meio de prova destinado a provar a verdade de um facto, por já se encontrar convencido [de] que o mesmo não terá ocorrido” (RANGEL, 2006, p. 78). Para Marinoni e Mitidiero (2010, p. 99), “[c]onstitui equívoco, infelizmente *majoritário na jurisprudência brasileira*,

desnecessárias<sup>27</sup> e inúteis<sup>28</sup>” (Agravo de Instrumento Cível nº 0296370-40.2011.8.13.0000, 15ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Antônio Bispo, j. 15.09.2011, maioria, Publ. 21.09.2011).

Se, contudo, *por um lado*, ao Estado incumbe “lutar pela simplificação dos procedimentos<sup>29</sup>”, não podendo, caso não o faça, “alegar em seu favor a desorganização ou os excessos do sistema, que são resultado da sua *própria atuação legislativa anterior*, e mesmo da sua *inércia e falta de vontade política* em modificar o *status quo* da sistemática processual vigente”<sup>30</sup>, aplicando-se “idêntico raciocínio [...] à *produção probatória*

---

imaginar que o juízo pode indeferir a produção de prova por já ter valorado de forma antecipada a prova. Admissibilidade e valoração da prova são conceitos que não se confundem. A Constituição outorga direito fundamental à *produção da prova admissível*.”

<sup>27</sup> Não são *supérfluos*, a propósito, os meios de prova que visam amparar uma representação dos fatos *diferente* (TARUFFO, 1970, p. 76).

<sup>28</sup> Em análise do direito italiano, relata Taruffo (1970, p. 84) que “[a]s condições *específicas* de exclusão ou de admissão da prova, [condições] com base em pressupostos *diversos* dos indicados no art. 187, IV, do CPC[IT], têm [...] caráter *excepcional*, dizendo respeito a situações em que a aplicação rígida do princípio [de produção das provas admissíveis e relevantes] conduziria a um *inútil prolongamento do processo* ou a um excessivo formalismo das várias vedações probatórias. Assim, do primeiro ponto de vista [inútil prolongamento do processo] se admite que uma prova admissível e relevante possa ser excluída quando seja *conforme ao precedente convencimento do juiz*, e, do segundo ponto de vista [excessivo formalismo das várias vedações probatórias], se admite que em certos casos a *verossimilhança* do fato alegado possa conduzir à admissão duma prova, em *derrogação da regra geral* de sua inadmissibilidade.”

<sup>29</sup> Para Baptista (2001, p. 187-188), a *simplificação dos procedimentos judiciais*, sob inspiração “das tradicionais cortes de *magistrates* e dos juízes de paz do direito judiciário norte-americano”, “até o máximo permitido pela exigência constitucional de garantia do contraditório e da ampla defesa”, tem sido a *alternativa* (eficaz, diga-se) à “inviabilidade da *multiplicação indefinida* de [...] *agentes [públicos]*, de logo em razão dos *custos* do recrutamento, instalação e remuneração respectiva.”

<sup>30</sup> Como leciona Queiroz (2011, 169), referindo-se ao art. 285-A do CPC/BR, acrescido a esse código pela Lei 11.277/2006: “Daí a necessidade de munir o juiz de técnica processual que acelere o julgamento de mérito de processos sobre os quais já se firmou posição em processo anterior, encerrando um processo cujo resultado de improcedência é previsível para todos. Essa técnica, a um só tempo, propicia o respeito ao precedente judicial no plano horizontal e confere o máximo de efetividade da prestação jurisdicional.”



que deva ser realizada com intervenção do julgador, uma vez que, se a diligência requerida pela parte é *procrastinatória*, deve o magistrado *indeferir* tal meio de prova” (KOEHLER, 2011, p. 55), *por outro (lado)*, revela-se “inadequado o emprego de medida de gestão de Vara ou técnica de celeridade processual se ela tem potencialidade para afastar o juiz da verdade real” (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2004.81.10.00.8641-0, Rel. José Antônio Savaris, TNU, publ. 12.02.2010):

Do ângulo do processo justo, a celeridade perseguida pela processualística moderna não pode custar a efetividade do processo pelo prisma da segurança jurídica, mediante o desrespeito ao plexo de princípios constitucionais processuais que derivam do devido processo legal. É por tal razão que o anseio pela celeridade que nos guiou à edição da Lei 10.259/01 não pode, pelas peculiaridades deste modelo de jurisdição, anular a ordem processual ou tornar como de menor valor o direito a uma efetiva participação processual, sob pena de se subverter o postulado de defesa que se prende instrumentalmente a um direito material insubstituível. A celeridade não deve ser tomada como açoitamento na condução do processo rumo à sentença. A *simplicidade do rito* não retira a *complexidade do direito em jogo*.

(Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2004.81.10.00.8641-0, Rel. José Antônio Savaris, TNU, publ. 12.02.2010).

No mesmo sentido, decidiu a 6ª. Turma de Recursos de Santa Catarina, na Apelação Cível 548 (Rel. Salim Schead dos Santos, j. 16.04.1997), que, “embora predomine nos juizados especiais os princípios da oralidade, celeridade, economia processual, não dispensa[m] ele[s] o princípio do devido

processo legal, o do contraditório, o da ampla defesa, o da verdade real”.

Doutro ângulo, o “excesso de formalidade (...) fere o Princípio da Verdade Real” (Processo 6354-1/2004, 2ª. Turma Recursal Cível e Criminal de Salvador da Bahia, Rel. Nícia Olga Andrade de Souza Dantas, julg. 04.03.2008<sup>31</sup>). Assim, “nas relações de consumo, onde se reconhece a vulnerabilidade do consumidor, não basta a formalidade dos documentos, de forma a apresentar uma aparente legalidade, devendo o juiz perquirir a verdade real, à luz das circunstâncias em que os fatos ocorreram” (Apelação Cível no Juizado Especial 2005.01.1.006569-3, 1ª. Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Rel. Juiz Sandoval Gomes de Oliveira, julg. 16.08.2005).

A propósito, como o demonstra a ressalva genérica inserta no art. 20 da Lei 9.099/1995 (Processo 2007.01.1.139895-0, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais/DF, Rel. Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro, unânime, DJe 03.08.2010), “ao processo e à justiça especial” (conquanto não apenas neles, ante o disposto no art. 130 do CPC/BR) “interessa a verdade real, onde o juiz tem plena autonomia para buscar e aplicar a solução que melhor julgar conveniente” (Recurso Cível nº 77/97, Rel. Dirceu dos Santos, 1ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais do Estado de Mato Grosso, julg. 27.08.1997<sup>32</sup>) – antes de

---

<sup>31</sup> Cf. tb. Recurso Inominado 71000039859, Rel. Leila Vani Pandolfo Machado, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, j. 17.11.1999, Apelação Cível 01597521473, Rel. Paulo Antônio Kretzmann, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, j. 01.07.1997, e REsp 331.550/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 26/02/2002, DJ 25/03/2002, p. 278.

<sup>32</sup> Cf. tb. Recurso Inominado 01597547783 Rel. Guinther Spode, 1ª Turma Recursal dos Juizados Cíveis do Rio Grande do Sul, j. 12.12.1997, e Processo 2009.10.1.009086-6, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. Wilde Maria Silva Justiniano Ribeiro,

publicada a sentença (Apelação Cível nº 18.676/2008, 4ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz. j. 29.03.2011) – ao “desfecho justo da lide” (Apelação Cível nº 2010.013248-7, 3ª Câmara de Direito Público do TJSC, Rel. Pedro Manoel Abreu, publ. 01.08.2011), “destinatário e agente da prova” que é o magistrado (Recurso 85/99, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais/PR, Rel. Alberto Junior Veloso, j. 24.09.1999<sup>33</sup>), ante o “caráter social cada vez mais evidente no direito” e a “própria publicização do processo”, na busca de “concretização da Justiça”, não devendo o magistrado ser um “mero espectador” processual (Apelação Cível no Juizado Especial nº 20030710091103, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. João Egmont Leôncio Lopes. j. 10.12.2003, unânime, DJU 02.01.2004<sup>34</sup>).

---

unânime, DJe 03.08.2010; fora do âmbito dos juizados especiais, expressa ou implicitamente referido o art. 130 do CPC/BR, cf. Apelação Cível nº 0986192-59.2009.8.13.0194, 9ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Osmando Almeida. j. 06.09.2011, unânime, Publ. 19.09.2011; Agravo Regimental em Apelação Cível nº 2009.070884-2, 3ª Câmara de Direito Comercial do TJSC, Rel. Paulo Roberto Camargo Costa, publ. 02.05.2011; Apelação Cível nº 2010.083000-2, 2ª Câmara de Direito Público do TJSC, Rel. Newton Janke, publ. 17.08.2011; Agravo Regimental em Apelação Cível nº 24090045675, 3ª Câmara Cível do TJES, Rel. Ney Batista Coutinho. j. 28.06.2011, unânime, DJ 07.07.2011; Apelação Cível nº 70040502080, 9ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Tasso Caubi Soares Delabary. j. 28.09.2011, DJ 03.10.2011; Agravo - § 1º do art. 557 do CPC/BR - em Agravo de Instrumento nº 2011.025644-3, 3ª Câmara de Direito Comercial do TJSC, Rel. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, publ. 18.08.2011; Agravo de Instrumento nº 0006220-45.2011.8.22.0000, 1ª Câmara Especial do TJRO, Rel. Rowilson Teixeira. j. 28.07.2011, unânime, DJe 02.08.2011, e REsp 1.012.306/PR, STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 07.05.2009.

<sup>33</sup> Cf. tb. Apelação nº 0134842-02.2006.8.19.0001, 10ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Patricia Serra Vieira. j. 19.07.2011; Agravo de Instrumento nº 0041513-65.2011.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Danilo Panizza, j. 26.07.2011, DJe 04.08.2011, Apelação Cível nº 0939788-09.2008.8.13.0024, 2ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Brandão Teixeira. j. 16.08.2011, unânime, Publ. 06.09.2011, e Apelação Cível nº 2307397-56.2007.8.13.0313, 18ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Guilherme Luciano Baeta Nunes. j. 30.08.2011, Publ. 16.09.2011.

<sup>34</sup> Cf. tb. Agravo nº 2011.018515-1/0000-00, 4ª Turma Cível do TJMS, Rel. Josué

A verdade real deve, portanto, “nortear todo e qualquer julgamento” (Recurso contra Sentença do Juizado Cível 2002.38.00.711113-0, Rel. Juiz Federal Guilherme Mendonça Doehler, Primeira Turma Recursal de Minas Gerais, julg. 26.02.2003), “notadamente quando a tutela requerida repercuta de modo grave sobre a parte adversa” (cf. AGTR nº 102054/CE (0099020-70.2009.4.05.0000), 1ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. José Maria de Oliveira Lucena, j. 22.09.2011, unânime, DJe 29.09.2011, e AGTR nº 103419/CE, 3ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Geraldo Apoliano, j. 09.06.2011, unânime, DJe 15.06.2011), e “o magistrado que acompanha a produção das provas, visando à investigação da verdade real, [é que] está habilitado a apreciá-las quanto ao seu valor e à sua eficácia em relação aos pontos debatidos” (Apelação Cível 2010.806887-4, Rel. Eliane de Freitas Lima Vicente, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul, julg. 11.02.2011<sup>35</sup>).

A 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Terceira Região, Seção Judiciária de São Paulo, expôs que, “se o processo civil tradicional impunha ao magistrado o reconhecimento da verdade formal, o devido processo legal substancial, a iniciativa probatória, a aproximação entre as esferas material e processual e a tutela constitucional do processo trouxeram a verdade real para o centro da tutela

---

de Oliveira. unânime, DJ 13.09.2011.

<sup>35</sup> Cf. tb. Apelações Cíveis 2011.800568-6, julg. 25.02.2011, e 2011.801013-7, julg. 25.03.2011, em ambas, as mesmas Turma Recursal e Relatora; cf. ainda o decidido, pela Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, nos Recursos Inominados 71000471342, Rel. Eugênio Couto Terra, j. 10.03.2004, e 71000127761, Rel. José Luiz Reis de Azambuja, j. 08.11.2000; cf. enfim o Processo 2010.05.1.008528-0, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. Flávio Fernando Almeida da Fonseca, unânime, DJe 25.03.2011, o Recurso Cível 2007901665-6, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Pará, Rel. Helena Percila de Azevedo Dornelles. j. 25.01.2008, unânime, o Processo 201100800394, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca de Aracaju/Sergipe, Rel. Ana Lucia Freire de A. dos Anjos, unânime, DJ 17.05.2011, e a Apelação Cível nº 70044717890, 10ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Paulo Roberto Lessa Franz. j. 29.09.2011, DJ 07.10.2011.

jurisdicional no moderno processo civil constitucional” (Processo 2006.63.17.000354-8, Rel. Kyu Soon Lee, julg. 16.08.2010). Mas, “se a parte não cuida de usar das faculdades processuais, e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a justiça pura, que é a aspiração tanto das partes quanto do próprio Estado, visto como ao magistrado só é lícito julgar segundo o alegado e provado” (Recurso Inominado 79/2007, Rel. Ricardo Pessoa dos Santos, 4ª Turma do Primeiro Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco, julg. 06.03.2007<sup>36</sup>), ou seja, “[a] pesar de o juiz ser livre na formação do seu convencimento, ele está adstrito aos elementos constantes dos autos” (Recurso 206/1997, Rel. Juiz José Augusto Gomes Aniceto, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca da Capital do Estado do Paraná, j. 20.08.1998<sup>37</sup>), não podendo perseguir *ad aeternum* a verdade material (Processo 01597540721, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, Rel. Pedro Celso dal Prá, j. 04.02.1998<sup>38</sup>), nem, em violação do dever de imparcialidade, “tomar partido’ de autor ou de réu” (Processo [s/n], 1ª Turma Recursal Cível de Curitiba/Paraná, Rel. D’Artagnan Serpa Sá, j. 01.06.1998<sup>39</sup>), os quais, outrossim quando evitam a litigância de má-fé, contribuem para o encontro da verdade substancial (Apelação Cível nº 2005.51.01.026698-3/RJ, 7ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. José Antônio Neiva, j. 23.02.2011, unânime, e-DJF2R 01.03.2011; Apelação Cível nº 70037435799, 12ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira

---

<sup>36</sup> Cf. tb. Apelação Cível nº 0204732-28.1989.4.03.6104/SP, 4ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Salette Nascimento, j. 16.06.2011, unânime, DE 14.07.2011.

<sup>37</sup> Cf. tb. Recurso 196/98, Rel. José Augusto Gomes Aniceto, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis/PR, Curitiba, j. 20.08.1998.

<sup>38</sup> Cf. tb. Processo 01597540721, mesmos Turma e Relator, j. 29.10.1997.

<sup>39</sup> Cf. tb. Processo 2009.07.1.006434-8, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal e Territórios, Rel. Luis Eduardo Yatsuda Arima, unânime, DJe 27.08.2010.

Rebout. j. 22.09.2011, DJ 26.09.2011).

As provas que podem ser determinadas de ofício pelo magistrado, por conseguinte, devem ser as “imprescindíveis à apuração, na medida do possível, da verdade substancial” (Apelação Cível 0813181-1, 15ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Jucimar Novochadlo. j. 14.09.2011, unânime, DJe 28.09.2011), sob pena mesmo de, não as determinando, cassação<sup>40</sup> da medida liminar (Agravado de Instrumento Cível nº 0548465-63.2011.8.13.0000, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Irmair Ferreira Campos, Rel. p/ Acórdão Luciano Pinto. j. 29.09.2011, unânime, Publ. 05.10.2011) ou da sentença (Apelação Cível nº 0315652-82.2008.8.13.0319, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Márcia de Paoli Balbino. j. 29.09.2011, unânime, Publ. 05.10.2011<sup>41</sup>), hipótese (cassação) em que, porém, “as

---

<sup>40</sup> Cassação e não anulação, porquanto “anula-se uma sentença contaminada por vício intrínseco, como, por exemplo, fundamentação contraditória ou deficiente, caso em que, anulada pelo tribunal, vem a ser proferida outra de imediato. A cassação importa em vício extrínseco, como, por exemplo, julgamento antecipado extemporâneo, caso em que, cassada a sentença, novos atos processuais serão praticados, como a produção de determinada prova” (ALVIM, 2007, p. 88-89, n. 25).

<sup>41</sup> Cf. tb. Apelação Cível nº 24119004422, 4ª Câmara Cível do TJES, Rel. Maurílio Almeida de Abreu. j. 30.05.2011, unânime, DJ 08.06.2011; Apelação Cível nº 0693906-8, 13ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Joeci Machado Camargo. j. 31.08.2011, unânime, DJe 10.10.2011; Apelação Cível nº 6522263-40.2009.8.13.0024, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Eduardo Mariné da Cunha. j. 04.08.2011, unânime, Publ. 06.09.2011; Apelação Cível nº 4107247-44.2007.8.13.0145, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Eduardo Mariné da Cunha. j. 25.08.2011, unânime, Publ. 20.09.2011; Apelação Cível nº 7.388/2011 (102069/2011), 2ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Marcelo Carvalho Silva, j. 17.05.2011, unânime, DJe 25.05.2011; Apelação Cível nº 0027395-79.2003.4.01.3400/DF, 1ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Ângela Catão, j. 30.08.2010, e-DJF1 26.10.2010, p. 06; Apelação Cível nº 0769711-6, 13ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Joeci Machado Camargo. j. 31.08.2011, unânime, DJe 10.10.2011; Apelação/Reexame Necessário 0026918-32.2002.4.03.6182/SP, 4ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Salette Nascimento, j. 16.06.2011, unânime, DE 19.07.2011; Apelação nº 254-8/2009, 2ª Câmara Cível do TJBA, Rel. Maria do Socorro Barreto Santiago. j. 23.03.2010; Apelação Cível nº 1649309-63.2010.8.13.0024, 10ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Veiga de Oliveira. j. 13.09.2011, unânime, Publ. 23.09.2011; Apelação Cível nº 0146375-37.2010.8.13.0145, 10ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Cabral da Silva. j. 06.09.2011,

diligências instrutórias determinadas em segundo grau constituem apenas um mínimo a ser observado pelo magistrado de piso” (Apelação Cível nº 65119000043, 3ª Câmara Cível do TJES, Rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa, j. 02.08.2011, unânime, DJ 15.08.2011).

A verdade substancial tem sido especialmente invocada em se tratando de (A) direito de conhecimento do estado biológico de filiação (direito à identidade genética – cf. REsp 1215189/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 02/12/2010, DJe 01/02/2011<sup>42</sup>), (B) cobrança de indenização em virtude de seguro DPVAT (cf. Apelação Cível nº 0986192-59.2009.8.13.0194, 9ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Osmando Almeida. j. 06.09.2011, unânime, Publ.

---

unânime, Publ. 16.09.2011; Apelação Cível nº 0781184-3, 17ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Lauri Caetano da Silva. j. 03.08.2011, unânime, DJe 15.08.2011; Apelação Cível nº 2011.010830-0, 2ª Câmara Cível do TJRN, Rel. Aderson Silvino. unânime, DJe 04.10.2011.

<sup>42</sup> Cf. tb. Agravo de Instrumento Cível nº 0270779-76.2011.8.13.0000, 7ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Wander Marotta. j. 16.08.2011, unânime, Publ. 30.09.2011; Apelação Cível nº 3.507/2010 (92432/2010), 1ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Jorge Rachid Mubárack Maluf, j. 10.06.2010, unânime, DJe 21.06.2010; Apelação Cível nº 520/2010 (92264/2010), 4ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Jaime Ferreira de Araújo, j. 08.06.2010, unânime, DJe 15.06.2010; Apelação Cível nº 0118451-02.2004.8.13.0003, 7ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Belizário de Lacerda, j. 30.08.2011, unânime, publ. 23.09.2011; Apelação Cível - Lei Especial nº 2011.001107-6/0000-00, 4ª Turma Cível do TJMS, Rel. Josué de Oliveira, unânime, DJ 16.09.2011; Apelação nº 1207/2011, 2ª Câmara Cível do TJMT, Rel. Marilsen Andrade Addario, j. 24.08.2011, unânime, DJe 02.09.2011; Apelação Cível nº 095.2009.000442-5/001, 2ª Câmara Cível do TJPB, Rel. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti, unânime, DJe 10.08.2011; Agravo de Instrumento nº 24119004638, 2ª Câmara Cível do TJES, Rel. Namy Carlos de Souza Filho, j. 12.07.2011, unânime, DJ 19.07.2011; Agravo Regimental nº 6.524/2011, 3ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Stélio Muniz, j. 14.04.2011; Apelação Cível nº 38.145/2010 (101359/2011), 1ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Jorge Rachid Mubárack Maluf, j. 25.04.2011, unânime, DJe 04.05.2011; Apelação Cível nº 0000326-25.2008.10.0066 (101025/2011), 4ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Jaime Ferreira de Araújo, j. 12.04.2011, unânime, DJe 25.04.2011; Apelação Cível nº 0000258-04.2004.8.10.0038 (98300/2011), 4ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Jaime Ferreira de Araújo, j. 25.01.2011, unânime, DJe 02.02.2011.

