

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A SUFICIÊNCIA DO JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA  
PARA A DECISÃO DAS QUESTÕES FÁTICAS**

**Alexandre Fernandes Gastal**

**Porto Alegre, 2006**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A SUFICIÊNCIA DO JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA  
PARA A DECISÃO DAS QUESTÕES FÁTICAS**

**Alexandre Fernandes Gastal**

Tese apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor, sob orientação do Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

**Porto Alegre, 2006**

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	8
<b>PARTE I – O conceito de prova. A apuração judicial dos fatos:</b>	
perspectiva histórica e perspectiva crítica .....	23
A) O conceito de prova .....	23
B) O processo de decisão das questões fáticas na perspectiva histórica dos grandes modelos de processo .....	31
B.1. O processo romano .....	32
B.2. O processo germânico .....	36
B.3. O processo ítalo-canônico .....	42
C) A idéia de <i>verdade</i> no processo de decisão das questões fáticas .....	52
<b>PARTE II – O emprego do juízo de verossimilhança da decisão da     questão fática .....</b>	<b>72</b>
A) Possibilidade, verossimilhança e probabilidade .....	73
B) As máximas de experiência como substrato do juízo de verossimilhança .....	78
B.1. Máxima de experiência e fato notório .....	89
B.2. Máxima de experiência e presunção .....	97
B.3. Máxima de experiência e prova <i>prima facie</i> .....	107
B.4. Máxima de experiência e ônus da prova .....	112
B.5. Máximas de experiência na lei brasileira .....	118
C) A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão da questão fática: razões para justificá-la e situações em	

que a admitir .....	122
C.1. Carnelutti e a fixação formal dos fatos .....	123
C.2. A fixação formal dos fatos e o compromisso com a justiça da decisão .....	130
C.3. As espécies de situação em que se admitirá a suficiência da verossimilhança das afirmações e as respectivas razões para que assim seja .....	136
C.4. A suficiência da verossimilhança sob perspectiva jurisprudencial: alguns exemplos de aplicação judicial de soluções facilitadoras da prova .....	154
CONCLUSÕES .....	178
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	192

## RESUMO

O presente trabalho examinou a hipótese da suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão da questão fática. Para tanto, depois de tratar do conceito de prova e de considerar, sob uma perspectiva histórica, o modo como os principais modelos de processo lidaram com a questão fática, o estudo dedica atenção ao emprego equivocado da noção de *verdade* no processo de apuração dos fatos em juízo e sustenta a idéia de que a verdade dos fatos, embora cumpra – enquanto ideal a perseguir – uma função legitimante da atividade jurisdicional, não é capaz de descrever o resultado do processo. Afora discussões filosóficas – que não constituem o objeto deste estudo – acerca da existência, ou não, de uma verdade objetivamente cognoscível, o fato é que, por toda a conformação jurídica que cerca o procedimento judicial de apuração dos fatos, não é possível assegurar que o resultado desse procedimento corresponderá à descrição da realidade.

Partindo do reconhecimento de que assim é, com o auxílio da noção de *máximas de experiência* e com amparo na concepção de Carnellutti, de que a prova resulta na fixação formal de determinados fatos, o trabalho sustenta a possibilidade de que, em determinadas situações, a mera verossimilhança das afirmações do litigante haverá de ser suficiente, isto é, o julgador terá por fixados determinados fatos, ainda que deles não haja prova, porque a representação que deles faz o litigante coincide com a concepção geral, recolhida da experiência, de que é assim que aqueles determinados fatos normalmente ocorrem.

Conclui, então, por admitir que certas situações justificam que o juiz tenha por suficiente a verossimilhança das afirmações, fundamentalmente quando a dificuldade de produção da prova é de tal ordem que, sem uma redução do módulo probatório, se frustra a possibilidade de consecução dos fins perseguidos pela norma de direito material.

## RESUMÉ

Dans ce travail on examine l'hypothèse de la suffisance du jugement de vraisemblance pour la décision de la question du fait. Pour cela, après avoir traité le concept de preuve et d'avoir considéré sous une perspective historique la façon dont les modèles principaux de procédure ont entrepris cette question, on étudie l'emploi erroné de la notion de vérité dans l'apurement des faits en jugement et on maintient que la vérité des faits, quoiqu'elle accomplisse – en tant qu'idéal que l'on doit persécuter – une fonction légitimante de l'activité juridictionnelle, n'est pas capable de décrire le résultat de la procédure. Outre les discussions philosophiques – qui ne sont pas le but de cette étude – à propos de l'existence ou non d'une vérité objectivement connaissable, toute la conformation juridique qui entoure la procédure judiciaire de la vérification des faits, indique qu'il n'est pas possible d'assurer que son résultat correspondra à la description de la réalité.

Si on reconnaît cela, avec l'aide de la notion de maximes d'expérience et d'après la conception de Carnellutti selon laquelle la preuve résulte dans la fixation formelle de certains faits, ce travail assure la possibilité que, dans certaines situations, la simple vraisemblance des affirmations du plaideur devra suffire, c'est-à-dire, le juge considérera établis quelques faits, quoique sans preuve, puisque la représentation que le plaideur en fait coïncide avec la conception générale, cueillie de l'expérience que c'est comme cela que ces faits arrivent.

On peut conclure que certaines situations justifieront que le juge considère suffisante la vraisemblance des affirmations, fondamentalement lorsque la difficulté de production de la preuve est telle que, sans une réduction du module probatoire, la possibilité d'arriver aux fins que la norme du droit matériel poursuit sera frustrée.

## **DEDICATÓRIA**

À Luana, minha mulher, pela vida feliz que nós temos, pelo amor que nos anima e pelo orgulhoso apoio que sempre me deu.

À Joana e ao Felipe, meus filhos amados, a quem desejo curiosidade permanente e, por conseqüência, horizontes largos.

Aos três fiquei devendo companhia, atenção e bom-humor. É o que agora, redobradamente, lhes prometo.

## **AGRADECIMENTO**

Primeira e fundamentalmente, cumpre-me agradecer ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: dos contatos que mantivemos por ocasião da elaboração de minha dissertação de mestrado, nasceu-me o desejo de continuar, com este doutorado, minha formação acadêmica; dos profícuos debates que todos travávamos nas suas excelentes aulas, recolhi o entusiasmo com o trato das questões de processo sob a perspectiva profissional; por fim, já na condição de orientando seu, pude contar com a sua disposição permanente e com sua precisa orientação, ambas dispensadas sempre com fidalguia que lhe é própria.

Preciso agradecer, também, ao Guilherme, meu primo, meu amigo e meu colega de escritório, pelo reiterado estímulo à conclusão deste doutorado e pelas tantas vezes em que, com o sacrifício de seu tempo, abraçou sem hesitação tarefas minhas, de modo que eu pudesse concentrar atenção na redação deste trabalho.

Por fim, agradeço aos meus pais, pelo exemplo de dedicação acadêmica, pelo incentivo permanente e, à minha mãe em especial, pela revisão final do texto.

## A SUFICIÊNCIA DO JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA PARA A DECISÃO DAS QUESTÕES FÁTICAS

*A prova não é essencialmente uma reconstituição do passado, mas uma preparação do futuro.*

João de Castro Mendes

*En el fondo, la misión del Derecho estriba en introducir lo sobrenatural en la naturaleza. Si no tenemos conciencia de ello, es porque somos aún juristas liliputienses.*

Francesco Carnelutti

## INTRODUÇÃO

O propósito deste trabalho é o de examinar a possibilidade de que a decisão final da controvérsia fática deixe-se alicerçar tão-só no juízo de que é verossímil que os fatos tenham se passado de tal ou qual maneira, de modo que eles restem judicialmente fixados mesmo à falta de elementos que propiciem ao julgador a certeza de que efetivamente ocorreram. Para tanto, é necessário um olhar atento sobre o processo de apuração das questões fáticas, que não tem, de regra, merecido da doutrina a devida atenção. Trata-se de um território sobre o qual ninguém reivindica soberania. Como bem diagnosticou Taruffo<sup>1</sup>, os teóricos do direito têm o problema das decisões fáticas como algo de interesse exclusivo dos processualistas. Esses, por sua vez, consideram que apenas os aspectos estritamente processuais lhes dizem respeito.

De tal sorte, não raras vezes a teoria da norma acaba sendo uma teoria das questões de direito, como se nada houvesse a dizer em relação ao aspecto fático da norma; como se nada houvesse a refletir a respeito da maneira como apurar-se a ocorrência dos fatos que compõem o suporte fático da norma.

Quando as conseqüências jurídicas são voluntariamente observadas por aqueles a quem se dirige o comando normativo, o problema não se põe, já que não há controvérsia sobre a ocorrência dos fatos, cuja existência a incidência da norma pressupõe. Ele surge, contudo, quando há resistência de um a pretensão de outrem e essa resistência fundamenta-se na controvérsia sobre a existência de fatos constitutivos, impeditivos ou extintivos

---

<sup>1</sup> “... per qualche non chiara ragione i teorici del diritto pensano che la decisione in fatto sia tema riservato esclusivamente ai processualisti (i quali, a loro volta, e per ragioni altrettanto poco chiare, solitamente ritengono che spetti ai teorici di occuparsi dei profili non strettamente processuali della decisione sui fatti”. (*La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 47)

do direito invocado. A eclosão do conflito enseja então a busca da tutela jurisdicional e o juiz depara-se com a espinhosa tarefa de decidir a questão fática.

É preciso, pois, reconstruir a história dos fatos litigiosos, de modo a fazer possível o juízo de concreção da norma. Já ao historiador, livre de quaisquer restrições de ordem formal e sem o compromisso de que o seu veredito surja em razoável prazo, uma tal tarefa, se é que possível, não é um empreendimento fácil. Ao juiz, limitado por uma série de normas incidentes sobre esse processo de apuração dos fatos, é bem mais difícil o compromisso com a exatidão dessa reconstrução da realidade.

Ônus, preclusões, presunções legais, limitações impostas pelo princípio dispositivo, normas relativas ao procedimento probatório, restrições a provas ilicitamente obtidas, testemunhas suspeitas e impedidas, impossibilidade de reexame das questões fáticas em certas oportunidades recursais, são todos exemplos de normas jurídicas que constroem a liberdade com que o juiz desenvolve o processo de apuração dos fatos.

Se por um lado, não é possível prescindir dessas limitações – que no mais das vezes cumprem a importante função de assegurar que o processo haverá de observar as garantias adequadas ao Princípio do Devido Processo Legal –, por outro, no entanto, difunde-se a idéia de que o processo é um instrumento capaz de reconstruir a verdade, diz-se que é de reconhecer certas conseqüências jurídicas porque no processo restou evidenciada a verdade dos fatos que as ensejaram.

Enquanto a existência dos fatos jurídicos é o fator de incidência da norma, se observada exclusivamente na dimensão do direito material, a verdade das alegações desses fatos é apresentada como fator de incidência da norma, quando se examina em juízo a sua aplicação ao caso concreto. A instrução do processo é dada como capaz de revelar a verdade dos fatos

controvertidos. O juiz, em tese, julga confortado pela idéia de que o resultado da prova é a verdade dos fatos e, então, não lhe resta mais que dizer de que modo a norma haverá de repercutir sobre aqueles fatos.

Explica-se assim aquele desinteresse pelo estudo da questão fática, anotado por Taruffo. É que o processo de cognição é apresentado como se a resolução das questões fáticas brotasse quase naturalmente por obra da instrução, e a rigor nada cumprisse ao juiz senão constatar a verdade revelada nos autos; como se efetivo "julgamento" só houvesse quando o juiz trata de decidir de que modo haverá de dar-se a incidência da norma, e não quando da definição do alicerce fático sobre o qual é preciso decidir se a norma enseja ou não as conseqüências que a parte pretende obter em juízo.

A idéia de verdade é, portanto, uma noção fundamental do processo de conhecimento, quer porque se a tenha equivocadamente como fruto natural seu, quer porque se a invoque como ideal a perseguir, uma idéia que cumpre uma função legitimadora do exercício da atividade jurisdicional.

Calamandrei teve por uma *una cosa non solo saggia, ma santa* a advertência de que a crise do processo é a crise da verdade<sup>2</sup> e que se o processo pretende ser mais que instrumento de submissão à força e à destreza, se pretende justificar-se como instrumento da razão, precisa ser valorizado como mecanismo de cognição. O diagnóstico correto impõe, contudo, uma melhor reflexão sobre o objeto e sobre o resultado dessa cognição. Essa reflexão conduzirá a outra forma de apresentar o processo de conhecimento, especificamente no que toca à decisão das questões de fato. E,

---

<sup>2</sup> Valendo-se de tal advertência, feita por Giuseppe Capograssi, Calamandrei registra que a crise da verdade, viera do campo filosófico para instalar-se no campo do direito processual: "Questa crisi che ha devastato il campo filosofico, è penetrata anche, per sottili e forse inconsapevoli infiltrazioni, nel campo del diritto processuale; tutte le teoriche che in tanti capitoli della nostra scienza, hanno mirato a far prevalere la volontà sulla intelligenza, l'autorità sulla ragione, o a porre sullo stesso piano sistematico il processo di cognizione e quello di esecuzione forzata, sono rivelatrici di questa crisi dell'idea de verità." (Processo e giustizia. *Rivista di Diritto Processuale*, 1950, p. 284).

diga-se de passagem, sem de modo algum diminuir a importância da verdade como ideal legitimador do processo de cognição.

É preciso, pois, ter claro que o objeto da prova não é o fato em si, mas a alegação do fato. O fato não é falso nem verdadeiro. O fato *é* ou *não é*, simplesmente.

Por conseqüência, deve-se reconhecer que o resultado do processo, por várias razões, algumas de ordem filosófica e outras de ordem técnica, não pressupõe necessariamente a revelação da verdade.

Ao invés de revelar os fatos verdadeiramente existentes, o processo de cognição fixa aqueles sobre os quais haverá o juiz de concretizar a norma. Trata-se, como ensina Carnelutti<sup>3</sup>, de um processo de determinação de fatos. Reconhecer isso implica deslocar a posição da verdade na construção do sistema. De resultado do processo de decisão das questões fáticas — idéia que se sabe não corresponder necessariamente à realidade —, ela passa a ideal mítico<sup>4</sup>, um objetivo que não se pode deixar de perseguir, sob pena de correr-se o risco de romper o liame entre o mundo ideal do processo e o mundo real, em que ocorreu o conflito de interesses.

A noção de verdade serve ao processo como elemento que o justifica como instrumento racional de solução de conflitos, mas ela não se presta a qualificar o resultado da cognição judicial. A atividade probatória não conduz inexoravelmente à verdade. A certeza do juiz não se constrói sobre uma verdade que os autos hajam lhe revelado. A convicção do juiz, capaz de

---

<sup>3</sup> Carnelutti, Francesco. *La prueba civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo. 2ª edição. Buenos Aires. Depalma. 1982, p. 18 et. seq.

<sup>4</sup> Explica Carnelutti que o processo de busca pelo juiz dos fatos controvertidos é regulado em função da finalidade política de obter o conhecimento desses fatos da forma mais rápida e segura. No entanto, freqüentemente essa finalidade não é alcançada. Essa circunstância "impide, desde luego, estimar la verdad (material) como el resultado constante del proceso probatorio y, por tanto, como su nota esencial, pero em manera alguna como la finalidad que dicho proceso se propone alcanzar y que, correlativamente, determina la estructura del mismo." (Ibidem, p. 52)

ensejar-lhe certeza a respeito dos fatos a fixar, se bem examinada, ver-se-á que não é mais que a conseqüência de um juízo de verossimilhança ou de probabilidade.

Como disse bem Saraceno<sup>5</sup>, dá-se no momento de decidir, por meio do que ele chama de *um ato de fé*, a transformação da probabilidade em certeza. Na essência, contudo, essa certeza não é mais que probabilidade. Não é por outra razão que Calamandrei vai ao ponto de sustentar a irrelevância jurídica da distinção entre juízo de verossimilhança e juízo de verdade, afirmando que essa distinção só ganha interesse jurídico quando a lei contrapõe uma à outra.<sup>6</sup>

Pois bem, se o dogma da verdade fragiliza-se e deve-se então admitir essa metamorfose da probabilidade em certeza, cresce a importância do juízo de verossimilhança. Via de regra, ele ganha relevo quando se o examina como fundamento de decisões provisórias, de natureza cautelar ou antecipatórias dos efeitos da tutela. Isso é conseqüência do modo tradicional de distinguir entre juízo de verossimilhança e juízo de verdade, qualificando aquele como um juízo *instrumental* e este como um juízo *final*.

Ocorre que a admissão de que a verdade não é o fruto natural do processo, o reconhecimento de que a fixação dos fatos no processo é resultado de um juízo de probabilidade, desperta o interesse para o juízo de verossimilhança como instrumento de um juízo *final*, o juízo de verossimilhança como alicerce de uma decisão definitiva de mérito.

Parece haver certo consenso de que o processo não é instrumento capaz de revelar a verdade ou, o que resulta no mesmo, de que não há como saber se o produto do processo é ou não a verdade. Diante do

---

<sup>5</sup> Pasquale Saraceno, citado por Calamandrei (Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: *Opere Giuridiche*. Vol.V. Napoli. Morano Editore, p.617).

<sup>6</sup> Calamandrei, *Ibidem*, p. 618.

conjunto das provas, a probabilidade da ocorrência dos fatos será de tal ordem que infundirá no espírito do juiz a certeza de que deve tê-los por existentes. Essa forte probabilidade transforma-se, por meio daquele *ato de fé* sugerido por Saraceno, em certeza, a autorizar que o juiz tenha por fixados os fatos e, ao mesmo tempo, a confortá-lo na tarefa de decidir a questão fática.

Compreender e aceitar isso, contudo, não encerra o problema. É que até aqui tratamos de uma – digamos assim – *probabilidade que convence*. É preciso, contudo, examinar também a hipótese de que o processo resulte numa *probabilidade* que não chega a propiciar certeza, para verificar se essa, que não é capaz daquela metamorfose em certeza, que não ultrapassa os limites da verossimilhança, autoriza em certas situações a fixação de fatos meramente verossímeis. A rigor, é essa a dúvida que o presente trabalho procurará esclarecer.

A importância do tema salta aos olhos. O dogma da verdade, como natural e inevitável resultado do processo de conhecimento, por séculos foi suficiente para explicar o mecanismo de decisão das controvérsias fáticas. Hoje não é mais.

A velocidade das transformações na civilização atual, a massificação das relações jurídicas e, por conseqüência, dos conflitos que delas resultam, a dissolução da identidade do indivíduo em meio à categoria a que pertence, a inevitável distância entre julgador e jurisdicionado, tudo isso conduz à necessidade de abandonar a idéia de que o único paradigma aceitável é o da verdade, para reconhecer que em certas hipóteses é preciso contentar-se com um juízo de verossimilhança, sob pena de transformarmos o acesso à jurisdição numa garantia puramente formal, sem substância. Quer dizer, assegura-se ao cidadão o direito de acesso à jurisdição, mas o reconhecimento de sua razão em juízo depende de uma demonstração que o próprio processo não lhe permite fazer, dada a natureza dos conflitos que por vezes o envolvem.

Essa percepção de que o monopólio jurisdicional do Estado não pode ser fonte de supressão de direitos, de que o processo não pode ser uma armadilha em que venha a perecer o direito material que nele se invoca, já há algum tempo vem se fazendo sentir nos tribunais, que têm, com relativa freqüência, admitido o que Gerhard Walter<sup>7</sup> denominou de *redução do módulo da prova*. Trata-se de aceitar que, em certas circunstâncias, o juiz deva ter o fato por existente sem que haja a seu respeito prova suficiente para a formação da sua plena convicção. Assim, demonstrada pela parte a verossimilhança das afirmações que fez, deverá o julgador, ainda que não haja nos autos prova suficiente a corroborar tais afirmações, reduzir naquele caso concreto o grau de exigência em relação à prova dos fatos controvertidos, de modo a ter por existente aquilo que se mostra só verossímil.

Esse tema tem estreita ligação com uma série de outros assuntos importantes, e justamente por isso preocupa a pouca atenção que a doutrina lhe dedica.

A idéia de um juízo de mérito que em certas circunstâncias possa construir-se sobre a mera verossimilhança das afirmações fáticas repercute, por exemplo, no campo da teoria geral do direito, porque põe sob exame o modo de compreender a própria estrutura da norma jurídica.

Admitir-se que as conseqüências jurídicas da norma poderão deliberadamente surgir mesmo que o seu suporte fático não haja efetivamente se produzido, mas apenas porque seja provável que os fatos que o compõem tenham acontecido, é algo que, se não fica bem compreendido, pode ser interpretado como uma modificação na estrutura da norma, como se "o dado que *houve* o fato A, deve ser a conseqüência A' " devesse ser lido assim: "dado que *parece ter havido* o fato A, deve ser a conseqüência A' ".

---

<sup>7</sup> Gerhard Walter. *Libre apreciación de la prueba*. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985.

Haverá, também, de revisitar-se a teoria geral do processo, porque o tema exigirá reflexão sobre o exercício da função jurisdicional e sobre o propósito do processo de cognição.

Por outro lado, dessa posição redutora do módulo da prova decorrem reflexos práticos que precisarão ser examinados à luz do princípio do devido processo legal.

É certo, porém, que o foco do estudo estará centrado na teoria da prova. O estudo da suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão da questão fática exigirá o exame de assuntos como a função da prova, o ônus de ministrá-la, a prova legal, o recurso do juiz ao seu saber privado e a idéia de máximas de experiência.

Em síntese, portanto, a importância do tema reside nos seguintes aspectos:

a) a superação do dogma da verdade, da falsa idéia de que há uma verdade material a ser encontrada no processo, faz mais fácil compreender que a questão fática não se decide com base numa verdade revelada, mas na fixação de fatos por meio do processo. Isso, por sua vez, permite cogitar que a fixação dos fatos possa dar-se mediante o emprego de um juízo de verossimilhança, de modo que o juiz esteja autorizado a ter por verdadeiras afirmações meramente verossímeis;

b) há conflitos que, em função de suas características, exigem a aplicação dessa possibilidade teórica, dessa redução do módulo da prova, de forma que o juiz, a bem de evitar que se frustrasse a possibilidade da tutela jurisdicional, deva contentar-se, no decidir a questão fática, com a demonstração da simples verossimilhança dos fatos;

c) há muitas decisões judiciais reconhecendo essa necessidade de redução do módulo da prova em certos casos concretos;

d) às constatações anteriores, não corresponde ainda uma suficiente fundamentação doutrinária, capaz de fornecer alicerces teóricos sólidos, que convençam da possibilidade de, em certos casos, permitir-se a substituição do *padrão verdade* pelo *padrão verossimilhança* e que, além disso, propiciem segurança ao emprego desse juízo de verossimilhança, de modo a afastar o medo do arbítrio judicial, o receio de que, flexibilizando a rigidez na exigência da prova, venha a perder-se a possibilidade de controlar a decisão do juiz no tocante aos fatos do litígio.

