

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

*Rafael Cavalcanti Lemos*

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

**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 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, enfocado por um valor jurídico primário histórico, seja preferido pelo direito material.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Verdade real na jurisprudência brasileira recente. 3. Do paradigma da verdade ao da verossimilhança. 4. Per Olof Ekelöf e o princípio da verossimilhança preponderante. 5. Interesse jurídico substantivo axiologicamente prevaiente na impossibilidade probatória concreta não subjetivamente provocada. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

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 de um caso concreto (DELEUZE, 2010, p. 24). Se assim é, nada mais adequado à busca da verdade que o processo subjetivo, 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.

O presente trabalho (A) sistematiza decisões, proferidas nos últimos quinze anos aproximadamente, de tribunais e turmas recursais brasileiros em que é feita referência a uma verdade real, (B) propõe a substituição do paradigma da verdade (real ou formal) pelo da verossimilhança e, enfim, (C) 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 de um valor jurídico primário histórico, o interesse de uma 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, *impossível*, sem que para isso tenha contribuído qualquer das partes. Além de, na jurisprudência referida, a pesquisa dá-se em doutrina brasileira, portuguesa e d'alhures.

## 2. VERDADE REAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA RECENTE

Para Chauí (1995, p. 99-100), podem reduzir-se a quatro 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;

(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; 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;

(d) a quarta, na eficácia e na utilidade; o conhecimento, verificado pela experimentação e pela experiência, é verdadeiro por seus resultados e aplicações práticas; 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 (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).

A primeira dentre as concepções filosófico-ocidentais de verdade subsiste, no processo civil contemporâneo, dizendo-se “real”, “objetiva”, “material” ou “substancial”, pelos quais adjetivos distingue-se da segunda (concepção), outrossim subsistente e dita “formal”, em que, “[o]bedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como *completa, considerando o resultado obtido como verdade*” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 33).

No REsp 58.306/SP<sup>1</sup>, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que o Poder Judiciário “só se justifica se visar à verdade real”, 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<sup>2</sup> e no Pedido de Uniformização 2007.70.57.0002329<sup>3</sup>.

A verdade material seria, pois, o “fim último do processo”<sup>4</sup> e “indispensável em prol do prestígio das decisões judiciais”<sup>5</sup>, uma vez que permite a “decisão mais justa e equânime”<sup>6</sup>, não sendo possível “que a *retórica* suplante o princípio da busca pela verdade real”<sup>7</sup>, a qual verdade se atinge pela “*cabal comprovação* dos fatos alegados pelas partes”<sup>8</sup>, evitando-se “a prolação de decisão judicial em descompasso com a realidade fática”<sup>9</sup>, de modo que *somente* devem ser indeferidas “as provas *indiscutivelmente* desnecessárias e inúteis”<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julg. 21.03.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.450.

<sup>2</sup> Rel. Manoel Rolim Campbell Penna, publicado em 05.05.2010.

<sup>3</sup> Rel. Joana Carolina Lins Pereira, DJ 22.05.2009.

<sup>4</sup> Recurso 68/99, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Paraná, Rel. Alberto Junior Veloso, j. 24.09.1999.

<sup>5</sup> 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>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Agravo de Instrumento nº 2010206228, 2ª Câmara Cível do TJSE, Rel. Marilza Maynard Salgado de Carvalho. unânime, DJ 16.06.2011.

<sup>10</sup> Agravo de Instrumento Cível nº 0296370-40.2011.8.13.0000, 15ª Câmara Cível do

Se, contudo, *por um lado*, ao Estado incumbe “lutar pela simplificação dos procedimentos”, 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”, aplicando-se “idêntico raciocínio [...] à *produção probatória* 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”<sup>11</sup>:

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 açodamento na condução do processo rumo à sentença. *A simplicidade do rito* não retira a *complexidade do direito em jogo*.<sup>12</sup>

No mesmo sentido, decidiu a 6ª. Turma de Recursos de Santa Catarina, na Apelação Cível 548<sup>13</sup>, que, “embora predomine nos juizados especiais os princípios da oralidade, celeridade, economia processual, não dispensa[m]

---

TJMG, Rel. Antônio Bispo, j. 15.09.2011, maioria, Publ. 21.09.2011.

<sup>11</sup> Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2004.81.10.00.8641-0, Rel. José Antônio Savaris, TNU, publ. 12.02.2010.

<sup>12</sup> Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 2004.81.10.00.8641-0, Rel. José Antônio Savaris, TNU, publ. 12.02.2010.

<sup>13</sup> Rel. Salim Schead dos Santos, j. 16.04.1997.

ele[s] o princípio do devido processo legal, o do contraditório, o da ampla defesa, o da verdade real”.

D'outro ângulo, o “excesso de formalidade (...) fere o Princípio da Verdade Real”<sup>14</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”<sup>15</sup>.

A propósito, como o demonstra a ressalva genérica inserta no art. 20 da Lei 9.099/1995<sup>16</sup>, “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”<sup>17</sup> – antes de publicada a sentença<sup>18</sup> – ao “desfecho justo da lide”<sup>19</sup>, “destinatário e agente da prova” que é o magistrado<sup>20</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<sup>21</sup>.