19.09.2011<sup>43</sup>), (C) matéria previdenciária (cf. Agravo de Instrumento nº 0004771-86.2011.404.0000/RS, 6ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. João Batista Pinto Silveira, j. 01.06.2011, unânime, DE 08.06.2011), (D) registro público (cf. Apelação nº 27446/2011, 1ª Câmara Cível do TJMT, Rel. Orlando de Almeida Perri. j. 23.08.2011, unânime, DJe 26.08.2011<sup>44</sup>), (E) liquidação, pela contadoria do juízo, de sentença exequenda (cf. Apelação Cível nº 2007.70.00.002602-2/PR, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Jorge Antônio Maurique, j. 13.04.2011, unânime, DE 29.04.2011<sup>45</sup>), (F) ação de improbidade administrativa (“sem se permitir o esgotamento da fase instrutória às partes, assegurados o contraditório e a ampla defesa, não se divisará a verdade real, perseguida nas ações de improbidade administrativa” – Agravo de Instrumento 0072526-82.2009.4.01.0000/GO, 3ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Tourinho Neto. j. 26.04.2011, e-DJF1 06.05.2011<sup>46</sup>) ou (G) discussão judicial de crédito tributário

---

<sup>43</sup> Cf. tb. Apelação Cível nº 0146375-37.2010.8.13.0145, 10ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Cabral da Silva. j. 06.09.2011, unânime, Publ. 16.09.2011; Apelação Cível nº 0093564-34.2009.8.13.0243, 18ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Guilherme Luciano Baeta Nunes. j. 30.08.2011, unânime, Publ. 16.09.2011; Apelação Cível nº 2011209393, 2ª Câmara Cível do TJSE, Rel. Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima. unânime, DJ 25.07.2011.

<sup>44</sup> Cf. tb. Apelação Cível nº 2008.0001.004216-9, 1ª Câmara Especializada Cível do TJPI, Rel. Fernando Carvalho Mendes. unânime, DJe 25.07.2011; Apelação Cível nº 008105/2011, 3ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Cleones Carvalho Cunha. j. 30.06.2011, unânime, DJe 14.07.2011; Apelação Cível nº 16955/2008 (94872/2010), 1ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes. j. 02.09.2010, unânime, DJe 15.09.2010.

<sup>45</sup> Cf. tb. Apelação Cível nº 0003877-35.1997.404.7200/SC, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Jorge Antônio Maurique. j. 01.06.2011, unânime, DE 10.06.2011; Apelação Cível nº 2006.71.09.001835-2/RS, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Jorge Antônio Maurique, j. 13.04.2011, unânime, DE 29.04.2011; Agravo de Instrumento nº 0006250-17.2011.404.0000/RS, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Jorge Antônio Maurique, j. 12.07.2011, unânime, DE 22.07.2011.

<sup>46</sup> Cf. tb. AC nº 472985/PE, 1ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. José Maria de Oliveira Lucena, j. 04.08.2011, unânime, DJe 10.08.2011, Agravo de Instrumento nº 35101116040, 3ª Câmara Cível do TJES, Rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa, j. 19.07.2011, unânime, DJ 28.07.2011, Apelação Cível nº 12.532/2010 (96595/2010),



oriundo de erro (G.1) no lançamento (cf. Apelação/Reexame Necessário 2002.70.00.071135-3/PR, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Joel Ilan Paciornik. j. 03.08.2011, unânime, DE 10.08.2011<sup>47</sup>) ou (G.2) no preenchimento, pelo sujeito passivo, de (G.2.1) documento de arrecadação (cf. Apelação Cível nº 2002.51.01.509337-8/RJ, 3ª Turma do TRF da 2ª Região, Rel. José F. Neves Neto. j. 15.03.2011, unânime, e-DJF2R 05.04.2011<sup>48</sup>) ou (G.2.2) declaração de débito (Apelação/Reexame Necessário nº 0005074-66.2002.4.03.6104/SP, 4ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Salette Nascimento. j. 15.09.2011, unânime, DE 23.09.2011<sup>49</sup>).

Tem-se outrossim alegado a verdade substancial visando afastar (A) a incidência do art. 453, par. 2º., do CPC/BR (cf. Agravo de Instrumento nº 15549-2/2009, 2ª Câmara Cível do TJBA, Rel. Maria do Socorro Barreto Santiago. j. 20.04.2010<sup>50</sup>), (B) a preclusão<sup>51</sup> (B.1) na oitiva de testemunha (cf. Apelação Cível 2001.43.00.001624-0/TO, 5ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. João Batista Moreira, j. 01.06.2011, e-

---

1ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes, j. 07.10.2010, DJe 11.11.2010, e Agravo de Instrumento nº 0218764-8, 7ª Câmara Cível do TJPE, Rel. Luiz Carlos Figueirêdo. j. 29.03.2011, unânime, DJe 05.04.2011.

<sup>47</sup> Cf. tb. Apelação Cível 2000.04.01.032791-5/PR, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Joel Ilan Paciornik. j. 11.05.2011, unânime, DE 18.05.2011.

<sup>48</sup> Cf. tb. Apelação Cível 0008235-31.2010.404.9999/SC, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Maria de Fátima Freitas Labarrère. j. 10.08.2011, unânime, DE 17.08.2011; Apelação/Reexame Necessário nº 0006796-83.2009.404.7100/RS, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Maria de Fátima Freitas Labarrère. j. 10.08.2011, unânime, DE 17.08.2011.

<sup>49</sup> Cf. tb. Apelação Cível nº 2006.71.00.033358-5/RS, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Joel Ilan Paciornik. j. 13.07.2011, unânime, DE 20.07.2011.

<sup>50</sup> Cf. tb. Agravo de Instrumento nº 0794793-7, 12ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Clayton Camargo. j. 28.09.2011, unânime, DJe 05.10.2011.

<sup>51</sup> No que a ela concerne, aliás, “[o] poder de ordenar de ofício a realização de provas subsiste íntegro mesmo que o *juiz* tenha anteriormente indeferido o requerimento da parte; *não ocorre, para ele, preclusão.*” (MOREIRA, 2010, p. 56). Entendendo haver preclusão consumativa para o julgador, caso defira a produção de prova, salvo se ocorrer fato superveniente ao deferimento que a torne desnecessária, cf. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 105-106.

DJF1 10.06.2011, p. 163<sup>52</sup>) ou (B.2) na juntada de (B.2.1) parecer de assistente técnico (Agravado de Instrumento Cível nº 0684464-22.2010.8.13.0000, 9ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Osmando Almeida, j. 13.09.2011, unânime, Publ. 26.09.2011) ou (B.2.2) documento aos autos (como ilustrativamente decidido pela Única Turma Julgadora do Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis de Pernambuco no Recurso 361/2000 – Rel. Luiz Mário de Góes Moutinho, j. 13.10.2000, DOE/PE 18.10.2000 –, “se a parte comparece ao ato instrutório desacompanhada de advogado e não junta documento fundamental à solução do conflito e da busca da verdade real e o julgador de ofício não determina a vinda do meio de prova ao feito, pode o patrono da parte fazê-lo *na fase recursal*, devendo o órgão colegiado conhecer, *ainda que se refira a fato anterior à interposição do recurso*; tudo isso em prestígio ao princípio da ampla defesa, da busca da verdade real e da natureza pública de que goza o processo, como meio, verdadeiro instrumento, de pacificação social”<sup>53</sup>) bem como (C) uma presunção legal relativa, como (C.1) a de hipossuficiência para a assistência

---

<sup>52</sup> Cf. tb. Agravado de Instrumento nº 0007879-26.2011.404.0000/SC, 6ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Celso Kipper, j. 31.08.2011, unânime, DE 06.09.2011.

<sup>53</sup> No mesmo sentido: Recurso Cível 71002713550, 3ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Rio Grande do Sul, Rel. Carlos Eduardo Richinitti, j. 31.03.2011, DJ 07.04.2011; Apelação Cível 2006.51.08.000020-4/RJ, 7ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. José Antônio Neiva, j. 16.02.2011, unânime, e-DJF2R 22.02.2011; Apelação Cível e Reexame Necessário 0790304-4, 4ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Abraham Lincoln Calixto, j. 09.08.2011, unânime, DJe 18.08.2011; Apelação Cível nº 0010.03.000441-9, Turma Cível do TJRR, Rel. Carlos Henriques, j. 18.03.2003, unânime, DPJ 20.03.2003; Apelação Cível 2009.51.01.017950-2, 7ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. José Antônio Neiva, j. 27.04.2011, unânime, e-DJF2R 05.05.2011; também sobre juntada extemporânea de documento – ainda que não na fase recursal – com base na verdade material: Apelação Cível nº 510981/RJ, 6ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. Guilherme Couto de Castro, j. 13.06.2011, unânime, e-DJF2R 16.06.2011; Apelação nº 9169136-32.2006.8.26.0000, 21ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Silveira Paulilo, j. 03.08.2011, DJe 10.08.2011; Apelação nº 0205866-2, 3ª Câmara Cível do TJPE, Rel. Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto, j. 15.09.2011, unânime, DJe 23.09.2011.

judiciária (cf. Apelação Cível nº 5661146-81.2009.8.13.0024, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Eduardo Mariné da Cunha. j. 01.09.2011, unânime, Publ. 20.09.2011<sup>54</sup>), (C.2) a decorrente da revelia (cf. Apelação nº 15184-6/2004, 2ª Câmara Cível do TJBA, Rel. Maria do Socorro Barreto Santiago. j. 16.06.2010<sup>55</sup>) ou (C.3) a prevista (C.3.1) no art. 343, par. 2º., do CPC/BR (cf. Apelação nº 0010738-21.2009.8.19.0004, 6ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Teresa Castro Neves. j. 06.07.2011), (C.3.2) no art. 33, par. 4º., da Lei 8.212/1991 (cf. Apelação Cível nº 0005923-29.2002.4.03.6107/SP, 1ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Convocado Márcio Mesquita, j. 25.05.2011, unânime, DE 08.06.2011), (C.3.3) no art. 42 da Lei 9.430/1996 (cf. Apelação/Reexame Necessário 2007.71.02.006410-9/RS, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Joel Ilan Paciornik, j. 03.08.2011, unânime, DE 10.08.2011<sup>56</sup>), (C.3.4) no art. 12, par. 2º., do Decreto-Lei 1.598/1977 (cf. REsp 901.311/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 18/12/2007, DJe 06/03/2008), (C.3.5) no art. 7º do Decreto-Lei nº 1.648/1978 (cf. Recurso Especial 1100491/DF, 2ª Turma do STJ, Rel. Mauro Campbell Marques, j. 22.02.2011, unânime, DJe 04.03.2011, em que se fala mesmo num “princípio da

---

<sup>54</sup> Cf. tb. Agravo de Instrumento Cível nº 0010522-69.2011.8.13.0000, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Lucas Pereira. j. 19.05.2011, unânime, Publ. 07.06.2011.

<sup>55</sup> Cf. tb. Apelação Cível nº 0300706-59.1993.4.03.6102/SP, 1ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Vesna Kolmar. j. 08.02.2011, unânime, DE 03.06.2011; Apelação e Reexame Ex Officio nº 0000557-73.2006.8.01.0001, Câmara Cível do TJAC, Rel. Izaura Maria Maia de Lima, j. 08.02.2011, unânime, DJe 28.02.2011; Apelação Cível nº 5053088-41.2009.8.13.0024, 2ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Caetano Levi Lopes, j. 09.08.2011, maioria, publ. 20.09.2011; Apelação nº 0010011-98.2010.8.19.0207, 10ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Patrícia Serra Vieira, j. 01.07.2011; Apelação Cível nº 2010.011975-7, 1ª Câmara Cível do TJRN, Rel. Amílcar Maia. unânime, DJe 13.07.2011; Apelação nº 0140489-11.2008.8.22.0005, 2ª Câmara Cível do TJRO, Rel. Roosevelt Queiroz Costa, j. 03.08.2011, unânime, DJe 10.08.2011.

<sup>56</sup> Cf. tb. Apelação/Reexame Necessário 2004.71.07.007267-8/RS, 1ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Joel Ilan Paciornik, j. 11.05.2011, unânime, DE 25.05.2011.

verdade real na tributação”) ou (C.3.6) no art. 359 do CPC/BR (cf. Apelação Cível 0364457-16.2010.8.13.0701, 17ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Luciano Pinto, j. 29.09.2011, unânime, publ. 05.10.2011).

A verdade material justificou a “exibição, pelo exequente, do processo administrativo de constituição do débito [tributário] em impugnação à exceção de pré-executividade com alegação de prescrição” (Agravo de Instrumento 0073368-28.2010.4.01.0000/MG, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Luciano Tolentino Amaral, j. 31.05.2011, e-DJF1 10.06.2011, p. 366). Entretanto, como decidido pelo Tribunal de Justiça da Bahia no Reexame Necessário 5205-6/2007 (2ª Câmara Cível, Rel. Gesivaldo Nascimento Britto, j. 04.05.2010), o “rito especial do mandado de segurança não comporta a dilação probatória tendente a demonstrar eventual descompasso entre a motivação do ato administrativo e a verdade material”. Em respeito a essa verdade, contudo, os embargos de declaração podem excepcionalmente ter efeitos modificativos (também ditos infringentes) do julgado – cf. Embargos de Declaração em Recurso Inominado 2009.700436-3/0001.00, j. 03.08.2009, Rel. Carlos Roberto da Silva, Sétima Turma de Recursos (Itajaí) de Santa Catarina, DJE 13.08.2009.

Recentemente, no entanto, cerca de dezesseis anos após haver declarado, no REsp 58.306/SP, que o Poder Judiciário “só se justifica se visar à verdade real”, o Superior Tribunal de Justiça, por sua 2ª. Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 1.245.765/MG (Rel. Mauro Campbell Marques, j. 28.06.2011, unânime, DJe 03.08.2011), interposto em processo de improbidade administrativa, manifestou sua descrença no atingimento dessa verdade:

a prova do móvel do agente pode se tornar impossível se impuser que o dolo seja demonstrado de forma inafastável, estreme de dúvidas. Pelas

*limitações de tempo e de procedimento* mesmo, *inerentes ao Direito Processual*, não é factível exigir do Ministério Público e da Magistratura uma demonstração cabal, definitiva, mais que contundente de dolo, porque isto seria *impor ao Processo Civil algo que ele não pode alcançar: a verdade real.*”.

Ainda mais próxima no tempo está a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná na Apelação Cível 0602636-0 (8ª Câmara Cível, Rel. Carvilio da Silveira Filho, Rel. Convocado Roberto Portugal Bacellar, j. 25.08.2011, unânime, DJe 13.09.2011), para o qual *basta* que a verdade processual *aproxime-se* da verdade dita material.

No mesmo mês (agosto de 2011), mais longe ia o Tribunal Regional Federal da 5ª. Região ao sustentar que, a despeito de o juiz dever *buscar* a verdade real, *estritamente necessária* à observância do devido processo legal é tão só a *fundamentação* do decidido a respeito (A) da *admissão* de que se produzam as provas, valorando-lhes a necessidade e utilidade (AGTR nº 117753/AL, 4ª Turma, Rel. Margarida Cantarelli, j. 31.08.2011, unânime, DJe 02.09.2011) ou (B) do “*resultado* da dilação probatória, adotando-o ou não em sua decisão” (AGTR nº 116812/CE (0008495-71.2011.4.05.0000), 4ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Margarida Cantarelli, j. 26.07.2011, unânime, DJe 28.07.2011).

#### 4. DA VERDADE REAL AO DIREITO MATERIAL: INTERESSE JURÍDICO SUBSTANTIVO AXIOLOGICAMENTE PREVALECENTE NA IMPOSSIBILIDADE PROBATÓRIA CONCRETA NÃO SUBJETIVAMENTE PROVOCADA.

##### 4.1. DO PARADIGMA DA VERDADE AO DA VEROSSIMILHANÇA.

Espera-se do magistrado que, ao julgar, siga a fórmula kelseniana, pela qual, num juízo de subsunção, ocorrido certo fato, deve haver determinada consequência jurídica (KELSEN, 1960, *passim*<sup>57</sup> – cf. tb. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 28).

Como relata Sen (2011, p. 35 e 452), contudo, já no Império Britânico do século XVIII recomendava lorde Mansfield que se *ocultasse* a *ratio decidendi* real em favor duma decisão *reputada justa*:

Não são *protestadores indignados* os que *frequentemente se esquivam da justificação arrazoada*, mas sim *plácidos guardiões da ordem e da justiça*. [...] Lorde Mansfield, o poderoso juiz inglês do século XVIII, deu um *famoso conselho* a um governador colonial recém-nomeado: ‘*Considere o que você acha que a justiça exige e decida de modo apropriado. Mas nunca apresente suas razões, pois seu julgamento provavelmente estará certo, mas suas razões sem dúvida estarão erradas*’. [...] A observação foi feita por William Murray, primeiro conde de Mansfield, como citada por John Campbell, *The lives of the chief justices in England: from the Norman conquest to the death of Lord Mansfield* (Londres: John Murray, 1949-57, v. 2, cap. 40, p. 572).

O constante apelo a uma verdade dita real, objetiva,

---

<sup>57</sup> Como explica Vernengo (1979, p. 358), primeiro tradutor do alemão ao castelhano da versão de 1960 da Teoria Pura do Direito, “[o] texto kelseniano caracteriza-se por uma excessiva, maçante redundância. Não há página em que não se diga uma e outra vez, por exemplo, que uma ‘norma jurídica vincula uma sanção, como ato coativo, a um fato também definido pela ordem jurídica’.” Trata-se do princípio da imputação, distinto do (princípio) da causalidade na medida em que o segundo (princípio da *causalidade*) relaciona fatos com base numa lei *natural* e o primeiro (princípio da *imputação*) fá-lo (relaciona fatos) consoante determinado numa norma *jurídica* (TARUFFO, 1970, p. 29, n. 58).

material ou substancial é, pois, uma reação ao que, em caso extremo, Vaz (1998, p. 187-192 e 205-206), comentando a influência, na vigência do CPC/PT de 1939, do sistema jurídico processual civil português de oralidade pura sobre o nível técnico e o acerto das decisões dos tribunais coletivos, chama de “vício de inversão ou salto lógico do silogismo judiciário da decisão de facto” (VAZ, 1998, p. 189):

Tratava-se de um esquema da decisão da matéria de facto que se resolvia na inversão ou salto lógico do silogismo judiciário; ou seja, em o tribunal colectivo, nas respostas ao questionário, em vez de partir da prova efectivamente produzida nos autos (premissa menor), para, através da regra de direito aplicável (premissa maior), chegar à rigorosa e correcta decisão final do pleito (sentença ou conclusão do silogismo judicial), proceder, por vezes, pura e simplesmente ao contrário: – *partir da conclusão* (a que se chega, *fundamentalmente*, por uma via *intuitiva*), sendo nessa base que decide a questão de facto, dando como provados, precisamente, os factos que se *ajustam* e *convêm* àquela *conclusão*. (VAZ, 1998, p. 188).

Em estudo publicado em 1940 (p. 349) sobre o então novo Código de Processo Civil português (de 1939), outrossim chamava a atenção Magalhães para que

o juiz, freqüentes vezes, procede inversamente ao que a lógica lhe ordena. Sendo a decisão a conclusão fundada em 2 premissas – a averiguação do facto e a aplicação do direito, o juiz formula para si, em regra *precipitadamente*, a *conclusão*, e só depois procura aplicar o direito, mas *dominado* então pela ideia de, *por qualquer forma*, a *justificar*.

Para com o vigente Código de Processo Civil português,

segue Rangel (2006, p. 64) admoestando:

O juiz quando faz o *juulgamento da matéria de facto* deve abstrair-se, nesse momento, do direito que irá aplicar, ou seja, *não pode nem deve preocupar-se com a decisão final*. Só desta maneira realiza a operação processualmente *correcta e honesta*, caso contrário, desvirtuará, indubitavelmente, a verdade dos factos alegados, *instrumentalizando-os* no sentido da *decisão final que pretenda proferir*.

Se a verdade formal é um argumento retórico destinado “a sustentar a posição de inércia do juiz na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido com a realidade fática” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 35), também o (argumento retórico) é a (verdade) real, na medida em que se presta a, *vinculando o justo ao verdadeiro*<sup>58</sup>, “*justificar a ‘justiça’ da decisão tomada*”<sup>59</sup> (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 38).