Vale dizer, não chega a haver de parte da doutrina a preocupação de lançar-se a um exame menos empírico dessa hipótese, de maneira a propiciar resposta mais elaborada à questão de quando será possível reduzir-se o módulo da prova, se será conveniente que isso seja uma hipótese genericamente admissível ou, ao contrário, se será de identificar-se um rol taxativo de tipos de conflito em que essa postura seja recomendável.

Duas últimas observações se impõem, a fim de delimitar com precisão o objeto deste estudo.

A primeira: são óbvias as relações que o tema tem com questões filosóficas de alta complexidade como, por exemplo, a questão relativa à possibilidade humana de conhecer a verdade dos fatos passados, e a questão que respeita à existência, ou não, de uma só verdade. Não obstante essa estreita relação, não é propósito deste estudo dedicar atenção à investigação puramente filosófica. De certa forma, isso desviaria o foco daquilo que realmente se deseja examinar, qual seja, o emprego da idéia de redução do módulo da prova no processo civil. Pareceu acertado o alerta de Carlo Furno<sup>8</sup>,

---

<sup>8</sup> Diz Furno: "Chiedo venia ai filosofi sotto i cui occhi queste righe possano per avventura cadere: ma qui la filosofia c'entra per poco, o addirittura non c'entra per nulla. Di fronte al

no sentido de que a verdade no processo deve ser tratada como problema técnico, jurídico, e não só filosófico, pois que, frente ao processo, o problema da verdade deve ser posto não como “um problema a discutir, mas como um problema a resolver.”

A segunda: como já se disse, o tema do juízo de verossimilhança normalmente vem associado à idéia de cognição sumária, superficial, exercida com vistas à prolatação de decisão de natureza provisória, por vezes concedida a título de antecipação dos efeitos da tutela, por vezes com conteúdo cautelar. Não é esta a perspectiva por meio da qual se abordará o juízo de verossimilhança. Embora, é lógico, não configurem temas completamente distintos os, digamos assim, juízo *final* de verossimilhança e juízo *instrumental* de verossimilhança, o que interessa aqui é estudar a suficiência de seu emprego como substrato de uma decisão definitiva.

Aliás, a propósito da relação entre esses temas, vale registrar que um dos principais obstáculos a superar, no sentido da aceitação da suficiência do juízo de verossimilhança, é a histórica resistência aos juízos provisórios alicerçados na mera aparência do direito invocado. Não é de esquecer que só em período relativamente recente deixou-se abalar o mito da ordinariedade e a conseqüente rejeição a qualquer intervenção do juiz sobre os fatos da causa que não fosse fruto da mais exauriente cognição.

Se as conseqüências dessa exacerbação da ordinariedade até hoje se fazem sentir na recalcitrância com que se maneja o instituto da antecipação de tutela, é fácil imaginar o quanto elas implicam resistência à idéia de empregar o juízo de verossimilhança como razão de decidir definitivamente a lide. Toda a carga de desconfiança para com a tutela jurisdicional da aparência transpõe-se – e, compreensivelmente, até com mais

---

processo, il problema della verità va posto, non già come problema da discutere, ma come problema da risolvere”. (Carlo Furno. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova: CEDAM, 1940, p. 9.)

intensidade – para a hipótese de que o juízo de verossimilhança baste a uma decisão final de mérito.

Pois bem, definido o objeto deste estudo, salientada a sua relação com outros importantes temas e demonstradas as razões de sua relevância, cumpre conhecer o percurso que se haverá de trilhar.

O trabalho divide-se em duas partes.

Por primeiro, examinar-se-á como se dá o processo de apuração da verdade, analisando as suas origens históricas, bem como lhe compreendendo as razões e os problemas decorrentes do modo como se estrutura.

Após compreender-se o conceito de prova, observar-se-á a evolução histórica do processo de decisão das questões de fato, verificando as influências recíprocas entre as concepções vigorantes a respeito no processo romano, no processo germânico e no processo ítalo-canônico.

Estabelecidas as origens do modo tradicional de compreender e explicar o processo de decisão das questões fáticas, será o momento de abordar o papel que a noção de verdade dos fatos desempenha nesse processo e conhecer as razões pelas quais é falsa a tão difundida distinção entre verdade formal e verdade material.

Discutir-se-á, também, a função da prova, cogitando de seu emprego como argumento meramente retórico – a prova com função persuasiva –, ou como instrumento de conhecimento – a prova com função cognoscitiva.

Adiante, o trabalho examinará a crença de que é possível a apuração da verdade em juízo e mostrará o quanto a noção de verdade

funciona como instrumento de compatibilização do exercício da jurisdição com a teoria da norma; o quanto a idéia de que o processo é capaz de revelar a verdade dos fatos faz mais fácil explicar o fenômeno da concreção da norma pelo juiz.

A verdade como fator de legitimação da função jurisdicional do Estado é tema do qual aí também se tratará: a verdade como produto necessário do processo de cognição, como resultado inexorável da prova e o emprego dessa idéia como fonte de legitimação do processo. Isto é, a verdade como razão do processo, e o processo, porque inspirado por essa razão, justificado como instrumento racional de solução de conflitos.

No último ponto desta parte inicial, examinar-se-ão as conseqüências do culto desmedido à verdade, para salientar os problemas disso decorrentes, os inconvenientes que surgem quando a verdade deixa de ser aspiração ética e transforma-se em dogma.

Por sua vez, a segunda parte trata de analisar o emprego do juízo de verossimilhança na decisão da questão fática. Principia por distinguir os conceitos de verossimilhança e probabilidade e, para tanto, recorre fundamentalmente à idéia de que o juízo de verossimilhança é fruto de uma relação entre a representação que a parte faz do fato, ou seja, a sua alegação, e um outro juízo, anterior e genérico, de sorte que verossímil é a alegação da parte que encontra guarida na representação genérica e preconcebida de fato tal qual o narrado<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Como ensina Calamandrei: "...per giudicare se un fatto è verosimile o inverosimile, ricorriamo, senza bisogno di una diretta ricerca storica sulla sua concreta verità, a un criterio di ordine generale già acquisito in precedenza mediante l'osservazione del *quod plerumque accidit* : poiché l'esperienza ci insegna che fatti di quella stessa categoria avvengono normalmente in circostanze simili a quelle che si riscontrano nel caso concreto, si desume da questa esperienza che anche il fatto in questione si presenta coll'apparenza di esser vero; e viceversa si conclude che esso è inverosimile, quando, pur potendo esser vero, sembra però in contrasto col criterio suggerito dalla normalità." (*Verità e verosimiglianza nel processo civile*, p. 620)

A noção de máxima de experiência presta aqui um enorme auxílio na compreensão do que significa este juízo prévio e difuso, em face do qual se avaliará a verossimilhança da representação do fato pela parte. Ver-se-á então a importância das luzes lançadas por Stein<sup>10</sup> a seu respeito, a importância da idéia das máximas de experiência no mecanismo da presunção, a distinção entre máximas de experiência e fato notório, a sua relação com as figuras da presunção e da *prova prima facie*, e a sua repercussão sobre a regra de distribuição do ônus da prova.

Pois bem, nesse ponto se concluirá: se a idéia de verdade absoluta é uma construção meramente ideal, da qual o resultado do processo não necessita; se mesmo a convicção mais intensa do julgador sabe-se não residir senão em um juízo de probabilidade; se a cognição não é senão um instrumento para a determinação dos fatos que o juiz haverá de ter em mente ao julgar a lide; então é possível cogitar de que o grau mínimo de intensidade da prova, que autoriza a fixação de um fato, não seja necessariamente o mesmo em todas as circunstâncias, em todos os processos, sejam quais forem as pretensões que por eles sejam veiculadas.

A certeza histórica, tida como *mínimo meio*<sup>11</sup> para fazer possível a sentença de mérito, é algo que traz para o debate a conveniência de trabalhar-se com o conceito de verdade suficiente. O processualista deixa ao filósofo o tema da *qualidade* da verdade que o processo é capaz de revelar ou produzir e assume que o que cabe a si é refletir sobre a *quantidade* de verdade que o processo pode ensejar.

Vê-se, então, que razões do direito material justificam que se rompa com a uniformidade no modo como o processo trata o tema da intensidade da prova. Não há dúvida de que a lei pode prever situações em que esse rompimento ocorrerá. É preciso, contudo, examinar se é possível ao

---

<sup>10</sup> Stein, Friedrich, *El conocimiento privado del juez*. Traducción y notas de Andres de la Oliva Santos. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973.

juiz fazer-se sensível a essas razões quando elas não hajam sensibilizado o legislador.

Como se viu, a hipótese formulada é a da suficiência do juízo de verossimilhança para que, sobre ele, formule o julgador a decisão da controvérsia fática. Sobre esta hipótese, desenvolver-se-á a tese de que, sim, em certos casos é suficiente que o juiz se convença da verossimilhança de determinados fatos e isto baste para fazer com que esses fatos dêem suporte à decisão que porá fim ao conflito.

A tal conclusão se chegará depois de verificar como é possível conferir um conteúdo axiológico ao processo quando não se lida com o padrão *verdade*, depois de identificar razões que recomendarão a redução do módulo da prova e de examinar recentes decisões judiciais que vêm admitindo uma tal redução.

Compreender-se-á, pois, que aquela fé, à qual Calamandrei atribuiu o condão de transformar a *probabilidade que convence* em certeza, é a mesma fé que em determinadas situações fará o juiz crer em algo não mais que meramente verossímil.

Como disse Carnelutti<sup>12</sup>, o ciclo da ação se inaugura com o juízo simples, nu, que, por não ter sido verificado ainda, autoriza a quem o formula que apenas diga: creio, mas ainda não sei. Quer dizer, no início do processo, o juiz crê porque não sabe. Mesmo ao final dele, contudo, ensina o autor, o juiz ainda precisará em alguma medida *crer*, por mais que os autos tenham lhe feito *saber*. Em algumas situações, ele *crerá* porque naquelas circunstâncias

---

<sup>11</sup> Carlo Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova. CEDAM, p. 42.

<sup>12</sup> "Il ciclo dell'azione si apre col giudizio: ora il giudizio semplice, nudo, ancora non verificato consente di dire, a chi lo formula: credo, ma ancora non so. Allora egli si inoltra nel dedalo dei ragionamenti; ma questi, purtroppo, a eliminare il dubbio non arrivano mai. (...) Il vero è che il ciclo dell'azione si inizia e si chiude con la fede." (Carnelutti, Francesco. *Verità, dubbio, certezza*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, anno XX – N° 1, p. 4-9, Gen./Mar. Padova: editora, 1965, p. 8)

qualquer um, igualmente, o *creria*, apesar do pouco que os autos hajam-lhe permitido *saber*.

É disso que se espera esteja o leitor, ao final das reflexões que ora começam, suficientemente convencido.

## Parte I – O conceito de prova. A apuração judicial dos fatos: perspectiva histórica e perspectiva crítica.

### A) O conceito de prova

As diferentes funções que a história do processo atribuiu-lhe e o próprio caráter polissêmico da expressão impõem uma maior atenção ao conceito de prova, de modo a esclarecer o sentido com que o texto o empregará. O propósito aqui, portanto, não é o de eleger uma acepção como a mais correta e desaconselhar a utilização das demais<sup>13</sup>. É, tão somente, o de uniformizar a linguagem, de modo que a boa compreensão do texto não sofra prejuízo.

O vocábulo *prova*, por vezes, denomina a *atividade* da parte, que busca fazer crível a sua versão dos fatos, como quando a parte afirma que, com os documentos que trouxe aos autos, *fez prova* de determinado fato. Noutras vezes, a expressão designa o *meio* de que a parte se vale para influir na convicção do julgador, sentido em que se a emprega quando se fala em admissibilidade<sup>14</sup> ou em tipicidade de determinada prova. Assim diz-se que o documento é *prova* de certo fato. E, ainda, numa terceira acepção, a palavra expressa o *resultado* do procedimento probatório, que foi exitoso no objetivo de contribuir para a convicção do julgador<sup>15</sup>. Do conjunto probatório dir-se-á que resultou provada a afirmação de determinado litigante. Neste sentido, de prova

---

<sup>13</sup> Como adverte Taruffo, é um erro querer cristalizar o tema da prova com definições rigorosas e classificações taxativas, já que fenômenos complexos, como a prova, ensejam teorizações também complexas e variáveis. (*La prova dei fatti giuridici*, p. 413)

<sup>14</sup> Taruffo registra o aspecto interessante de que, nessa acepção, por vezes a palavra prova é utilizada para designar aquilo que poderia ser prova, mas não é, como ocorre quando a parte traz aos autos uma prova inadmissível ou uma prova que não enseja o conhecimento de fato controvertido. (*Ibidem*, p. 422)

<sup>15</sup> Egas Moniz de Aragão observa que a idéia de prova como atividade põe em destaque o papel dos litigantes, ao passo que a idéia de prova como resultado destaca a figura do julgador. (*Exegese do Código de Processo Civil*, vol IV, Tomo I, Rio de Janeiro: AIDE, p. 58)

como resultado, é que se fala, por exemplo, em ônus da prova ou em valoração da prova<sup>16</sup>.

Como é perceptível, a este trabalho, que examina a suficiência da verossimilhança para a decisão da questão fática, interessa sobretudo essa perspectiva da prova como resultado da atividade probatória desenvolvida no processo, já que o que se busca esclarecer é se o resultado de uma instrução que não conduza senão à idéia de verossimilhança de fato controvertido pode justificar a prolatação de uma sentença que nela se apóie; é se, ainda que tenha havido *atividade* probatória por parte dos litigantes, ainda que eles tenham se valido de determinados *meios de prova*, se ocorrer de o *resultado* da instrução do feito não ser suficiente para ensejar a convicção do julgador, enfim, de não haver resultado *provado* certo fato, é-lhe permitido amparar-se tão-só na idéia de que o fato é verossímil.

É, pois, sob esta perspectiva que interessa aqui examinar o conceito de prova e a função dela no processo; desde logo, para afastar a idéia de que a prova seja descoberta ou demonstração dos fatos litigiosos, ou de que por meio dela estejam as partes pretendendo reconstituir a verdade dos fatos. A idéia de prova como demonstração é idéia presa ao superado paradigma epistemológico da rigorosa separação entre o mundo dos fatos e o mundo dos valores, o mundo da norma. Uma concepção equivocada, forjada no cientificismo iluminista, que tem o fato como algo apreensível objetivamente, cientificamente demonstrável. A prova é tida, então, como instrumento para descobrir a verdade dos fatos que interessam ao julgamento da lide. Uma afirmação é verdadeira quando narra fato cuja existência a prova permite descobrir. A tarefa do juiz é fundamentalmente a de subsumir o fato à norma,

---

<sup>16</sup> Os exemplos de utilização das diferentes acepções são de Taruffo (*La prova dei fatti giuridici*, p. 413)

uma vez estabelecidos ambos por meio de operações mentais que não se relacionam reciprocamente<sup>17</sup>.

Um tal modo de pensar implica ter a prova judicial como instrumento em prol do conhecimento da realidade passada, e remete à associação tantas vezes reiterada entre a atividade do juiz e a do historiador.<sup>18</sup> A prova judicial, assim como a prova de qualquer outra natureza, serve ao juiz para que ele, à semelhança do historiador, seja capaz de construir a representação do passado, para conhecer o modo como os fatos ocorreram.

Será, no entanto, que o universo sobre o qual se debruçam o juiz e o historiador é o mesmo? Não é. O princípio dispositivo dá às partes o poder de dimensionar os limites da controvérsia fática, com o que estão elas limitando o campo sobre o qual o juiz desempenhará sua atividade. A ele incumbe, ao contrário do que ocorre com o historiador, verificar qual das versões contrapostas melhor se adequa à representação que a prova propicia. Por certo que há outras diferenças, de método e de instrumentos, entre a cognição do juiz e o conhecimento do historiador, mas a diferença crucial reside no aspecto de que os limites da busca desenvolvida pelo historiador são traçados por ele, ao passo que, em princípio, são as partes que constroem as versões entre as quais o juiz haverá de transitar.

Em outras palavras, a função da prova não é a de demonstrar uma realidade objetiva e cognoscível na sua plenitude, mas a de verificar a correspondência entre as versões de fato e a realidade, o que João de Castro

---

<sup>17</sup> Como diz Danilo Knijnik, a conseqüência dessa idéia é que ao direito probatório restava a função de introduzir o fato no silogismo judiciário. (Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. In: *Revista Forense* nº 353, Rio de Janeiro: editora Forense, 2001, p. 18/19).

<sup>18</sup> Sobre essa associação entre o juiz e o historiador, ver, entre muitos outros, Taruffo (*Il giudice e lo storico: considerazione metodologiche*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXII (II Serie), p. 438-465. Padova: CEDAM, 1967); e Massimo Nobile (*Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974).

Mendes chama de *relação de conformidade*.<sup>19</sup> Trata-se, então, de pensar a prova como um experimento, como um teste que permitirá avaliar a *atendibilidade* de uma enunciação.<sup>20</sup>

Se o propósito da prova não é descobrir a verdade de um fato, mas convencer o julgador de que determinada versão dos fatos é a mais justificável,<sup>21</sup> dada a coerência entre a asserção da parte e a representação que resulta da prova, tem-se aí o rompimento com aquele modo de pensar tão próprio da epistemologia moderna. A lógica formal e puramente dedutiva deixa-se substituir por uma lógica do provável. A prova não é mais demonstração; agora se faz presente no campo da argumentação. Com isso – ou por isso – esfumaça-se aquela distinção antes tão nítida entre o plano dos fatos e o plano do direito.<sup>22</sup>

É o que Giuliani<sup>23</sup> diagnostica com tanta propriedade, ao dizer do restabelecimento de uma concepção *clássica* da prova. A função da prova muda bastante quando se abandona a crença de que a prova descobre a verdade, quando a idéia de probabilidade fragiliza a idéia de certeza, quando se recorre mais ao exame problematizado do caso concreto que às soluções abstrata e genericamente preconizáveis, próprias do pensamento escolástico.<sup>24</sup> A prova, nesta perspectiva, destina-se a persuadir o julgador.

---

<sup>19</sup> O autor adverte, contudo, que essa relação é posta ao juiz como hipótese prévia, que a ele cumpre confirmar ou rejeitar. “Quer dizer: autor e réu não se podem limitar a apresentar versões de facto; devem apresentá-las e afirmar a sua correspondência com a realidade, a qual é verificada – e não rigorosamente descoberta – pelo juiz”. (*Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa: Edições Ática, 1961, p.370).

<sup>20</sup> Na expressão de Taruffo (*La prova dei fatti giuridici*, p. 269-272).

<sup>21</sup> A idéia de *justificabilidade* é proposta por João de Castro Mendes (Op.cit., p.458-465).

<sup>22</sup> Como disse Carnelutti, “se as provas não são senão um meio para corroborar o frágil juízo dos homens, aflora a ligação da prova com o mundo dos valores e da experiência jurídica” (Nuove riflessioni sul giudizio giuridico. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, 1956, p. 102).

<sup>23</sup> Alessandro Giuliani, Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971, p. 231 et. seq.

<sup>24</sup> Um bom exemplo do cientificismo pretensioso próprio do pensamento escolástico é dado por Stein, ao observar que, quando Copérnico expôs suas idéias, a elas se objetou que haviam de ser falsas, pois Aristóteles não as mencionara. Isso evidencia o quanto este modo de pensar tinha por definitivas as suas experiências científicas. (*El conocimiento privado del juez*, p. 41)

Isso não significa, contudo, como adverte Taruffo,<sup>25</sup> que se deva ter o processo como um “jogo retórico-persuasivo”, em que a verdade seja um valor de que a prova prescinde. Tampouco autoriza que se tenha a prova como um elemento semiótico, auto-referencial, do qual se exige tão somente que propicie coerência interna ao discurso.

Mesmo quando se reconhece a substituição de paradigma, a verdade não é uma idéia estranha ao conceito de prova. Muito pelo contrário. Como se verá adiante, cumpre a ela uma função – digamos – legitimante do próprio exercício da jurisdição. Como dizem Marinoni e Arenhart, é a prova que confere ao discurso judicial uma pretensão de validade.<sup>26</sup> Não a prova como puro procedimento, esvaziada de valor intrínseco, mas a prova comprometida com o propósito de convencer o julgador de que uma determinada versão tende a aproximar-se mais da verdade, porque oferece maior correspondência com a experiência que a prova ensejou no espírito do julgador.<sup>27</sup>

Por isso, é acertada a definição de prova que dá João de Castro Mendes, ao tê-la como o instrumento que, por meio do processo, forja no

---

<sup>25</sup> Explica o autor: “È del resto innegabile che fattori persuasivi o retorici esistano nell’assunzione delle prove in giudizio. Il problema non è però di stabilire se essi esistano, bensì di decidere se essi siano così importante da giustificare una teoria ‘retorica’ della prova che possa essere assunta come dominante, o addirittura come teoria esclusiva e unica della prova. È su questo piano, e non su quello della constatazione della presenza di elementi retorici nell’assunzione delle prove, che la teoria della prova come argomento persuasivo incontra difficoltà insormontabili”. (*La prova dei fatti giuridici*, p.324)

<sup>26</sup> Para os autores, “O verdadeiro e o falso não têm origem nas coisas, nem na razão individual, mas no procedimento” (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 286). Para eles, “A prova, em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-Juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.” (Ibidem, p. 292).