A verdade real deve, portanto, “nortear todo e qualquer julgamento”<sup>22</sup>, “notadamente quando a tutela requerida repercute de modo grave sobre a parte adversa”<sup>23</sup>, e “o magistrado que acompanha a produção das provas,

<sup>14</sup> 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>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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>18</sup> Apelação Cível nº 18.676/2008, 4ª Câmara Cível do TJMA, Rel. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, j. 29.03.2011.

<sup>19</sup> Apelação Cível nº 2010.013248-7, 3ª Câmara de Direito Público do TJSC, Rel. Pedro Manoel Abreu, publ. 01.08.2011.

<sup>20</sup> Recurso 85/99, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais/PR, Rel. Alberto Junior Veloso, j. 24.09.1999.

<sup>21</sup> 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>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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



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”<sup>24</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 jurisdicional no moderno processo civil constitucional”<sup>25</sup>. 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”<sup>26</sup>, ou seja, “[a] pesar de o juiz ser livre na formação do seu convencimento, ele está adstrito aos elementos constantes dos autos”<sup>27</sup>, não podendo perseguir *ad aeternum* a verdade material<sup>28</sup>, nem, em violação do dever de imparcialidade, “tomar partido’ de autor ou de réu”<sup>29</sup>, os quais, outrossim quando evitam a litigância de má-fé, contribuem para o encontro da verdade substancial<sup>30</sup>.

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”<sup>31</sup>, sob pena mesmo de, não as

---

15.06.2011.

<sup>24</sup> 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>25</sup> Processo 2006.63.17.000354-8, Rel. Kyu Soon Lee, julg. 16.08.2010.

<sup>26</sup> 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>27</sup> 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>28</sup> Processo 01597540721, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Rio Grande do Sul, Rel Pedro Celso dal Prá, j. 04.02.1998.

<sup>29</sup> Processo [s/n], 1ª Turma Recursal Cível de Curitiba/Paraná, Rel. D’Artagnan Serpa Sá, j. 01.06.1998.

<sup>30</sup> 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 Rebut. j. 22.09.2011, DJ 26.09.2011.

<sup>31</sup> Apelação Cível 0813181-1, 15ª Câmara Cível do TJPR, Rel. Jucimar Novochadlo. j. 14.09.2011, unânime, DJe 28.09.2011.

determinando, cassação da medida liminar<sup>32</sup> ou da sentença<sup>33</sup>, hipótese (cassação) em que, porém, “as diligências instrutórias determinadas em segundo grau constituem apenas um mínimo a ser observado pelo magistrado de piso”<sup>34</sup>.

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<sup>35</sup>, 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<sup>36</sup>, 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

<sup>32</sup> Agravo 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.

<sup>33</sup> 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>34</sup> Apelação Cível nº 65119000043, 3ª Câmara Cível do TJES, Rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa, j. 02.08.2011, unânime, DJ 15.08.2011.

<sup>35</sup> Rel. Mauro Campbell Marques, j. 28.06.2011, unânime, DJe 03.08.2011.

<sup>36</sup> 8ª Câmara Cível, Rel. Carvílio da Silveira Filho, Rel. Convocado Roberto Portugal Baccellar, j. 25.08.2011, unânime, DJe 13.09.2011.



se produzam as provas, valorando-lhes a necessidade e utilidade<sup>37</sup> ou (B) do “*resultado* da dilação probatória, adotando-o ou não em sua decisão”<sup>38</sup>.

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

Espera-se do magistrado que, ao julgar, siga a fórmula kelseniana, pela qual, em um juízo de subsunção, ocorrido certo fato, deve haver determinada consequência jurídica (KELSEN, 1960, *passim* – 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 de uma 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, 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

<sup>37</sup> AGTR nº 117753/AL, 4ª Turma, Rel. Margarida Cantarelli, j. 31.08.2011, unânime, DJe 02.09.2011.

<sup>38</sup> 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.

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 *juízo 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*, “*justificar a ‘justiça’ da decisão tomada*” (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 – 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, que há de valorar a evidência concreta” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 36).

A verdade real é *utopia*; crer *inteiramente* objetiva a análise de um 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 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 redunde 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 mesmo 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; 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*. [...] O 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. A impostação da verdade como finalidade da prova é uma condição 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*”. 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 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*, que lhe são conferidos, para chegar ao apuramento da verdade” (MAGALHÃES, 1940, p. 306-307), proporcionando às partes os meios *indispensáveis* a que se consiga essa verdade no processo, 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” (MAGALHÃES, 1940, p. 320), devendo (as partes), por isso, comportar-se com licitude, probidade, lealdade e boa-fé, uma vez que sua “actuação processual não é ausente de juízos de valor substanciais” e volta-se à “prossecação 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, explica Khaled Jr. (2009, p. 252) que os *rastros* são a matéria-prima do 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* é que “permite o sustentáculo necessário para a formação de um *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, em um clima de conflito e sob um procedimento contraditório em que o *tempo* é um elemento fundamental, por *determinar duplamente* aquele (processo): de um lado em razão de ele (processo) possuir um “núcleo de verificação *histórica*”, d’outro (lado) em virtude de sua (do processo) “natureza de *etapas* vinculadas a uma temporalidade específica”, a primeira delas (etapas) visando à formação de um saber e a segunda à *incidência do poder estatal* (KHALED JR., 2009, p. 253-254). O contraditório processual *não se limita* destarte à *dimensão retórica*, pois faz *referência ao passado* por meio dos *rastros*, 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* e abandonar, sem temor de destronar a clássica fórmula kelseniana, 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. (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 51).