Justo e verdadeiro não se confundem nem um implica o outro:

A questão que se põe [...] é a de saber se há um *necessário liame* entre verdade e justiça e se, por conseqüência, o sistema processual, ao *desconsiderar essa ligação, patrocina o injusto*. Ora, das inúmeras e milenares tentativas de conceituação do justo, decerto somente a socrático-platônica ensaiou vê-lo como um saber, algo decorrente de um *conhecimento*. A experiência *histórica* – e, se se adere à concepção *realista* da verdade, esta é fonte que se não pode recusar –

---

<sup>58</sup> Para Liebman (1992, p. 318), “*não* pode haver *justiça*, se não estiver fundada na *verdade dos fatos* aos quais se refere”.

<sup>59</sup> No mesmo sentido, Mendes (1961, p. 460): “A verdade – melhor dito, a qualidade de verdadeiro – é, portanto, uma *razão de justificabilidade* da escolha de *certa versão de facto* para *fundamento da decisão jurisdicional*.”



mostra-se *bem distante* de prestigiar semelhante concepção: não poucos seres humanos de *incontestável ciência* cometeram *ominosas injustiças*, tanto como expressiva quantidade de *nescios* primaram pela *prática do justo*. (BAPTISTA, 2001, p. 176-177).

Aliás, *precisamente* a busca da verdade dita real, objetiva, material ou substancial é que pode impelir o juiz à inversão lógica, quando saiba de fato relevante à solução da causa não provado nos autos, oculto das partes e contado por alguém da confiança do magistrado (MAGALHÃES, 1940, p. 347), e ainda nesta hipótese não há garantia de que a narrativa fática haja assegurado o respeito àquela verdade, porquanto a reconstrução verbal de um fato “sempre vem *influenciada* por aspectos *subjetivos* das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz<sup>60</sup>, que há de valorar a evidência concreta” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 36).

A verdade real é *utopia*; crer *inteiramente* objetiva a análise dum fato é *ingenuidade* (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 36-37):

Mesmo [...] que adira à concepção realista da verdade, não terá o julgador como assegurar-se da própria isenção, ao idear o objeto de conhecimento. Cai-se, então, na armadilha cético-idealista: resta ao sujeito cognoscente confiar, tão-só, na idoneidade dos mecanismos e processos cognoscitivos, vale dizer, na própria razão. A *aporia* resulta insuperável e somente a *agravam* as *designações alternativas* para a chamada verdade

---

<sup>60</sup> Para Khaled Jr. (2009, p. 273), “mesmo um juiz munido da melhor das intenções pode ser vítima de seu *subconsciente*”. No mesmo sentido, Gerald (2010b, p. 247): “Os juízes não estão imunes à intervenção de factores de difícil percepção, situados na zona do *inconsciente* ou do *subconsciente*.”. Doutra parte, “curiosamente, são os *maiores defensores da neutralidade* os que *historicamente* estiveram envolvidos em um projeto *ideologicamente* comprometido” (KHALED JR., 2009, p. 290-291).

real – verdade *substancial, material* ou *objetiva*. Substancial é o que concerne à substância, ou seja, àquilo “sem o que o ser não é”, de sorte que a idéia de verdade substancial redundaria em *petitio principii*: seria aquela verdade sem a qual não haveria verdade; material diz-se o referente à matéria, vale dizer, àquilo “que toma forma no ser”, de modo que a verdade material haveria de ser a verdade cuja *forma* é a verdade; e objetivo entende-se o que respeita ao objeto, isto é, àquilo “que se distingue do sujeito”, de maneira que se retorna, inapelavelmente, aos mesmos problemas aflitivos da admissão da realidade cognoscível – a *objetivação do próprio ato de conhecer, a percepção de suas limitações* e, afinal, a *delegação aos mecanismos racionais da definição da confiabilidade do conhecimento*. (BAPTISTA, 2001, p. 37-38).

Como defendem Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 73), fatos estão no campo ôntico; a verdade, no (campo) axiológico: *afirmações* são verdadeiras ou falsas<sup>61</sup>; dos fatos toma-se conhecimento por meio das *impressões que se têm deles*. A verdade dita real é “meta inatingível, até porque, além da justiça, há *outros valores* que presidem o processo, como a segurança e a efetividade: *o processo precisa acabar*”<sup>62</sup>. [...] O

---

<sup>61</sup> No mesmo sentido, MARINONI; ARENHART, 2011, p. 103: “O fato não pode ser qualificado de ‘certo’, ‘invidioso’ ou ‘verdadeiro’. Ele existe ou não existe, sem comportar qualificação. Ora, se o fato obviamente existe independentemente do processo, esse apenas pode servir para *declarar a verdade acerca de uma afirmação de fato*.”

<sup>62</sup> Para Marinoni e Arenhart (2011, p. 34), a aceitação duma verdade dita formal no processo civil deveu-se ao *custo-benefício*: “entre a necessidade de decidir *rapidamente* e decidir com segurança, a doutrina do processo civil optou pela preponderância da primeira”. A preferência pela celeridade processual ora é expressa institucionalmente no Brasil por metas anuais do Conselho Nacional de Justiça (nomeadamente a meta 3 de 2011, as metas 1, 2 e 3 de 2010 e a meta 2 de 2009 – cf. CONSELHO, 2011): “Na cultura e na prática prevaletentes na magistratura, durante um longo tempo, não havia espaço para a elaboração de

mais correto, mesmo, é entender a verdade *buscada* no processo como aquela *mais próxima possível do real*, própria da condição humana.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 73-74).

Na mesma linha, comentando o artigo 332 do CPC/BR, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 333, n. 1) sustentam:

A verdade é inatingível dentro e fora do processo. Todo juízo de verdade resolve-se em um juízo de maior ou menor verossimilhança. Nada obstante, a colocação da verdade como objetivo da prova preenche axiologicamente o processo outorgando-lhe legitimidade<sup>63</sup>. A imposição da verdade como finalidade da prova é uma condição

---

políticas orientada por metas, planejamento, gestão e prestação de contas à sociedade. Ao contrário, esse valores eram questionados porque identificados com os que regem o *mercado* e as *instituições privadas*. Ademais, grande parte dos tribunais e varas continuava a operar como se a única resposta possível ao crescente volume de processos e à morosidade fosse um correspondente *aumento no número de juízes, de varas e funcionários*. O CNJ rompe radicalmente com esse paradigma, introduzindo *ferramentas de gestão* baseadas em diagnósticos e metas.” (SADEK, 2010, p. 36) – a propósito, como observa Silva (2009, p. 22), não sendo fácil fazer crescer as estruturas tradicionais de realização de justiça, “quer porque os seus *recursos humanos levam anos a treinar*, quer porque implicam *elevados custos de funcionamento*”, procuram-se *alternativas não* “pela necessidade de encontrar modelos que assegurem uma *solução mais eficaz* dos conflitos, mas por *necessidades financeiras*”. Greco (2003-2004, p. 253 e 260) crê, no entanto, em que “[a] limitação *temporal* imposta ao juiz não pode constituir um obstáculo à busca da verdade. O sistema jurídico deve dispor de meios para *sempre* fazer prevalecer a verdade, *salvo* quando a *dignidade humana* exigir solução diversa. [...] A celeridade do processo deve ser harmonizada com a busca da verdade e não sacrificá-la, introduzindo-se, se necessário, um procedimento investigatório preliminar.”. Bem explica Pinto (2009, p. 99), no entanto, que “[n]ão há protecção temporalmente adequada quando a *duração excessiva* acaba por ter os mesmos efeitos - total ou parcialmente – que a *negação inicial de acesso à via judiciária* como se diz nas alegações dos requerentes citadas no TEDH Matos e Silva, Lda. e o./Portugal (16/9/1996).”.

<sup>63</sup> Para Marinoni e Arenhard (2011, p. 29), a verdade *sempre* foi fator de legitimação para o direito processual. Também no processo penal Khaled Jr. (2009, p. 267 e 274-275) defende que não se deve abandonar a “*ambição* de verdade” (esta num sentido “propriamente *problemático* e não *dogmático*”), “sob pena de outro tipo de excesso, dado pelo relativismo exagerado”.

necessária para que se possa colocar a justiça do caso concreto como desiderato do processo.

É válida a observação de Lechner em análise do papel da incerteza na democracia moderna (1987, p. 61), para quem “a legitimidade dos procedimentos formais pressupõe *critérios compartilhados acerca do real e do possível*”<sup>64</sup>. Critérios dessa natureza, outrossim no âmbito processual, não devem gerar *expectativas cuja satisfação seja inalcançável*. Um conceito de verdade implica uma *prévia tomada de posição acerca das possibilidades do conhecimento* (BAPTISTA, 2001, p. 15). O máximo que se pode exigir do juiz é que “a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado *não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 38).

Além disso, na lição de Magalhães (1940, p. 305), aparência e realidade não necessariamente se contrapõem, “podem antes ter-se como equivalentes, pois que a aparência pode ser, e é muitas vezes, a realidade e a realidade pode ser, e é muitas vezes, a aparência.” (MAGALHÃES, 1940, p. 305). A verdade “não é absoluta e quem só se contentar com ela e desprezar a aparência comete o mesmo erro do que aquele que só se sente bem com a mentira e a dissimulação.” (MAGALHÃES, 1940, p. 353). A defesa ferrenha da verdade real por seus adeptos chega a conferir-lhe caráter de *dogma* (KHALED JR., 2009, p. 120). Khaled Jr. (2009, p. 32) diz

---

<sup>64</sup> No mesmo sentido, HABERMAS, 1985, p. 148: “A ideia de ação comunicativa concebe a *linguagem* como o intermediário do que se poderia chamar *processos de consenso*, em cujo [dos processos] decurso os participantes, ao mesmo tempo que *se referem a um mundo*, reciprocamente suscitam *pretensões de validade* que podem ser aceitas e contestadas.” – como explicam Marinoni e Arenhart (2011, p. 45), “[t]rata-se da busca de um consenso que *permita* o conhecimento [...] Este consenso importa a aceitação prévia dos *critérios necessários para a realização de qualquer comunicação*”. Para Bourdieu, porém, “a comunicação *não distorcida* a que Habermas se referiu é sempre uma *exceção*. Só conseguimos realizar essa comunicação não distorcida mediante um *esforço especial*, quando se satisfazem condições *extraordinárias*.” (BOURDIEU; EAGLETON, 2010, p. 271).

mesmo haver “uma proximidade muito grande entre esta concepção de verdade [real] e o exercício de um poder *arbitrário* que *não* conhece *limites*, ou que, ao menos, *não os respeita*.”.

O juiz precisa, sim, “empregar desde o início do processo todos os seus *esforços* e usar dos amplos *poderes*”<sup>65</sup>, que lhe são conferidos, para chegar ao apuramento da verdade” (MAGALHÃES, 1940, p. 306-307)<sup>66</sup>, proporcionando às partes os meios *indispensáveis* a que se consiga essa verdade no processo<sup>67</sup>, pois elas são, em princípio, “as mais directamente interessadas na obtenção dêsse *desideratum*” e “as que melhor podem conhecer – e conhecem – quais dêsses meios devem ser empregados em cada caso concreto e são até quem, de alguns dêles, exclusivamente podem dispor”<sup>68</sup> (MAGALHÃES, 1940, p. 320), devendo (as partes), por isso, comportar-se com

---

<sup>65</sup> Poderes-deveres, para Gouvea (2006, p. 199, 204 e 212): “uma concepção hodierna de processo civil passa por um juiz ativo e participativo. [...] a chamada neutralidade do juiz, no sentido de não-utilização do seu poder assistencial, longe de garantir a justiça, confirma e reflete no processo a *supremacia financeira de uma parte sobre a outra* e deve ser evitada num processo orientado pelo princípio da *cooperação intersubjetiva* que deve primar pela *igualdade de armas*. [...] *Não pode* o magistrado, diante da prova colhida nos autos e ainda quando os fatos não lhe parecerem devidamente esclarecidos, adotar o cómodo entendimento de que possui um poder *discricionário* a ser ou não exercido por ele. Trata-se de poder-*dever* de esclarecer os fatos, se necessário determinando a produção de provas *de ofício*, até porque terá o dever de fundamentar sua decisão, conforme previsão constitucional. Ultrapassada esta etapa, só então poderá aplicar o ônus da prova, que em relação aos fatos constitutivos geralmente caberá ao autor e aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, ao réu.”.

<sup>66</sup> Para Adeodato (2011, p. 210), o esforço do conhecimento consiste precisamente em tentar *reduzir* a relativa conquanto intransponível incompatibilidade entre os conceitos da chamada razão humana e os objetos de qualquer experiência.

<sup>67</sup> Como explicam Marinoni e Arenhart (2011, p. 85), “uma decisão definitiva somente é legítima quando resulta de um processo que confere às partes a devida *oportunidade* de participação. É essa *participação* que *legitima* a coisa julgada material, e *não* o encontro da *verdade* dos fatos.”.

<sup>68</sup> Diz Pereira Júnior (2011, p. 105): “a prova se encontra ligada à atividade das *partes*, pois, em princípio, a estas incumbe demonstrar, na medida de seus interesses, a autenticidade dos fatos alegados e, seus arazoados”.

licitude<sup>69</sup>, probidade, lealdade e boa-fé<sup>70</sup>, uma vez que sua

<sup>69</sup> Ensina Matta (2004, p. 233), ser “certo que é a própria Lei, e mesmo a Lei Constitucional, que impõe que nem os poderes das autoridades são ilimitados, nem os meios de prova são todos admissíveis, e nem sequer o respectivo oferecimento, produção e avaliação ocorrem livremente a todo o tempo”. A inadmissibilidade das provas obtidas ilícitamente, contudo, não deve ser absoluta, sendo preciso ter em vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de largo uso respectivamente no direito alemão e no (direito) estadunidense (MENDONÇA, 2001, p. 54). Consoante o texto do artigo 257, parágrafo único, do projeto de lei numerado 166/2010 no Senado brasileiro (Projeto do CPC/BR), “[a] inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos”; quer isso dizer, consoante lição de Marinoni e Mitidiero (2010, p. 97), que “a ponderação realizada pelo legislador constitucional no art. 5º, LVI [‘são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’], não exclui a possibilidade de uma segunda ponderação pelo órgão jurisdicional para eventual admissibilidade da prova ilícita no processo civil”. Rangel (2000, p. 55) não enxerga ilícita a prova, mas *meramente ilegítima*, quando há inobservância das regras processuais concernentes à produção probatória (perícia por leigo ou atribuição de compromisso a testemunha impedida ou suspeita v.g.).

<sup>70</sup> Para Rangel (2006, p. 42), “as partes não se devem importar com o juiz [*i.e.* com o convencimento judicial, em primeiro plano], mas sim com o carrear de provas para o processo, *em conformidade com a boa fé processual, com a igualdade verdadeira de armas entre as partes e em respeito da cooperação processual*”. No mesmo sentido, *ibidem*, p. 116. A propósito, ensina Barata-Moura (2009, p. 236-237) que a *mentira*, rigorosamente falando, não se opõe à verdade, mas à *veracidade*: “Quem mente pode até comunicar algo de *objectivamente não-falso* [neste caso, para Sandel (2011, p. 169-170), “<q>qualquer pessoa que se ocupe em elaborar uma declaração enganosa, porém tecnicamente verdadeira, em situações nas quais uma simples mentira resolveria o problema, demonstra, embora indiretamente, respeito pela lei moral.”], mas para ser ‘mentiroso’ não pode ser *veraz*. [...] A mentira tem, assim, a ver, não directamente com aquilo que se diz, mas com a *maneira como* o ‘sujeito’ (disponha ele de forma ‘egóica’, ou não) está no seu dizer (que se pode revestir também de traços de uma comunicação não-verbal), com o *intuito* de produzir e/ou induzir *engano*.”. Comentando o §138, I, da ZPO (CPC) alemã e a “obrigação de verdade” (*Wahrheitspflicht*) ali inserta, diz Welzel (1935, p. 7), tendo em conta a mesma distinção entre verdade e veracidade (ou *sinceridade*), que ela (obrigação) envolve os seguintes preceitos: “1. Os depoimentos sobre fatos (*die positiven Angaben*) devem ser verdadeiros (*wahr*) no sentido de *sinceros (wahrhaftig)* – trata-se, evidentemente, duma obrigação de *veracidade (subjativa) apenas*, não de verdade (objetiva). 2. A parte *não pode contestar* as alegações da (parte) adversa *cuja* (das alegações) *correção (Richtigkeit) saiba sem dúvida (positiv)*.”. No direito português, “o dever de veracidade encontra-se plasmado nos arts. 266º. – princípio da cooperação; 266º.-A – dever de boa fé processual (vd. art. 456º. – responsabilidade no caso de má fé – noção de má fé); 559º. – prestação de juramento

“actuação processual não é ausente de juízos de valor substanciais”<sup>71</sup> e volta-se à “prossecução das finalidades do processo, sendo inadmissível a sua utilização para a lesão de bens jurídicos protegidos” (SILVA, 2008, p. 691).

No mesmo sentido, mas noutros termos, aplicando ao Direito sua formação outrossim em História<sup>72</sup>, explica Khaled Jr. (2009, p. 252) que os *rastros* são a matéria-prima do

---

no depoimento de parte; e 665º. – uso anormal do processo, todos do CPC[PT]”, não sendo “possível questionar no processo civil a existência de um dever de veracidade que existe, enquanto um verdadeiro dever jurídico e não um mero ónus, um dever de carácter geral, moral e ético, que condiciona e acompanha toda a actividade processual das partes em litígio” (RANGEL, 2006, p. 70). Entende mesmo Rangel (2006, p. 42) que “a primeira grande tarefa do juiz é denunciar e destruir a mentira. [...] Na nova redacção do art. 456º. do CPC[PT], [contudo,] o legislador, além de ter alterado a sistematização dos diversos comportamentos indiciadores de litigância de má fé, deixou claro que só o *dolo* ou a negligência grave releva para esse efeito. As *dificuldades* e a *falta de cultura* nesse sentido estão bem evidenciadas no facto de, por exemplo, em mais [de] 16 anos de judicatura, só termos condenado, talvez duas ou três vezes, uma parte como litigante de má fé. Este cenário estende-se com certeza à maioria das decisões dos nossos [portugueses] tribunais.”.

<sup>71</sup> Versando sobre a litigância de má-fé e a responsabilidade judicial nas Ordenações Filipinas, narra Silva (2008, p. 96-97) seu (das Ordenações) rigor: “a responsabilidade do juiz, em caso de *malícia da parte*, apenas pode decorrer de um acto de *mal julgar*. Assim sucederia se, *não se apercebendo o julgador da natureza do comportamento da parte*, aplicasse mal o Direito, quer duplamente – porque *lhe dava razão quando ela a não tinha*, assim a isentando, na sua qualidade de parte vencedora ou, pelo menos, na de parte não vencida, de pagar quaisquer custas à outra parte –, quer singelamente – porque, *não se apercebendo da malícia ou julgando mal os factos dos quais ela poderia resultar, não impunha à parte vencida e objectivamente maliciosa as cominações* ditadas pelo Título 67 do Livro 3 das Ordenações Filipinas. Diga-se, no entanto, que a problemática que se prende com a *responsabilidade do juiz por um errado julgamento não tem especialidades* quando esse mau julgamento incide sobre a valoração do comportamento da parte ou quando é provocado especificamente pela sua malícia. [...] O esquema de *reposição de prejuízos causados à parte por má aplicação do Direito* envolvia o *próprio juiz* que julgava mal, sendo que este julgava mal quando agia com *dolo ou com ignorância*.”.

<sup>72</sup> Para Ekelöf (1992, p. 142, n. 9), “[n]a avaliação crítica das fontes pelo historiador e na apreciação da prova que um órgão *jurisdicional* deve empreender, aplicam-se os *mesmos métodos*”. Por sua vez, a *ratio* da analogia entre a atividade do juiz no momento da determinação dos fatos provados e o labor investigativo do historiador permite, para Beltrán (2007, p. 49), uma nova (analogia): entre aquela atividade (do juiz) e a *clínica diagnóstica*.

conhecimento histórico, sem contudo (os rastros) equivalerem ao passado, porquanto o conhecimento deste (passado) não é obtido diretamente daqueles (rastros), sendo preciso um processo interpretativo, com escolhas e correções, que lhes (dos rastros) extraia significado. No processo, a *elevação* do rastro à condição de *prova*<sup>73</sup> é que “permite o sustentáculo necessário para a formação dum *juízo de verossimilhança significativa, que permita a tomada de decisão*” (KHALED JR., 2009, p. 253). O ingresso dos rastros no processo dá-se habitualmente pelas partes, num clima de conflito e sob um procedimento contraditório<sup>74</sup> em que o *tempo* é um elemento fundamental, por *determinar duplamente* aquele (processo): dum lado em razão de ele (processo) possuir um “núcleo de verificação *histórica*”, doutro (lado) em virtude de sua (do processo) “natureza de *etapas* vinculadas a uma temporalidade específica”, a primeira delas (etapas) visando à formação dum saber e a segunda à *incidência do poder estatal*<sup>75</sup> (KHALED

---

<sup>73</sup> Noutro modo de expressão, prova é a “*transformação de alegações [de facto] em afirmações provadas*” (MENDES, 1961, p. 715).