<sup>27</sup> Neste sentido a posição de Carnelutti, anotada por Giacomo Augenti no apêndice à obra de Carnelutti. Este autor considera o conceito de prova como meio que traz ao juiz uma experiência e que, por isso, serve-lhe para relacionar o passado e o futuro. (*La prueba civil*, p. 227/228)

espírito do julgador a convicção de que há razões justificáveis para aceitar determinada alegação fática como fundamento da decisão jurisdicional.<sup>28</sup>

Ainda em relação à função da prova, é importante notar, como faz Taruffo,<sup>29</sup> que ela varia conforme o diferente aspecto do fenómeno probatório que se esteja a observar. A prova tem, primeiramente, a função de propiciar ao julgador a verificação do grau de atendibilidade de cada uma das versões contrapostas. A seguir, no momento logicamente posterior, ela funcionará como um elemento de escolha, a permitir que o julgador eleja a hipótese que considera como a descrição verdadeira dos fatos que importam ao julgamento da causa. E, por fim, no terceiro momento lógico em que se desdobra a decisão, a prova haverá de servir como instrumento de justificação da decisão tomada, fornecendo ao julgador elementos que confirmam racionalidade à escolha da hipótese.<sup>30</sup>

Essa identificação dos diferentes momentos lógicos em que a prova servirá à decisão do julgador é bastante interessante para o tema que este trabalho se propõe a examinar, porque, desta perspectiva de Taruffo, pode-se fazer a seguinte constatação: aceita-se, às vezes expressa às vezes veladamente, mas sempre com considerável naturalidade, que a prova que resulta na mera verossimilhança é suficiente para cumprir com sua função naqueles dois primeiros momentos lógicos: para verificar a atendibilidade das asserções e para eleger aquela que merece a adesão do espírito do julgador. Todavia, quando se trata de que a prova funcione como elemento de justificação racional da decisão tomada, é com reservas, às vezes até com

---

<sup>28</sup> A sua exata definição de prova é: "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". (*Do conceito de prova em processo civil*, p. 741)

<sup>29</sup> *La prova dei fatti giuridici*, p. 421-425.

<sup>30</sup> Esclarece o autor: "In altri termini, la prova opera qui come premessa di argomenti, o meglio: di inferenze giustificative che mirano a convalidare la scelta di tale ipotesi. A seconda dei casi, la prova può fondare argomenti che giustificano il rifiuto di un'ipotesi sul fatto, o argomenti che giustificano l'accettazione dell'ipotesi sul fatto." (*Ibidem*, p. 418/419)

alguma dissimulação, que se reconhece a verossimilhança como suficiente critério de justificação.

O restabelecimento da noção clássica da prova implica, assim, uma restauração da ideia de probabilidade na observação do conjunto probatório, o que impõe, como adverte Danilo Knijnik,<sup>31</sup> a definição de um novo arsenal de instrumentos, que permitam a verificação dos fatos sem a falsa ideia de sua neutralidade em face da teoria jurídica, que permitam lidar mais apropriadamente com a incerteza a que o processo conduz quando se o observa sob a perspectiva probabilística.

Essa necessidade de observar o processo pela lente do provável e não do verdadeiro, do relativo e não do absoluto, é uma imposição da nossa época. Como lembra bem Jean Carlos Dias,<sup>32</sup> o processo é criação da intelectualidade humana e, portanto, é um objeto cultural sobre o qual repercute a condição do homem em determinado tempo. A percepção da impossibilidade de obtenção da verdade por meio do conjunto probatório é, pois, o reflexo, no processo, da frustração experimentada pela filosofia quanto à condição de o homem conhecer a verdade, frustração cuja inserção no processo civil o autor corretamente credita a Carnelutti.

Enfim, não é mais possível que se construa o conceito de prova com alicerce na ideia de verdade, como um dado natural da realidade.<sup>33</sup> Isto,

---

<sup>31</sup> Para o autor, a formulação desse *instrumental novo* é uma imposição da superação da ideia subsuntivista, já que não é mais possível compreender que as questões fáticas e as jurídicas sejam heterogêneas e independentes. (*Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle*, p.19)

<sup>32</sup> A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. In: *Revista de Processo* nº 107, jul./set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

<sup>33</sup> João de Castro Mendes realça esse papel, que coube à ideia de verdade – embora discorde de um tal emprego –, de servir como um suporte natural, como uma conexão entre o conceito de prova e a realidade. Segundo ele, “O facto de que a verdade é um conceito de carácter filosófico, não perturbou os positivistas – reparando bem, todos os conceitos básicos de qualquer ciência revestem essa natureza –; e a ideia de verdade dá a maior impressão de exactidão, de tangibilidade, de ‘naturalidade’”. (*Do conceito de prova em processo civil*, p. 365/366)

por um lado, aumenta o compromisso do julgador com a qualidade de sua reflexão e realça-lhe o dever de demonstrar a racionalidade de sua convicção. Por outro, entretanto, impõe a contribuição da doutrina no estabelecimento de novos padrões probatórios, condizentes com o ceticismo do processo em relação à obtenção da verdade por meio do conjunto probatório.

Afinal de contas, sepultada a idéia de que a verdade é o inexorável resultado do procedimento probatório, reconhecido que não se lida no processo senão com a idéia de probabilidade, é importante que se ofereçam ao julgador alguns parâmetros na avaliação da prova, que, ao mesmo tempo em que lhe facilitem a verificação dos fatos sobre os quais há de proferir sua decisão, permitam o controle social da verificação da coerência e da racionalidade desse julgamento. Isso evitará que o juiz, com a liberdade que lhe conferem a concepção clássica da prova e o relativismo que lhe é próprio, e na solidão em que a omissão da doutrina o coloque, acabe por tornar-se *medida e metro*, como adverte Giovanni Verde.<sup>34</sup>

Quando discute se a prova jurídica é ou não um capítulo do gênero prova, o autor põe interessantes questões, que têm plena adequação aqui: Indaga se isso seria progresso, se seria conveniente o juiz como soberano regulador do que lhe forma o convencimento, como “medida e metro”; e a essas questões responde que não, pois esse seria um juiz presunçoso. O juiz, diz ele, deve-se reconhecer um *homem médio*, historicamente situado, pessoa sensível e culta, que não suportaria o fardo de uma instrução probatórias sem normas e sem limite.

A colocação de Giovanni Verde é bastante instigante, também, quando se tem como pano de fundo o debate a que este trabalho se propõe, em especial a necessidade de que não se atribua exclusivamente ao julgador do caso concreto a responsabilidade de definir quando e por que razões haverá

de contentar-se com a mera verossimilhança da versão controvertida, mas que a doutrina procure fixar as hipóteses em que isso pode ocorrer e os limites que, então, se haverá de observar.

Examinado o conceito de prova, não é possível ir adiante sem conhecer o modo como evoluiu na história o procedimento destinado à elucidação das controvérsias fáticas, até que, sob as recíprocas influências dos grandes modelos jurídicos, se forjasse a noção do que hoje se acredita constituir um mecanismo racional de julgamento das questões de fato.

#### **B) O processo de decisão das questões fáticas na perspectiva histórica dos grandes modelos de processo.**

Qualquer tema jurídico faz-se muito mais compreensível quando se conhece a sua origem e o modo como os diferentes modelos jurídicos o conceberam ao longo da história.

No entanto, neste tema em particular o conhecimento histórico é ainda mais útil. Por um lado, permite que se compreenda que o modo de disciplinar-se a apuração das controvérsias fáticas está diretamente ligado ao que se entenda ser a função determinante do processo e, ainda, ao que se entenda ser o papel reservado aos fatos no processo de formação da decisão do juiz. Por outro, mostra que o processo de decisão das questões fáticas movimenta-se na história de modo pendular, oscilando ao sabor do grau de autoridade de que se reveste o Estado, movendo-se de acordo com o papel que se entenda caber ao julgador e às partes, sendo impulsionado, para um

---

<sup>34</sup> La prova nel processo civile. Profili di teoria generale. In: Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura (*La prova nel processo civile* – Vol. Primo). Disponível em: <[http://www.csm.it/quaderno/quad\\_108/quad\\_108\\_1b.pdf](http://www.csm.it/quaderno/quad_108/quad_108_1b.pdf)>. Acesso em: 03. fev.2005.

lado ou para o outro, pelo grau de confiança que um povo deposita nos seus julgadores.

É importante que se dedique, então, atenção à estrutura do processo e ao modo como se regulava o procedimento probatório nos principais modelos de processo.

### **B.1. O processo romano**

A prova no processo romano era destinada fundamentalmente ao convencimento do juiz privado. Não se tratava propriamente de um instrumento para a fixação dos fatos sobre os quais haveria de surgir a decisão. Em Roma, tal qual na Grécia, *prova* era tudo o que fosse capaz de contribuir para o convencimento do julgador.<sup>35</sup>

No período das *legis actiones*, o procedimento principiava pela etapa *in iure*, marcada pelo comparecimento das partes ante o pretor. O autor expunha a sua pretensão e, se o réu a ela se opusesse e o Pretor entendesse presentes os pressupostos necessários ao estabelecimento de um processo contencioso, ele conferia ao autor a *actio*. Estava instituída a lide, dava-se a *litiscontestatio*, e o processo havia de ser encaminhado à etapa *in iudicio*, presidida pelo *judex*, o árbitro a quem cumpria proferir a sentença uma vez praticadas as provas das afirmações feitas, provas que houvessem sido determinadas pelo Pretor.

O *judex* tinha plenos poderes, não só para livremente valorar a prova que as partes traziam, mas inclusive para julgar com base nos seus

---

<sup>35</sup> “... i retori greci e romani avevano della prova un'idea radicalmente diversa da quella moderna, e strettamente legata alla loro funzione di difensore-persuasori: per essi infatti era prova ogni argomento idoneo ad influenzare il giudice, non ciò che specificamente servisse ad accertare i fatti.” (Taruffo, *la prova dei fatti giuridici*, p. 325)

respectivos atributos morais e sociais, o que se fazia possível numa sociedade pequena, em que todos se conheciam.

Já nesse período mais remoto do processo romano, vigoravam muitos dos princípios que hoje se têm por imprescindíveis, como a publicidade, a oralidade e a imediatidade na recepção da prova. A produção da prova, que normalmente consistia de depoimentos das partes e de testemunhas prestados sob juramento, era uma tarefa exclusivamente das partes, que não se permitia fosse de iniciativa do próprio juiz. A ele, contudo, se consentia atribuir o valor que entendesse adequado à prova produzida por cada parte.

No período formulário, o quadro não se altera substancialmente. O juiz conserva a liberdade que tinha na valoração da prova produzida. A prova mantém-se submetida à sua discricionariedade, uma vez que não é possível, ainda, constatar a presença de regras pré-fixadas determinantes do prestígio de cada meio de prova. Por outro lado, o rol dos meios de prova, que no período das *legis actiones* resumia-se essencialmente à prova oral, passa, a partir do período formulário, a abranger também outras espécies de prova, como a prova documental, o juramento e a prova indiciária.

Somente no terceiro momento do processo romano, na fase da *cognitio extra ordinem*, é que se altera substancialmente o tratamento da prova. Como de resto aconteceu com todos os institutos do processo a partir do momento em que cresceu a compreensão de sua natureza pública, o regramento da prova submeteu-se também a muitas transformações. Essa natureza pública do processo não era mais coerente nem compatível com as características do processo romano primitivo, um processo de natureza privada, todo ele entregue exclusivamente à iniciativa das partes, e que era decidido por alguém cuja autoridade só advinha do fato de as próprias partes haverem decidido submeter-se à sua decisão.

A partir daí, o processo deixa de ser decidido pelo juiz privado e passa a concentrar-se numa única fase. O magistrado reveste-se agora de uma autoridade pública, que lhe advém da função que exerce e não mais da vontade dos litigantes.

A sociedade romana já não é mais aquela em que os cidadãos conheciam-se reciprocamente e que, por isso, podia permitir que o juiz valorasse os atributos pessoais dos litigantes, sem que o julgamento houvesse de ater-se aos fatos que restassem provados. À medida que ficava mais complexa, fazia-se necessária a formulação de regras relativas à prova.<sup>36</sup>

Os meios de prova eram, a rigor, os mesmos disponíveis no período formulário. Embora houvesse provas típicas – depoimento das partes, testemunhas, documentos, inspeção direta pelo magistrado, perícia e juramento – em verdade, todas e quaisquer circunstâncias fáticas ou jurídicas em que o julgador alicerçava a sua decisão eram tidas como meios de prova.

O propósito da prova continuava sendo o de persuadir o julgador. Essa persuasão, porém, já não se fazia mais por qualquer meio e sem qualquer controle. Começavam a surgir normas destinadas a limitar o arbítrio do julgador no atribuir valor à prova produzida. Foi nesse momento histórico que surgiu a *prova legal*, no sentido mais amplo da expressão. O magistrado, no que diz respeito à valoração da prova, passou a submeter-se à lei, que estabelecia normas, tais quais a de que a prova testemunhal merecia menos consideração que a documental, a de que o depoimento de uma só testemunha

---

<sup>36</sup> Micheli bem assinala essa transformação, ao expressar : “Decaído el elemento fiduciário, que caracteriza la fase arbitral, hecha imposible la valoración de las personas de los sujetos al extenderse y complicarse las relaciones de la sociedad romana, el único modo para alcanzar siempre una decisión pareció el de dar al juez público las directivas a que atenerse en determinados casos. Así, la valoración de las pruebas, de libre se convirtió en vinculada, de manera que determinados medios de prueba fueron considerados como mejores que otros, o bien a algunos de ellos se les reconoció una eficacia no libremente apreciable por el magistrado. Además, fueron fijados los temas de prueba, considerados sin más como demostrados, y se determinó en general quién debía aducir las prebas de las afirmaciones hechas en juicio” (*La carga de la prueba*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p.19/20)

não tinha suficiente valor probatório e a de que determinadas pessoas não podiam testemunhar.<sup>37</sup>

O processo privado, antes inteiramente submetido à disposição das partes, dava lugar a um processo de natureza marcadamente pública. Isso se refletiu no campo da prova, em que o predomínio das partes deixou-se limitar em prol do poder do magistrado. Embora se mantivessem em vigor os princípios da imediatidade e da oralidade, o novo é que a partir de então a tarefa de escolher e produzir as provas passou a ser também incumbência do julgador.

Essa notável publicização do processo, esse marcante incremento da autoridade de que passou a se revestir o magistrado, a superação da idéia de processo como instrumento de natureza estritamente privada, a cuja decisão as partes só estão obrigadas porque, pela sua vontade, decidiram a ela submeter-se, tudo isto provocou uma série de conseqüências importantes para o exame do tema da valoração da prova.

No momento em que se admitiu que a decisão pudesse não mais consistir no fruto da livre valoração da prova pelo juiz, isto é, quando a decisão do juiz sobre os fatos do litígio passou a construir-se muito mais sobre pilares erguidos pela lei que sobre a livre convicção do julgador, rompeu-se com o culto desmedido da verdade.

Estava aí o germe da idéia de que é possível pensar o processo como um instrumento que talvez não seja capaz de revelar a verdade dos fatos litigiosos.

---

<sup>37</sup> No direito romano não se admitia que os delinqüentes depusessem, nem os incapazes, nem os infames, nem as prostitutas. Os escravos, por sua vez, só podiam depor em favor de seus senhores e podiam ser submetidos a tortura, que servia à comprovação da veracidade do testemunho (Valentin Silva Melero. *La prueba procesal*, Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 6)

A idolatria da verdade nos primórdios do processo romano fora tamanha que o *judex* estava autorizado a proferir um *non liquet*, negando a outorga da prestação jurisdicional sob o argumento de que não restara suficientemente convencido da verdade dos fatos. A partir da evolução havida no período da *cognitio* não é mais possível a negação da prestação jurisdicional sob uma tal justificativa.<sup>38</sup>

A evolução do processo romano, em matéria probatória, de certa forma profetizou o caminho que a história do processo viria a trilhar: da liberdade absoluta do juiz na valoração da prova, à submissão de sua convicção ao império de normas que lhe restringem a discricionariedade; do culto ilimitado da verdade, à idéia de que os fatos sobre os quais incidirá a norma jurídica podem não ser exatamente aqueles que efetivamente ocorreram.

É bem verdade que a queda de Roma e a conseqüente hegemonia dos povos bárbaros introduziram no processo características que jamais tinham figurado no processo romano. O processo bárbarico, ou germânico, era radicalmente diferente do modelo romano. Importa muito conhecê-lo, pois em relação à prova, é fundamentalmente da sua mescla com o processo romano que se forjou o processo moderno.

## **B.2. O processo germânico**

Como é sabido, os vários povos bárbaros tinham cada qual o seu próprio procedimento. A imposição de um regramento comum, capaz de impor-

---

<sup>38</sup> J.M. Othon Sidou, ao elencar as características do procedimento judicial no período da *cognitio extra ordinem*, registra: “A eximção de julgar (*sibi non liquere*) converteu-se em consulta ao tribunal imperial, que o juiz manifestava por escrito, em dez dias, quanto ao seu estado de perplexidade, e as partes, a seu lado, aduziam os *libelli refutorii*.” (J.M.Othon Sidou, *Processo civil comparado histórico e contemporâneo*; Editora Forense Universitária, 1ª Edição, Rio de Janeiro, 1992, p. 46).

se sobre os regramentos particulares, só iria consumir-se bem adiante, quando da restauração de instituições e valores próprios do direito romano, por obra do esforço dos *glosadores*, em Bologna. No entanto, em que pese essa diversidade localizada de ritos, é possível identificar nos vários procedimentos traços comuns que caracterizam o *processo germânico*.

O processo transcorria de forma oral, perante uma assembléia. As partes faziam as suas alegações ao juiz, que consultava os *sentenciadores*. Como anota Gerhard Walter,<sup>39</sup> a sentença que proferiam era puramente probatória, pois indicava qual das partes estava autorizada a oferecer provas, por que meios essa prova poderia ser oferecida, e o que deveria ser tido por justo a partir do seu resultado. A atividade do tribunal encerrava-se nessa sentença probatória. A prova que em seu cumprimento fosse produzida era recebida extrajudicialmente. Dirigia-se ao adversário e não ao tribunal. Não objetivava convencer juiz algum. A decisão já estava condicionada pela sentença probatória.

Os meios de prova eram poucos. Limitavam-se ao juramento, ao duelo e aos juízos de Deus, as ordálias. O juramento em certas situações tinha de ser complementado por juramentos *consacramentais*, isto é, juramentos prestados por outras pessoas que davam conta da credibilidade do litigante admitido a jurar.

A censura de uma parte ao juramento da outra, ou a hipótese de que o autor propusesse contra o réu uma *ação de luta*,<sup>40</sup> impedia que a decisão fosse fruto do juramento e conduzia à realização de um duelo.

Se não se verificava nenhuma dessas situações, era caso de invocar-se os juízos de Deus. O papel das ordálias era o de revelar a vontade

---

<sup>39</sup> *Libre apreciación de la prueba*, p. 46.

de Deus quanto à conduta que estava sob julgamento. O transgressor das normas da comunidade ofendia também a Deus. Entregue a sua conduta nas mãos de Deus, a decisão condicionada pelas ordálias,<sup>41</sup> porque divina, seria inexoravelmente a justa.

A partir de uma profunda reforma que Carlos Magno empreendeu na administração da justiça, entre os anos de 770 e 780,<sup>42</sup> houve sensível evolução no processo civil da baixa Idade Média. Por ela foram exonerados aqueles que participavam das sessões judiciais das assembleias populares e, com isso, fortaleceu-se a posição do juiz. Ele passou a desempenhar uma função mais complexa, decidindo a partir de regras de experiência quem deveria aportar a prova ao processo. O critério empregado para decidir a quem incumbir a produção da prova era a proximidade das partes com ela, a maior ou menor facilidade de acesso às provas, que tinha uma ou outra parte. Normalmente, no entanto, era ao réu que se atribuía a tarefa de produzi-la porque supostamente conhecia melhor os fatos, sobretudo em se tratando de controvérsias que, à época, quase sempre tinham natureza penal.<sup>43</sup>

Micheli afirma que a distribuição da responsabilidade pela produção da prova fazia-se com base na valoração da verossimilhança das afirmações das partes. Depreende-se das suas palavras, no entanto, que o juízo a respeito da verossimilhança das afirmações não tinha o condão de

---

<sup>40</sup> “La idea era que el duelo decidiría directamente la contienda allí donde se opusiese una afirmación a la otra; el resultado de ese combate daría al vencedor la victoria en el litigio, no solo simbólica, sino realmente.” (Gerhard Walter, *Libre apreciación de la prueba*, p. 49/50).

<sup>41</sup> Marina Gascón Abellán registra alguma delas: caminhar sobre brasas incandescentes sem sofrer lesão, recolher uma pedra ou um anel submerso no óleo fervente, encerrar o acusado e o acusador com uma fera e dar razão àquele que sair ileso (Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho – bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999, p. 9).

<sup>42</sup> Além da reforma de Carlos Magno, também a influência do Cristianismo contribuiu para provocar importantes modificações no direito probatório, transformando formas litúrgicas e processuais de pagãs em cristãs, como anota Gerhard Walter. (op.cit., p. 52)

<sup>43</sup> As hipóteses em que a responsabilidade pela prova incumbia aos acusadores diziam respeito a fatos tais quais o grau de parentesco alegado, em ações relativas à transmissão hereditária, e a extensão do dano afirmado, em ações de reparação de danos. (Micheli, *La carga de la prueba*, p. 27)

dispensar a prova das alegações tidas por verossímeis. O juiz avaliava a verossimilhança das alegações com o propósito de refletir sobre qual das partes tinha mais proximidade com a prova. A esta parte ele atribuiria a responsabilidade pela produção da prova.<sup>44</sup>

Essa nova responsabilidade do juiz foi importante porque trouxe de volta a questão da prova para dentro do processo, fazendo com que dela se passasse a tratar em momento anterior à sentença probatória. Porém, a atividade da parte, que dava cumprimento a essa sentença, não tinha propósito verdadeiramente probatório. Como anota bem Micheli, a essa atividade “probatória” da parte é de reconhecer-se, isto sim, uma função “decisoria, cuando siga a ella una sentencia del juez, cuyo contenido está determinado por la prueba aducida”, ou uma função de regra de direito material, “quando el juramento o el juicio de Dios no van seguidos por ninguna decisión del juez”.<sup>45</sup>

Quer dizer, quando ao juramento ou à ordália se seguia uma decisão do juiz, determinada de antemão pela sentença probatória, a atividade da parte tinha natureza decisória. Quando a eles não se seguia decisão alguma, o que aliás era o mais comum no processo germânico, a atividade “probatória” da parte implicava efeitos no plano do direito material, pois era ela que fazia justa ou injusta a conduta do réu.