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

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

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 de uma 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 ao ônus objetivo 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* (conquanto *mínima*) da *verossimilhança* da alegação de uma parte em face da *verossimilhança* da

alegação da outra, o que, em sueco, veio a denominar-se *övertviksprincipen* (literalmente, “princípio da preponderância”) – 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. 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. 107).

O processualista sueco Per Olof Ekelöf (1962, p. 289-290), *ilustrativamente*, fala de uma escala imaginária de percentuais, a qual iria de 0% a 100% e em que, quanto maior a verossimilhança de uma 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*).

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 dum 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 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 de um 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 em uma instrução processual, quando a história da *própria ciência* mostra, com frequência, *novas observações* obrigarem verdades *consagradas à revisão* (EKELÖF, 1962, p. 291). As *máximas gerais da experiência* aproveitadas no processo obtêm-se por indução do que se observou até determinado momento: quando, *exempli gratia*, nove detalhes de uma impressão digital deixada sobre uma coisa correspondem àquela (impressão digital) de um 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 vivos e falecidos (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).

Se nenhuma prova, no entanto, 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 de uma impressão digital (EKELÖF, 1962, p. 295). 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) *inorreção* não poderia ser demonstrada com *material probatório novo*, mas *tão somente* por meio da descoberta da *falsidade das máximas da experiência* empregadas no processo (EKELÖF, 1962, p. 296).

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 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) 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 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* (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 (EKELÖF, 1962, p. 297-298). Enfim, à parte que afirme uma cláusula que se afaste de uma 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* (EKELÖF, 1962, p. 298). Para Ekelöf (1962, p. 298), tal solução é apropriada *sobretudo* nos processos envolvendo *contratos* ou *perdas e danos*. No que Ekelöf (1962, p. 298) chama de “doutrina nórdica”, admite-se *ainda* que, para *fatos 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 (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 de uma redação especial que, esquematicamente, mostra-se assim: “Se A, então B, *a menos que, certamente* ou *presumivelmente* ou *verossimilmente* ou *notoriamente*, C” (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 precisa ser provado (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 d’algum 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”.

Juntamente com o conterrâneo Per Olof Bolding, Ekelöf influenciou, especialmente por meio de Kegel e Bruns, a processualística civil germânica, 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)<sup>39</sup>.

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* há algum

<sup>39</sup> 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.



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

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

São impróprios a traduzir a *adequação* de uma 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* perante o direito substantivo, 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).

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

Contudo, ainda que se equivalham em verossimilhança as alegações contrárias no processo e exista no ordenamento jurídico regra objetiva aplicável de ônus da prova, deve-se, *sem mecanicismo nem equidade*, perquirir, quando da impossibilidade probatória concreta 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 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 dessarte 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 [immediatos] 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, de separar moral, política e direito por seu isolamento de *bases éticas comuns* não visam, segundo 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).

A ética *não autoriza* decisões *fáceis* baseadas nas normas *legisladas*, quando uma solução *satisfatória* só se obtenha por meio de uma *aprofundada*

pesquisa no ordenamento jurídico (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*”. 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*”), apurando-se assim, “por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio juris* determinante” (CANARIS, 1996, p. 77). 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*” (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 de uma 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. 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 verossimilhantes 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>40</sup>), suponha-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 axiologicamente prevalecente: se o *direito tributário nasce para a proteção jurídica do sujeito passivo tributário*, 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,

<sup>40</sup> Contra, ante a presunção de certeza da dívida cujo título embasa 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.

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



## 6. 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, enfocado por um valor jurídico primário histórico, seja preferido pelo direito material.

## 7. BIBLIOGRAFIA

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.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

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.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2a. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.



CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 3ª. ed. São Paulo: Ática, 1995.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3ª. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007.

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.

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

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.

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 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.

MAGALHÃES, Barbosa de. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Lisboa: [s.n.], 1940, v. I.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *A prova*. 2ª. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, J. P. Remédio. *Acção declarativa à luz do código revisto*. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.

MENDES, João de Castro. *Direito processual civil*. Lisboa:: AAFDL, 1986.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra, 2008.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução do processo civil*. Lisboa: Lex, 1993.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Direito processual civil: do antigo ao novo Código*. Coimbra: Almedina, 1998.

WALTER, Gerhard. *Freie Beweiswürdigung*. Tübingen: Mohr, 1979.