<sup>74</sup> No direito português, a propósito, “[a] contraditoriedade impõe-se [...], com excepcional vigor, no capítulo fulcral do processo que tem a ver com a demonstração da prova dos factos. Por isso mesmo o art. 517º. [do CPC/PT] determina que as provas não são admitidas ou produzidas sem audiência contraditória, o que se aplica não apenas quando já se encontra pendente um processo, como *ainda* nos casos em que é requerida a *produção antecipada de prova* (arts. 520º. e 521º. [do CPC/PT]).” – GERALDES, 2010a, p. 80.

<sup>75</sup> Para Rangel (2006, p. 65), “o que tortura, *efectivamente*, o juiz é a *falta de tempo*, face ao aumento exponencial de processos, para, serenamente, ouvir e acompanhar o desenrolar da prova prestada em audiência e em consciência, sem se precipitar na avaliação dos factos, decidir. A força das circunstâncias obriga o juiz a ‘amarrar’ as partes à base instrutória, sem recurso a outros factos históricos ou instrumentais, pois que, por muito pertinentes que sejam para a boa decisão da causa, não há tempo para deles tomar conhecimento. Esta é a triste realidade da justiça e as dificuldades com que se depara o julgador na apreciação do julgamento da matéria de facto. Tudo o resto são utopias que só não vê quem não frequenta os tribunais. O juiz vive *permanentemente confrontado com a escassez de tempo* face à *grande acumulação de serviço*. A escassez de tempo e o volume de serviço, factores que se encontram *associados*, podem determinar um deficiente desempenho do julgador na condução do julgamento, uma *apreciação errada da matéria de facto* e, por último, a falta de



JR., 2009, p. 253-254). O contraditório processual *não se limita* destarte à *dimensão retórica*, pois faz *referência ao passado* por meio dos *rastros*<sup>76</sup>, garantindo a *maior verossimilhança possível* à prova (KHALED JR., 2009, p. 268 e 273).

Já passou a hora, pois, de a processualística civil abraçar o paradigma da *verossimilhança*<sup>77</sup> e abandonar, sem temor de destronar a clássica fórmula kelseniana<sup>78</sup>, o (paradigma) da *verdade*, real ou formal (cf. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 38-39):

A doutrina processual precisa superar sua visão ontológica a respeito da verdade. Somente assim poderá aceitar *reformas profundas nos axiomas processuais*, a fim de garantir a *efetividade do processo*. É preciso convencer os processualistas de que *a descoberta da verdade é mito* e de que o processo trabalha (e *sempre trabalhou, embora veladamente*) com a *verossimilhança* e com a argumentação.

---

qualidade técnica da sentença. Estes factores limitam o pensamento, a capacidade e a consciência do juiz.”.

<sup>76</sup> Consoante adverte, a propósito, Khaled (2009, p. 305), o *argumento de autoridade*, tanto para juristas quanto para historiadores, não se deve prestar a um “convencimento por critérios *alheios* aos da *verossimilhança da prova*”.

<sup>77</sup> Também no processo penal Khaled Jr. (2009, p. 105) propõe uma “renovada dimensão de verdade” que permita um processo “amparado na idéia de *verossimilhança*”, no qual, aceita a *complexidade* do passado, este *não* seja considerado *mero dado*.

<sup>78</sup> A respeito, cf. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 43: “a doutrina *dominante insiste* em chamar o resultado obtido na reconstrução fática do processo de ‘*verdade*’ – já que apenas o fato pretérito *efetivamente* ocorrido poderia gerar a consequência prevista no ordenamento jurídico. Ora, caso se admitisse que o juiz pode aplicar a sanção da norma a um caso em que há *dúvida* a respeito de ter ou não o fato ocorrido da maneira descrita pelo antecedente da norma, *cairia por terra toda a teoria da norma* – já que, mesmo *não se verificando o antecedente* (ou, ao menos, *não se tendo certeza* de que ele ocorreria), incidiu o consequente.”. Cf. tb. GRECO, 2003-2004, p. 253: “[o direito] *não pode* [...] transformar a *dúvida* em verdade, porque *se somente determinados fatos dão a origem a determinados direitos*, estes devem decorrer de um juízo racionalmente consistente de que aqueles são *verdadeiros*.”.

(MARINONI; ARENHART, 2011, p. 51).

#### 4.2. PER OLOF EKELÖF E O PRINCÍPIO DA VEROSSIMILHANÇA PREPONDERANTE.

Pode-se dizer da verossimilhança, empregando ainda<sup>79</sup> o vocabulário do paradigma anterior (o da verdade), que seja uma *verdade real quanto possível de alcançar* (cf. MARINONI, ARENHART, 2011, p. 43).

Ela (verossimilhança), para Taruffo (1970, p. 81-82), é pensada no processo civil italiano em ao menos três sentidos:

a) *O fato é verossímil* em sentido *próprio* no caso em que os *resultados probatórios* permitem crer que a *afirmação de sua [do fato] existência tem fundamento* e [permitem] considerar portanto que a respectiva *alegação* corresponde à *verdade*. Neste sentido, a *verossimilhança do fato é sinônimo da eficácia da prova* que lhe [ao fato] diz respeito e, portanto, não é previamente apreciável pelo juiz. b) *O fato* pode ser dito *verossímil* quando as provas destinadas a demonstrar-lhe [do fato] a existência mostram-se aptas a ter um *presumível êxito positivo* em relação ao *modo como a existência do fato foi afirmada* e em relação à *natureza do meio de prova*. Neste sentido, no entanto, a verossimilhança dependeria da *previsão da eficácia da prova*, que está fora do âmbito das apreciações que o juiz pode realizar previamente e *não pode constituir pressuposto de admissibilidade da prova*. c) Pode-se enfim dizer *verossímil o fato afirmado pela parte quando, independentemente da*

---

<sup>79</sup> Para Kuhn (1991, p. 149), “[u]ma vez que os novos paradigmas [científicos] nascem dos antigos [paradigmas], normalmente incorporam muito do vocabulário e aparato, tanto conceitual quanto manipulatório, que o paradigma tradicional anteriormente utilizava”.

*eficácia, verificada ou presumida*, das provas, sua existência mostra-se digna de crédito com base em *leis naturais* ou em *regras de comportamento* tiradas da *experiência comum*. Para formular uma apreciação desse gênero, o juiz deveria referir-se às (assim chamadas) *máximas da experiência* para estabelecer, *prima facie*, se o fato cuja prova se requer corresponde a *id quod plerumque accidit*. Aliás, não é admitida *apenas* a prova dos fatos que correspondem às regras da experiência comum; antes, precisamente os fatos que se não mostram explicáveis por tais regras é que exigem prova, na medida em que se não inserem na ‘normalidade’. [...] Nos casos em que a lei *expressamente* reclama a verossimilhança dos fatos [para lhes *admitir a prova*], não importa o fato como objeto da prova, senão o fato como objeto *da alegação*.

Visando superar uma *dificuldade semântica* apontada no direito italiano por Calamandrei já em 1955 (p. 170-171), Marinoni e Arenhart (2011, p. 52) chegam a distinguir, consoante a *crescente intensidade do contraditório* estabelecido para a cognição, outrossim três espécies de verossimilhança, que portanto se poderia chamar *lato sensu*: (A) *possibilidade* de verdade, na *ausência* de contraditório (argumentação de apenas uma das partes com o juiz), (B) verossimilhança *stricto sensu*, quando há contraditório *limitado*, e (C) *probabilidade* de verdade, se o contraditório é *pleno*. Também o legislador *sueco* distingue *graus* de verossimilhança empregando *palavras diversas* (cf. BRUSKE, 1991, p. 28), e Ekelöf (1962, p. 289-290) põe em ordem decrescente dum a verossimilhança *lato sensu* o notório (*offenbar*), o certo (*gewiss*), o verossímil *stricto sensu* (*wahrscheinlich*) e o presumível (*vermutlich*).

Referindo-se ao papel do paradigma na ciência, (papel)

cabível também a este (paradigma) no domínio da processualística civil, afirma Kuhn (1991, p. 23), em feliz comparação, que ele (paradigma), “como uma decisão judicial aceita no *common law*, é objeto de ulterior articulação e especificação, sob novas ou mais precisas condições”, raramente servindo, pois, a que seja *simplesmente* copiado.

Assim é que, recusando o acesso fácil<sup>80</sup> ao ônus objetivo<sup>81</sup> da prova, excessivamente dissociado da especificidade de cada conflito submetido a julgamento, a processualística civil sueca, acolhendo destemidamente o novo paradigma (da verossimilhança), passou a sustentar que, *por vezes*, basta à convicção judicial a *preponderância*<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Ou, nas palavras de Rangel (2006, p. 115), “*duvidando da bondade* da aplicação das regras do ônus da prova”.

<sup>81</sup> Como explica Múrias (2000, p. 20-21), “o ônus da prova objectivo é o instituto que determina segundo qual das versões disputadas deve decidir-se quando é *incerta* a verificação de algum facto pertinente.” Esclarecem Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 76): “*Mesmo sem prova*, [...] *impõe-se* ao juiz o dever de julgar – afinal, vedado é o *non liquet*. Daí dizer-se que, em um segundo sentido, o ônus da prova é uma regra *dirigida ao juiz* (uma *regra de julgamento*, portanto), que indica como ele deverá julgar caso não encontre a prova dos fatos; que indica qual das partes deverá suportar os *riscos advindos do mau êxito na atividade probatória*, amargando uma decisão desfavorável. Tal seria o ônus da prova *objetivo*”. Ramos (1998, p. 416) concorda “com a perspectiva de entender o ônus da prova como *regra de decisão*”. O instituto do ônus dito *subjetivo* da prova, por sua vez, “*prescreve* a qual das partes processuais *incumbe alguma actividade* probatória, *sob pena* de ver a sua pretensão desatendida.” (MÚRIAS, 2000, p. 21). O ônus subjetivo, contudo, “perde intensidade em toda a medida em que o *tribunal* tenha poderes de *direcção* ou de *determinação* da produção de prova, pelo que a *sua importância actual sempre dependeria do concreto uso dado pelos tribunais aos seus poderes* (cf. art. 265º./3 CPC[PT]). Mas mais importante: só vigorou *plenamente* o ônus da produção de prova [outra maneira de designar o ônus subjetivo da prova] *antes* de ficar assente o *princípio da aquisição processual* (cf. art. 515º. CPC[PT]).” (MÚRIAS, 2000, p. 21).

<sup>82</sup> Walter (1979, p. 147-148) enxerga na literatura jurídica três modelos (imperfeitos, não puros) de constatação dos fatos: o da convicção de verdade, o do controle por um terceiro (em que a constatação dos fatos é válida se pode ser reconstituída por um terceiro) e o da verossimilhança, cujo *mais importante representante* é o modelo da verossimilhança *preponderante*. Para Greco (2003-2004, p. 221-222), por seu turno, há três *concepções lógicas de prova recentes* em destaque: “a retórico-persuasiva, liderada por Perelman e a escola de Bruxelas, herdeira da tradição

(conquanto *mínima*<sup>83</sup>) da *verossimilhança* da alegação duma parte em face da *verossimilhança* da alegação da outra<sup>84</sup>, o que, em sueco, veio a denominar-se *övertviksprincipen*<sup>85</sup> (literalmente, “princípio da preponderância”<sup>86</sup>) – EKELÖF, 1968, p. 107, 108 e 110; MARINONI; ARENHART, 2011, p. 90-91, BRUSKE, 1994, p. 29, WALTER, 1979, p. 142-143, e BRINKMANN, 2005, p. 36.:

Já tentamos mostrar que *este princípio* não pode ser entendido como uma espécie de regra *geral* do ônus da prova no processo civil<sup>87</sup>. Isto não significa dizer que ele não represente a solução *mais adequada* ao problema (do ônus da prova) em *algumas situações especiais*. (EKELÖF, 1968, p.

---

tópico-aristotélica; a semiótica, que assenta na estrutura lingüística e na coerência da narrativa dos discursos processuais; e a *americana* da *probabilidade quantitativa*, que procura *mensurar o convencimento*, através da *provável freqüência do fato numa escala de valores numéricos fracionários entre 0 e 1*, o chamado *teorema de Bayes*.”.

<sup>83</sup> Em termos *ideais* de *convicção judicial, não matemáticos*, como se tem criticado (cf. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 93-94; WALTER, 1979, p. 175-179). Di-lo expressamente Ekelöf (1992, p. 141, n. 5): “a realidade não pode ser medida”.

<sup>84</sup> Tanto uma *verossimilhança* como a outra inferiores àquela (*verossimilhança*) duma “verdade” processualmente atingível, entendida esta como o “*valor-limite* equivalente ao grau máximo de *verossimilhança*” (EKELÖF, 1962, p. 291-2) ou, noutros termos, (*valor-limite* equivalente) à “*maior verossimilhança possível*” (EKELÖF, 1962, p. 295). Mendes (1961, p. 741), em sua definição de prova, fala, em lugar da *verossimilhança*, da “*aceitabilidade justificável*” da alegação de fato: “Prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação[,] através do processo[,] no espírito do julgador[,] da convicção de que certa *alegação singular de facto é justificavelmente aceitável* como fundamento da mesma *decisão*.”.

<sup>85</sup> No *common law* e nos *mixed jurisdictions* (v.g. no Quebec, na Escócia, na Luisiana e na África do Sul – cf. BRINKMANN, 2005, p. 28), fala-se em *balance of probabilities* ou *preponderance of the evidence*: “De modo algum, contudo, deve o *övertviksprincip* ser confundido com a doutrina do *proof on a balance of probabilities* do *common law*, a qual assenta na boa ou má-fé do juiz ou sua (do juiz) persuasão.” (BRINKMANN, 2005, p. 37).

<sup>86</sup> Em Portugal, Múrias (2000, p. 59, n. 127) tradu-lo por “princípio da *maior probabilidade*”.

<sup>87</sup> Ekelöf (1962, p. 297) tem, mais exatamente, como inapropriada *qualquer* regra *geral* de ônus da prova no processo civil.

107).

O processualista sueco Per Olof Ekelöf (1962, p. 289-290), *ilustrativamente*, fala numa escala imaginária de percentuais<sup>88</sup>, a qual iria de 0% a 100% e em que, quanto maior a verossimilhança numa alegação, menor, na mesma proporção, a (verossimilhança) da (alegação) contrária: assim, se uma alegação é 75% verossimilhante, a (alegação) adversa o (verossimilhante) é 25%. O grau de verossimilhança das alegações deve ser marcado nessa escala pelo juiz após a apreciação das provas e é chamado por Ekelöf (1962, p. 290) de “ponto do valor da prova” (*Beweiswertpunkt*), sinalizando ele (ponto) a medida da “preponderância da prova” (*Beweisübergewicht*)<sup>89</sup>.

Esse ponto (“do valor probatório”) não se confunde com o (ponto) “do ônus da prova” (*Beweislastpunkt*), o qual (ponto) representa a *força que basta à prova numa alegação*, consoante o que determina a lei por meio de *regras de ônus da prova* (EKELÖF, 1962, p. 290). Na escala imaginária, Ekelöf (1962, p. 289) faz uso dos termos “presumível”, “verossímil (*stricto sensu*)”, “certo” e “notório”, à medida que os pontos “do valor da prova” e “do ônus da prova” se aproximam dos 100% de verossimilhança, sem contudo relacionar cada daqueles (termos) a uma faixa percentual (deixando ora de lado, portanto, a matemática meramente ilustrativa de sua concepção de *valor probatório inversamente proporcional das alegações contrárias*). Destarte, se uma regra de ônus da prova exige que

---

<sup>88</sup> Escala, ainda que meramente ilustrativa, abandonada já em 1964 quando da publicação em inglês (nas páginas 47-66 do volume 8 de *Scandinavian Studies in Law* – cf. TWINING; STEIN, 1992, p. V, com reprodução *ibidem*, p. 135-154, da referida versão inglesa) do texto alemão de 1962: “Se o grau de probabilidade é expresso, nalguns exemplos contidos no presente trabalho, como uma porcentagem ou fração, isto se deve *unicamente* a que é mais fácil tornar o raciocínio compreensível deste modo.”

<sup>89</sup> Não havendo preponderância (quando são igualmente verossimilhanças as alegações contraditórias), o “ponto do valor probatório” fica no centro da escala, nos 50% (EKELÖF, 1962, p. 290).

a alegação de fato seja “certa”, o “ponto do ônus da prova” estará onde aparece “certo” na escala, não sendo suficiente à prova do alegado que o “ponto do valor probatório” esteja em “presumível” (EKELÖF, 1962, p. 290). Normalmente, contudo, a lei não associa expressamente o chamado “ponto do ônus da prova” a determinado grau de verossimilhança, cabendo ao juiz fazê-lo, indicando a *preponderância suficiente* à prova duma alegação pela parte (EKELÖF, 1962, p. 291).

Na Alemanha, o parágrafo 286 do Código de Processo Civil diz que “o órgão jurisdicional [...] tem de decidir, com livre convicção, se uma alegação acerca dum fato deve ser ou não considerada *verdadeira*”, o que faz crer que o legislador almeja uma convicção judicial de *verdade*, com rejeição da verossimilhança ainda que no grau máximo da escala imaginária (EKELÖF, 1962, p. 291). A questão é se a verdade pode ser obtida numa instrução processual, quando a história da *própria ciência*<sup>90</sup> mostra com frequência *novas observações* obrigarem verdades *consagradas à revisão*<sup>91</sup> (EKELÖF, 1962, p. 291). As *máximas gerais da experiência*<sup>92</sup> aproveitadas no

---

<sup>90</sup> No mesmo sentido, Cárcova (2009, p. 34): “O maravilhoso *desenvolvimento da ciência* alcançado pela humanidade funda-se, por um lado, em verdades *arbitrariamente estabelecidas* e, por outro [lado], em verdades *precárias*. Com elas é que lidamos. Também no mundo do direito e no do processo, razão pela qual não há por que exigir da verdade do direito ou da [verdade] do processo uma certeza e uma perdurabilidade maiores do que as que pedimos à verdade da geometria não-euclidiana por exemplo, com base na qual sulcam os céus do mundo as aeronaves em que frequentemente embarcamos, bastante confiantes em chegar ao destino.”

<sup>91</sup> A despeito disso, segundo Greco (2003-2004, p. 241), “o método da prova judiciária não pode diferir *substancialmente* do método de investigação das ciências *experimentais*, adotando [i.e. devendo adotar] critérios *lógico-rationais* comuns a essas ciências.”

<sup>92</sup> Como ensina Rangel (2006, p. 116 – cf. tb. p. 118), para a convicção do julgador contribuem “outros factores *exógenos à prova* de grande importância que são a[s] *regras de experiência*, o bom senso e as motivações não jurídicas. O juiz deve ser um ‘viveiro’ de *experiências de vida*.” Freitas, Montalvão e Pinto (2008, p. 429) distinguem da seguinte forma as máximas da experiência dos fatos notórios: “[as máximas da experiência], sendo necessárias ao raciocínio dedutivo que caracteriza a presunção, revestem *natureza geral*, ao passo que o facto notório é um facto *concreto de conhecimento geral*”. A *credibilidade* duma máxima da experiência

processo obtêm-se por indução do que se observou até determinado momento: quando, *exempli gratia*, nove detalhes duma impressão digital deixada sobre uma coisa correspondem àquela (impressão digital) dum acusado, considera-se este havê-la ali deixado, porquanto *não há registro* de que duas pessoas alguma vez tenham apresentado nove detalhes idênticos na impressão digital (EKELÖF, 1962, p. 291). Essa possibilidade (nove detalhes idênticos na impressão digital de duas pessoas), contudo, não deve ser de todo rechaçada, já que não é possível comparar as impressões digitais da integralidade dos seres humanos viventes e falecidos<sup>93</sup> (EKELÖF, 1962, p. 291). Vê-se, deste modo, ser apenas verossimilhante o que se tem habitualmente por verdadeiro (EKELÖF, 1962, p. 291).

É clara a distinção, contudo, entre algo *certo de todo* e o *meramente verossímil*: será ridicularizado *e.g.* quem quer que declare ser desta sorte (meramente verossímil) que o ser humano morra, sendo, pois, a verdade, voltando à *imagem matemática*, um *valor-limite* equivalente ao grau máximo de verossimilhança (EKELÖF, 1962, p. 291-292). Nesse sentido (verdade como valor-limite da verossimilhança), cabe com tranquilidade dizer que um órgão jurisdicional constata eventualmente o que é verdadeiro (EKELÖF, 1962, p. 292).