Essas discrepâncias todas, entre o procedimento observado pelo processo romano e os aspectos comuns aos vários procedimentos dos povos bárbaros, explicam-se pelo modo diverso como essas civilizações entendiam a razão de ser do processo e viam a situação do demandado.

---

<sup>44</sup> Veja-se o que o autor diz a respeito: “Dentro de ciertos limites, pues, el problema de la distribución de la prueba se presenta también en el proceso germánico: así la valoración de la verosimilitud de las afirmaciones de las partes contribuye a formar en el juez la convicción acerca de cuál parte sea más idónea para aportar las pruebas al proceso, como más proxima a ellas.” (Micheli, *La carga de la prueba*, p. 27)

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 28.

O processo germânico objetivava fundamentalmente a pacificação dos litigantes e estava pouco interessado em servir de veículo para o restabelecimento do direito positivo supostamente violado.

A situação do réu, a seu turno, era outra, completamente estranha à de que desfrutava no processo romano. Enquanto no processo romano a controvérsia estabelecida pelo réu a respeito dos fatos do processo fazia, via de regra, com que se mantivesse sobre o autor a responsabilidade pela produção da prova, no processo germânico a rigor o próprio fato não tinha importância alguma.

Ao réu não interessava propriamente controverter sobre os fatos afirmados pelo autor e sim ver-se livre da acusação que este lhe lançava.

Diz Micheli<sup>46</sup> que a demanda do autor era uma acusação contra o demandado, a quem se atribuía haver cometido um ato contrário aos costumes locais. Ao reagir à imputação, o acusado tratava de justificar-se como podia, e para tanto oferecia ao acusador elementos que o persuadissem de sua inocência.

Por conseqüência disso, a expressão *prova* tinha sentido absolutamente diverso daquele com que se a emprega modernamente. A prova germânica não tinha por propósito a elucidação da questão fática. Sua intenção era determinar em favor de quem a lide deveria ser julgada. Os fatos que faziam eclodir o conflito interessavam muito pouco. Não se julgava a conduta da parte, mas, de certa forma, era sobre ela própria, era sobre seu caráter que cumpria à prova esclarecer.

Essa circunstância, de que incumbia ao réu a tarefa de ver-se liberado das imputações que lhe lançava o autor, explica que se tivesse como

---

<sup>46</sup> *La carga de la prueba*, p. 26. No mesmo sentido, registra Rui Rangel, “O autor não peticionava um direito seu, antes reclamava sobre a injustiça do comportamento do devedor”. (*O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 79)

dele – réu – o ônus da prova de que não era justa a reprovação que o autor lhe dirigia. Mas a participação do réu no procedimento probatório tinha apenas o propósito de revelar que não era injusto o seu comportamento, que ele não era merecedor de reprovação alguma. Essa participação não tinha, entretanto, nenhuma repercussão na fixação dos fatos subjacentes ao conflito. Não havia nenhum procedimento probatório destinado à fixação dos fatos sobre os quais o juízo devia aplicar a norma jurídica. Os meios de prova, a rigor, substituíam o juízo de valor do magistrado quanto à reprobabilidade da conduta que o autor imputava ao réu. Não se destinavam a apurar se realmente a conduta imputada correspondia à realidade dos fatos.

Em síntese, em oposição à racionalidade do processo romano — sobretudo de seu último período —, o processo germânico deixou-se permear por um forte conteúdo religioso. O juízo não tinha autoridade por si só e era obrigado a buscá-la no sobrenatural. Assim, o que era delito era pecado. A pena que se aplicava a quem delinqüia era também a penitência a quem pecava. A conduta faltosa do demandado não era alvo de uma análise objetiva, que se restringisse ao exame de seu efetivo comportamento. Ao contrário, era a revelação de um caráter que haveria de ser subjetivamente avaliado e, se merecedor da reprovação divina, punido.

Some-se a isso ainda, como registra Marina Gascón Abellán, alguma reminiscência da idéia de que o sacrifício individual é capaz de purgar a culpa coletiva e se encontrará a explicação para que “‘los hechos’ se conciban solo como un sintoma de que el sujeto es acreedor al castigo, y no como la única y exclusiva razón del mismo”.<sup>47</sup>

O que é divino não se relativiza. A forte religiosidade impregnada no processo germânico fazia absoluta a verdade que emanava do juramento ou

---

<sup>47</sup> Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba*, p. 9.

do juízo de Deus.<sup>48</sup> Não a verdade sobre os fatos, que já se viu tinha nenhuma importância, mas a verdade sobre o merecimento pelo acusado da reprovação divina.

Sempre por meios irracionais, o processo germânico conduzia a soluções absolutas. Outros momentos houve depois na história, em que o absoluto foi, ao contrário, a ambição de uma extrema racionalidade, como se verá adiante.<sup>49</sup>

Antes, porém, dediquemos atenção ao modo como o direito canônico regulava o tema da prova, já que foi da sua fusão com elementos do processo romano e do germânico que surgiu a conformação do processo que viria a impor-se na Europa após a recepção do direito romano, no século XII.

### **B.3. O processo ítalo-canônico**

A releitura do direito romano, acentuada por uma forte influência canônica, assinalou a re-introdução da lógica e da racionalidade no processo. Foi o processo canônico, a partir do precedente romano, o responsável pelo abandono dos meios irracionais de prova. A prova tornou a destinar-se ao convencimento do juiz e, assim, restaurou-se a importância da fixação dos fatos como elemento que condiciona o resultado do processo.

Dessa sensível evolução decorreram modificações no procedimento, as quais, por sua vez, realçaram ainda mais o papel da convicção do juiz na solução das controvérsias.

---

<sup>48</sup> Na mesma linha, Valentin Silva Melero: "La solución del proceso se hizo depender, no del convencimiento del juez, sino por lo regular de un ritualismo y de unas solemnidades en las que la prueba descubre la voluntad de un ente superior imparcial: La divinidad". (*La prueba procesal*, p. 8)

<sup>49</sup> Ver, por exemplo, p. 50/51 deste trabalho.

O procedimento principiava pela fixação de uma data para o comparecimento das partes em juízo. A citação era feita pelo próprio autor, que entregava ao réu um texto escrito, contendo a afirmação de um direito. Em outro momento, o réu oferecia sua defesa e opunha suas exceções. Se o réu não opunha exceções que fossem prejudiciais ao prosseguimento do processo, ou se as opunha e elas eram rejeitadas, dava-se a *litiscontestatio*, como consequência da postura do réu, que fizera afirmação contrária à do autor. Estavam, então, fixados os contornos do mérito da causa que ao Tribunal cumpriria decidir. Uma vez estabelecida a *litiscontestatio*, incumbia às partes deduzir em artigos as suas afirmações, devendo o demandado manifestar-se precisamente sobre cada um de tais artigos. A prova, assim, tinha por objeto exclusivamente aquelas afirmações que fossem expressamente controvertidas pelo demandado.<sup>50</sup>

Vale registrar também que a discussão podia travar-se sobre questões de fato e de direito. O princípio de que a investigação do direito é ofício do juiz já tem curso corrente no século XIV, embora ainda não houvesse surgido o aforisma *iura novit curia*.<sup>51</sup>

Tratava-se, pois, de um procedimento bastante complexo, ao qual faltavam várias das características que hoje se têm por imprescindíveis a um processo justo: a oralidade fazia-se difícil, em decorrência da complexidade do rito, a publicidade era restrita, e o direito de ser ouvido era a única das garantias processuais alçada à condição de princípio orientador do processo.

---

<sup>50</sup> Segundo Gerhard Walter, estava aí o início do princípio da tramitação, ou princípio da iniciativa das partes. “A fin de lograr un relato en lo posible concienzudo de los hechos, las partes tienen ahora que formular sus afirmaciones en una serie de artículos breves (las llamadas posiciones), acerca de cada uno de los cuales tiene luego que declararse el adversario (responsiones). De ahí se sigue que la prueba solo se evacúa sobre las posiciones controvertidas; aquellas acerca de las cuales el adversario nada manifiesta, se consideran reconocidas y no pueden por ende ser examinadas.” (*Libre apreciación de la prueba*, p. 28/29).

<sup>51</sup> A propósito, veja-se Rui Rangel, *O Ônus da Prova no Processo Civil*, p. 80, e Valentin Silva Melero, *La Prueba Procesal*, p. 19, que, em relação ao referido aforisma, esclarece: “...aunque no sea precisamente de este período el aforismo ‘jura novit curia’, cuya misma terminología sirve para ponerse en guardia, ya que ‘jura’ en el derecho intermedio al que nos referimos, no

A possibilidade de afirmações contrapostas pelo réu, fazendo incertas as afirmações do autor, é que foi responsável pela importante evolução verificada no terreno da prova, pela restauração da importância da verificação do fato como condição para a aplicação da sanção legal.

Na medida em que a controvérsia surgida da conduta do réu deixou de conduzir ao duelo ou ao juízo de Deus, ganhou relevo o tema da incerteza do julgador, e surgiu a preocupação com a necessidade de evitar a subjetividade em seus julgamentos e a arbitrariedade daí decorrente. A este propósito serviram a classificação da prova em *plena* e *semiplena* – exigindo, por exemplo, um número mínimo de testemunhas para a constituição de prova plena – e a fixação de regras orientadoras do crédito que o julgador deveria emprestar às provas contrapostas.<sup>52</sup>

Quer dizer, a prova voltava a ser um tema de interesse do julgador, era ao convencimento dele que se destinava a sua produção, mas ao apreciá-la o julgador não era absolutamente livre. A sua liberdade de apreciação encontrava-se condicionada por regras legais de prova. Embora o objetivo da prova fosse influir na convicção do juiz, as normas de prova legal já de antemão estabeleciam o grau de convicção que determinadas provas e determinados indícios poderiam proporcionar.

---

significaba propriamente derecho objetivo, sino subjetivo, ya que cuando había que entender ambos conjuntamente, se empleaba la expresión *jus*, pero no *jura*.”

<sup>52</sup> Gerhard Walter, ao abordar a possibilidade de contradição entre as testemunhas, diz que nessa hipótese o juiz haverá de decidir em quem acreditar mais, porém, “habrá que creerle más ‘al viejo que al más joven, al superior antes que al inferior, al noble antes que al plebeyo, al hombre antes que a la mujer, al veraz antes que al mentiroso, al rico antes que al pobre’”. Outro exemplo de norma de prova legal, que cita, é a que regula a eventual contradição entre o que resultou da prova documental e o que resultou da prova testemunhal: se todas as testemunhas enunciadas no documento testemunham contra ele, anula-se a sua credibilidade porque “las voces vivientes merecen más crédito que las muertas”. Se, por outro lado, as testemunhas que contradizem o documento não são as mesmas que nele figuraram, o documento conserva sua primazia. Mesmo o testemunho de duas pessoas não é capaz de sobrepor-se a documento que o contradiz. (*Libre apreciación de la prueba*, p. 41-43)

Por outro lado, essa retomada da incumbência de aferir a existência do fato propiciou o surgimento de uma lógica que empregava a noção de probabilidade das afirmações contrapostas, permitindo que o juiz aderisse à afirmação mais provavelmente verdadeira.

Valentin Silva Melero<sup>53</sup> registra, como consequência do emprego dessa lógica da probabilidade na formação do raciocínio jurídico, o surgimento de uma liberdade de investigação por parte do juiz, que o obrigou a valorar os *argumenta veritatis* de ambas opostas perspectivas, dando ensejo, pois, a uma grande preocupação com a falibilidade do juízo.

Ganharam prestígio as presunções, fundadas em máximas de experiência, isto é, na observação do que ordinariamente ocorre, e inspiradas na idéia de economia processual.<sup>54</sup> Pelas mesmas razões, cresceu a importância da figura do *notório*, aquilo que juiz e partes conhecem a tal ponto que é impossível negá-lo. Era tal o prestígio da idéia de fato notório, que no procedimento penal a notoriedade implicava um desvio do curso normal do processo, já que diante dela a sentença era pronunciável de imediato, sem que se produzissem quaisquer provas e, até mesmo, sem que fosse formulada a acusação. Quando o fato notório era a própria ação punível, sequer tinha lugar algum procedimento judicial formal; o juiz de pronto proferia a sentença penal.<sup>55</sup>

Surge nessa época, movida pelo propósito de que a sua normatização pudesse impedir a subjetividade do julgador, uma teoria das presunções, classificando-as em presunções *simples*, construídas pelo juiz, e *legais*, instituídas por lei, em certas situações de forma a não se admitir prova

---

<sup>53</sup> *La prueba procesal*, p. 13.

<sup>54</sup> Alguns exemplos lembrados por Gerhard Walter: a amizade que unia o morto e o matador fazia pressupor que este não o tinha matado dolosamente; da presunção de que os pais amam seus filhos derivava a presunção de que o pai não teria querido diminuir a herança de seu filho por meio da instituição de legados; presumia-se que o cuidado com os próprios negócios era maior que o cuidado com os alheios; a vida honesta na juventude pressupunha a honestidade na maturidade. (*Libre apreciación de la prueba*, p.39)

<sup>55</sup> *Ibidem*, p.37.

em contrário (presunção *jure et de jure*), em outras admitindo-a (presunção *juris tantum*).

Enquanto a idéia romana de presunção consistia em instrumento por meio do qual o legislador antecipava provisoriamente uma certeza, a presunção medieval, ao contrário, orientava a atividade do juiz.<sup>56</sup>

Assim, embora o procedimento padecesse de uma complexidade exagerada e a apreciação da prova sofresse a influência de uma série de regras legais que predeterminavam seu valor probante, verifica-se que aqui, no procedimento ítalo-canônico, já se encontravam assentes algumas das noções imprescindíveis à formatação do processo moderno.

A idéia de que o objeto da prova restringe-se à afirmação impugnada; o reconhecimento de que a prova destina-se ao convencimento do julgador; o surgimento, pois, de uma apreciação material da prova; a compreensão de que a noção de probabilidade cumpre importante função no procedimento probatório, por vezes dispensando a produção da prova, por vezes implicando uma diferente distribuição do ônus de produzi-la; a percepção de que é preciso procurar instrumentos que impeçam uma extrema subjetividade na formação da convicção do juiz, constituem a evidência de que o processo retomara o curso da racionalidade, deixando para trás a magia e o misticismo do ritualismo barbárico.

O reencontro com a racionalidade revela-se, inclusive, na preocupação com a falibilidade do juiz e na consciência a respeito dos limites da razão. Isso explica a gênese do *provável*, que, outra vez nas palavras de

---

<sup>56</sup> Neste sentido, ver Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*. Tomo IV. 3ª ed. ampliada e atualizada. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1997.

Valentín Silva Melero, era “la razón que ha puesto en juego todos los medios idóneos para buscar la verdad en el mundo de lo contingente”.<sup>57</sup>

Destarte, quando a gradual imposição do processo romano-canônico sobre os procedimentos particularizados dos povos germânicos conduziu à consolidação de um denominado *Proceso Comum*, disso resultou a redescoberta da racionalidade do julgamento e, ao mesmo tempo, um direito probatório dominado por uma teoria das provas legais. A preocupação com a coibição do arbítrio do julgador fez delas algo tão natural, que até o final do século XVIII não se ousava questioná-las.<sup>58</sup>

No entanto, a hegemonia dessas provas legais, a constranger a livre apreciação da prova, aliada a um procedimento todo ele dominado pela escritura, em que o juiz não tinha contato algum com as partes, despertava para a necessidade de modificações no processo. No campo da teoria das provas, contudo, não houve grandes inovações. O reconhecimento de que a *verdade formal* não era a única expressão possível da verdade, e de que ela talvez não coincidissem com a *verdade material*, não se traduziu numa concreta relativização do prestígio da prova legal.

Como explica Gerhard Walter,<sup>59</sup> esse prestígio não foi arranhado, em que pesem o descontentamento com o processo comum e as tentativas doutrinárias e legislativas de melhorar o procedimento.

Embora se reconhecesse que a idéia de verdade legal, ou jurídica, poderia não coincidir com o conceito de verdade real, isso não chegou a pôr em questão a prova legal, já que a verdade formal ganhou novos

---

<sup>57</sup> Valentín Silva Melero, *La prueba procesal*, p. 13.

<sup>58</sup> Gerhard Walter, *Libre apreciación de la prueba*, p. 85.

<sup>59</sup> Segundo Gerhard Walter, “hubo contentamiento cuando se le dieron bases filosóficas a la justificación de esa verdad formal, en las cuales se prefería esta verdad ante la supuesta inseguridad de la discreción subjetiva y era defendida a priori como deseable”. (Ibidem, p. 86/87)

fundamentos filosóficos: passou a ter suporte no argumento de que era preferível uma verdade pré-estabelecida por normas condicionantes de prova legal à discricionariedade subjetiva do julgador, que lhe seria a alternativa.

A própria tradição clássica da neutralidade do juiz também contribuiu para ter-se por razoável que a lei preventivamente atribuísse valor à eficácia de certos meios de prova. Vittorio Denti identifica, ao lado dessa admissão da valoração preventiva da eficácia de certos meios de prova, outras duas conseqüências nos países de *civil law* da tradição clássica da neutralidade do juiz: a não atribuição ao juiz de poderes inquisitoriais, que contrastam com a plena disponibilidade que as partes devem ter sobre o objeto do processo, e a submissão da atividade probatória ao rigoroso respeito do princípio do contraditório.<sup>60</sup>

No fundo, outra vez e sempre, o receio do arbítrio judicial aparece como elemento que condiciona a conformação do processo. Como se verá adiante, só a compreensão de que há outros meios eficazes para o controle dos riscos de uma extremada subjetividade das decisões judiciais pode amainar a rigidez das normas que pretendem traçar limites à formação da convicção do julgador, fazendo-as, portanto, menos absolutas.

Giovanni Verde<sup>61</sup> descreve bem essa evolução histórica, que em dado momento apresenta ao juiz o problema da incerteza sobre o fato e pretende oferecer-lhe um modo racional para resolvê-lo.

Parece-lhe razoável acreditar que o problema da decisão fática nem mesmo se pusesse ao julgador, já que a ele cumpria tão somente o dever de estabelecer que provas os litigantes haveriam de produzir. Quando da

---

<sup>60</sup> Vittorio Denti. Inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, anno XLVI, nº 3, p. 709-713, Milano: Giuffrè Editore, 1992, p. 95.

<sup>61</sup> Considerazione sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXVII, Padova: CEDAM, 1972, p. 448-450.

produção dessas provas, no entanto, ele não era mais que testemunha de uma solução que já fora pré-definida. De tal sorte, a incerteza do julgador sobre o fato era algo absolutamente irrelevante, pois não havia oportunidade para que se fizesse sentir o convencimento subjetivo do juiz.

A afirmação da racionalidade do sistema probatório, ao confiar ao juiz a tarefa de valorar o fato da forma como ele foi reconstruído no processo, e, ao mesmo tempo, ao infundir-lhe a idéia de que deveria renunciar à pretensão de, mesmo que por meio de uma revelação divina, atingir a verdade absoluta, foi o resultado de uma paulatina evolução histórica, uma conquista cultural que, nas palavras de Giovanni Verde, “poneva e non poteva non porre in primo piano il problema dell’incertezza del giudice”.<sup>62</sup>

O fio condutor dessa evolução histórica foi e é a racionalidade do processo de decisão das questões fáticas. Do divino, da magia, do sobrenatural, à racionalidade. Assim se poderia, numa frase, descrever a trajetória do direito probatório até aqui.

Superadas as ordálias, a fé na condição do homem, como ser capaz de resolver os litígios sem o respaldo de qualquer autoridade transcendente, recuperou a razão como critério a orientar o processo de construção da decisão judicial.

O temor a uma magistratura forte, capaz de opor-se a um poder com pretensões de absoluto, resultou na sujeição dos juízes a normas pré-estabelecidas no tocante à fixação dos fatos. Essa justificativa, digamos política, para a predeterminação do valor probante de certos meios de prova foi, é verdade, facilitada pela influência de pensamentos filosóficos que punham em questão a existência de uma natural razoabilidade do juiz e, assim, permitiam que se tivesse a prova legal como instrumento capaz de não permitir

---

<sup>62</sup> *Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull’onere della prova*, p. 448/449.

que a lei e sua pressuposta razoabilidade pudessem ser vítimas da irracionalidade do juiz.

É o que expressa Gehrard Walter, referindo-se à influência do pensamento aristotélico e escolástico e a conseqüente desconfiança no dom da razoabilidade do juiz. A “atadura” do juiz, diz ele, servia então ao propósito de assegurar que a lei e sua pré-existente razoabilidade não fossem vítimas da sem-razão de um juiz.<sup>63</sup>

Mais modernamente, contudo, ao perceber-se que havia outros meios de controle da racionalidade da decisão, mais convenientes que a prévia tarificação da prova, recuperou-se substancialmente a liberdade do juiz na apreciação da prova.

Como registra Marina Gascón Abellán,<sup>64</sup> e é mesmo natural que assim seja, os juristas têm sempre a pretensão de estender ao conhecimento do direito o paradigma epistemológico dominante em uma determinada época.

Essa natural subsunção da epistemologia do direito na epistemologia do conhecimento trouxe problemas numa época em que se tinha o conhecimento empírico por capaz de produzir uma certeza absoluta sobre a realidade dos fatos. Todavia, recentemente vem trazendo soluções, à medida que os avanços científicos fazem ver que o objetivo do conhecimento empírico não pode ser senão a formulação de uma hipótese provável, e que a certeza absoluta não é um propósito que a razão recomende perseguir.

Ainda segundo Marina Gascón Abellán,<sup>65</sup> o conceito de probabilidade é que recupera a racionalidade empírica, já que para as novas

---

<sup>63</sup> *Libre apreciación de la prueba*, p. 94.

<sup>64</sup> *Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba*, p. 8.

<sup>65</sup> “En esto radica su ‘miseria’, pero también su ‘grandeza’: se ha restaurado la confianza en una racionalidad empírica que, renunciando al objetivo inalcanzable de la certeza absoluta,

epistemologias empiristas, o objetivo do conhecimento já não é a procura de certezas absolutas, mas tão somente a formulação de hipóteses válidas, validade esta que lhes advêm da circunstância de que estão apoiadas em fatos que as fazem prováveis.

A supremacia das provas irracionais, por tanto tempo e em tantos povos – conclui a mesma autora<sup>66</sup> – mostra que a racionalidade não é um atributo que compõe a natural essência da atividade judicial. É, isto sim, consequência da ideologia e da cultura jurídica de determinados povos em determinadas épocas.

Essa conclusão, por sua vez, instiga à reflexão a que este trabalho se dedica: se sequer a racionalidade probatória, em si mesma, é da essência da atividade judicante, parece legítimo e menos ousado que se permita cogitar do emprego, em certas circunstâncias, de uma outra racionalidade, construída por meio das noções de verossimilhança ou de probabilidade.

Quer dizer, assim como a idéia da livre apreciação da prova pelo juiz ressurgiu com força quando se constatou que havia outros meios de controlar os riscos de sua arbitrariedade, também a idéia de que seja possível encontrar uma racionalidade na decisão fundada só na verossimilhança autorizaria o emprego desta, porque permitiria o seu objetivo controle.

Sigamos adiante, pois, agora para examinar de que modo a idéia de verdade repercute no processo de decisão das questões fáticas.

---

recupera, a través del concepto de 'probabilidad', un elemento de objetividad". (*Los hechos en el derecho - bases argumentales de la prueba*, p. 8).

<sup>66</sup> A autora neste trecho também chama a atenção para o fato de que, ao ter-se a culpa ou a inocência de alguém como algo dependente do êxito de um duelo ou de uma experiência natural, que só pode revelar força, destreza ou sorte, mas nada a respeito dos fatos imputados, se supõe o rompimento do nexo entre o ilícito e a pena e, por consequência, se tem de admitir que o processo é um meio que *constitui* a verdade. (*Ibidem*, p. 9)

### **C) A idéia de *verdade* no processo de decisão das questões fáticas**

Como se viu, a evolução no sentido de que era possível conferir racionalidade à valoração da prova implicou uma relativização da verdade como produto do procedimento probatório.

Por um lado, o trato da prova como algo sobrenatural, divino ou mágico, conduzia à idéia de que ela seria capaz de propiciar verdades absolutas. Por outro, na alta Idade Média, como se viu, nem se punha propriamente o problema da decisão da questão fática pelo juiz. Ele, depois de haver estabelecido as provas que haveriam de ser produzidas, era, a rigor, mera testemunha de uma solução que já estava predeterminada, que não emanaria dele.

Giovanni Verde anota que, à medida que a razão passa a ser o elemento que informa a decisão do juiz e se passa a exigir-lhe que empregue essa razão para com ela construir livremente a sua convicção, desaparece por conseqüência o caráter absoluto da verdade como resultado da prova. Aduz, ainda, que essa evolução rumo à racionalidade do sistema probatório pôs em evidência o problema da incerteza do juiz. Não por acaso, diz ele, foi no curso dessa evolução que se deu o restabelecimento da regra romana segundo a qual *actori incumbit probatio*.<sup>67</sup>

Da mesma forma, a inevitável sobrevivência de uma série de normas de prova legal, que vão repercutir na definição dos elementos de que o juiz disporá para construir sua decisão, também impõe que se reconheça a

---

<sup>67</sup> *Considerazione sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova*, p. 447/448.

possibilidade de que o resultado da prova não corresponda efetivamente à realidade dos fatos litigiosos.

Essa constatação, que em si mesma é acertada, conduziu, no entanto, à idéia equivocada de que haveria dois tipos de verdade: a *material*, rigorosamente fiel à realidade dos fatos ocorridos, e a *formal*, aquela que o processo, com todas as limitações que lhe são próprias, permitiria apurar.

Resultado, como se viu, do bom-senso e da razão, a compreensão de que o produto da prova não coincide necessariamente com a realidade dos fatos foi um notável avanço, mas, ao mesmo tempo, fez surgir a tão difundida quanto equivocada idéia de que o processo é capaz de revelar uma verdade que lhe é própria.

Assim, da instrução probatória exsurteria, paralelamente à verdade ontológica dos fatos, uma outra verdade: aquela que o processo foi capaz de permitir que se conhecesse. Enquanto a verdade substancial implicaria a concordância entre um fato efetivamente ocorrido na *realidade sensível* e a representação que fazemos dele, a formal corresponderia ao *juridicamente verdadeiro*,<sup>68</sup> àquilo que foi possível apurar no processo, empregando os meios que o ordenamento jurídico estava disposto a empregar.

Quer dizer, a categoria da *verdade formal* admite – e ao mesmo tempo exige –, como pressuposto de sua existência, a teórica possibilidade de revelação da verdade absoluta, o que, entretanto, exigiria um custo que não se está disposto a pagar no processo.

Há dois equívocos nessa posição: um consiste em admitir a possibilidade de que, não fossem as normas que restringem as atividades

---

<sup>68</sup> A propósito, Sérgio Cruz Arenhart anota que: “Essa visão típica de uma filosofia vinculada ao paradigma do ser, embora tenha todos os seus pressupostos já superados pela filosofia moderna, ainda continua a guiar os estudos da maioria dos processualistas modernos.” (A verdade substancial. In: *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, nº 3, set./dez. Curitiba: 1996, p. 685)

probatórias do juiz e das partes, o resultado do processo corresponderia à verdade substancial, a uma fiel reconstrução dos fatos do litígio;<sup>69</sup> o outro consiste em, mesmo depois de admitir que em razão da existência de tais normas o processo não enseja essa exata reconstrução do passado, ainda assim qualificar o produto da instrução probatória como uma espécie *sui generis* de verdade.

Quando a autoridade de quem julga não tem uma gênese divina, sobrenatural, não há por que lhe atribuir o poder de reconstruir o passado nem, muito menos, o de produzir a verdade. Se o juízo se legitima pela razão, o que se espera de um bom juiz é que ele, ao valorar as provas, não divirja daquela que se poderia ter como a opinião do *homem médio* sobre as mesmas provas.

No que toca a aceitar que haja, como fruto do processo, uma segunda categoria de verdade, trata-se de um evidente engano, como anota Eduardo Cambi, ao expressar que a verdade processual e a de fora do processo são uma só e que a diferença está, isto sim, nas técnicas empregadas para o seu conhecimento.<sup>70</sup>

Na mesma linha, Carlo Furno sustenta que a distinção entre verdade material e verdade formal é apenas um *jogo de palavras*,<sup>71</sup> já que não

---

<sup>69</sup> De certa forma, Egas Moniz de Aragão parece incorrer neste equívoco quando, depois de acertadamente anotar a função legitimante que a idéia de verdade dos fatos cumpre no processo – “nenhum subsistiria, nem encontraria defensores, se se propusesse a não atingir a ‘verdade dos fatos’ –, assevera: “O que se tem de levar em conta é que o processo pode não ter **ainda** (grifo nosso) alcançado a verdade, mas apesar disso há um momento em que deverá ser dado por encerrado e o julgador terá necessariamente de proferir a sentença, pela qual se regularão as relações jurídicas submetidas à sua apreciação. Julga-se à luz do que foi possível apurar. Entre os ideais de brevidade e certeza oscila o pêndulo da justiça” (*Exegese do Código de Processo Civil*, p. 83).

<sup>70</sup> Como sustenta o autor, o que pode variar é o “grau de aproximação com o mundo empírico, o que implica a ponderação dos problemas que envolvem a adequada construção da técnica processual”. (*Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 71-73).

<sup>71</sup> A expressão, que Carlo Furno considera apropriada, é de Schmidt. (*Contributo alla teoria della prova legale*, p. 20)

é correto identificar a verdade material com a verdade absoluta, uma entidade meramente ideal, nem com a certeza matemática.<sup>72</sup>

O resultado do processo é capaz, apenas, de produzir uma *certeza histórica*. A verdade material corresponde a uma *certeza histórica judicial*, porque adquirida por meio da prova apreciada livremente pelo juiz. A verdade formal, por sua vez, equivale a uma *certeza histórica legal*, porque construída a partir de um modelo legal de accertamento dos fatos, que impõe ao juiz a fixação dos fatos conforme critérios previamente previstos na norma, suprimindo com isso a liberdade na valoração judicial da prova.<sup>73</sup>

Tratando-se, então, não de duas espécies de verdade,<sup>74</sup> mas de dois modos de aquisição da certeza histórica no processo, verifica-se que a rigor o problema não reside numa diferença essencial, que diga respeito à qualidade de uma e de outra suposta espécie de verdade, mas no modo de adquirir a certeza que a prova propicia.

Furno, então, adverte para o equívoco de considerar-se que só a certeza histórica judicial é capaz de propiciar *convicção*, enquanto que o accertamento normativo dos fatos implica sempre uma *ficção*, porque afasta do *experimento probatório* aquele que seria o seu único destinatário, o juiz. A certeza, diz ele, não é uma exigência exclusiva da cognição judicial, nem a prova é algo só do processo. A certeza interessa a toda a organização jurídica da sociedade e, por isso, é também um elemento do direito material. O

---

<sup>72</sup> Também ela, a verdade material, “si riduce praticamente alle modeste proporzioni della *certezza empirica*”. (*Contributo alla teoria della prova legale*, p. 20)

<sup>73</sup> “Qui, la intima e autonoma persuasione del giudice resta affatto nell’ombra: a lui altro non si chiede che di verificare la corrispondenza del mezzo d’accertamento alla ipotesi legislativa, e di constatare la conseguente fissazione del fatto come definitivamente certo.” (Ibidem, p. 21)

<sup>74</sup> Chamando a atenção para o claro erro de acreditar-se na existência de uma pluralidade de verdades, disse Egas Moniz de Aragão: “Evidente que não há três verdades (ou três graus de verdade): a que é mesmo; a que se supõe que seja ‘verdade material’ (que os processualistas penais se jactam de alcançar); a que não o é, conquanto também possa sê-lo, sendo até irrelevante se é ou não é, ‘verdade formal’ (com que deveriam se contentar os processualistas civis). Basta enunciar essas proposições para perceber sua improcedência”. (*Exegese do Código de Processo Civil*, p. 83).

legislador manifesta a sua convicção por meio de normas vinculantes, que o juiz é obrigado a respeitar, de modo a saber o quanto de sua atividade de valoração está coberto pela prévia apreciação formulada pelo legislador<sup>75</sup>. Um e outro, pois, legislador e juiz, para formar o convencimento que neles enseja a certeza histórica legal ou a certeza histórica judicial, raciocinam, de igual modo<sup>76</sup>, com base em regras de experiência<sup>77</sup>.

Os esforços que a doutrina do processo empregou na discussão da suposta dicotomia verdade material-verdade formal foram despendidos em vão e por muito tempo afastaram a discussão daquilo que verdadeiramente importa: a *quantidade de verdade* que o processo há de produzir.

Enquanto a qualidade remete a uma escala de valores abstratos e ideais, que interessam à filosofia, a quantidade refere-se à escala de valores práticos, que interessam concretamente ao direito e, especialmente, ao processo, governado como é pela idéia de economia processual<sup>78</sup>.

Nessa pequena síntese de algumas das lições de Furno, percebe-se a dimensão do tema que aqui se examina e revelam-se de pronto três questões complexas, que adiante haverão de ser enfrentadas: a necessidade de substituir-se, no trato do processo, o conceito de verdade pela idéia de certeza; a conveniência de lidar-se com a noção de *verdade suficiente*, com a verificação do grau de certeza histórica empírica que se faz necessário para a

---

<sup>75</sup> Carlo Furno, *Contributo alla teoria della prova legale*, p. 25.

<sup>76</sup> Segundo Furno, uma tal assertiva sequer exige uma particular demonstração, já que “giudice e legislatore sono entrambi materiati di identica essenza umana, e non differiscono fra loro nel modo di ragionare intorno ai fatti, più di quanto differiscano tra loro due o cento o mille giudici” (Ibidem, p. 27).

<sup>77</sup> Para Furno, as máximas de experiência são tidas como justificativa para a existência da normal de prova legal, que no seu dizer, cria a certeza antes do processo e independentemente de seu surgimento. Quer dizer, o legislador forma o seu convencimento, assim como o juiz, com base nas regras de experiência da vida. (Ibidem, p. 27)

<sup>78</sup> Como anota Furno, “di fronte al diritto, che è fenomeno pratico, l’antitesi fra verità materiale e verità formale (valori entrambi astratti) si elude discendendo di livello: dall’assoluto al relativo; dalla verità alla certezza storica, empirica, non fine ma mezzo. Mezzo commisurato al fine secondo una legge universale di economia”. (Ibidem, p. 43)

sentença de mérito; e a função que as máximas de experiência desempenham, quer no momento de aquisição dessa certeza, quer na definição dessa *quantidade de verdade* tida como *verdade suficiente*.

A substituição da idéia de verdade pela idéia de certeza, para descrever o fruto do processo probatório, é realmente necessária para o bom enfrentamento do tema. *Verdade* é uma palavra de elevada carga filosófica e que, ademais disso, ou por causa disso, acaba sendo empregada com sentido ambíguo. João de Castro Mendes registra bem essa ambigüidade quando, ao definir a verdade como uma relação entre a realidade em si mesma e uma determinada representação mental que dessa realidade se faz, anota que, por uma deficiência da linguagem, a expressão *verdade* acaba por designar os dois termos dessa relação<sup>79</sup>: tanto se a utiliza para descrever a realidade ontologicamente considerada, quanto para descrever a representação que alguém faça dessa realidade.

Mas não é só pelo dúbio sentido da palavra, que se há de substituí-la pela idéia de certeza. É, sobretudo, pela compreensão de que o processo não é instrumento capaz de revelar a realidade em si mesma, ou, no mínimo, não é um instrumento que permita assegurar que o seu produto corresponde à exata demonstração do real. Por uma ou por outra razão, chega-se à mesma conclusão de que *verdade* não é expressão correta para definir o que resulta do material probatório.

Como explica João de Castro Mendes, nós só podemos conhecer por meio de representações sensoriais ou intelectuais, pois que a *veritas rei* é algo incognoscível. A confiança, que depositamos na adequação de nossas representações à realidade em si considerada, alicerça-se em um ato de fé com fundamento na intuição ou em um ato de bom-senso amparado em fundamentos empíricos e pragmáticos. O direito emprega o bom-senso, a

---

<sup>79</sup> Diz o autor que “devido a uma imperfeição da terminologia, a palavra verdade designa, porém – até talvez mais freqüentemente – qualquer dos lados dessa relação, embora a filosofia os

razão e a experiência para aferir o grau de adequação das representações formuladas à realidade que elas pretendem descrever. A representação suficiente é aquela que enseja no juiz a convicção de que é a mais adequada à realidade que pretende descrever.

A verdade legal ou jurídica é, portanto, a representação da realidade que a ordem jurídica tem como verdade. Não é o oposto da verdade, nem da verdade tida como correspondência à realidade ontológica, nem da verdade subjetiva.<sup>80</sup>

Quer dizer, se o processo, por todas as normas que o conformam, não é um instrumento hábil à fiel revelação da realidade, deve-se, todavia, resistir ao impulso de entender que o seu resultado seja algo sempre discrepante dela. O processo não aponta necessariamente para uma representação equivocada da realidade. É o que pensa, também, Taruffo, ao afirmar<sup>81</sup> que a existência de regras e limites no processo autoriza, no máximo, que se conclua pela impossibilidade de alcançar-se a verdade absoluta, mas não é suficiente para que se entenda existirem duas verdades: a que se estabelece dentro e a que existe fora do processo<sup>82</sup>.

Referindo-se especificamente à prova legal, Castro Mendes tece conclusão que se aplica igualmente bem à equivocada constatação de que é sempre imperfeita a representação da realidade que o processo enseja. Ele assevera que essa distorcida compreensão explica-se como reflexo da luta que a doutrina processualista travou no século XIX contra o regime da prova legal,

---

procure diferenciar falando de *veritas rei* ou *in re*, ou *veritas essendi*, e de *veritas in intellectu*". (*Do conceito de prova em processo civil*, p. 370)

<sup>80</sup> A propósito, manifesta-se assim João de Castro Mendes: "O mundo jurídico não é algo tão distorcido que o fato de a lei atribuir honras de verdade a uma versão de fato leve imediata e necessariamente à conclusão que tal versão é falsa ou errônea. Mas é claro que poderá suceder que o seja; os conceitos são secantes." (*Ibidem*, p. 382).

<sup>81</sup> Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 4.

<sup>82</sup> Para Taruffo, isso "implica chiaramente l'impossibilità di individuare una verità processuale diversa e indipendente dalla verità extra-processuale" (Taruffo, *loc.cit.*). Castro Mendes, por sua

e que conduziu à aceitação – às vezes, inconsciente – de que a verdade surgiria desde que o juiz fosse libertado das restrições que a lei impunha à sua consciência: uma luta travada sobre “o mito romântico da bondade, da perfeição inata do homem, perfeição que a sociedade destrói com suas regras e seus constrangimentos”.<sup>83</sup>

Isso, aliás, explica o curioso fato de que, não obstante a melhor doutrina desde há muito combata a distinção entre verdade formal e verdade material, qualificando-a como uma distinção que, a par de inexistente, é perniciosa para a boa compreensão do processo de decisão da questão fática, ainda assim o tema siga em voga e seja preciso que páginas e páginas o enfrentem, na tentativa de minimizar os efeitos da difundida idéia de que o processo revela uma verdade, uma verdade diferente daquela que há por detrás dele.

Ao sustentar que a verdade processual é “a realidade simplificada àquilo que interessa ao processo”, Castro Mendes pretende demonstrar que o adjetivo *processual* implica uma restrição quantitativa, e não qualitativa. Mas ele incorre em equívoco ao ter a verdade processual como “um setor dentro da *veritas rei*”, ao dizer, em outras palavras, que a *verdade processual* é a parte da verdade que interessa ao processo.

Vale lembrar, a propósito, das palavras de Carnelutti, no sentido de que só se pode conhecer a verdade de uma coisa quando se conhecem todas as outras, caso contrário só se conseguirá um conhecimento parcial, já que “la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto é troppo per noi”<sup>84</sup>.

---

vez, tem a verdade legal ou jurídica como um conceito independente do conceito de realidade, ainda que não necessariamente oposto (*Do conceito de prova em processo civil* p. 382)

<sup>83</sup> Ibidem, p. 389.

<sup>84</sup> “... per conoscere la verità della cosa, o diciamo pure della parte, bisogna conoscere tanto il diritto quanto il rovescio: una rosa è una rosa, insegnavo a Francesco, perché non è alcun altro fiore; ciò vuol dire che per conoscere veramente la rosa, cioè per afferrarne la verità, occorre

É o próprio Carnelutti quem aponta<sup>85</sup> o caminho para o melhor modo de compreender o problema. O resultado do processo não é a verdade considerada em si mesma, não é a verdade construída na representação do juiz ou na do legislador. Tampouco é o oposto dessa *verdade ontológica*, dessa *verdade subjetiva* ou dessa *verdade legal*. Do processo resulta, isto sim, a fixação de certos fatos, sobre os quais haverá o juiz de fazer incidir a norma aplicável ao caso concreto. A verdade, entendida como a maior aproximação possível entre uma certa representação da realidade e a própria realidade, funciona apenas – adiante melhor se verá – como um elemento mítico, como a bússola que haverá de apontar o rumo da boa fixação dos fatos.

Neste sentido, será útil observar o quanto atende os propósitos da jurisdição a idéia de que, em certas circunstâncias, haverá de bastar uma suficiente probabilidade dos fatos<sup>86</sup>. Quer para a pacificação das partes, quer para a atuação do ordenamento jurídico, é importante, como assinala Cândido Dinamarco<sup>87</sup>, que a técnica processual não implique impedimento à fruição ou à defesa de direitos.

---

conoscere non soltanto ciò che essa è ma anche ciò che essa non è.” (Carnelutti, *Verità, dubbio, certeza*, p. 5).

<sup>85</sup> Veja-se, a propósito, *La prueba civil*, p. 20/21, em que Carnelutti expressa o seguinte: “el resultado de la búsqueda jurídicamente limitada o regulada no es, pues, la *verdad material* o, como diríamos mediante una eficaz redundancia, la *verdad verdadera*, sino una *verdad convencional*, que se denomina *verdad formal*, porque conduce a una indagación regulada en las formas, o *verdad jurídica*, porque se la busca mediante leyes jurídicas y no sólo mediante leyes lógicas, y únicamente en virtud de esas leyes jurídicas reemplaza a la *verdad material*. Pero sin duda no se trata aquí más que de una metáfora; en substancia, es bien fácil observar que la *verdad* no puede ser más que una, de tal modo que, o la *verdad formal* o *jurídica* coincide con la *verdad material*, y no es más que *verdad*, o discrepa de ella, y no es sino una *no verdad*, de tal modo que, sin metáfora, el proceso de búsqueda sometido a normas jurídicas que constriñen y deforman su pureza lógica, no puede en realidad ser considerado como un medio para el conocimiento de la *verdad* de los hechos, sino para una *fijación o determinación de los propios hechos*, que puede coincidir o no con la *verdad* de los mismos y que permanece por completo independiente de ellos.”

<sup>86</sup> Examinando o tema por uma perspectiva que parte da consideração dos fins da jurisdição, diz bem Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que por vezes as “exigências do bem conhecer” haverão de recuar diante de situações em que a busca ilimitada da verdade prejudicaria o bom exercício da jurisdição. Identifica, com acerto, que se trata, aqui, “do velho conflito entre celeridade e ponderação”, ou, dito de outro modo, da “possível dissonância entre justiça e pacificação.” (*Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 146)

<sup>87</sup> Cândido Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 253.

Observar o tema à luz dos propósitos do processo é algo interessante também para evitar que se caia no extremo oposto à exacerbação do dogma da verdade, isto é, que se incida no exagero de ter a busca da verdade como um desvalor. Tão equivocado quanto a idolatria da idéia de uma verdade absoluta, é o abandono da verdade como ideal mítico, é o pensamento de que o único propósito do processo seja o de pacificar o conflito e de que a tal objetivo o acertamento da verdade não empreste qualquer contribuição.

Esse equívoco explica-se em boa parte pelo que Taruffo chamou de uma espécie de polarização simétrica<sup>88</sup>: de um lado, o modelo dispositivo de processo e a correlata idéia de que o processo é fundamentalmente meio de solução de conflitos; de outro, o modelo inquisitivo e a conseqüente idéia de que o processo serve essencialmente ao acertamento da verdade. Essa associação entre modelo de processo e função da jurisdição estendeu sobre a idéia de acertamento da verdade o preconceito ideológico que incidia sobre o modelo inquisitivo.