Ekelöf (1962, p. 292) dá ainda o exemplo duma investigação de paternidade em que a mãe teve relações sexuais com apenas dois homens no período da concepção, desconhecido um (dos homens) e possuindo o outro, investigado, uma característica de origem genética com transmissão paterna, (característica) outrossim presente na criança. Sabendo-se que essa característica aparece em apenas 5% da população, a probabilidade<sup>94</sup> de que o desconhecido seja

---

depende do *número de exceções* que admita (CASTRILLO, 2009, p. 33).

<sup>93</sup> O meio de prova pericial de maior prestígio no foro atualmente, o exame de ADN, a propósito, não é capaz senão de afirmar (e confessa-o) haver *quase* 100% de probabilidade de que alguém seja pai de outrem.

<sup>94</sup> O termo alemão *Wahrscheinlichkeit*, consoante o contexto, traduz-se, em



o pai da criança está na mesma proporção, ao passo que a (probabilidade) de que o (pai da criança) seja o investigado é de 95,24% ( $1/1+0,05$ ) – EKELÖF, 1962, p. 292. Aqui, a máxima da experiência expressa uma frequência<sup>95</sup>, e concluir pela paternidade do investigado carrega, por conseguinte, um grau inversamente proporcional de incerteza (EKELÖF, 1962, p. 292). Não é contraditório sustentar que tal conclusão seja condizente com a realidade e, ao mesmo tempo, o investigado não seja *mesmo* o pai da criança (EKELÖF, 1962, p. 292). Não se conclui, *rigorosamente falando*, pela paternidade, afirma-se um *entendimento*<sup>96</sup> a respeito (da paternidade), e isso é *suficiente quando o juiz sabe qual a força probatória bastante no processo* – EKELÖF, 1962, p. 292.

As dificuldades aumentam por os fatos jurídicos pertencerem ao passado, não poderem mais ser percebidos e, quando de sua ocorrência, raramente terem sido objeto de observações precisas, razão pela qual o órgão jurisdicional precisa com frequência avaliar uma *cadeia probatória*, em que cada elo tem um valor probatório limitado (EKELÖF, 1962, p. 292). Uma testemunha *v.g.* faz uma declaração A (elo um) sobre uma observação B (elo dois) dum *factum probandum*<sup>97</sup> C

---

português, por “verossimilhança” ou “probabilidade”. Segundo Ekelöf (1992, p. 138), o processualista civil sueco Nehrman falava, já em meados do século XVIII, que “a *certitudo juridica*, na *probatio facti*, não pode ser considerada, sem maior dificuldade, uma *philosophica certitudo*, antes constituindo, em relação a essa certeza, uma *probabilitas*.”

<sup>95</sup> Para Rangel (2006, p. 120), “[a] utilização de raciocínios *probabilísticos* é útil na procura da solução *mais justa* e, provavelmente, diminuirá a probabilidade do erro.”

<sup>96</sup> Entendimento que não se confunde com *certeza*, a qual, aliás, “pode representar apenas um *juízo subjetivo meramente resultante de uma persuasão retórica*, ou até mesmo um *juízo formal induzido por prescrições legais inteiramente distanciadas de qualquer fundamentação científica*.” (GRECO, 2003-2004, p. 241).

<sup>97</sup> Como explica Greco (2003-2004, p. 242-243), “[o]s fatos relevantes são basicamente aqueles dos quais as partes podem extrair conseqüências jurídicas favoráveis às suas pretensões, os fatos jurígenos, os fatos constitutivos do direito do autor e os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos daquele direito, para o réu. Esses são os fatos que devem resultar provados ou que às partes interessa que fiquem provados, os fatos *probandos*, que, em geral, são apontados como o objeto

(elo três – final) – EKELÖF, 1962, p. 292-293. Quanto mais elos possui uma cadeia probatória, menos verossimilhante é a prova proporcionada pelo elo final<sup>98</sup> (EKELÖF, 1962, p. 293).

da prova.”. O conjunto dos fatos *juridicamente relevantes* cuja existência ou inexistência deva ser demonstrada no curso da instrução probatória chama-se “*thema probandum*” (TARUFFO, 1970, p. 53), cuja (do “*thema probandum*”) determinação dá-se por meio dum juízo *de direito* (TARUFFO, 1970, p. 59). A *delimitação* do que se pode constituir objeto de prova “*determina* a ‘verdade’ que vai conseguir demonstrar-se” (MATTA, 2004, p. 233).

<sup>98</sup> A *língua* dos índios amazônicos piraãs expressa o *grau de verossimilhança do elo final numa cadeia probatória* por meio de *sufixos* em períodos *simples*: “Em vez de dizer apenas ‘João deu o livro a Maria’, podemos falar ‘Pedro disse que seu irmão João deu o livro para a irmã de Maria dá-lo a Maria’. Na língua dos piraãs, tribo com a qual vivi na Amazônia, só a primeira frase é possível. Para esses índios, uma frase sempre se encerra em si mesma. A linguagem piraã se vale de *sufixos que chancelam o grau de veracidade do que está sendo dito*. São três sufixos: um informa que ‘eu vi isso *com meus próprios olhos*’, outro revela que ‘alguém *me contou* isso’ e um terceiro atesta que ‘eu digo isso *com base em evidências*’. Se você perguntar a um piraã ‘João deu um livro a Maria?, ele responderá ‘háia’. Háia não é um sim. Significa que ele ouviu de alguém que o livro foi entregue. Esse cuidado é reflexo de um *valor cultural especialmente caro* aos piraãs. Para eles, é *indispensável* que o interlocutor apresente *provas* do que está afirmando.” (EVERETT, 2012, p. 20). O mesmo ocorre, nos Andes, com o aimará (NADON, 1999, p. 102, 114 e 190): um dos usos do sufixo (dito “inferencial” – ADELAAR, 2006, p. 286) “pacha” ou, noutra grafia, “paça” (ADELAAR, 2006, p. 286) – tb. “pachpa” ou “pachpaqui” (ROMANO, 1603, p. 266) – é indicar a *probabilidade* dum fato que *não se pode comprovar por experiência ou conhecimento pessoal* (a muito utilizada expressão “ukhamäpachawa” – traduzida em português por “deve ser assim” – reflete bem a *cortesia aimará ao contradizer* e também uma *reserva* ao afirmar *não crer completamente* em algo – são curiosos, a propósito, o exemplo e sua explicação encontrados em ROMANO, 1603, p. 266: “a muitos nomes e participios se junta esta partícula, e com ela [os nomes e participios] significam ‘a coisa achar-se em seu ser sem mudança’: v.g. ‘Nossa Senhora permaneceu virgem após o parto: Senhora Santa Maria’, ‘nia iocachatatsa Virgen pachparaquina’”; cf. tb. ROMANO, 1612, p. 243: “‘Pacha’ ou ‘pachpa’, advérbio, significa ‘sem mudança’ ou ‘assim como se achava a coisa’: ‘Virgen pachaquivocachana’? [ponto de interrogação no texto original] ‘Pariu virgem assim como estava’”) e cujo (do fato) conhecimento é obtido por *dedução* (ADELAAR, 2006, p. 286); o mais-que-perfeito, por sua vez, também construído com sufixos e bastante empregado no relato de *contos* ou *sonhos*, exprime ações *não presenciadas* por quem fala, delas (ações) tendo vindo ele (quem fala) a tomar conhecimento *por meio doutra pessoa ou por uma observação pessoal posterior* (às ações); enfim, se, acrescido a verbos, advérbios e palavras doutra classe morfológica, o sufixo “pini” indica *não haver dúvida* a respeito do fato que se expressa, (o sufixo) “çi” (outrossim existente no

A despeito disso, nalguns processos o órgão jurisdicional consegue fazer uma ideia razoavelmente precisa do que aconteceu (EKELÖF, 1962, p. 293).

As máximas da experiência de que se vale o órgão jurisdicional são, em grande parte, *vagas* proposições de frequência (EKELÖF, 1962, p. 295). A cada fato probante (*Beweisfaktum*<sup>99</sup>) liga-se um bom número de fatos auxiliares<sup>100</sup>, sendo indireta a maioria das provas e (sendo) apreciada pelo órgão jurisdicional uma cadeia probatória (EKELÖF, 1962, p. 295). Ainda que pudesse ser o valor probatório de cada circunstância verificado com precisão absoluta, o resultado da instrução processual seria incerto, pois o juiz aprecia *intuitivamente* o material probatório<sup>101</sup> à luz de sua *inteira experiência de vida* (EKELÖF, 1962, p. 295). Apesar de

---

quíchua do Peru central – ADELAAR, 2006, p. 286, n. 76) indica *mera conjectura* (ADELAAR, 2006, p. 286). Como relata Eco (2007, p. 409; cf. tb. 1995, p. 351): “Estudos mais recentes estabeleceram que o aimará, em vez da lógica *bivalente* (*verdadeiro/falso*) na qual se baseia o pensamento *ocidental*, baseia-se em uma lógica *trivalente* e é, portanto, capaz de exprimir *sutilezas modais* que as nossas [europeias] línguas só capturam a preço de *trabalhosas perifrases*.”

<sup>99</sup> Em latim, *factum probans* (EKELÖF, 1992, p. 136). Ekelöf (1962, p. 293, n. 7) diz “probante” cada fato *significativo por seu valor probatório*. Leciona Greco (2003-2004, p. 243): “raramente a cognição do juiz se exerce diretamente sobre os próprio fatos jurígenos, o que ocorre apenas através das chamadas provas diretas, como a inspeção judicial. Em geral, a existência dos fatos jurígenos é transmitida ao juiz através do conhecimento direto de *outros fatos*, como, por exemplo, o *depoimento* da testemunha que declara que esteve presente no local em que ocorreu um fato jurígeno e descreve a percepção sensorial que conserva em sua memória. Para aceitar como verdadeiro o fato probando, o juiz terá primeiramente que examinar e avaliar o fato *probante*, o depoimento da testemunha.”

<sup>100</sup> Esclarece Ekelöf (1992, p. 145) que “[f]azer uso de fatos auxiliares significa o mesmo que aplicar uma máxima de experiência *mais especializada do que, noutras circunstâncias, seria o caso*.”

<sup>101</sup> Material probatório são “os dados fornecidos pela actividade probatória, mesmo que não conduzam à efectiva demonstração dos factos visados” (RANGEL, 2006, p. 23), isto (os dados não conduzem à efetiva demonstração dos fatos visados) porque “[m]uitas vezes a prova que é junta ou excede a matéria dos factos constantes da base instrutória e por isso é desnecessária ou é insuficiente para aquilo que se pretende provar ou, ainda, nenhuma conexão tem com os factos da base instrutória, de forma a poder ser aproveitada.” (RANGEL, 2006, p. 53).

inegável que, desse modo, eventualmente chegue um juiz sensato e experiente a um resultado adequado, exige a boa jurisdição que o juiz proceda, por meio dum raciocínio *discursivo*<sup>102</sup>, a um exame, tanto quanto possível, do que intuitivamente<sup>103</sup> concluiu, já que o *sentimento de evidência* é um critério enganoso para alcançar uma conclusão correta<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> “Não há dúvida”, segundo Santos (2011, p. 160), “de que a garantia da *motivação judicial* é um poderoso *instrumento* que qualitativamente serve como critério *efetivo de controle da discricionariiedade judicial*.” No mesmo sentido, Matta (2004, p. 254 e 256): “a liberdade concedida ao julgador [...] não visa criar um poder *arbitrário e incontrolável*, mas antes um poder que na sua essência, estrutura e exercício se terá de configurar como um dever, *justificado e comunicacional*. [...] É, pois, a livre apreciação da prova, por mais íntima que seja a convicção a que se apele, um exercício de *alteridade*. Não havendo tal preocupação de alteridade, de discussão *dialéctica*, i.e. de discussão do julgador *consigo próprio*, num primeiro momento, e com *os demais – juristas e não juristas –*, no momento seguinte, e não temos livre apreciação da prova, mas pura e simples *arbitrariedade*.” Para Matta (2004, p. 255), aliás, referindo-se ao processo penal sem prejuízo de que se aplique o que diz ao (processo) civil, “dir-se-á que um bem estruturado e bem delimitado dever de fundamentação das decisões penais é o *único* mecanismo que garante a *constitucionalidade* do princípio da livre apreciação da prova”. Prossegue o autor, numa crítica que bem se aplicaria à praxe judicial brasileira contemporânea: “Estranhamente, contudo, a esmagadora parte das fundamentações e dos juízos feitos nas decisões emanadas da nossa [portuguesa] jurisdição penal recaí sobre *interpretação normativa, doutrina e jurisprudência*. Assim se conseguem transformar os despachos, sentenças e acórdãos em *ocos e deslocados exercícios de erudição sobre Direito*, e em *paupérrimos apontamentos sobre a prova produzida e respectiva valoração*. Por isso, e apenas por isso, a livre apreciação da prova na prática judiciária portuguesa continua ainda, neste início do Século XXI, tão *descontrolada* como o era no período revolucionário francês de setecentos.” (MATTA, 2004, p. 256).

<sup>103</sup> O papel desempenhado pela intuição na apreciação da prova difere de sua (da intuição) função na matemática: “Um matemático que intuitivamente pressupôs a solução dum problema complicado pode, em seguida, verificar o resultado por meio dum *cálculo*. A apreciação da prova não pode sujeitar-se a nenhum controle confiável dessa natureza. Além dos dons intuitivos do juiz e sua prática na apreciação probatória, inexistente qualquer outro *meio de constatar a fidedignidade duma intuição* a não ser a *avaliação discursiva do material (probatório)*” – EKELÖF, 1992, p. 150, n. 7.

<sup>104</sup> No mesmo sentido, Rangel (2006, p. 117): “A perfeição das respostas à matéria de facto só tem a lucrar com a substituição dos *puros impulsos*, tantas vezes *desordenados e enganadores*, pela análise serena e reflectida dos factos que só a *razão* é capaz de eliminar e controlar com a necessária segurança.” Para Matta

(EKELÖF, 1962, p. 295). Visa Ekelöf, notadamente, à *racionalização* da apreciação judicial das provas<sup>105</sup> (BRINKMANN, 2005, p. 36).

A única maneira, para Ekelöf (1962, p. 295), de o juiz realizar um controle discursivo de sua intuição é por meio do exame de cada fato probante em conexão com a pertinente máxima da experiência e (em conexão com) os fatos auxiliares disponíveis<sup>106</sup>, sem que, no entanto, os graus probatórios possam ser mensurados em percentuais (EKELÖF, 1962, p. 295). Deve-se examinar cada elo numa cadeia probatória; em seguida, (deve-se) verificar o valor probatório global de todas as circunstâncias indicativas dum fato jurídico; finalmente, (deve-se) subtrair o valor das eventuais provas da inexistência desse fato – EKELÖF, 1962, p. 295. Essa investigação é útil mesmo quando se deixa realizar apenas imperfeitamente (EKELÖF, 1962, p. 295).

Se nenhuma prova possui valor probatório superior ao (valor) de outra (prova), o órgão jurisdicional *difícilmente* será capaz de descobrir a “verdade”, entendida esta como a *maior verossimilhança possível* – v.g. a (verossimilhança) alcançada por meio numa impressão digital (EKELÖF, 1962, p. 295).

---

(2004, p. 254), a expressão “livre apreciação da prova” é “a antítese da ideia *liminar e intuitiva* que se tem quando se fala em *íntima* convicção. A liberdade de apreciação da prova não pode por isso estar mais longe das *meras conjecturas* e das *impressões sensitivas injustificáveis e não objectiváveis*.” Não quer Matta (2004, p. 256) com isso dizer, porém, que se *vede* ao julgador a íntima convicção: “Uma convicção pessoal *não* deixa de o ser pelo facto de ser *objectivada e comunicada* em termos de *racionalidade*.”

<sup>105</sup> Para Taruffo (1970, p. 75), o processo só conhece um tipo de “verdade”: aquela a que chega o juiz por meio numa apreciação *racional* do que resulte da atividade probatória.

<sup>106</sup> Para Matta (2004, p. 265), *fundamentar* uma sentença consiste: “(a) num *elenco* das provas carreadas para o processo; (b) numa análise *crítica e racional* dos motivos que levaram a conferir *relevância* a determinadas provas e a *negar importância* a outras; (c) numa *concatenação* racional e lógica das provas relevantes e dos *factos investigados* (o que permitirá arrolar e arrumar lógica e metodologicamente os factos provados e não provados); e, (d) numa apreciação dos factos *considerados assentes* à luz do *direito vigente*.”

Deve-se ainda levar em conta que, havendo muito material probatório divergente, é *impossível* constatar *com segurança* se tal força probatória (maior verossimilhança *possível*) foi atingida (EKELÖF, 1962, p. 296).

Parecia a Ekelöf (1962, p. 296) que os tribunais suecos costumavam contentar-se com uma força probatória inferior àquela (força probatória) que se diria (força probatória) “de certeza” ou “de verdade”, sendo este o caso mesmo quando o objeto do processo era um crime muito grave (EKELÖF, 1962, p. 296). Ekelöf (1962, p. 296) dizia serem instrutivas a respeito as sentenças criminais cuja incorreção era posteriormente descoberta (EKELÖF, 1962, p. 296). Há casos em que o tribunal não procedeu corretamente, seja porque tenha estimado alto demais o valor probatório em questão, seja porque se tenha contentado com uma força probatória muito baixa, mas também os (casos) há em que de modo algum se pode repreender o tribunal: com base no material probatório existente, qualquer juiz teria condenado o acusado (EKELÖF, 1962, p. 296). Tivesse havido um indício mais pela sua inocência, teria ele sido talvez absolvido (EKELÖF, 1962, p. 296). Um material probatório não pode ser considerado suficiente, se é *enriquecido* com um único fato novo probante mais (EKELÖF, 1962, p. 296). O material probatório existente no processo, por conseguinte, tem apenas um *valor de verossimilhança* (EKELÖF, 1962, p. 296). Proferida uma sentença com base na “verdade”, sua (da sentença) *incorreção* não poderia ser demonstrada com *material probatório novo*, mas *tão somente* por meio da descoberta da *falsidade das máximas da experiência* empregadas no processo<sup>107</sup> (EKELÖF, 1962, p. 296).

---

<sup>107</sup> No mesmo sentido, Matta (2004, p. 231): “Apenas uma *cientificamente reprovável hipocrisia* poderá pretender que em juízo o que se conhece é a ‘verdade’, sendo certo que as mais das vezes o que se demonstrará (ou não), é uma série de factos articulados pelo acusador ou pela defesa que, *se articulados de modos sensivelmente diferentes, levariam a demonstrações de carácter oposto*.”

A questão do *onus probandi*, por sua vez, apresenta, em se tratando da *livre* apreciação das provas<sup>108</sup>, uma natureza bem diferente da (natureza) que possui na teoria legal da prova (EKELÖF, 1962, p. 296). Nesta (teoria legal da prova), as circunstâncias da *plena probatio* são determinadas em lei, bastando, não se dando aquela (*plena probatio*), saber que parte deve suportar o ônus da prova<sup>109</sup> (EKELÖF, 1962, p. 296). Para com aquela (livre apreciação das provas), no entanto, além de ter de avaliar uma porção de indícios<sup>110</sup> e a credibilidade das testemunhas, encontra-se o juiz necessariamente diante da seguinte questão de *direito*: se é

---

<sup>108</sup> O sistema da livre apreciação das provas também se diz (sistema) da prova moral, (sistema) da íntima convicção (MATTA, 2004, p. 234), (sistema) da livre valorização motivada e (sistema) da persuasão racional da prova (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 99), sendo “hoje esmagadora a preferência” por ele (MATTA, 2004, p. 238).

<sup>109</sup> Como explica Freitas (1991, p. 553-554), “[s]empre que a lei *impõe* uma *presunção*, baseia-se numa *regra de experiência* que, *geral* como é, joga com base na *normalidade dos casos*, traduzida em cada caso concreto num *suficiente grau de probabilidade* de que determinado facto se verificou *na realidade* [...]. Sem que a função da prova deixe de ser a demonstração da realidade dum facto [cf. art. 341º. do CC/PT], ou [a demonstração] da verdade duma afirmação sobre ela [realidade dum facto], a lei contenta-se, no estabelecimento desta [realidade dum facto], com uma relação de *verossimilhança*, que, no caso da prova *legal*, goza da *generalidade própria da norma jurídica*”. Dito doutro modo, pelo mesmo autor (2011, p. 201): “As normas que estabelecem o valor legal da prova exprimem, pois, sempre a *ligação entre dois factos*, baseada numa *regra de experiência* que, *absorvida pelo direito*, impõe que, perante a realidade dum deles (*previsão da norma probatória*), se *conclua* pela realidade do outro (*efeito da norma probatória*).” No direito português vigente, relata Marques (2011, p. 588-589), ainda que não se possa falar dum *regime* de prova tarifada ou legal, “em alguns meios de prova, a lei não permite que o tribunal aprecie livremente a prova. É o que sucede com a prova *por confissão* (depoimento de parte): a confissão judicial possui *força probatória plena contra o confitente* (artigo 358º./1 do Código Civil), ou seja só pode ser elidida pela prova do contrário do facto confessado (art. 347º. do mesmo Código); não basta a mera contraprova, isto é, não é *suficiente* criar no espírito do julgador a *dúvida séria* sobre a existência (ou inexistência do facto).”