O mesmo Taruffo chama a atenção para o que classifica como um fenômeno interessante, consistente na contradição que se verifica entre a teoria da prova e a teoria do processo: enquanto a primeira sustenta que a função da prova consiste no estabelecer a verdade dos fatos, a segunda afirma que estabelecer a verdade dos fatos não é função do processo. Dessa contradição, fica a necessidade de compreender, então, para que servem as provas no processo, se elas se destinam a produzir um resultado no qual o processo não é interessado.<sup>89</sup>

Ter tudo isso em mente é importante, para que não se peque por falta onde antes se pecava por excesso ou, em outras palavras, para que a

---

<sup>88</sup> Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 20.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 6.

idéia de que a certeza não é mais que o fruto da probabilidade, para que a conclusão de que é possível identificar em certas situações uma quantidade adequada e suficiente de verdade, não nos conduza do dogma à iconoclastia, não nos leve à conclusão, igualmente perniciosa, de que o processo não reserva nenhum papel à busca da verdade.

Essa relação entre modelo de processo e função da jurisdição de certo modo explica, também, por que não tem sido fácil dar por superada a distinção entre verdade formal e verdade material. É que o caráter ideológico desse debate, sobre os modelos de processo e as funções da jurisdição, acaba por orientar as preferências diante de um falso dilema: aceitar-se a idéia de que o processo deva contentar-se com uma *verdade formal* ou insistir na possibilidade e na conveniência de buscar-se a revelação da *verdade material*.

É um falso dilema, repita-se, porque, a rigor, quer diante de um modelo dispositivo de processo, quer diante do modelo mais inquisitivo de processo de que se pudesse cogitar, de qualquer modo haver-se-ia de reconhecer que a noção de verdade é uma noção alheia ao resultado do processo. É-lhe importante como elemento que o legitima, mas não serve para descrever o resultado *in concreto*, quer em razão de uma série de normas que condicionam em maior ou menor grau a liberdade de formação da convicção do juiz, quer, quanto menos seja, em razão dos limites naturais do homem, que fazem com que ele só possa conhecer por meio de representações.

Isso implica admitir, seja qual for o modelo de processo que julgemos adequado, seja qual for a função que consideremos fundamental na atividade jurisdicional do Estado, a possibilidade de que haja discrepância entre a realidade e a sua representação.

Castro Mendes afirma que o conceito de verdade formal deve ser banido da ciência jurídica porque se trata de um conceito tautológico. Quando se identifica o fim e o resultado do processo com a verdade formal, fica,

mesmo, circular a explicação de que o processo objetiva alcançar, por meio da adoção de determinados procedimentos juridicamente conformados, aquilo que ele sempre alcança quando esses procedimentos são observados, ou seja, a verdade formal<sup>90</sup>.

Tem razão. Mas deixa de tê-la, quando reconhece dignidade científica ao conceito de verdade material. Ao menos quando considerada no âmbito do processo, a idéia de verdade material não é capaz de alcançar cientificidade.

O certo é que a discussão, sempre que se trava sobre o eixo da noção de verdade, trava-se mal e jamais poderá conduzir a conclusão satisfatória<sup>91</sup>. É preciso abandonar a idéia de verdade como descrição do resultado do processo, reservando-lhe o papel de ideal legitimante do exercício da jurisdição<sup>92</sup>. E, assim, aceitar que os fatos que haverão de ser levados em

---

<sup>90</sup> No dizer de Castro Mendes: “E dizer que o processo civil tem como 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”. (*Do conceito de prova em processo civil*, p. 402)

<sup>91</sup> A observação seguinte, de Ovídio Baptista da Silva, realça a inconveniência de ter-se a noção de verdade como eixo do debate em torno do processo de decisão da questão fática: “Ao contrário do que sucede com a investigação científica, a verdade com base na qual se exige que o juiz pronuncie a procedência ou a improcedência da demanda jamais se apresenta como o resultado de um encadeamento de fatos e circunstâncias, dispostos em conexão lógica determinante de uma única consequência possível. Quem participa da experiência forense sabe que, na grande maioria dos casos, especialmente naqueles onde o conflito seja mais profundo e de maior relevância, a prova colhida nos autos oferece duas versões antagônicas, de que se pode retirar tanto a procedência quanto a improcedência da causa. Daí afirmar Luis Recaséns Siches que os conceitos de ‘verdade’ e ‘falsidade’ são estranhos ao domínio do direito, onde deve ter lugar o que ele denomina ‘lógica do razoável’, diversa da lógica das ciências *naturais*.” (*Curso de processo civil*, vol. I, 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 339)

<sup>92</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart expressam essa idéia, quando dizem: “Se a regra jurídica pode ser decomposta em uma hipótese fática (onde o legislador prevê uma conduta) e (*sic*) de uma sanção a ela atrelada, não há dúvida de que o conhecimento dos fatos ocorridos na realidade é essencial para a aplicação do direito positivo, sob pena de ficar inviabilizada a concretização da norma abstrata”, e, logo adiante, complementam o raciocínio, observando que a idéia de que a verdade é a concordância entre o fato ocorrido na realidade sensível e a idéia que fazemos dele é uma visão típica da filosofia vinculada ao paradigma do objeto: “Não obstante todas as lições da moderna filosofia, combatendo duramente essa visão do conhecimento, o direito permanece recorrendo a esse paradigma para explicar sua função e processo continua apoiando-se nessa vetusta idéia para legitimar sua função.” (*Manual do processo de conhecimento*, p. 275/276)

consideração pelo juiz são aqueles que restarem fixados no processo, mediante um procedimento que respeite garantias e prerrogativas condizentes com o *devido processo legal*, ainda que não sejam – e não se saberá jamais se o foram<sup>93</sup> – os que correspondiam à realidade.

É preciso cuidado, todavia, para que a admissão da idéia de que o julgamento da causa prescindir da verificação da realidade ontológica não conduza ao equívoco de ter a verdade como um desvalor no processo. É um erro pensar que na teoria do processo nenhum papel caiba à verdade dos fatos, que o único propósito do processo seja o de pacificar o conflito, e que a isso a noção de verdade não empreste qualquer contribuição.

Entender assim implicaria deparar-se com aquela já mencionada<sup>94</sup> contradição detectada por Taruffo: para que serve a prova, se ela serve a um propósito a que o processo não serve?

Taruffo registra, examina e combate os argumentos que negam, no processo, qualquer importância ou função ao conceito de verdade<sup>95</sup>. Alinha-os em duas espécies: os argumentos que se alicerçam na impossibilidade teórica, ideológica ou prática de apurar a verdade, e aqueles que se fundam na idéia de que, ainda que possível a apuração da verdade, isto seria irrelevante para o processo.

Teoricamente impossível seria o alcance da verdade porque a consciência é uma construção mental sem conexão necessária com os fenômenos do mundo real. O conhecimento só é possível por meio da representação humana, sempre imperfeita, e não há correlação entre a

---

<sup>93</sup> Como dizem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, "... seja no processo, seja em outros campos científicos, jamais se poderá afirmar com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente corresponde à verdade. Realmente, a essência da verdade é intangível (ou ao menos o é a certeza da aquisição desta)". (*Manual do processo de conhecimento*, p. 279)

<sup>94</sup> Ver p. 61 deste trabalho.

<sup>95</sup> *La prova dei fatti giuridici*, p. 7-66.

linguagem e a realidade. Assim, segundo o autor, não existem critérios de objetividade no *ragionamento* jurídico, mas apenas escolhas individuais e valorações subjetivas<sup>96</sup>.

Ideologicamente impossível, porque a verdade *não deve* ser conseguida no processo, já que a idéia de um processo voltado à busca da verdade não se coadunaria com a ideologia de que o processo é instrumento para resolver conflitos: a busca da verdade não é necessária – e às vezes pode ser até contraproducente – ao cumprimento da finalidade do processo, que é resolver conflitos de maneira satisfatória para as partes e para o ambiente social em que o conflito eclodiu, assegurando o respeito a valores como a autonomia privada e a paz social. A um tal propósito, o importante é encontrar o ponto de equilíbrio entre os interesses em conflito, o que conduzirá à solução prática do conflito, e, para tanto, a verdade é prescindível.<sup>97</sup>

Por fim, impossível praticamente, por todas as limitações, de meios e de tempo, que o processo impõe ao juiz e que lhe restringem a liberdade no accertamento dos fatos.

Por outro lado, há o argumento de que a busca da verdade dos fatos, ainda que possível e oportuna fosse, revelar-se-ia irrelevante.

Irrelevante, porque o processo não seria mais que um jogo de retórica destinado a persuadir o juiz, a convencê-lo do certo e do errado, e a verdade é algo que não interessa a essa técnica de persuasão. A função do advogado seria a de convencer o juiz a dar-lhe razão e não a de demonstrar objetivamente a verdade dos fatos.

---

<sup>96</sup> Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 12/13.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 17.

Irrelevante, também, em face de uma perspectiva semiótica do processo. A idéia de que a linguagem não encontra referência na realidade, mas tão-somente em outras construções também linguísticas, faz com que a verdade da narração de um fato não extrapole jamais os limites da dimensão linguística da narração. Assim, desimporta a adequação que haja, ou não, entre o que foi narrado e a realidade que se pretendeu narrar.<sup>98</sup>

Taruffo rejeita tais argumentos minimizadores da importância de buscar a verdade dos fatos no processo. E o faz sustentando que, além de teoricamente possível<sup>99</sup>, é ideologicamente oportuno que o processo não descure da verdade dos fatos. Para concluir-se assim, basta que se tenha o processo como instrumento que deve tender a produzir decisões justas. Independentemente de quais critérios se empreguem para aferir a justiça da decisão, poder-se-á ter como certo que ela não será justa se for baseada em um acerto equivocado dos fatos.

Ao sabor dos argumentos acima expostos, varia a função que se entenda caber à prova no processo.

---

<sup>98</sup> Como explica Taruffo, por meio da comparação entre a narração de um fato no processo e a narração de um fato em um romance: “La narrazione di un fatto che avviene nel processo, ad es. ad opera di un testimone, non è sostanzialmente diversa dalla narrazione di un fatto contenuta in un romanzo; l’unica differenza, peraltro non particolarmente importante, è che la prima *pretende* di essere vera mentre la seconda non pretende di esserlo. Peraltro la ‘pretesa di verità’ non è che una parte del discorso, un elemento del messaggio inviato dal narratore, ma ovviamente non dice nulla intorno alla veridicità della narrazione. In questo modo la verità della narrazione di un fatto viene ricondotta rigorosamente all’interno della dimensione linguistica della narrazione, e cessa di essere considerata come un problema che investe il rapporto tra la narrazione e la realtà narrata. Sulla realtà non si può dir nulla poiché si ha a che fare solo con la narrazione; questa allora potrà ‘pretendere’ o ‘dire’ di essere vera, ma la fondatezza di questa pretesa non è in alcun modo verificabile al di fuori del contesto narrativo. Al più, si potrà vedere se la narrazione è plausibile sulla base dei suoi stessi elementi linguistico-strutturali, il che porta a formulare il problema della verità esclusivamente in termini di coerenza della narrazione” (*La prova dei fatti giuridici*, p. 32/33)

<sup>99</sup> “Le limitazioni e le peculiarità inerenti alla struttura del processo civile sono certamente e *a priori* incompatibili con la ricerca della verità assoluta, ma non di questa verità si tratta nel processo, e d’altra parte rimane da verificare se esse siano incompatibili (il che non è) o se invece siano compatibili con qualche verità dei fatti”. (Ibidem, p. 26)

Quando se tem a busca da verdade como algo impossível, a prova deixa de merecer consideração - a prova como *non sense*<sup>100</sup>, diz Taruffo – e passa a ter uma função unicamente ritual e legitimadora, para fazer crer que o processo leva em conta a verdade dos fatos, porque, ainda que em realidade isso não aconteça, é útil que o jurisdicionado acredite que assim é.

Nas concepções semióticas, a prova, assim como os fatos, só interessa na sua perspectiva lingüística, narrativa. Interessa que ela exista e não o que ela haja revelado. A razão de ser da prova é a sua utilidade como elemento de sustentação da estória do caso, que cada parte propõe ao juiz. Nessa perspectiva *dialogico-narrativistica*, a sua função é “quella di accreditare la narrazione svolta da uno dei personaggi del dialogo, rendendola idonea ad essere ‘fatta propria’ da un altro personaggio, ossia dal giudice”<sup>101</sup>.

Por fim, nas concepções que entendem possível acertar a verdade dos fatos no processo, a prova é meio e condição para tanto. Para Taruffo, esta é a única perspectiva que dá sentido à prova, que lhe reserva uma função específica no processo.

Ainda que, como ele próprio reconhece, haja um pouco de ritual, de retórica persuasiva e de *non sense*, nenhuma dessas características pode ser generalizada a ponto de explicar ou resumir a função da prova. Somente quando se concebe a prova como instrumento para obter um acerto verdadeiro dos fatos, é que se é coerente com a idéia de que a decisão judicial deve ser racional e com todo o conjunto de garantias que estão afetas à tal idéia.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> *La prova dei fatti giuridici*, p. 57.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>102</sup> “Non ha senso, infatti, invocare valori come la legalità, la correttezza e la giustizia della decisione, se non si riconosce la verità dei fatti come condizione necessaria per la corretta applicazione della norma. Ma tutto questo non ha senso se no si riconosce che la funzione propria ed esclusiva della prova è quella di fornire elementi per la scelta razionale della versione dei fatti che può definirsi vera.” (Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 65).

Para Taruffo, portanto, é possível refutar a idéia de que a verdade dos fatos é um elemento fundamental da decisão judiciária, mas isso implicaria renunciar à idéia de decisão justa. Uma renúncia possível, mas incompatível com qualquer concepção democrática e racional de justiça<sup>103</sup>. Nessa mesma linha é a lição de Klein<sup>104</sup>, para quem “A tarefa do juiz, para pronunciar a verdade, é a de investigar conforme a verdade. Pois uma imagem verdadeira e correta é a principal condição de uma sentença justa”.

O empenho na defesa da função da prova como instrumento de busca da verdade e, conseqüentemente, da possibilidade de acerto dos fatos no processo, não é de modo algum justificado por qualquer tipo de ingenuidade romântica que desconheça os limites da cognição humana e, em particular, da cognição humana que opera no processo.

Ao contrário, esse empenho parte justamente do reconhecimento de que a verdade do processo é uma verdade relativa<sup>105</sup>, limitados que são os instrumentos para conhecê-la.<sup>106</sup> Mas a que se poderia apurar fora do processo

<sup>103</sup> Diz Taruffo que “sembra assai difficile rompere il nesso che lega verità dei fatti e giustizia della decisione, e fa della prima una condizione necessaria della seconda. Questo nesso ovviamente non impedisce che si rifiuti il valore costituito dalla verità dei fatti, ma implica che in tal caso si rinunci necessariamente anche alla pretesa di avere decisioni in qualche modo giuste. Anche questa scelta è ovviamente possibile, ma essa ha l'inconveniente di porsi al di fuori delle concezioni razionali e democratiche della giustizia che caratterizzano l'attuale cultura giuridica occidentale; inoltre, essa delegittima e rende sostanzialmente oziose le discussioni che vertano su qualsivoglia accezione della giustizia, della legalità e della interpretazione razionale delle norme” (Ibidem, p. 49). Na mesma linha, Egas Moniz de Aragão: “É inquestionável que o processo, seja qual for, busca a ‘verdade dos fatos’; nenhum subsistiria, nem encontraria defensores, se se propusesse a não atingir a ‘verdade dos fatos’”. (*Exegese do Código de Processo Civil*, p. 83).

<sup>104</sup> Apud Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 51.

<sup>105</sup> Como sustenta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, essa relatividade exsurge em primeiro lugar da constatação de que a verdade não constitui um fim em si mesmo, “senão simples *meio* para aplicação do direito ao caso concreto”, para que o processo cumpra a sua finalidade (op.cit., p.145). Quando, por outro lado, se tem a obtenção da verdade material como a principal da finalidade do processo, se é obrigado a aceitar uma absoluta informalidade em matéria de prova, de modo que não se imponham limites à cognição do juiz, nem se lhe regule o método empregado para conhecer (op. cit. p. 147)

<sup>106</sup> No mesmo sentido, veja-se o que diz Giovanni Verde: “I filosofi e i logici potranno sentirmi, ma se non prendo abbagli oggi si constata un notevole consenso sull'idea che lo stesso concetto di verità è un concetto relativo al contesto nel cui ambito viene registrato. Per esemplificare, se sulla base delle conoscenze esistenti in un dato momento gli storici procedono a diverse

não é menos relativa. Ao conhecimento de ambas limitam o tempo, a capacidade humana, o vocabulário, a linguagem, e o insuprimível raciocínio por meio de representações.

A rigor, portanto, a questão sobre a capacidade que o processo tem de permitir a revelação de uma verdade absoluta é irrelevante. O processo não precisa de uma tal verdade. Se é *possível* alcançá-la, não é *necessário* que se a alcance<sup>107</sup>. Se, por outro lado, se tiver por impossível alcançá-la, isso em nada prejudica os fins que o processo persegue<sup>108</sup>.

A hipótese teórica da verdade absoluta, esta sim, importa que se a reconheça, pois servirá de razão para a formulação da técnica adequada e para o emprego dos esforços necessários “per realizzare la migliore verità relativa, ossia la migliore approssimazione dell’ accertamento alla realtà.”<sup>109</sup>

Também em Taruffo, portanto, a verdade figura como mito, como ideal, como hipótese teórica, como elemento legitimante da função jurisdicional.

---

ricostruzioni di una vicenda passata, noi saremo disposti a riconoscere come maggiormente attendibile la ricostruzione che si sembra abbia seguito il percorso ricostruttivo e argomentativo più persuasivo e corretto. Se vengono scoperti nuovi documenti o nuove cose significanti che consentono di modificare il precedente discorso ricostruttivo, avremo una nuova e diversa rappresentazione della vicenda. Possiamo dire che la prima era falsa e che la seconda è vera? E siamo sicuri che la seconda ricostruzione è quella vera e che non ne sia possibile una nuova e diversamente argomentata? Bastano queste banali considerazioni per convincerci: a) che il concetto di verità è necessariamente relativo a un determinato contesto; b) che è consentito fare raffronti fra le tecniche di ricerca soltanto al fine di stabilire quale sia quella che consente di raggiungere i migliori risultati possibili soltanto in relazione al contesto dato.” (La prova nel processo civile. Profili di teoria generale, In: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura - La prova nel processo civile* – Volume Primo, p. 13)

<sup>107</sup> Acertadamente diz Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que a convicção do juiz haverá de formar-se com a verdade possível, “própria da condição humana, que ganha no domínio processual a dimensão de pura verossimilhança.” (*Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 148)

<sup>108</sup> “Si potrebbe invero osservare che il processo, non essendo un’impresa scientifica o filosofica, non ha bisogno di verità assolute potendosi accontentare di molto meno, ossia di verità in vario modo relativa, purchè sufficiente a fornire una base ragionevolmente fondata alla decisione. In sostanza: se anche verità assolute fossero in astratto possibili non sarebbero necessarie nel processo, e se esse fossero impossibili ciò non rilevarebbe ai fini di ciò che nel processo occorre accertare.” (Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 152)

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 157.

Em síntese, é certo, como diz Carlo Furno<sup>110</sup>, que “il processo non si fa per sapere come stanno in fatto le cose, bensì per sapere quale concreta volontà di legge regoli il caso che è oggetto della lite”. Mas não é menos correta a constatação de Egas Moniz de Aragão:<sup>111</sup> “O difícil é chegar a essa última (a definição da vontade concreta da lei) sem passar – ao menos tentar fazê-lo – pela primeira (a descoberta de como as coisas efetivamente ocorreram na realidade).”

Essa *tentativa de fazê-lo* não consiste em outra coisa, senão em, quando se trata de buscar os fatos que haverão de restar judicialmente fixados, manter os olhos e as atenções voltados para a hipótese meramente teórica de uma verdade absoluta. Afastada, porém, a ilusão de que o resultado probatório necessariamente corresponderá a esse ideal de verdade absoluta, fica mais fácil compreender que o processo não produz nem revela verdade alguma.

Por uma série de atividades, que se realizam inspiradas no propósito de descobrir a verdade, é possível, com alguma dose de artificialidade e subjetivismo, ter por fixados determinados fatos. Essa fixação judicial, por sua vez, não é controlável por meio de uma permanente comparação com uma realidade extra-autos, cuja existência jamais se poderia atestar. Mas a perda dessa referência externa não expõe o jurisdicionado ao arbítrio do juiz, pois que o controle social da decisão fática haverá de fazer-se por meio do exame da coerência entre os enunciados fáticos tidos como se verdadeiros fossem.<sup>112</sup> Antes de fragilizar o controle, reforça-o, porque permite verificar a adequação da decisão sobre a questão

---

<sup>110</sup> *Contributo alla teoria della prova legale*, p. 30.

<sup>111</sup> *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 84, nota de rodapé nº 113.

<sup>112</sup> Essa coerência, entretanto, como anota corretamente Letizia Gianformaggio, não é aquela coerência narrativa, interna, mas uma coerência lógica, consistente na não-contrariedade entre os diversos enunciados fáticos aceitos como verdadeiros. A autora adverte que “non è affatto una proprietà degli eventi reali quella di poter essere collegati tra loro in modo da aver senso, come una storia può averne. Viceversa, si potrebbe dire che la coerenza come ‘senso’, è proprietà necessaria delle storie inventate”. (Critéri logici di controllo del ragionamento probatório. In: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura - La prova nel processo civile* - Volume Secondo, p. 490/491)

fática sem o recurso à idéia de que há uma outra realidade, objetivamente considerável, mas cuja exata apreensão é impossível.

Ainda que possa ser controlada pela necessária coerência de seu discurso, é preciso reconhecer que a representação judicial dos fatos estará inevitavelmente determinada por limitações próprias da capacidade humana e condicionada pelas normas que conformam o processo.

Como adverte corretamente Danilo Knijnik, “essa margem de erro tem de ser sistematizada, regrada e administrada pelo próprio processo, sob pena de restar *dissimulada, disfarçada, escamoteada* no processo, gerando indisfarçável *arbitrariedade*.”<sup>113</sup> O primeiro passo, nesse rumo, é afastar a idéia de que o processo revela ou produz a verdade, é abandonar a distinção entre uma *verdade do processo* e uma *verdade do mundo*.

---

<sup>113</sup> Danilo Knijnik, *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle*, p. 29.