<sup>110</sup> A propósito, “o facto de o indício não ter uma conexão directa com o *factum probandum* leva a que o respectivo valor probatório seja *variável*, dependente do tipo de ilações que o indício autoriza”, sendo ele (indício) “tanto *mais seguro* quanto *menos ilações alternativas* permita” (MATTA, 2004, p. 227).

*suficiente* a força probatória *alcançada* no processo (EKELÖF, 1962, p. 296).

No âmbito penal, ainda que o direito respectivo apresente regras de ônus da prova, o órgão acusador o (ônus da prova) suporta para com todos os fatos jurídicos relevantes (EKELÖF, 1962, p. 296). Exige-se outrossim uma preponderância probatória significativa do órgão acusador (EKELÖF, 1962, p. 296). Parece a Ekelöf (1962, p. 296-297), contudo, que, na praxe judicial sueca, as circunstâncias relevantes à aplicação do direito penal não são todas provadas com a mesma intensidade<sup>111</sup>: assim, uma acusação por maus-tratos é acolhida com provas mais fracas do que as (provas) necessárias à procedência duma acusação por homicídio, e, relativamente às infrações de menor potencial ofensivo, a exatidão duma confissão de modo algum é provada, contentando-se o órgão jurisdicional, neste caso, com uma força probatória bem módica, não raramente confessando o acusado unicamente para que o procedimento flua tão rapidamente quanto possível (EKELÖF, 1962, p. 297).

No processo civil, o problema é ainda mais complicado, uma vez que nele (processo civil) é duvidoso, no que concerne a alguns fatos jurídicos, a qual parte compete o ônus da prova (EKELÖF, 1962, p. 297). Questões de natureza distinta, no

---

<sup>111</sup> Matta (2004, p. 229) conta que, “no processo penal [português], enquanto procedimento, *não é sempre exigido o mesmo grau de certeza dos factos*, bastando-se a Lei, para alguns efeitos, com a *mera possibilidade* ou com a *probabilidade* da respectiva verificação. [...] Todavia, para que haja condenação é necessário demonstrar: ‘a) se se verificaram os elementos constitutivos do tipo de crime; b) se o arguido praticou o crime; c) se o arguido actuou com culpa (...)’, etc.”. Ainda nesta hipótese (condenação), porém, “*apenas regras de experiência e de lógica* permitem em muitos casos associar determinadas acções a certos estados de alma”, sendo aquelas (regras), “em boa medida, regras de *probabilidade* e mesmo de *mera possibilidade*”; destarte, “se o agente não elidir, positivamente, a verdadeira *presunção* que emerge daqueles juízos de lógica e experiência comuns ao *homem médio*, a que primeiro se aludiu para estabelecer a imputação, terá que concluir-se que a condenação final assenta numa *presunção* de verdade, que não na verdade” (MATTA, 2004, p. 231 e 233).



entanto, merecem distinto tratamento, e uma delas (questões) diz respeito à redação legal das regras de ônus da prova: até que ponto as prescrições do código civil alemão *v.g.* são construídas com base na sintaxiologia comum? (EKELÖF, 1962, p. 297). Ekelöf (1962, p. 297) responde que elas (prescrições), de fato, não o (construídas) são assim (com base na sintaxiologia comum), mas constata ser *possível* indicar claramente, por meio de expressões como “a não ser que” ou “de modo algum”, qual parte deve suportar o ônus da prova. Ekelöf (1962, p. 297) rejeita, por sua vez, que a distribuição do ônus da prova no processo civil romano-germânico ou de *common law* possa ser *adequadamente* feita obedecendo a um princípio *geral*, dê-se este (princípio) com uma classificação legal dos fatos jurídicos em constitutivos, impeditivos e extintivos de direitos (um círculo vicioso, em realidade: impeditivas de direito *v.g.* são justo as circunstâncias em que o réu e não o autor suporta o ônus da prova<sup>112</sup>) ou com um uso que não haja sido consolidado com foco no ônus da prova.

*Lacunosa* a lei, por seu turno, em razão de *não* conter regime *algum* de ônus da prova, sua (do ônus da prova) fixação, segundo Ekelöf (1962, p. 297), tão só por meio da *exegese da prescrição material aplicável* pode ser fixada. O direito material indica, dessarte, a *importância jurídica* da existência ou indiscutibilidade dum fato (EKELÖF, 1962, p. 297). Importa saber se se deve empregá-lo (direito material) analogicamente, quando um fato apenas é provado com certo grau de verossimilhança (EKELÖF, 1962, p. 297). Consoante a exegese legal teleológica, para a resolução desse problema deve-se partir da *intenção* da prescrição material (EKELÖF, 1962, p. 297). A analogia *convém* quando a aplicação dessa prescrição (material) para mais de seu (da prescrição) sentido

---

<sup>112</sup> O *caráter* constitutivo, impeditivo ou extintivo de direito dum fato é dado a este (fato) sempre pela *norma*, “não devendo *confundir-se* a *causa* com o *efeito*” (MÚRIAS, 2000, p. 46).

original lhe (da prescrição) *promove* a finalidade (EKELÖF, 1962, p. 297). Devem-se outrossim considerar as dificuldades probatórias: se, por sua *natureza*, um fato jurídico é de prova geralmente *muito difícil*, na prática *não adiantará exigir uma prova robusta*<sup>113</sup> (EKELÖF, 1962, p. 297). E que o material probatório esteja *sob o domínio* do autor é naturalmente um argumento para que ele e não o réu suporte o ônus da prova<sup>114</sup> (EKELÖF, 1962, p. 297-298). Enfim, à parte que afirme uma

---

<sup>113</sup> No mesmo sentido, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 101): “Se a prova de determinada situação substancial é, pela sua própria *natureza*, extremamente difícil para qualquer das partes, o juiz não pode fechar os olhos para esta situação e apreciá-la como se inexistisse semelhante dificuldade em função da especificidade do próprio direito material afirmado em juízo. Nestes casos, impõe-se a redução da exigência da prova como manifestação direta da necessidade de adequação do processo ao direito material. O ideal é que a legislação infraconstitucional se pronuncie a respeito.”. À dificuldade probatória em processo no qual discutida responsabilidade civil médica, Nunes (2007, p. 61-62 e 79) – apoiando-se na Proposta de Diretiva sobre a Responsabilidade do Prestador de Serviços, elaborada, com base no art. 100-A do Tratado Constitutivo da CEE, pelo Conselho de Ministros da União Europeia e apresentada pela Comissão em 9 de novembro de 1990, na sequência da Resolução do Conselho sobre as Futuras Prioridades para o Relançamento da Política de Defesa dos Consumidores, de 9 de novembro de 1989 – defende *solução diversa: a inversão do ônus da prova* em favor do paciente (em virtude do disposto no art. 342 do CC/PT, [inversão] *de jure Lusitano constituendo*).

<sup>114</sup> No mesmo sentido, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 102-104): “A distribuição *dinâmica* do ônus da prova não parte de uma atribuição realizada *a priori* pelo legislador. Parte-se do pressuposto de que o ônus da prova deve ser desempenhado por aquela parte que, à vista do caso *concreto*, tem *melhores* condições de provar. É o *juiz* quem, diante do litígio, acerta a quem incumbe o encargo de produzir a prova. Diante do Código [de Processo Civil brasileiro] vigente e em atenção ao direito fundamental à paridade de armas no processo civil já entendíamos plenamente viável a distribuição *dinâmica* do ônus da prova. [...] O Projeto [do CPC/BR – PL 166/2010 no Senado] explicitou a possibilidade de dinamização do ônus da prova no seu art. 262.”. Para a teoria da distribuição *dinâmica* do ônus da prova, devendo este (ônus) incidir justo sobre a parte *melhor qualificada*, consideradas as *circunstâncias*, a produzi-la (prova), “não pode implicar uma situação que torne *impossível* ou *excessivamente oneroso* à parte arcar com o encargo que *acabou de receber*” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 96 e 101). Marinoni e Arenhart (2011, p. 201-206) deixam claro, enfim, *não basta* que a parte seja a *circunstancialmente* mais apta à prova; é preciso que o direito *material*, expressa ou *teleologicamente*, permita onerá-la (parte) com ela (prova).

cláusula que se afaste duma norma jurídica dispositiva é que cabe em princípio suportar o ônus de sua (da cláusula) prova; isso ou as normas dispositivas não atenderiam sua função: facilitar a conclusão de contratos (EKELÖF, 1962, p. 298, 1968, p. 109).

Quando, com esse método, verifica-se o “ponto de ônus da prova”, vê-se às vezes *convir* que nenhuma das partes o (ônus da prova) suporte com uma exigência mais elevada de força probatória, senão que se defina um *grau de verossimilhança suficiente menor*<sup>115</sup> (EKELÖF, 1962, p. 298). Para Ekelöf (1962, p. 298), tal solução é apropriada *sobretudo* nos processos envolvendo *contratos* ou *perdas e danos*<sup>116</sup>. No

---

<sup>115</sup> Num processo como o cautelar de produção antecipada de provas, por sua vez, *nenhuma verossimilhança* do alegado é exigida: “Note-se que o órgão judicial que deve decidir acerca da produção antecipada dum meio de prova *não valora a verossimilhança ou probabilidade do direto que alega a pessoa* que formula o pedido de antecipação, porquanto neste âmbito se devem considerar *outros fatores*. *Inter alia*, se concorre o fundado receio de que, por causa das pessoas ou pelo estado das coisas, a prova *não possa ser realizada caso se espere o momento legalmente estabelecido* ou se a prova *é pertinente*.” (GÓMEZ, 2010, p. 57). *Obiter dictum*, a antecipação de provas não se confunde com a asseguaração destas: “O Código [de Processo Civil brasileiro] vigente (arts. 846 a 851), ao contrário do Código [de Processo Civil brasileiro] de 1939 (arts. 250 e 676, VI), confunde produção antecipada e asseguaração de prova. No primeiro caso, produz-se *desde logo* a prova; no segundo, apenas se assegura a possibilidade de produzi-la *posteriormente* – diz-se então que a prova *é ad perpetuam rei memoriam*. [...] O Projeto [do CPC/BR – PL 166/2010 no Senado] continua confundindo os institutos.” (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 104-105) – para Prada (2005, p. 123), contudo, apesar de distintas as figuras (antecipação e asseguaração de provas), estão elas (figuras) em relação *gradual*, sendo a asseguaração uma medida de menor intensidade em comparação com a antecipação.

<sup>116</sup> No mesmo sentido mas noutros termos, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 100): “É *intuitivo* que a necessidade de prova *mais ou menos robusta* para formação do convencimento judicial *flutua* de acordo com o *direito material afirmado em juízo*. Qualquer pessoa com bom senso sabe que para destituir os pais do *poder familiar* é necessária prova *mais forte* do que para condenar determinada pessoa ao pagamento de uma *dívida oriunda de um negócio jurídico*. [...] A eleição de *modelo de apreciação da prova* concerne ao direito material alegado em juízo *e a maior ou menor gravidade que a sociedade empresta ao litígio* levado ao processo. Nos litígios envolvendo direitos *patrimoniais*, deve o juiz julgar observando o modelo de *preponderância de prova*. Havendo litígio, contudo, acerca de questões *não*

que Ekelöf (1962, p. 298) chama de “doutrina nórdica”, admite-se *ainda* que, para *atos jurídicos* diferentes, seja outrossim distinta a força probatória bastante, sendo-se mesmo da opinião de que o “ponto de ônus da prova” fique, *em determinados casos*, no meio da escala, o que significa que a *mínima* preponderância probatória seja *decisiva* e, portanto, *nenhuma* das partes suporte o *ônus* da prova<sup>117</sup> (EKELÖF, 1962, p. 298). Como exemplo, é mencionada uma mãe que afirme que seu filho tenha sido trocado por outra criança na maternidade: é difícil descobrir com que fundamento uma das mães deva suportar o ônus da prova (EKELÖF, 1962, p. 298, 1968, p. 107-108).

Também merece ser notado que o legislador sueco formula as regras de ônus da prova por meio duma redação especial que, esquematicamente, mostra-se assim: “Se A, então B, *a menos que, certamente* ou *presumivelmente* ou *verossimilmente* ou *notoriamente*, C”<sup>118</sup> (EKELÖF, 1962, p. 298). Dessa forma, é não apenas determinado que o *ônus* da prova deva ser suportado pela parte a que aproveite o fato jurídico C, senão também *com que força* esse fato jurídico

---

*patrimoniais com reflexos penais* (por exemplo, alegações de fraudes), referente ao *estado das pessoas* (por exemplo, interdição), em detrimento de seus direitos de *personalidade* e a respeito de seus direitos *políticos* (por exemplo, improbidade administrativa), tem o juiz de empregar o *modelo de prova clara e convincente*.”

<sup>117</sup> Nunes (2007, p. 21, n. 31) vislumbra a existência duma “*tendência* contrária à repartição *legal* do ônus da prova, constituindo *manifestação* desta tendência o exemplo do Código Civil *Suíço* que consagra o princípio da *inteira liberdade* do juiz nas suas resoluções”.

<sup>118</sup> Rangel (2006, p. 115) rejeita a aplicação duma fórmula legal de ônus da prova como a sueca em Portugal nos seguintes termos: “Os ordenamentos jurídicos escandinavos mais especificamente, a Suécia, inclinam-se para a restrição do âmbito de aplicação das normas sobre o ônus da prova, designadamente, eliminando os aspectos subjectivos do convencimento do julgador, o que na prática representa um limite ao comportamento psicológico de convencimento do juiz, o que nos parece profundamente errado. A menos que, diga-se, o grau de desenvolvimento mental e a cultura deste povo seja elevada, como é, permitindo a eficácia e a segurança desejável, o que é impensável entre nós. [...] optamos pelo nosso [português] ordenamento jurídico, por ser mais fiável, certo e seguro”.

precisa ser provado<sup>119</sup> (EKELÖF, 1962, p. 298). Neste ponto, enxerga Ekelöf (1962, p. 298) uma possível diferença entre o direito sueco e o alemão: confessando ser-lhe desconhecido até que ponto os juízes alemães exijam, para ser convencidos, que o fato jurídico seja provado com certeza total ou pelo menos com um “grau de verossimilhança limítrofe da certeza”, parece, entretanto, a Ekelöf (1962, p. 298), que as regras de ônus da prova alemãs não forneçam resposta acerca da *força probatória suficiente*. Di-lo Ekelöf (1962, p. 298) tanto das regras de ônus da prova que, com a ajuda da sintaxiologia, extraem-se do Código Civil alemão, quanto das (regras de ônus da prova) deduzidas dalgum princípio geral de ônus da prova: recebe-se, em ambos os casos, informação apenas sobre *qual parte* suporte o ônus da prova ou, noutras palavras, *de que lado* da escala de verossimilhança esteja o “ponto de ônus da prova”.

Por sua vez, independentemente das *opiniões* que os juristas possuam sobre apreciação (da prova) e ônus da prova, não se podem desconsiderar as *necessidades da vida jurídica* (EKELÖF, 1962, p. 299). Ekelöf (1962, p. 299) demonstra-o por meio dum exemplo tirado da praxe judicial alemã. Num caso, segundo EKELÖF (1962, p. 299), publicado na p. 169 do volume 6 do Repertório de Jurisprudência em Matéria Cível do Supremo Tribunal Federal Alemão (*BGHZ – Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*), dois reboques de navios cruzam-se no canal Dortmund-Ems; o rebocador do autor puxava um (barco), o do réu (puxava) dois barcos; o último destes dois barcos deu uma guinada brusca e bateu no barco puxado pelo autor; este exigiu indenização por perdas e danos, mas o réu contestou que a colisão tivesse resultado de culpa de sua tripulação, alegando que, apesar duma correta condução do leme, seu barco teria sido empurrado, com popa a estibordo e proa a bombordo, contra o barco puxado pelo autor,

---

<sup>119</sup> Para Marinoni e Mitidiero (2010, p. 100), o *ideal* é que o *grau de seriedade* da prova necessário ao convencimento judicial seja determinado em *lei*.

por uma correnteza rio acima que surgiu no local da colisão e (por) a sucção assim produzida (EKELÖF, 1962, p. 299). Levando em conta um baixio existente no local da colisão, peritos confirmaram a *possibilidade* dum tal efeito de correnteza e sucção (EKELÖF, 1962, p. 299). Em casos assim, o autor enfrenta normalmente grandes dificuldades probatórias, e elas são maiores do que as do réu, na medida em que este pode apurar melhor o que aconteceu com sua embarcação (EKELÖF, 1962, p. 299). Tem-se a impressão, logo, de que seria suficiente que o autor fizesse parecer verossímilante a culpa do réu; no direito alemão, porém, emprega-se, em vez disso, visando proporcionar ao autor uma facilidade probatória, o instituto da prova *prima facie* (EKELÖF, 1962, p. 299). Assim motivou a decisão do caso, segundo Ekelöf (1962, p. 299), o Supremo Tribunal Federal alemão:

O desenrolar *típico* duma colisão dessa espécie indica, consoante a *experiência geral da vida*, uma errada condução do leme do último barco do réu e, por conseqüência, a culpa de quem dirigia a embarcação. Com essa prova *prima facie*, está o autor, por ora, desobrigado, consoante a jurisprudência da seção, de qualquer outra demonstração. Mas, sendo permitido ao réu *enfraquecer*, por meio da prova da *possibilidade* dum *outro* desenrolar dos acontecimentos, a suposição fática (baseada na experiência geral da vida) duma condução de leme culposa, voltaria ao autor, no caso da prova dessa possibilidade, o ônus de produzir a prova da culpa de quem dirigia a embarcação.

Na motivação suprarreferida por Ekelöf (1962, p. 299), é especialmente salientado que o réu deve mostrar *apenas a possibilidade* e portanto não a verossímilhança *dum desenrolar*

*das coisas diverso*<sup>120</sup>. Nisso (mostrar a possibilidade dum desenrolar das coisas diverso) não foi ele (réu), no entanto, bem-sucedido, segundo conta Ekelöf (1962, p. 299-300), prosseguindo este (Ekelöf), logo após, na transcrição do acórdão:

*A possibilidade alegada pelo réu, dum efeito de sucção causador da colisão, existe apenas na área do baixio encontrado no local, e, por isso, faz parte da prova a empreender pelo réu que ele demonstre que seu (do réu) último barco tenha estado, em medida tal que haja influído na colisão, dentro dessa zona de efeito. Devem ser outrossim cabalmente provados os fatos dos quais é deduzida, pelos obrigados ao enfraquecimento (da suposição fática), a possibilidade dum desenrolar das coisas diverso.*

A motivação desse acórdão, para Ekelöf (1962, p. 300), estava em harmonia com uma *firme* praxe judicial.

É controversa a natureza da prova *prima facie*, podendo esta (prova *prima facie*) ser concebida como o próprio fato jurídico constitutivo da responsabilidade ou sua (do fato jurídico) prova (EKELÖF, 1962, p. 300). Entendia Ekelöf (1962, p. 300) ser o resultado prático, porém, em ambos os casos, mais ou menos o mesmo. Quanto ao Supremo Tribunal Federal alemão, considerou ele a circunstância de ter o último barco do réu de repente mudado de direção como prova da culpa deste (réu) e ponderou essa prova com as circunstâncias de valor probatório contrário (EKELÖF, 1962, p. 300). Inexistissem outras provas, no entanto, seria a culpa do réu suficientemente provada por meio da prova *prima facie* (EKELÖF, 1962, p. 300).

---

<sup>120</sup> No entender do Tribunal Superior da Navegação Interior, contudo, uma “maior verossimilhança” é que indicaria a possibilidade dum desenrolar das coisas diverso (EKELÖF, 1962, p. 300).

Ekelöf (1962, p. 300) viu, na leitura conferida pelo Supremo Tribunal Federal alemão à mudança repentina de rumo do barco puxado pelo réu, uma *presunção* ou *fundamento de presunção* com *significado jurídico*, (presunção ou fundamento de presunção) que autorizou um *deslocamento do ônus da prova*, ainda que *não a ponto de invertê-lo* (ônus da prova). Do réu não se exigiu que demonstrasse uma verossimilhança preponderante de sua inocência, bastando que a suspeita de sua (do réu) culpa houvesse sido *enfraquecida* ou que tivesse uma prova contrária *abalado* a presunção *prima facie* do tribunal (EKELÖF, 1962, p. 300). Explica Ekelöf (1962, p. 300), em terminologia própria, que a presunção, nesse caso, apenas deslocou o “ponto de ônus da prova” para mais perto do meio da escala de verossimilhança – ou, ao menos, (a presunção) não o (“ponto de ônus da prova”) fez passar à metade contrária da escala.