## **PARTE II- O emprego do juízo de verossimilhança na decisão da questão fática.**

Viu-se que o processo não é instrumento capaz de assegurar a representação fiel da realidade e que a instrução é meio de fixação judicial dos fatos que o juiz haverá de acreditar existentes, para sobre eles proferir a sua sentença. Compreendeu-se que a verdade não é o padrão com o qual se há de operar para avaliar a correção da prestação jurisdicional, que o erro na representação judicial dos fatos é algo ínsito ao próprio sistema, e que a verdade é apenas a idéia que o legitima, porquanto o conjunto probatório tende a propiciar uma representação a mais aproximada possível da efetiva realidade.

A versão de fato – assinala João de Castro Mendes<sup>114</sup> ao sustentar o conceito de justificabilidade –, normalmente, se justifica em função da verdade, mas, em alguns casos, isso ocorre por outras razões, tais quais, por exemplo, a incidência de normas que imponham às partes consequências pelo descumprimento de ônus processuais e o fato de que, sendo disponível pelas partes a alegação da verdade, o juiz não é inteiramente livre para buscá-la ao além do que as partes hajam afirmado.

A disponibilidade dá-se sobre o passado jurídico, não sobre o passado naturalístico. O passado jurídico, sim, é campo legítimo de atuação da autonomia da vontade, diz o referido autor<sup>115</sup>, evidenciando que a revelação do passado naturalístico não é o propósito do processo.

---

<sup>114</sup> *Do conceito de prova em processo civil*, p.460-465.

<sup>115</sup> Ao tratar da disponibilidade pelas partes como razão dessa *justificabilidade*, João de Castro Mendes diz: “A versão da realidade a ter em conta constitui objecto de um interesse das partes; e, uma vez que, e na medida em que, é legítima e possível a disponibilidade dessa versão, a ordem jurídica permite às partes a auto-regulamentação dos seus interesses. O passado – não o passado naturalístico, mas o passado jurídico – é campo legítimo de actuação da autonomia da vontade”.(Ibidem, p.463/464).

Ora, se essa justificabilidade pode provir de outras fontes que não a verdade, não há razão para que ela não possa, em certas situações, residir na verossimilhança dos fatos, no juízo de que é bastante verossímil que os fatos tenham se passado de tal ou qual maneira.

Tudo isso, portanto, autoriza que se cogite do emprego da noção de verossimilhança, como um critério também suficiente, em determinados casos, para a fixação dos fatos controvertidos.

É disso que se tratará nesta segunda parte do trabalho, dedicada à consideração da possibilidade de que o julgamento definitivo da lide faça-se, por vezes, com alicerce na mera verossimilhança, e ao exame da função das máximas de experiência, como instrumento, ao mesmo tempo, de viabilização e de controle desse juízo de verossimilhança.

### **A) Possibilidade, verossimilhança e probabilidade**

Não é possível avançar sem precisar o sentido com que se emprega neste texto a expressão *verossimilhança*, quando se defende a possibilidade de que o juízo definitivo nela se estribe.

Se a prova, como se viu, não tem o condão de retratar fielmente a verdade, se é impossível essa exata reconstrução da realidade pelo conjunto probatório, disso resulta que a convicção do juiz se alicerça sempre numa representação aproximada do que ele tenha por verdadeiro. De tal sorte, portanto, a certeza subjetiva do julgador será sempre fruto de uma elevada verossimilhança.<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> É neste sentido, por exemplo, que Calamandrei afirma que a certeza subjetiva é um juízo mais ou menos aproximativo de verossimilhança. (*Verità e verosimiglianza nel processo civile*, p. 617)

Vale aqui parodiar a questão que Calamandrei pôs, no clássico *Verità e Verosimiglianza*: Se todo o juízo de verdade é, no fundo, verossimilhança, que sentido há em sustentar-se a possibilidade do emprego dessa verossimilhança?<sup>117</sup> Estar-se-ia examinando a possibilidade de que fosse aquilo que *desde sempre foi*, explicando o óbvio como se novidade fosse.

Ocorre que, quando se tem a verdade como o mais alto grau de verossimilhança de determinada afirmação, ou quando se diz que a certeza do julgador é conseqüência de um juízo sobre a elevada probabilidade de que os fatos tenham se passado de tal ou qual maneira, está-se tratando de uma probabilidade forte o suficiente para convencer o julgador, para infundir em seu espírito a crença de que a afirmação fática condiz com a sua representação da realidade.

Dizer isto não é mais que explicar como se dá, normalmente, a formação da convicção do julgador.

O que se está a examinar aqui é coisa diferente: é a possibilidade de que o juiz tenha por fixado fato cuja afirmação é somente verossímil, isto é, numa hipótese em que não haja nos autos elementos probatórios que conduzam a forte probabilidade de que determinada versão fática corresponda à realidade. Em suma, trata-se de examinar se é possível que o juiz, tão-só porque verossímeis as afirmações, tenha por fixados fatos dos quais não se convenceu, a respeito dos quais a prova não fez brotar certeza alguma.

Como explica Calamandrei<sup>118</sup>, *possível, verossímil e provável* são graus de aproximação ao reconhecimento de que algo é verdadeiro. Nessa perspectiva, portanto, se o resultado da instrução não é, de ordinário, mais que

---

<sup>117</sup> A questão de Calamandrei era: “Se todo o juízo de verdade é, no fundo, verossimilhança, porque a lei fala em possibilidade, verossimilhança e probabilidade?” (*Verità e verosimiglianza*, p. 621)

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 620/621.

a revelação do provável, então é a noção de *verossimilhança* a que importa considerar neste trabalho.

Quando se afirma que em matéria de decisão fática tudo se reduz a um juízo de probabilidade, a expressão “probabilidade” está sendo utilizada para descrever esse grau máximo de aproximação com a verdade, que a prova é capaz de propiciar.

A verossimilhança, por sua vez, consiste na constatação de que determinada alegação adequa-se a um juízo prévio e genérico a respeito de certo tipo de fato ou situação. É, como explica Taruffo, o grau de capacidade representativa de uma descrição em relação à realidade, ou em relação a uma hipótese formulada em torno da realidade, e que é adotada como padrão para avaliar se a afirmação é ou não verossímil.<sup>119</sup>

Não se há de confundir, portanto, verossimilhança com veracidade nem com probabilidade. Essas últimas expressões dizem com a existência de elementos concretos, recolhidos do conjunto probatório, que ensejem a construção de um juízo racional sobre a atendibilidade de determinada afirmação.<sup>120</sup> De outra parte, a verossimilhança implica o exame da afirmação em tese e é, assim, um conceito de aquisição anterior à aquisição da prova.<sup>121</sup> Ao invés da pesquisa histórica sobre a verdade, emprega-se um parâmetro genérico, pré-adquirido.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> *La prova dei fatti giuridici*, p. 161.

<sup>120</sup> É apropriado aqui lembrar de Mittermayer, que dizia haver probabilidade quando a razão, apoiando-se em graves motivos, considera um fato verdadeiro, sem que, no entanto, tenham sido completamente aniquilados os motivos sérios em contrário. (Mittermayer, C.J.A., *Tratado da prova em matéria criminal*, 4ª Edição, Campinas: Editora Bookseller, 2004, p. 88)

<sup>121</sup> Como explica bem Taruffo: “quando se fala na eventualidade de que um fato seja provável, ou mais provável que outro, não se está fazendo referência à verossimilhança, mas à prova daquele fato, ou seja, à presença de elementos cognoscitivos que confirmam a hipótese a ele relativa; vice-versa, um fato é verossímil não quando existem elementos de prova, mas quando se revela conforme ao *id quod plerumque accidit*.” (Op.cit. p. 475/476)

<sup>122</sup> Calamandrei, *Verità e verosimiglianza*, p. 620.

Esse juízo de verossimilhança é tido, via de regra<sup>123</sup>, como um juízo instrumental, capaz de autorizar decisões de natureza provisória, justamente porque o julgador forma-o sem que hajam se esgotado as possibilidades instrutórias. É o que Calamandrei explica<sup>124</sup>, ao sustentar que o juízo de verossimilhança, quando a lei o considera revelante, tem por objeto a *afirmação do fato*, enquanto que o juízo de verdade é uma conseqüência do final da instrução, o resultado do confronto entre o alegado e a representação do alegado pelos meios de prova.

É freqüente na doutrina essa abordagem dicotômica, que, de um lado põe o juízo de verdade – o qual, bem examinado, já se viu não ser mais que probabilidade –, concretamente construído a partir dos elementos de prova carreados aos autos por uma instrução plena, e de outro o juízo de verossimilhança, forjado sobre a afirmação do fato, por meio da verificação do quanto a asserção fática corresponde a uma idéia pré-construída de como aquele tipo de situação se dá normalmente.

Assim, verossímil é aquilo que é semelhante ao conhecido<sup>125</sup>. O que ultrapassa os limites da experiência é o que se rotula de inverossímil, ainda que excepcionalmente, corresponda à verdade.

---

<sup>123</sup> É o caso, por exemplo, de Giovanni Verde, que, ao distinguir juízo de verdade e juízo de verossimilhança, diz que a diferença está em que o juízo de verossimilhança autoriza o juiz a decidir sem que tenham se esgotado todas as oportunidades probatórias, o que é possível para algumas finalidades, salvo para proferir uma decisão definitiva da lide (*La prova nel processo civile. Profili di teoria generale*, p.33). Diz ele que, enquanto um lógico diria que, se todo o juízo é obra humana, tudo é verossimilhança, o jurista contrapõe verdade e verossimilhança, quando trata de hipóteses em que a lei permite decidir sem experimentar toda a instrução própria do modelo ordinário de processo (*ibidem*, p. 34).

Calamandrei, na mesma linha, considera também o juízo de verossimilhança como algo de caráter instrumental, capaz de fundamentar um juízo provisório. Diz ele: "...per comprendere il senso della contrapposizione che il diritto processuale fa in questi e in altri articoli, tra giudizio di verosimiglianza e giudizio di verità, bisogna considerare il momento in cui, nel corso del processo, la legge in certi casi ritiene utile dare separata rilevanza prima che siano stati raccolti gli elementi probatori occorrenti al giudizio definitivo di verità, al giudizio di verosimiglianza: il quale ha carattere *strumentale* in contrapposto al giudizio di verità, che ha carattere *finale*". (*Verità e verosimiglianza*, p. 621)

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 621/622.

<sup>125</sup> Giuseppe di Stefano esclarece que a inverossimilhança não é a "dessemelhança do verdadeiro", mas a "dessemelhança do conhecido". Nas suas palavras: "Inverosimiglianza è

Como disse muito bem Carnelutti, o direito é a única ciência que intuiu o valor da exceção<sup>126</sup>, e é por isso que não se pode aceitar, de modo geral, a suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão definitiva da questão fática. Isso implicaria acolher inexoravelmente o que é regra e desconhecer a possibilidade do que é exceção<sup>127</sup>.

No entanto, a verossimilhança, cuja suficiência se pretende demonstrar neste trabalho, é noção que tem contornos um pouco diferentes daqueles que a doutrina, como se viu, normalmente lhe traça. Trata-se de desfazer aquela dicotomia antes referida – juízo de verossimilhança/decisão provisória x juízo de verdade (probabilidade)/decisão definitiva –, para cogitar de que a verossimilhança das afirmações fáticas autorize a definitiva decisão da questão fática, quando esgotadas, infrutiferamente, as atividades probatórias.

Quer dizer, a verossimilhança como juízo de conformidade entre a alegação e o padrão prévio e genérico adquirido pela experiência, mas cuja suficiência só se admite quando, encerrada a instrução, o conjunto probatório não autorize a elaboração de um juízo de probabilidade.

Cândido Dinamarco diz<sup>128</sup> que é preciso que o juiz ouse. Onde ele se considere capaz de afastar os “motivos divergentes”, que, como *homem médio*, tome a decisão conforme um grau satisfatório de probabilidade de acertar, que corra o risco de eventualmente errar. O conselho é absolutamente

---

dunque piuttosto che dissomiglianza dal vero dissomiglianza dal noto.” (*Collisione di prove civili*. Milano: Giuffrè, 1951, p.16).

<sup>126</sup> O conceito de exceção é que assinala o limite do pensamento humano, disse Carnelutti, expressando-se assim: “...quella del diritto è forse la sola scienza, che há intuito il valore della eccezione. Chi può garantire che la legge, assunta come premessa maggiore di un ragionamento, non dovesse cedere alla eccezione? Questo concetto, quase misterioso, della eccezione segna il limite del pensiero umano. E soprattutto della scienza umana.” (*Verità, dubbio, certezza*, p. 6)

<sup>127</sup> É, de certa forma, o que diz Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao afirmar que a aplicação dos juízos de verossimilhança determina, de certa maneira, um “retorno à formalização na apreciação da prova” (Problemas atuais da livre apreciação da prova, In: *Prova Cível*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 54)

correto, mas lida mais com a idéia de probabilidade que com a de verossimilhança.

A verossimilhança, cuja suficiência se defende para certas situações, é aquela que, além de adequada às lições da experiência, não encontra no conjunto probatório elementos capazes de afastar os *motivos divergentes* de que o juiz possa cogitar.

Como se vê, o tema tem estreita relação com a noção de máxima de experiência. O verossímil, como diz Taruffo<sup>129</sup>, é sempre algo que corresponde à ordem normal das coisas.

A máxima de experiência é o conceito que permite forjar a noção de verossimilhança, e, ao mesmo tempo, é o instrumento que fará possível controlar a aplicação jurisdicional do juízo de verossimilhança. É, como se verá adiante, na generalização da experiência que serve como parâmetro para a verificação do verossímil que reside a possibilidade de controle da coerência e da racionalidade de que se revestirá a decisão da questão fática.

Daí, justamente, a importância de conhecer melhor as máximas de experiência, tema a que o próximo capítulo se dedica.

### **B) As máximas de experiência como substrato do juízo de verossimilhança.**

Tratam-se, as máximas de experiência, de juízos construídos a partir da experiência, a partir da observação daquilo que normalmente ocorre. A empírica constatação de que, dadas determinadas circunstâncias, os fatos normalmente ocorrem de certa forma, induz à formulação de uma regra geral,

---

<sup>128</sup> *A instrumentalidade do processo*, p. 252.

<sup>129</sup> *La prova dei fatti giuridici*, p. 476.

abstrata, no sentido de que, sempre que aquelas circunstâncias se produzirem, será razoável crer na ocorrência daquilo que normalmente acontece.

Embora adiante se examine a natureza das máximas de experiência, é possível, por ora, tê-las como sinônimos de regras de experiência, cuja formulação é autorizada por um critério de frequência, mediante a constatação de que uma determinada espécie de fato normalmente ocorre de certa maneira.

A máxima de experiência não deriva de nenhuma constatação probatória sobre o fato concreto objeto do processo e tampouco sobre um determinado conjunto de fatos concretos. Ela implica, isto sim, a construção de um juízo abstrato, genérico, forjado sobre a observação do que rotineiramente ocorre, e que, justamente por isso, pretende-se válido também para a hipótese *sub judice*.

Quer dizer, a consideração da máxima de experiência na tarefa de decidir a questão fática exige, no primeiro momento, um raciocínio que emprega o método indutivo para, a partir da observação de reiterados fatos semelhantes, concluir, que é assim que normalmente ocorrem os fatos. No momento lógico seguinte, porém, o julgador há de raciocinar por dedução, para, daquela regra geral de experiência, deduzir que no, caso concreto, eles provavelmente tenham se passado de tal maneira, porque é dessa maneira que fatos daquela espécie geralmente ocorrem.

Porque se estribam na idéia do normal, e porque o normal é fruto de um consenso cronológica e geograficamente localizado, as máximas de experiência são relativas, e haverão de alterar-se conforme se transformem a cultura e o comportamento de uma determinada sociedade.

O conhecimento empírico é recolhido pela observação de que é capaz o *homem médio*, constrói-se como regra a partir da constatação por um

número indeterminado de pessoas de que em geral os acontecimentos se produzem de determinada forma, e, no processo, haverá de produzir os seus efeitos quando o juiz, assim como qualquer outro *homem médio* que compartilhe de seu tempo e de sua cultura, buscar na experiência um critério lógico capaz de orientá-lo na apreciação da controvérsia fática.

Por óbvio, o emprego de uma regra de experiência jamais conduzirá o julgador a juízos de absoluta verdade, capazes de propiciar-lhe uma certeza tal que não deixe espaço à dúvida. Se, como se viu, nem à prova propriamente dita é dado o condão de propiciar convicções absolutas, muito menos se o dará à máxima de experiência. Ademais, se é da sua essência o emprego da idéia de normalidade, isto implica a necessidade de cogitar também da exceção, da possibilidade de que em determinada situação concreta o normal não se haja verificado<sup>130</sup>.

Foi Stein<sup>131</sup> quem deu elaboração dogmática à figura da máxima de experiência, na sua famosa obra intitulada *O Conhecimento Privado do Juiz*, lançada em 1893. Ao explicar-lhe a sua origem, a sua estrutura, o modo como opera no raciocínio do julgador, Stein contribuiu para a melhor compreensão do percurso lógico por que passa o raciocínio do julgador ao decidir a causa.

O juiz, como qualquer outra pessoa, não consegue abstrair de suas percepções aquilo que a cultura de seu tempo introduziu naturalmente no seu espírito. O juiz que se deseja, aliás, é sensível àquilo que também sensibiliza a coletividade em que se abriga; é sintonizado com as expectativas sociais de uma época e de uma cultura; conhece a experiência do ambiente em

---

<sup>130</sup> Como explica Stein, “Las máximas de la experiencia carecen también, como todas las proposiciones obtenidas mediante el audaz salto de la inducción, de aquella certeza lógica. No son más que valores aproximativos respecto de la verdad, y como tales, sólo tienen vigencia en la medida en que nuevos casos observados no muestren que la formulación de la regla empleada hasta entonces era falsa.” (*El conocimiento privado del juez*, p. 40/41)

<sup>131</sup> Segundo o autor, máximas de experiência “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.” (Ibidem, p. 30)

que se insere. De um juiz assim, então, não é exigível que raciocine, pondere, cogite, valere, compare, sem deixar que a experiência empreste sua contribuição à lógica de seu raciocínio.

Assim, o mérito de Stein não foi o de descobrir novidade alguma, mas o de tratar sistematicamente de algo de cuja existência não se duvidava. Ao explicar-lhe a essência e revelar-lhe a larga e inexorável utilização, a sua obra contribuiu, inclusive, para a discussão em torno da possibilidade de controle do emprego das máximas, de modo a evitar a subjetividade extrema e o conseqüente arbítrio do julgador.

Como ele próprio esclarece no prólogo de sua obra,<sup>132</sup> as questões acerca do emprego das máximas de experiência eram – e são – temas que dizem respeito à vida jurídica de todos os dias, e, justamente por isso, provavelmente, não tivessem merecido até então a devida atenção por parte da doutrina.

Por incrível que pareça, essa constatação feita por Stein ao final do século XIX não perdeu a atualidade. Ainda hoje o tema não merece da doutrina e dos tribunais uma consideração proporcional à importância de sua função na atividade judicante. Paradoxalmente, como diagnosticou o autor, quanto mais natural e inexorável o emprego das lições da experiência para a formação da convicção do julgador, menos a atenção do estudioso desperta para o tema.

Segundo Stein<sup>133</sup>, as máximas de experiência podem apresentar duas formas diferentes: a) ou são definições, são juízos obtidos por meio da decomposição de uma palavra ou de um conceito nos elementos que os caracterizam, categoria em que se enquadram as máximas de experiência sobre o uso da linguagem ou os significados peculiares das palavras em

---

<sup>132</sup> *El conocimiento privado del juez*, p. 1.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 26.

determinado local ou em determinado dialeto; ou *b*) são teses hipotéticas, que expressam as conseqüências que se pode esperar de determinados pressupostos.

A este trabalho interessa examinar as máximas de experiência que se apresentam na forma de teses hipotéticas, porque são elas, decorrentes da verificação dos mesmos pressupostos, que vão autorizar a conclusão de que, dadas as mesmas condições, produzir-se-ão os mesmos fenômenos, e, com isso, contribuirão para o convencimento do juiz.

Por outro lado, classificam-se, também, as máximas de experiência sob outro aspecto, em máximas *comuns* e máximas *técnicas*<sup>134</sup>.

As comuns são aquelas que fazem parte do acervo cultural de uma determinada sociedade, das quais o juiz tem conhecimento porque, à semelhança dos demais, integra essa sociedade.

As máximas de ordem técnica são regras também gerais, também desvinculadas da observação de determinado fato, provenientes de ambientes sociais mais restritos, mas que, ao atingirem certo grau de generalização, são capazes de estar ao alcance da apreensão pelo *homem médio*.

Não parece, contudo, que haja algum proveito prático nessa distinção entre máximas comuns e máximas técnicas, na medida em que ambas só serão regras se, independentemente da fonte de que decorram, tiverem logrado ingressar no acervo cultural da sociedade<sup>135</sup>. De tal sorte, se o

---

<sup>134</sup> Uma boa síntese da distinção entre as duas espécies de máximas de experiência pode ser encontrada em Francisco Rosito, *A aplicação das máximas de experiência no processo civil de conhecimento*, Porto Alegre: UFRGS: 2004. 177p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004, p. 85-88.

<sup>135</sup> Consoante Barbosa Moreira, "Todos esses conhecimentos, que integram o patrimônio cultural comum da sociedade, atuam no processo na medida em que atuam na mente do juiz, ou porque já lá se achassem presentes, ou porque, no caso contrário, ele os adquira mediante consulta às fontes adequadas, sem necessidade, em qualquer hipótese, de provocação das partes." (*Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, p. 14)

juiz porventura dispõe de conhecimento técnico suficiente para o esclarecimento da questão fática, mas não se trata de conhecimento generalizado o bastante para caracterizar uma máxima de experiência, não se há de permitir que ele o empregue sem recorrer à produção de prova pericial. A frustração do contraditório, ao negar-se às partes o direito de contribuir para o convencimento do juiz, convencimento que a rigor ele estaria buscando em seu saber privado, faria ilícito que o juiz dispensasse a prova pericial, a pretexto de que dispõe do necessário conhecimento especializado.

Bem entendido: por certo que a máxima de experiência pode provir da observação técnica de um número mais restrito de pessoas que disponham de conhecimento especializado. Mas só a generalização maior desse conhecimento, que o faz um dia apreensível pelo intelecto do *homo médio*, é que autoriza que essa experiência ganhe eficácia normativa<sup>136</sup>.