Ekelöf (1962, p. 300), de qualquer maneira, não estava seguro da adequação em proporcionar *desse modo* ao autor uma facilidade probatória. Todo desenrolar *típico* dos acontecimentos deve valer como prova *prima facie*, mas – perguntava Ekelöf (1962, p. 300) – onde fica a fronteira entre o típico e o atípico<sup>121</sup>, e por que a força probatória suficiente deve diferir de acordo com o *tipo de prova* (*prima facie* ou não)? Declarava ser-lhe difícil defender a solução de que *o autor deve provar a culpa do réu com maior força quando* (o autor) *não pode recorrer a uma experiência geral da vida* (ou seja, quando a ação baseia-se em circunstâncias muito singulares ou o réu consegue abalar o resultado duma prova

---

<sup>121</sup> Versando, ora da perspectiva do réu, sobre a repartição do ônus da prova, faz Reis (2005, p. 267) a mesma indagação: “Provado o facto constitutivo, há-de o réu provar, por seu lado, que há factos impeditivos ou que o direito do autor foi destruído por um facto extintivo. Não é fácil dar uma definição de factos impeditivos, pois que apresentam várias modalidades. Poderá dizer-se que como tais se devem considerar todos os factos *anormais*, isto é, todos os factos que se opõem à validade do facto constitutivo. A *dúvida*, por vezes, está em determinar o que é *normal* e o que é *anormal*.”.



*prima facie*), sendo mais apropriado um contentar-se *sempre* com uma força probatória *menor* para a culpa (EKELÖF, 1962, p. 300-301). Ao argumento de que isso fosse incompatível com o princípio de que a procedência dum ação somente pudesse ter por fundamento uma convicção segura do órgão jurisdicional, Ekelöf (1962, p. 301) respondia que, quando uma decisão é baseada tão somente numa prova *prima facie*, raramente há motivo suficiente para uma convicção bem segura. Alegando-se, por seu turno, contra este entendimento (quando uma decisão é baseada tão somente numa prova *prima facie*, raramente há motivo suficiente para uma convicção bem segura), que o órgão jurisdicional, de acordo com o direito vigente, *deve*, de qualquer modo, ser *convencido* por tal prova (*prima facie*), replicava Ekelöf (1962, p. 301) que dessa forma se abandonava a *livre* apreciação das provas e (se) adotava a criticada teoria *legal* da prova.

A exigência, no caso recém-analisado, de o réu provar com uma força *muito grande* a circunstância de que a colisão teve lugar perto dum baixio deveu-se a que dessa circunstância seria deduzido haver o barco sido exposto a um efeito de correnteza e sucção, portanto (seria deduzido) que este (efeito) causou a colisão (EKELÖF, 1962, p. 301). A última ilação (o efeito de correnteza e sucção causou a colisão) precisaria apenas ser “*possível*”: se o valor probatório do *efeito de correnteza* fosse *já forte*, tornar-se-ia difícil compreender por que *também o lugar da colisão* deveria ser *robustamente* provado (EKELÖF, 1962, p. 301). Para Ekelöf (1962, p. 301), o recurso à solução da prova *prima facie* encontra explicação unicamente na recusa em aceitar que a força probatória *suficiente*, segundo uma regra de ônus da prova ordinária, *possa ser bem baixa*.

Juntamente com o conterrâneo Per Olof Bolding, Ekelöf<sup>122</sup> influenciou, especialmente por meio de Kegel e

---

<sup>122</sup> Nas palavra de Múrias (2000, p. 59, n. 127), “o mais conhecido defensor no

Bruns, a processualística civil germânica<sup>123</sup>, que traduziu o princípio da verossimilhança preponderante por *Überwiegensprinzip* (WALTER, 1979, p. 142-143). No Brasil, por seu turno, ainda não se emprega a expressão “verossimilhança preponderante” fora dos casos em que a lei *expressamente* refere-se àquela (verossimilhança) – cf. Agravo de Instrumento nº 0783556-7, 4ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Maria Aparecida Blanco de Lima, Rel. Convocado Fabian Schweitzer. j. 23.08.2011, unânime, DJe 12.09.2011, e Agravo de Instrumento nº 0766323-4, 4ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Maria Aparecida Blanco de Lima. j. 31.05.2011, unânime, DJe 02.06.2011.

Marinoni e Arenhart (2011, p. 91) perguntam se, ao aplicar o princípio da verossimilhança preponderante, o juiz acha-se ainda em estado de dúvida ou a terá superado. A resposta parece estar em que *sempre*<sup>124</sup> há algum grau de

---

estrangeiro do sistema do seu país”.

<sup>123</sup> Walter prefere falar de redução do módulo da prova (*Beweismaßreduzierung*) por exigência teleológica do direito material (v.g. o que seja lesões pré-natais ou doenças e acidentes de trabalho – cf. WALTER, 1979, p. 215-232; cf. tb. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 92), o qual, doutro modo, pôr-se-ia em perigo ou tornar-se-ia inalcançável: “A prova *prima facie*, com todas as suas variações, é a tentativa de justificar *reduções necessárias do módulo da prova*. [...] Os motivos determinantes de todas essas inexas decisões com base na prova *prima facie* estão contudo no direito *material*.” (WALTER, 1979, p. 214 – cf. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 222). Para Marinoni e Arenhart (2011, p. 224), a técnica de redução do módulo da prova visa menos facilitá-la (prova) do que (facilitar) a *convicção judicial*. Cf. equiparação, conquanto *en passant*, entre essa técnica e o princípio da verossimilhança preponderante, em MARINONI; ARENHART, 2011, p. 228.

<sup>124</sup> Para Gouveia (2008, p. 338), abordando a prova *prima facie*, “do que falamos aqui é de graus de probabilidade. Se pudéssemos quantificar esses graus na convicção do julgador, diríamos que uma prova de primeira aparência convenceria o julgador em cerca de 60-70% (sendo portanto 40-30[%] de dúvida), enquanto uma prova ‘de última aparência’ convenceria o juiz em 80-90%. *Será difícil que não subsista qualquer dúvida*.” No mesmo sentido, Rangel (2006, p. 382): “Articulados correctos, bem elaborados, uma prova forte, certa e adequada conferem, seguramente, *um grau e uma percentagem de convicção ao julgador superior a 90%*, ou seja, *o bastante para as necessidades da vida*”.

dúvida na decisão do juiz que humildemente se aceite *falível*<sup>125</sup>. A adoção do paradigma da verossimilhança implica a aceitação de que toda *convicção* é, em maior ou menor grau, *outrossim* de verossimilhança<sup>126</sup>.

#### 4.3. INTERESSE JURÍDICO SUBSTANTIVO AXIOLOGICAMENTE PREVALECENTE NA IMPOSSIBILIDADE PROBATÓRIA CONCRETA NÃO SUBJETIVAMENTE PROVOCADA.

São impróprios a traduzir a *adequação* dum ordem jurídica os sistemas de conceitos fundamentais “puros”, como o desenvolvido por Kelsen (CANARIS, 1996, p. 27):

Trata-se, neles, de categorias puramente formais, que subjazem a qualquer ordem jurídica imaginável, ao passo que a unidade *valorativa* é sempre de tipo *material* e só pode realizar-se numa ordem jurídica *historicamente* determinada; sobre isso, porém, os sistemas de puros conceitos fundamentais, pela sua própria perspectivação, não querem nem podem dizer nada. (CANARIS, 1996, p. 27).

A composição de um litígio, fim ordinário do processo civil, opera-se em dois momentos: primeiro, verifica-se, no direito substantivo, a *hierarquia entre os interesses contrapostos*; em seguida, assegura-se esta (hierarquia) pelo processo (MENDES, 1986, p. 98-99). Isso se dá porquanto o “processo civil é *instrumental*”<sup>127</sup> perante o direito substantivo,

---

<sup>125</sup> Falibilidade patente *outrossim* no conhecimento científico, em que a provisoriedade das evidências não pode senão reduzir a verdade à verossimilhança (BAPTISTA, 2001, p. 29-30).

<sup>126</sup> O mesmo argumento vale para a surpreendente (uma vez que distinguem graus de verossimilhança e *lhe* – da verossimilhança – aparentam acolher o paradigma) crítica de Marinoni e Arenhart (2011, p. 94) ao *próprio princípio* da verossimilhança preponderante, alegando que o juiz deve ter a *convicção da verdade*.

<sup>127</sup> *In verbis* de Freitas (2009, p. 9): “o recurso aos tribunais para tutela de situações

pelo que em processo não podem ser produzidos ou alcançados efeitos que aquele direito *material* não admite” (SOUSA, 1993, p. 42-43) nem (pode) “a convicção judicial [...] ser pensada como algo que diz respeito *apenas* ao direito processual, compreendido na sua tentativa de *isolamento do direito material*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 225).

Hierarquia que, para Magalhães (1940, p. 356), existe já entre lei, verdade e justiça:

Verdade, Lei, Justiça – três conceitos *relativos*, cuja hierarquia tem de ser *pragmáticamente* estabelecida. É pela *imperatividade da Lei* que se alcança a Verdade para fazer Justiça.

Como visto acima, para Ekelöf (1962, p. 297 – cf. tb. MARINONI; ARENHART, 2011, p. 90), cabe ao próprio *juiz*, *omissa* a lei, determinar o grau de verossimilhança necessário a sua (do *juiz*) convicção, de acordo com a *teleologia* do direito *material*, recorrendo (o *juiz*) às regras do ônus objetivo da prova tão somente quando não atingido esse grau:

Na *ausência* duma disposição *legal* assim [“Se A, então B, *a menos que*, certamente ou *presumivelmente* ou *verossimilmente* ou *notoriamente*, C”], na fórmula sueca – cf. EKELÖF, 1962, p. 298], deve o *juiz*, numa interpretação *teleológica* da lei, determinar a *extensão* e o *ônus* da prova. [...] Nos casos em que [disso] *não* resulte alguma regra de ônus da prova que *favoreça* uma das partes, deve-se recorrer ao ônus *objetivo* da prova, entendido este como *risco do litígio*. (BRUSKE, 1994, p. 29).

---

jurídicas e concomitante garantia de normas de conduta de direito privado postula a aplicação de normas *instrumentais* (ditas *adjectivas*) que regulem as actuações dos sujeitos de direito privado e dos tribunais tendentes à *concretização* jurisdicional *do direito substantivo*. O conjunto dessas normas, recortado no âmbito do direito público, constitui o direito processual civil.”.

Segundo Mendes (1961, p. 437), “[a]ctualmente, em *todas as ordens jurídicas positivas* – incluindo a nossa [portuguesa] – a forma de decisão das questões *irreduzivelmente* incertas consiste no sistema chamado do *ónus da prova*”.

Contudo, ainda que se equivalham em verossimilhança as alegações contrárias no processo e exista no ordenamento jurídico regra objetiva aplicável de ónus da prova, deve-se, *sem mecanicismo*<sup>128</sup> *nem equidade*<sup>129</sup>, perquirir, quando da impossibilidade probatória concreta<sup>130</sup> não provocada, sequer culposamente, por qualquer das partes, que *interesse* o direito *material* discutido prefere, respeitando-se, deste modo, o *legislador* e a natureza *instrumental* (relativamente ao direito material) do processo:

a forma de interpretação das leis que melhor satisfaz os interesses práticos é constituída pela investigação *histórica* dos *interesses*. É uma interpretação histórica – adopta os métodos da investigação histórica – mas não exclusivamente subjectiva: deve procurar sim os pensamentos exteriorizados ou revelados por meio do *acto legislativo*, mas a sua acção retrospectiva deve ir mais longe, até aos interesses *determinantes* da lei, aos interesses *causais*. (HECK, 1947, p. 10).

Para Heck (1947, p. 98-99), a premissa maior, no

---

<sup>128</sup> Sem recurso a uma regra de ónus objetivo da prova, noutras palavras.

<sup>129</sup> Referindo-se às cláusulas gerais no direito, diz Ascensão (2011, p. 335): “O trabalho sobre cláusulas gerais é mais difícil: mas é o único que pode levar a soluções *corretas*, que afastem *simultaneamente*, quer o *meccanicismo*, quer a *pseudoequidade* que esconde o *arbitrio* de quem é preguiçoso.”. Contra o emprego da equidade no sistema do livre convencimento motivado, cf. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 41. Para Marques (2011, p. 26), porém, quando o juiz decide segundo a equidade, é o *próprio direito processual civil* (o qual, normalmente, tutela relações e situações de direito substantivo), por meio da decisão, que constitui o direito para o caso concreto.

<sup>130</sup> Diz-se “concreta” para que se entenda a *impossibilidade* probatória como aquela decorrente das *circunstâncias de cada caso* submetido à apreciação judicial.

silogismo da decisão judicial, é construída pelo órgão jurisdicional em dois momentos: primeiro, conhecem-se historicamente os comandos legais existentes e os interesses legislativos; em seguida, trabalham-se as informações dessa maneira obtidas de maneira que se forme o comando necessário a decidir.

Esse esforço, no entanto, *ainda* se pode revelar *bastante superficial*:

O juiz pode ir até ao ponto de se desviar de certo comando legal particular, considerado tanto na sua letra, como mesmo na imagem final da ideia legislativa do seu conteúdo. *Mas só o pode fazer para obedecer à vontade normativa, isto é, aos interesses [imediatos] que o legislador procurou satisfazer*, tanto por meio daquele comando particular, como por outras formas. (HECK, 1947, p. 230).

Ética, no dizer de Adeodato (2007, p. 121), é, “além da doutrina do bom e do correto, da ‘melhor’ conduta, a teoria do conhecimento e *realização* desse desiderato”, incluindo-se nela (ética) “não apenas aquilo que tradicionalmente faz parte da moral, mas também o que *hoje* se chamam o político e o *jurídico*” (ADEODATO, 2007, p. 122). Tal inclusão não significa que normas morais, políticas e jurídicas sejam indistintas, antes (tal inclusão) lhes (das normas morais, políticas e jurídicas) revelando a origem comum, a imprecisão dos limites traçados para as separar e a *semelhante função social* (ADEODATO, 2007, p. 122). As diversas tentativas, na era moderna<sup>131</sup>, de separar moral, política e direito por seu isolamento de *bases éticas comuns* não visam, segundo

---

<sup>131</sup> Leciona Bezerra (2010, p. 226) que “é característica da *pós*-modernidade a compreensão da realidade por meio de enfoques com base em diversas ciências e métodos. Daí por que a reflexão *ética* a partir dos magistrados, sem sombra de dúvida, *potencializa* a tomada de decisões judiciais, haja vista que possibilita ao aplicador do direito a análise da situação *por diversos prismas*”.

Adeodato (2007, p. 122), senão “apoiar a emergente *autonomia do Estado* por meio de uma *instrumentalização do direito*”. Essa separação, porém, “só é possível como *artifício metodológico e pragmático*” (ADEODATO, 2007, p. 122). As *decisões* éticas, “destinadas a solucionar conflitos intersubjetivos, *não* podem ser encontradas por procedimentos *descritivos*, como querem alguns, mas têm de ser *prescritas*”, o que *veda* “argumentar em termos de uma *verdade, seja ela qual for*” (ADEODATO, 2007, p. 122)<sup>132</sup>.

A ética *não autoriza* decisões *fáceis* baseadas nas normas *legisladas*, quando uma solução *satisfatória* só se obtenha por meio duma *aprofundada* pesquisa no ordenamento jurídico<sup>133</sup> (CORDEIRO, 2007, p. 1.172). Como sustenta Canaris (1996, p. 75), a tarefa do pensamento *teleológico* é, “uma vez *legislado* um *valor (primário)*, pensar *todas* as suas *consequências* até o *fim*”<sup>134</sup>. Valor que, a propósito, deve estar entre os (valores) “fundamentais mais profundos” (os quais permitem a “descoberta do *sistema teleológico*”, inalcançável quando se para nas “decisões de conflitos” e nos “valores *singulares*”<sup>135</sup>), apurando-se assim, “por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio juris* determinante”<sup>136</sup> (CANARIS, 1996, p. 77).

---

<sup>132</sup> A ética é “o campo por excelência da *retórica*”, em que “só se pode *opinar e tentar* persuadir” (ADEODATO, 2007, p. 122).

<sup>133</sup> No mesmo sentido, no pensamento chinês, Mêncio e Xunzi, “para os quais a lei, se deve ser levada em conta, não pode bastar e deve ter por fundamento uma ética de humanidade e benevolência” (CHENG, 2008, p. 268).

<sup>134</sup> O que não se confunde com “encontrar uma *qualquer* regulação ‘*justa*’, *a priori* no seu conteúdo – por exemplo no sentido do Direito *Natural* ou da doutrina do ‘Direito *justo*’” (CANARIS, 1996, p. 75).

<sup>135</sup> Como explica Pérez, “o círculo dos *faticamente interessados* na resolução dum litígio é de raio  *muito superior* ao dos *processualmente legitimados*. [...] Por exemplo, se a propriedade deve, constitucional e eticamente, cumprir uma função social, não existe argumentação sólida para sustentar a possibilidade duma contratação antissocial.” (TARUFFO; IBÁÑEZ; PÉREZ, 2010, p. 151-152).

<sup>136</sup> Contra, cf. MÚRIAS, 2000, p. 75, n. 186: “A ideia de que a toda norma subjaz ‘uma finalidade’ é anacrônica. Cf. ENGISCH, *Introdução*, p. 141. Recolhe-se de ESSER, *Grundsatz*, 90-1, a noção do erro que estaria tb. em pensar que, para cada norma, se disponibilizaria um princípio.”

Rejeitada, no entanto, uma verdade qualquer que seja, esse valor não é senão, com uso de palavras adeodatianas, “produto das *preferências* e experiências humanas dentro do processo *histórico*”<sup>137</sup> (ADEODATO, 1996, p. 142-143). A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), a propósito, afirma *expressis verbis* que o juiz, na aplicação da lei, “atenderá aos fins *sociais* a que ela se dirige”.

Tome-se o exemplo duma enchente que haja atingido um pequeno município do interior brasileiro e feito desaparecer, para o sujeito passivo tributário e a Fazenda Pública, os documentos comprobatórios do pagamento de um tributo<sup>138</sup>. Esta (Fazenda Pública) inscreve o crédito em dívida ativa e promove a execução em face daquele (sujeito passivo tributário), conquanto repute possível a primeira que o segundo, como vem este a alegar em juízo, tenha-o pagado. São igualmente verossimilhanças as alegações formuladas pelas partes (crédito da Fazenda por pagar, de um lado, e, do outro, pagamento pelo sujeito passivo). Ainda que se admita a prova do pagamento (que, em princípio, é documental – arts. 320, 321, 324, *caput*, do CC/BR) por testemunhas (arts. 401 e 403 do CPC/BR<sup>139</sup> – contra, ante a presunção de certeza da dívida

---

<sup>137</sup> Adeodato (1996, p. 142-143) as (palavras) emprega no sentido oposto, ao referir-se à ontologia de Nicolai Hartmann: “Semelhante independência dos valores ideais em relação ao mundo real leva Hartmann a um objetivismo axiológico mais extremado do que o de Max Scheler, demonstrando a influência de Platão. Os valores [para Nicolai Hartmann] não são, assim, *produto das preferências e experiências humanas dentro do processo histórico*.”

<sup>138</sup> Também Walter (1979, p. 210-211) emprega exemplo de redução do módulo da prova envolvendo direito (no caso, uma isenção) tributário, e Ekelöf (1962, p. 289-291, 1992, 135-136) demonstra o uso do princípio da verossimilhança preponderante tomando por modelo um crédito cobrado em juízo cujo (do crédito) pagamento é controvertido.

<sup>139</sup> Questão que não se levantaria no direito italiano, por força do art. 2.721, *in fine*, do respectivo CC (“A prova, por testemunhas, dos contratos não é admitida quando o valor do objeto excede cinco mil liras. Todavia, a autoridade judiciária pode consentir na prova além do limite anteriormente referido, tendo em conta a qualidade das partes, a natureza do contrato e *qualquer outra circunstância*.”) – cf. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 210.



cujos títulos embasam a execução, cf. REsp 424.621/ES, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 06/02/2003, DJ 24/02/2003, p. 241, e REsp 119.432/PR, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 12/06/1997, DJ 30/06/1997, p. 30941), supõe-se que, como é usual em se tratando do pagamento de tributos, não as há. Nessa hipótese, deve-se aplicar não a regra do art. 333, II, do CPC/BR (ônus da prova a quem alega fato extintivo da obrigação), mas a do interesse jurídico substantivo<sup>140</sup> axiologicamente<sup>141</sup> prevalecente: *se o direito tributário nasce para a proteção jurídica do sujeito passivo tributário*<sup>142</sup>,

---

<sup>140</sup> Diz-se *nominatim* substantivo (doravante, no eventual silêncio, subentendido o adjetivo) para o distinguir do interesse jurídico processual (arts. 3º, 4º, 267, VI, 295, III, do CPC/BR).

<sup>141</sup> “Axiologicamente” em função dum valor *jurídico primário*.

<sup>142</sup> Cf. MACHADO, 2008, p. 50: “A finalidade do *Direito Tributário* não se confunde com a finalidade do *tributo*, e a distinção – aliás, evidente – é muito importante. O tributo tem por finalidade suprir os cofres públicos dos recursos financeiros necessários ao custeio das atividades do Estado. [...] A finalidade do *Direito Tributário* não é a arrecadação de recursos financeiros para o Estado, mas o *controle do poder de tributar* a este inerente. O *Direito Tributário* existe para delimitar o poder de tributar, transformando a relação tributária, que antigamente foi uma relação *simplesmente de poder*, em relação *jurídica*. [...] O *Direito Tributário* surgiu para delimitar o poder de tributar e evitar os *abusos* no exercício deste.” No mesmo sentido: SABBAG, 2011, p. 57. Explica Harada (2011, p. 294): “A exacerbação do fenômeno tributário acabou por provocar a luta dos povos contra a tributação não consentida [*obiter dictum*, Campos (2006, p. 63-64) aponta o equívoco, nos séculos XIX e XX, em crer consentida a tributação apenas por vir determinada em lei criada por um parlamento supostamente representante da vontade popular, com abstração da “teia de interesses por detrás da forma da vontade popular”]. [...] O estudo histórico não deixa dúvida de que a tributação foi a causa direta ou indireta de grandes revoluções ou grandes transformações sociais, como a Revolução Francesa, a Independência das Colônias Americanas e, entre nós [brasileiros], a Inconfidência Mineira [...]. [...] atualmente, o fenômeno tributário encontra-se juridicizado”. No mesmo sentido: SABBAG, 2011, p. 61-64 e 84-85 e 99-100. Sustenta, por sua vez, Martins (2011, p. 27): “Estou convencido de que o atual sistema [tributário brasileiro], como o anterior, é mais uma *carta de direitos do contribuinte* contra a excessiva e reconhecida carga tributária da Federação tripartida que é o Brasil, único país do mundo a outorgar, constitucionalmente, competência impositiva aos municípios”. Enfim, enxergando no princípio da tipicidade tributária um “instrumento de defesa dos cidadãos” contra “desmandos” e “arbitrio” do Poder

sobrepõe-se, pois, *por teleologia do direito substantivo e não por preferência judicial*, no desate do impasse probatório extraordinário, o interesse jurídico do devedor tributário ao (interesse) da Fazenda Pública credor, não se tratando, *in casu*, de mera analogia (art. 108, I, do Código Tributário Nacional brasileiro [doravante CTN] c/c art. 55, par. 3º., da Lei 8.213/1991) ou equidade (art. 108, par. 2º., do CTN), ausente princípio pertinente geral de direito tributário ou público (art. 108, II e III, do CTN) e inadequado o emprego de princípio geral de direito privado (art. 109 do CTN), este (princípio), de qualquer modo, outrossim ausente.

Não se dirá ter aqui havido uma presunção<sup>143</sup> *hominis*<sup>144</sup> de pagamento pelo sujeito passivo tributário à Fazenda Pública, senão *legal* (ainda que *não no sentido que habitualmente se lhe atribui*), já que a presunção encontra esteio na *preferência previamente assentada no direito substantivo*.

Por sua vez, é preciso que a impossibilidade concreta de prova não possa ser imputada a qualquer das partes<sup>145</sup>. Deste

---

Executivo, chega Meyer-Pflug (2011, p. 158) a assemelhar ao *penal* o direito tributário.

<sup>143</sup> A qual, *obiter dictum*, a despeito do que afirma o art. 212, IV, do CC/BR, não consiste em meio de prova: “A presunção não é meio de prova, nem fonte desta. Trata-se de atividade do juiz, ao examinar as provas, ou do legislador, ao criar regras jurídicas a ser aplicadas (presunções legais) sempre ou quase sempre, conforme o caso. Exatamente por não se tratar de meio de prova, não é admissível venha a lei a regular-lhe a aplicabilidade, pois, sendo um mecanismo da inteligência do magistrado, torna-se supérflua a regra de lei que autorize ou proíba o juiz de pensar.” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 58).

<sup>144</sup> Vedada, consoante o art. 230 do CC brasileiro (cf. tb. arts. 2.729 do CC italiano e 351 do português), sempre que também o (vedada) for a prova exclusivamente testemunhal. A propósito desse dispositivo, como esclarecem Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 61), “[o] que se pretende reger é a prova indiciária, equiparando-a à prova testemunhal: o indício, sim, como já visto, pode ser encarado como meio de prova. Encampa-se, então, concepção antiga [art. 188 do Regulamento 737/1850] que relaciona os indícios às testemunhas.”

<sup>145</sup> No direito português (art. 344, 2, do Código Civil), inverte-se o *onus probandi* quando a parte adversa houver, com culpa *lato sensu*, ainda que por *omissão* (MARQUES, 2011, p. 599), tornado a prova impossível àquela (parte) legal ou convencionalmente onerada.

modo, o recurso ao interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente é subsidiário à regra que impõe o ônus da prova a quem, com sua própria conduta, dificultou-a.

Diferente a resposta, se de credor e devedor regidos por direito que *não protege especialmente* nenhum dos dois (inclusive por inversão do ônus da prova *ope legis*<sup>146</sup> ou *judicis*<sup>147</sup> – v.g. respectivamente arts. 38 e 6º., VIII, do CDC) se tratasse. Nesta hipótese, aplicar-se-ia *diretamente* a regra geral do art. 333, II, do CPC/BR, onerando-se o segundo (devedor) com a prova do fato extintivo do direito do primeiro (credor). O interesse jurídico substantivo axiologicamente prevalecente, na impossibilidade probatória concreta não provocada pelas partes, é, logo, o *último recurso* de que *eventualmente* dispõe o julgador antes da aplicação da regra do ônus (*objetivo*) da prova, a qual regra passar a ser adequada *somente* quando (A) a parte não se desincumbe, *podendo* tê-lo feito, do referido ônus ou, (B), *não* o podendo, inexistente direito *material* que a privilegie em face da (parte) adversa.

Não se pode confundir, enfim, a regra do interesse jurídico axiologicamente prevalecente com uma de ônus da prova como regra de julgamento. No emprego daquela como no desta, inexistente prova que ampare o interesse de qualquer das partes, nem a alguma destas favorece a verossimilhança. As normas concernentes ao ônus da prova, contudo, têm como possível que o onerado, salvo culpa sua mesma, prove o fato (MARQUES, 2011, p. 30), diversamente do que ocorre quando é preciso recorrer ao interesse jurídico axiologicamente

---

<sup>146</sup> Para Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p; 83), mais adequado seria reconhecer na inversão dita *ope legis* uma presunção legal relativa, a qual funciona como regra de julgamento: “ao fim do litígio, o juiz observará se as partes se desincumbiram dos seus respectivos ônus processuais, só que, em vez de aplicar o art. 333 do CPC[BR], aplicará o dispositivo legal específico”.

<sup>147</sup> Aqui, como explicam Didier Jr., Braga e Oliveira (2011, p. 84), “prevalece, *a priori*, a regra geral do art. 333 do CPC[BR], podendo o juiz, no caso concreto, a depender das circunstâncias, excepcioná-la, dispondo de que forma será redistribuído o ônus da prova”.

prevalecente, em que a prova de um fato é, sem que para isso tenham contribuído as partes, pelo juiz reconhecida, no caso concreto, impossível.

## 5. CONCLUSÃO.

No transcurso da mudança, na processualística civil, do paradigma da verdade para o da verossimilhança, aceita-se ainda a verdade dita real, mas como meta apenas e desde que admitido poder ela apenas com limitações ser atingida, o que implica a suficiência do verossímil para a convicção judicial que embasa a decisão, de maneira que devem as partes observar, agindo sempre com licitude e boa-fé, as oportunidades para a prova.

Nos casos em que, no processo, a verossimilhança das alegações contrárias se equivalha, deve-se, antes do recurso às regras de ônus objetivo da prova, perquirir, havendo impossibilidade probatória concreta não provocada, sequer culposamente, por qualquer das partes, que interesse, focado por um valor jurídico primário histórico, seja preferido pelo direito material.



## 6. BIBLIOGRAFIA.

- ADELAAR, Willem F. H. *The languages of the Andes*. New York: Cambridge University, 2006.
- ADEODATO, João Maurício. Concepção dogmática de direito público e de direito privado: perfil histórico. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (coord.). *Direito*

- das obrigações: reflexões no direito material e processual: obra em homenagem a Jones Figueirêdo Alves*. São Paulo: Método, 2011, p. 209-217.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3ª. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ALVIM, J. E. Carreira. Problemática do art. 515, §3º, do CPC – extinção do processo sem julgamento do mérito – recurso *per saltum*. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 5, p. 80-92, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/janeiro2007pdf/4Aproblematizacaoart515par3docpc.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2012.
- ARISTÓTELES. Ἠθικῶν Νικομαχείων. In: BEKKER, Immanuel (ed.). *Aristotelis Ethica Nicomachea*. 3a. ed. Berlin: Georg Reimer, 1861.
- ASCENSÃO, José Oliveira. Mecanicismo, equidade e cláusulas gerais no direito das obrigações. In: PAULA, Fernanda Pessoa Chuahy de; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa (coord.). *Direito das obrigações: reflexões no direito material e processual: obra em homenagem a Jones Figueirêdo Alves*. São Paulo: Método, 2011, p. 327-337.
- BACHELARD, Gaston. *La formation de l'esprit scientifique: contribution a une psychanalyse de la connaissance objective*. 11ª. ed. Paris: J. Vrin, 1980.
- BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.
- BARATA-MOURA, José. Que fazer com a mentira? In: HOMEM, António Pedro Barbas *et al* (coord.). *O perfil*

- do juiz na tradição ocidental*. Coimbra : Almedina, 2009, p. 223-242.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BEZERRA, Fabio Luiz de Oliveira. Ética judicial: a dignidade da pessoa humana e os valores da verdade, justiça e amor. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 47, n. 186, p. 265-174, abr./jun. 2010.
- BOURDIEU, Pierre ; EAGLETON, Terry. A *doxa* e a vida cotidiana: uma entrevista. In: ŽIŽEK, Slavoj (org.). *Um mapa da ideologia*. 4a. reimpr. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010, p. 265-278.
- BRINKMANN, Moritz. *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*. Köln: Carl Heymanns, 2005.
- BRUSKE, Frank. *Beweiswürdigung und Beweislast bei Aufklärungspflicht – Verletzungen im Bankrecht*. Berlin : Duncker & Humblot, 1994.
- CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. X, t. I, p. 164-192, 1955.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *O sistema tributário no Estado dos cidadãos*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2a. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- CÁRCOVA, Carlos María. *Las teorías jurídicas post positivistas*. 2a. ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.
- CASTRILLO, Eduardo de Urbano. *La valoración de la prueba electrónica*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2009.
- CHALMERS, A. F. *What is this thing called science? An assessment of the nature and status of science and its methods*. 2ª. ed. Buckingham: Open University, 1994.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 3ª. ed. São Paulo: Ática, 1995.

- CHAUÍ, Marilena de Souza. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. São Paulo: Brasiliense, 1994, v. 1.
- CHENG, Anne. *História do pensamento chinês*. Petrópolis: Vozes, 2008.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em : 25 jan. 2012.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3ª. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007.
- DETIENNE, Marcel. *Os mestres da verdade na Grécia arcaica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.
- DELEUZE, Gilles. *Proust et les signes*. 4ª. ed. Paris: PUF, 2010.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 6ª. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podium, 2011, v. 2.
- DUPRÉEL, Eugène. *Les sophistes : Protagoras, Gorgias, Prodicus, Hippias*. Neuchatel: Éditions du Griffon, 1980.
- DUVERNOY, Jean-François. *O epicurismo e sua tradição antiga*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.
- ECO, Umberto. *Die Suche nach der vollkommenen Sprache*. 3a. ed. rev. München: Beck, 1995.
- ECO, Umberto. *Quase a mesma coisa*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- EVERETT, Daniel. A linguagem nos faz humanos. *Veja*, São Paulo, n. 2259, p. 17 e 20-21, 7 mar. 2012. Entrevista concedida a Filipe Vilicic.
- EKELÖF, Per Olof. Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, v. 75, n.

5, p. 289-301, set. 1962.

EKELÖF, Per Olof. Free evaluation of evidence. In: TWINING, William; STEIN, Alex (ed.). *Evidence and proof*. New York: New York University, 1992, p. 135-154.

EKELÖF, Per Olof. *Rättegång*. Stockholm: P. A. Norstedt & Söners, 1968, v. 4.

FREITAS, José Lebre de. *A acção declarativa comum à luz do código revisto*. 2a. ed. Coimbra : Coimbra, 2011.

FREITAS, José Lebre de. *A confissão no direito probatório (um estudo de direito positivo)*. Coimbra: Coimbra, 1991.

FREITAS, José Lebre de ; MACHADO, A. Montalvão ; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil anotado : artigos 381º. a 675º.* 2a. ed. Coimbra : Coimbra, 2008, v. 2.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil : conceito e princípios gerais*. 2a. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra, 2009.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil. 1. Princípios fundamentais. 2. Fase inicial do processo declarativo*. 2a. ed. rev. ampl. Coimbra: Almedina, 2010a, v. I.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil. 3. Audiência preliminar, saneamento e condensação. 4. Registo da prova e decisão da matéria de facto*. 4a. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2010b, v. II.

GÓMEZ, Belén Rizo. *La anticipación de la prueba en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 4a. ed. rev. atual. Salvador: Jus Podium, 2006, p. 235-253.

GOUVEIA, Mariana França. A prova. *Themis*, Lisboa, p. 331-



- 341, 2008.
- GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, anos IV-V, n. 4-5, p. 213-269, 2003-2004.
- GUTIÉRREZ, José Barrio (org.). *Gorgias: fragmentos y testimonios*. Buenos Aires: Aguilar, 1966.
- HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*. 3ª. ed. rev. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1985.
- HAIGH, A. E. *The tragic drama of the Greeks*. New York: Dover, 1968.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 20ª. ed. rev. ampl. São Paulo : Atlas, 2011.
- HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. São Paulo : Saraiva, 1947.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. 2a. ed. rev. ampl. Wien: Franz Deuticke, 1960.
- KERFERD, G. B. *O movimento sofista*. São Paulo: Loyola, 2003.
- KHALED JR., Salah H. *Ambição de verdade no processo penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Salvador: Jus Podium, 2009.
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Em busca de critérios para a conceituação do tempo razoável de duração do processo. In: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (coord.). *Comentários pontuais às reformas processuais civil e penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2011, p. 37-71.
- KUHN, Thomas S. *The essential tension: selected studies in scientific tradition and change*. Chicago: University of Chicago, 1977.
- KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 2ª.

- ed. ampl. Chicago: University of Chicago, 1991.
- LECHNER, Norbert. Sobre a incerteza. *Novos estudos CEBRAP* [Centro Brasileiro de Análise e Planejamento], São Paulo, n. 17, p. 59-61, maio 1987.
- LEGRAND, Gérard. *Os pré-socráticos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. 5ª. ed. Milano: Giuffrè, 1992.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 29ª. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O novo processo civil*. 12ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- MAGALHÃES, Barbosa de. *Estudos sôbre o novo Código de Processo Civil*. Lisboa: [s.n.], 1940, v. I.
- MARÍ, Enrique Eduardo. *Neopositivismo e ideología*. Buenos Aires: Eudeba, 1974.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *A prova*. 2ª. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2ª. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2010.
- MARQUES, J. P. Remédio. *Acção declarativa à luz do Código revisto*. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2011.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. O sistema tributário brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27-78.
- MATTA, Paulo Saragoça da. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 221-279.
- MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.

- MENDES, João de Castro. *Direito processual civil*. Lisboa:: AAFDL, 1986.
- MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MEYER-PFLUG, Samantha. Do princípio da legalidade e da tipicidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Curso de direito tributário*. 13<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143-162.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 28<sup>a</sup>. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.
- NADON, Marcelo Grondin. *Método de aymará*. La Paz: Los Amigos del Libro, 1999.
- NUNES, Manuel Rosário. *O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil por actos médicos*. 2<sup>a</sup>. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- PALMEIRA, E. Dias. Prefácio. In: SÓFOCLES. *Tragédias do Ciclo Troiano: Ajax, Electra, Filoctetes, seguidas de Os Rastejadores*. Lisboa: Sá da Costa, 1973.
- PEREIRA JÚNIOR, Manoel Amaro. A prova testemunhal à vista do direito canônico confrontando com as disposições do Código de Processo Civil. In: PEREIRA, Francisco Caetano. *O direito canônico como referencial no ordenamento jurídico brasileiro*. Recife: Linceu, 2011, p. 103-118.
- PINTO, Rui. *A questão de mérito na tutela cautelar: a obrigação genérica de não ingerência e os limites da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2009.
- PLATÃO. *Diálogos: Eutífron ou Da Religiosidade; Apologia de Sócrates; Críton ou Do Dever; Fédon ou Da Alma*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

- PLATÃO. Φαίδων. In: STALLBAUM, Johann Gottfried (ed.). *Platonis opera omnia*. 3ª. ed. rev. ampl. Gothæ [Gotha]: Hennings, 1850, v. I, t. II.
- POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 12ª. ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2006.
- PRADA, Ignacio Flores. *La prueba pericial de parte en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A dimensão do princípio do contraditório no art. 285-A do CPC. In: JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (coord.). *Comentários pontuais às reformas processuais civil e penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2011.
- RAMOS, José Luís. O ónus da prova nas acções de responsabilidade civil do produtor. *Revista jurídica*, Lisboa, n. 22, p. 413-449, mar. 1998.
- RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- REIS, Alberto dos. *Código de Processo Civil anotado*. 3ª. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra, 2005, v. III.
- ROBIN, Léon. *La pensée grecque et les origines de l'esprit scientifique*. Paris: Albin Michel, 1948.
- ROMANO, Ludovico Bertonio. *Arte y grammatica muy copiosa de la lengua aymara*. Roma: Luis Zannetti, 1603.
- ROMANO, Ludovico Bertonio. *Vocabulario de la lengua aymara*. Juli Pueblo : Compañia de Iesus, 1612. v. 2.
- ROMILLY, Jacqueline de. *Précis de littérature grecque*. 2ª. ed. Paris: PUF, 2010.
- SADEK, Maria Tereza. Poder Judiciário: uma nova instituição. *Cadernos Adenauer (reforma do Estado brasileiro: perspectivas e desafios)*, Rio de Janeiro, ano XI, n. 1, p.

27-43, mar. 2010.

- SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- SCHUSTER, Félix Gustavo. *El método en las ciencias sociales*. Buenos Aires: Editores de América Latina, 2004.
- SCHUSTER, Félix Gustavo. *Explicación y predicción: la validez del conocimiento en ciencias sociales*. 3ª. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de directo tributário*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- SEGAL, Charles. *Tragedy and civilization: an interpretation of Sophocles*. Cambridge: Harvard, 1981.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SEXTO EMPÍRICO. *Opera græce et latine*. Lipsiæ [Leipzig]: Libraria Kuehniana, 1841.
- SILVA, Maria Aparecida de Oliveira. A segunda sofística: movimento, fenômeno ou exagero? *Præsentia: revista venezolana de estudios clásicos*, Mérida, n. 8, 2007. Disponível em: <<http://vereda.saber.ula.ve/sol/presentia8/maria.htm>>. Acesso em: 21 jan. 2012.
- SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra, 2008.
- SILVA, Paula Costa e. *A nova face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução do processo civil*. Lisboa: Lex, 1993.
- TARUFFO, Michele; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés; PÉREZ, Alfonso Candau. *Consideraciones sobre la prueba*

- judicial*. 2ª. ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970.
- THOMAS, Yan. Les artifices de la vérité en droit commun médiéval. *L'homme: revue française d'anthropologie*, Paris, n. 175-176, p. 113-130, jul./set. 2005.
- VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo Código*. Coimbra: Almedina, 1998.
- VERNENGO, Roberto J. Nota del traductor. In: KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1979, p. 357-358.
- WALTER, Gerhard. *Freie Beweiswürdigung*. Tübingen: Mohr, 1979.
- WELZEL, Hans. *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1935.