A propósito, aliás, dessa eficácia normativa, vale registrar que há abalizada doutrina que não a reconhece. Se a definição de máximas de experiência construída por Stein é aceita de forma praticamente unânime pela doutrina, a idéia de que delas decorra uma regra geral não enseja a mesma unanimidade.

Taruffo, por exemplo, numa crítica que, a rigor, mais atine às limitações do método indutivo, nega que as máximas de experiência sejam capazes de propiciar regras gerais.

Para ele, o fato de que, da observação regular de características presentes em certo número de ocorrências, somente é possível induzir uma ilação hipotética sobre a eventualidade de que essas mesmas características estejam presentes também nos casos não observados impede que se possa

---

<sup>136</sup> Isso, aliás, é a expressão de um princípio metodológico que caracterizava o pensamento de Carnelutti: “O saber caminha do complexo para o simples e não do simples para o complexo”, e que foi consignado por Augenti no apêndice à obra de Carnelutti (*La prueba civile*, p. 239).

construir regras de generalizado valor, decorrentes apenas da experiência e sem respaldo em teoria fornecida pela ciência. Menos ainda – continua a crítica de Taruffo, agora em ataque frontal a um elemento que é da essência do conceito formulado por Stein – seria possível considerar essas regras como autônomas em relação aos casos individuais de cuja observação elas foram construídas<sup>137</sup>.

Taruffo ressalva, no entanto, que as limitações próprias das generalizações meramente empíricas não se aplicam às máximas que têm origem científica, mesmo quando o senso comum, ao assumir como válida uma determinada lei natural, não recebe junto o alicerce teórico que justifica a sua formulação. É que nesse caso – diz ele – o problema se desloca do plano da gnoseologia da experiência comum, em que operam as máximas de experiência de natureza meramente empírica, para o plano da metodologia da ciência. Assim, se uma afirmação é ou não uma lei de caráter geral, é algo que se poderá dizer cotejando-a com o acervo de noções científicas a que aquela afirmação pertence<sup>138</sup>.

Outra crítica significativa dirigida ao conceito de Stein vem de João de Castro Mendes, que entende equivocado o fato de ele haver reduzido

---

<sup>137</sup> Por isso, diz Taruffo: “Anzi, il loro valore di verità, o, se si vuole, la loro portata semantica, è limitata a ciò che esse (os fatos individuais observados) sono in grado di affermare intorno ai casi da cui sono tratte; ciò che essa esprimono non è qualitativamente né quantitativamente diverso dalla somma delle conoscenze relative ai singoli eventi particolari”. Daí, a formulação de uma regra geral a partir da experiência exigiria um “salto lógico”, por atribuir a natureza de regra ao que não é mais que um conjunto de dados particulares fornecidos pela observação de um certo número de casos. No entanto, embora Taruffo negue a possibilidade de extrair-se da experiência uma regra geral a incidir em casos similares aos observados, esclarece que isso não significa que o emprego das máximas de experiência seja ilícito ou impossível, mas apenas que ele assume outra forma lógica que não a dedução. Conclui, assim, que “le massime d’esperienza non sono regole generali, ma enunciano una somma di dati concreti che possono rivelarsi utili per la conoscenza dei fatti che occorre accertare in giudizio; tali dati possono essere usati come premesse di un passaggio inferenziale di natura strettamente induttiva.” (*Studi sulla rilevanza della prova*, p. 207/208)

<sup>138</sup> Assim, ao contrário do que conclui em relação à máxima decorrente apenas da experiência recolhida pela observação de certo número de casos particulares, quando a afirmação tem alicerce em noção que integra o acervo científico, ela pode constituir uma regra geral, que, por dedução, servirá ao julgamento do caso concreto. Isso porque “In questo caso, la sua portata supera l’ambito circoscritto di un certo gruppo di dati d’esperienza, e può dirsi generale, con la

as máximas tão somente aos juízos gerais de fato que fossem induzidos por meio da experiência, com o que restaram excluídos de seu campo os juízos valorativos, havidos por outra fonte que não a indução. Para Castro Mendes, nem sempre a máxima de experiência será decorrente de um processo de indução de casos concretos observados. A categoria deveria, portanto, abrigar todo e qualquer juízo geral de fato, quer a sua origem imediata<sup>139</sup> fosse a observação (a experiência), a dedução ou a valoração<sup>140</sup>.

Apesar das críticas que Stein mereceu, até hoje a figura das máximas de experiência tem a substância e os contornos por ele conferidos, e a noção de máxima é realmente empregada para os juízos gerais construídos pela indução, a partir da observação de fatos concretos.

Outra questão, que desperta polêmica até mais intensa, é a relativa à natureza das máximas de experiência: elas residem no plano dos fatos ou integram o campo das regras? A questão é de suma importância, inclusive para fins de examinar se é possível submetê-las a uma corte de cassação.

---

consequenza di poter essere assunta come premessa maggiore di un ragionamento deduttivo.” (Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, p. 11).

<sup>139</sup> Compreende-se o que quis o autor significar com a expressão “origem imediata”, quando assevera: “Claro que todo o conhecimento humano procede em última análise da experiência – *nihil est in intellectu quod prius non fuenit in sensu*. Mas algumas regras procedem da experiência imediatamente, e por isso só podem ser provadas ou afastadas à base de dados da experiência também, não por dedução silogística necessária – nada na lógica compele os corpos deixados a si mesmos caírem na direcção do centro da Terra; outras procedem da experiência *mediatamente*, por uma mediação mais ou menos larga e de carácter dedutivo, em que se possam infiltrar erros reconhecíveis por puro raciocínio – é o caso de  $2 \times 2 = 4$ . E tanto a lei da gravidade como os dados da tabuada são máximas de experiência. (*Do conceito de prova em processo civil*, p. 664)

<sup>140</sup> O autor invoca como reforço à sua crítica o fato de que Chiovenda dá como exemplo de máxima de experiência o juízo de que a causa de um certo tipo de contrato é contrária aos bons costumes. Esclarece, ainda, em nota de rodapé, antecipando-se as críticas que se lhe poderia dirigir: “Poder-se-ia dizer que estes bons costumes constituiriam uma noção de facto, como os costumes comerciais de que fala Stein – aquilo que se costuma fazer -, mas creio que isso seria falsear a noção, que é valorativa – aquilo que se deve fazer”. (Ibidem, p. 664/665).

A polêmica é mais que natural, afinal de contas, na idéia – já ultrapassada<sup>141</sup> – que reduz o objeto da causa à dicotômica divisão entre questões de fato e questões de direito, a máxima de experiência ocupa posição intermediária e esse seu hibridismo por vezes provoca perplexidade.

A máxima é, em verdade, regra. Todavia, é regra que nasceu da experiência, da observação de fatos concretos. Essa sua gênese, no entanto, não faz que ela integre o plano dos fatos, já que, não é de esquecer-se, ela não é dotada de fisicidade, ela não tem existência concreta, apreensível pelos sentidos. Justamente, por isso, aliás, é que a máxima de experiência não é objeto de prova, porque nenhuma experiência concreta e nenhum conjunto de experiências concretas, vividas por pessoas determinadamente identificadas, seria capaz de provar a sua existência<sup>142</sup>.

É regra, mas não é, propriamente, regra jurídica. É regra lógica, que vai impor ao julgador, ao formar ele a sua convicção, a consideração para com aquilo que a cultura de seu tempo e de sua gente estabeleceu ser o que normalmente ocorre em situações semelhantes à que é objeto do caso concreto.

Como disse bem Danilo Knijnik,<sup>143</sup> ao examinar o que se deve entender por *livre convencimento*, a maneira que se tem, para afastar os riscos de um exagerado subjetivismo do juiz e assegurar um mínimo de objetividade

---

<sup>141</sup> Como detecta corretamente Danilo Knijnik, em que pese a idéia de que haja heterogeneidade e independência entre a questão de fato e a questão de direito há muito já tenha caído, a verdade é que, em substituição ao modelo subsuntivista, não se ofereceu “nenhum instrumental novo de verificação dos fatos”, que fizesse “cessar a posição marginal e a neutralidade dos fatos perante a teoria jurídica”. Essa ausência de um novo modelo, que ocupe com autoridade o lugar da idéia subsuntivista, é uma boa explicação para a polêmica surgida toda vez que há dúvida sobre a natureza fática ou jurídica de determinada figura. (*Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle*, p. 19/20)

<sup>142</sup> Como explica Stein, “Las máximas de la experiencia no son objeto de nuestra percepción, sino que las adquirimos por transmisión y, por tanto, su conocimiento está libre de errores de percepción. Además, falta en este caso la natural subjetividad del testigo ya que la máxima de la experiencia carece de relación con el concreto hecho objeto de litigio.” (*El conocimiento privado del juez*, pág. 114)

<sup>143</sup> *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle*, especialmente p. 31/33.

ao seu convencimento, é exigir que a eleição dos fatos que ele terá por fixados seja justificável por critérios racionais. Quer dizer, o convencimento “se não está vinculado por normas jurídicas, que o esteja por normas lógicas e experienciais”.<sup>144</sup>

O dever de considerar a regra de experiência íntegra, pois, o corpo de normas *lógicas e experienciais*, que haverá de ensinar a racionalidade do julgamento.

Na mesma linha, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta que não é possível afastar o juízo de verossimilhança construído com base na experiência geral sob o pretexto de que a lei não o autoriza, “mormente porque, enquanto fenômeno do pensamento, a lógica não é regulada por leis formais ou jurídicas”.<sup>145</sup>

Para o autor, a decisão da questão fática tem que “respeitar as expectativas do ambiente a que se dirige”, já que é nesse ambiente que ela precisa se mostrar convincente<sup>146</sup>. A decisão judicial legitima-se quando corresponde ao consenso da sociedade em que ela é proferida. Quanto mais adequada às expectativas sociais, mais razoável ela se apresenta; quanto mais razoável a decisão, mais se legitima a atuação do juiz.

Um meio de o juiz obter esse consenso, essa conformidade de sua decisão às expectativas sociais, é justamente a consideração do normal, o normal cristalizado nas máximas de experiência.

É nesse sentido - e é por isso - que a máxima de experiência há de ser tida como uma regra: ao juiz impõe-se que a considere, porque

---

<sup>144</sup> Sergi Guasch Fernández, apud Danilo Knijnik, *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle*, p. 32.

<sup>145</sup> *Do formalismo no processo civil*, p. 163.

<sup>146</sup> Neste particular, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (loc.cit.) invoca a lição de Salvatore Patti para quem, “l'accertamento dei fatti compiuto dal giudice (...) deve rispettare 'orizzonti di attesa'”,

desconsiderá-la implicaria comprometer a lógica de seu raciocínio e abdicar do consenso social, em que sua decisão recolherá a legitimidade de que precisa.

Uma acertada crítica de Massimo Nobili, dirigida à idéia tradicional de que as máximas de experiência e o fato notório seriam exceções à proibição de aproveitar conhecimentos adquiridos fora do processo, ajuda a compreender em que sentido tem-se a máxima de experiência como regra. O autor, que reclama uma correta inteligência do conceito de livre convicção, ensina que o fato de que o juiz esteja liberado de um sistema legal de apreciação de provas não implica que ele também esteja liberado daquelas regras que são verdadeiramente extrajurídicas. Embora se referindo mais especificamente ao tratamento dispensado ao fato notório, a observação com que Nobili conclui a sua crítica à teoria tradicional aplica-se também às máximas de experiência: diz ele que a respeito do emprego delas não existe uma *proibição geral* que faça necessária uma *permissão excepcional*. Ao contrário, o que existe é um verdadeiro dever de considerá-las, já que a função julgadora e valoradora do juiz não pode se esgotar na observância de normas jurídicas. Por isso, arremata o autor, ter em conta a notoriedade não é um modo extraordinário de o juiz julgar, mas, isto sim, é uma imposição do dever de recorrer às regras de seu saber lógico e experiencial.<sup>147</sup>

Examinada a substância das máximas de experiência, as espécies em que elas podem se apresentar, e a natureza de que se revestem, é conveniente verificar a relação existente entre elas e outras figuras do direito probatório com quem elas têm, por uma ou outra razão, afinidades, semelhanças e diferenças.

---

le aspettative dell'ambiente in cui la vicenda si svolge". (*Libero convincimento e valutazione delle prove*, p. 518)

<sup>147</sup> Nobili *Apud* Walter, *Libre apreciación de la prueba*, p. 301.

### **B.1. Máxima de experiência e fato notório**

Tema que quase sempre surge relacionado às máximas de experiência é o que respeita ao fato notório. A razão para que a associação entre as duas figuras naturalmente surja é bastante compreensível: ambas integram o campo do conhecimento extraprocessual e são, pois, exemplos de um saber que o julgador pode empregar na formação de seu convencimento, sem que o haja auferido por meio da prova dos autos.

Contudo, esse elemento que os faz afins, isto é, a origem extraprocessual, não impede que se delineiem os aspectos em que uma e outro diferem.

Os pontos que os distinguem são, no fundo, conseqüências de uma essencial diferença, que, com a vênua concedida à tautologia, vai dita aqui: a regra de experiência é regra; o fato notório é fato.

Quer dizer, como já se viu, a máxima de experiência, embora construída a partir da observação reiterada de fatos concretos, constrói-se como um preceito dotado de generalidade e abstração, desvinculada dos fatos concretos cuja observação permitiu-lhe existir.

O fato notório, por outro lado, é dotado de concretude, é dotado de fisicidade, é o fato cuja fixação no processo permitirá que o julgador decida.

Enquanto a máxima de experiência é um instrumento do raciocínio, a autorizar que o julgador leve o normal em consideração, para por seu intermédio ensejar que a fixação dos fatos seja a mais aproximada possível da realidade, o fato notório é o próprio objeto da cognição, é o próprio fato a fixar.

As máximas, como consistem em regras que se pretendem generalizáveis a casos semelhantes àqueles cuja observação lhe fez surgir, têm uma eficácia normativa tanto mais forte quanto mais intensa seja a reiteração das conseqüências decorrentes dos fatos observados.

Os fatos notórios, a seu turno, no conceito que lhes dá Stein<sup>148</sup>, são aqueles tão generalizadamente percebidos, ou divulgados sem objeção com uma generalização tal, que o juiz, assim como qualquer outro homem dotado de razoabilidade e experiência de vida, pode declarar-se convencido de sua existência.

Embora possa haver uma geral percepção do fato notório, não se pense, equivocadamente, que isso seja requisito da noção de notoriedade. Calamandrei explica que o conhecimento, ou a possibilidade de conhecimento, que todos os pertencentes a certo estrato social têm a propósito dos fatos que integram o seu patrimônio cultural, não decorre de uma relação direta entre o sujeito e o fato, existente no momento em que o fato se produziu, mas resulta tão somente da sua condição de membro daquele grupo em que o fato é notório. Pode até ocorrer que alguém conheça o fato por havê-lo percebido diretamente, mas isso, diz Calamandrei, não acrescenta nada à certeza do fato, acolhido no patrimônio cultural de todo o grupo. Por isso se diz que, em relação ao conhecimento dos fatos notórios, todos os membros do grupo são entre si fungíveis, isto é, qualquer um pode, pelo simples fato de pertencer ao grupo, e independentemente de qualquer direta observação que haja feito do fato notório, atestar que o conhece.<sup>149</sup>

Calamandrei, também, em sua definição de fato notório,<sup>150</sup> enfatiza a característica de que ele pertence à cultura normal de um determinado

---

<sup>148</sup> *El conocimiento privado del juez*, p.196.

<sup>149</sup> *Per la definizione del fatto notorio*, p. 297/298.

<sup>150</sup> “Si considerano notori quei fatti la cui conoscenza fa parte della cultura normale propria di una determinata cerchia sociale nel tempo in cui avviene la decisione” (Ibidem, p. 298)

estrato social.<sup>151</sup> Como explica o autor, não existem fatos notórios a todos os homens, sem limitações de tempo e de espaço; o que se pode é falar de fatos que são notórios para os habitantes de determinada cidade, para os que exercem determinada profissão etc. Tampouco o número maior ou menor de componentes de certo grupo social entre os quais o fato é notório influencia o conceito de notoriedade. O que importa, isto sim, é “il carattere di pacifica e disinteressata certezza che questa conoscenza ha ormai entro la cerchia sociale di cui è patrimonio comune”.<sup>152</sup>

Como se vê, de ambos, das máximas e do fato notório, exige-se que correspondam a um saber coletivamente estabelecido<sup>153</sup>, a um conhecimento com razoável grau de generalidade, relativamente datado<sup>154</sup> e presente em certo espaço geográfico<sup>155</sup>.

Por essas características comuns, compreende-se a opinião de quem<sup>156</sup> não vê sentido na distinção formulada por Stein, entre a máxima e o fato notório, sob o argumento de que o berço comum – a cultura média – autoriza o aproveitamento de ambos e, por consequência, elimina qualquer proveito prático da distinção teórica.

<sup>151</sup> Interessante a crítica que faz Stein (*El conocimiento privado del juez*, p. 191), acompanhado por Calamandrei (*Per la definizione del fatto notorio*, p. 280), à tautologia empregada normalmente na definição de fato notório. Diz Calamandrei: “assai volte la definizioni del fatto notorio si risolvono in piú o meno larvate tautologie: dal principio che i fatti notori non hanno bisogno di prova, si trae, in forme di apparente definizione, la conseguenza che si chiamano notori quei fatti che non hanno bisogno di prova; ma quando poi si va a domandare inversamente quali sono i fatti che non hanno bisogno di prova, non si sa far di meglio che ricadere in quella qualifica di notorietà che si trattava appunto di definire”.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 296.

<sup>153</sup> Calamandrei ensina que o elemento comum entre máximas de experiência e fato notório, que autoriza o emprego de ambos sem necessidade de prova, é o fato de que uns e outros entram no “patrimônio de noções comum e pacificamente acolhidas em determinado estrato social, que podemos genericamente denominar *cultura*”. (Ibidem, p. 293).

<sup>154</sup> Como lembra Stein, a experiência ensina que o que é notório hoje ontem não era e dentro de semanas e anos deixará de sê-lo. (Stein, op.cit., p. 189)

<sup>155</sup> Ainda Stein: “Al igual que en razón del tiempo, la notoriedad varía según la localidad. Claro está que no existen hechos ‘universalmente’ notorios”. (Ibidem, p. 189/190)

<sup>156</sup> Entre estes, vale registrar, por exemplo, Calamandrei, que, embora reconheça o acerto de Stein ao traçar a diferença entre o fato notório e a máxima de experiência, prefere, como se viu acima, realçar a característica que lhes é comum, e acredita que ela priva a correta distinção de uma maior utilidade prática; e Nobili, para quem “es indudable que la diferenciación, correcta

É possível compreender uma tal opinião, mas é difícil concordar com ela. A distinção empreendida por Stein tem, sim, utilidade teórica e prática.

Teoricamente, é importante porque ajuda a compreender a posição que ambas as figuras ocupam no raciocínio do julgador: o fato notório como premissa menor do silogismo judiciário;<sup>157</sup> a máxima como premissa maior, contribuindo com a valoração da prova e conferindo racionalidade ao juízo de fato.

No plano prático, a distinção também traz repercussões importantes. Gerhard Walter<sup>158</sup> identifica-lhe duas:

A primeira consiste no “señal de alarma”, que, em não se tratando de máxima de experiência, haverá de soar para o julgador, advertindo-lhe para a necessidade de verificar se se trata realmente de fato notório ou se ele está diante de um fato por ele sabido mediante conhecimento que auferiu como testemunha,<sup>159</sup> e que por isso talvez não seja fato dotado daquela generalidade que autorizaria tê-lo como notório. Como adverte o autor, por vezes é difícil estabelecer o limite entre um inaproveitável *saber testifical* e um outro tipo de saber próprio que pode ser aproveitado. Ele põe as seguintes questões: Se o juiz, por ler diariamente determinado jornal, sabe que este deixou de sair por

---

desde el punto lógico, entre reglas de experiencia y hechos notorios, se ha tornado irrelevante” (Nobili *apud* Walter, *Libre apreciación de la prueba*, p. 298)

<sup>157</sup> Embora, por razões antes examinadas, já se saiba equivocada a estrutura silogística para descrever o processo de decisão judicial, a menção às premissas maior e menor tem utilidade aqui, para ajudar a evidenciar a diferença entre as posições que a experiência e o notório ocupam no raciocínio do julgador.

<sup>158</sup> Walter, *op.cit.*, p. 313.

<sup>159</sup> A este conhecimento, Walter chama de “un saber testifical no aprovechable” (Ibidem, p. 311-313). Como diz Calamandrei, as “congenitas deficiências” da prova testemunhal (decorrentes da natural imperfeição dos sentidos humanos, que a faz sujeita a erros e lacunas) são tais que não se pode admiti-la no processo, senão quando submetida à apreciação de um crítico sereno e desapaixonado, que, numa obra paciente (“che possiamo dire di purificazione”), procura liberá-la daquilo que o subjetivismo da testemunha acrescenta ao que foi por ela efetivamente percebido. Quer dizer, ao “testemunho” do juiz faltaria essa crítica serena e desapaixonada, o que lhe impediria a “purificação”: “Come potrebbero, dunque, cumularsi in una persona sola, in questa importantissima fase della valutazione delle prove, la funzione di colui che giudica e quella di chi è giudicato?” (*Per la definizione del fatto notorio*, p. 284)

duas semanas devido a uma greve, isto é um *saber testifical* ou algum tipo de conhecimento aproveitável? E se o próprio juiz presenciou um tumulto ou um incêndio? E responde-as, ensinando que, quando o fato conhecido pelo juiz, também o é por muitos outros, como, por exemplo, um incêndio, uma greve ou um tumulto, o juiz divide esse conhecimento com outros e, portanto, o que ele saiba pessoalmente não traz prejuízo algum. Quer dizer, o fato notório não perde a sua aproveitabilidade porque o juiz, pessoalmente, tenha-o percebido. A possibilidade de aproveitá-lo, como se viu, deriva do generalizado conhecimento que dele a coletividade tenha, e a isto não prejudica o conhecimento que a seu respeito o juiz tenha adquirido por percepção própria. As peculiaridades do fato notório, no entanto, já não se revestem da mesma notoriedade, ainda que tenham sido diretamente percebidas pelo juiz, como explica o autor, ao refutar que se pudesse ter por notórios os detalhes do tumulto ou do incêndio que empregou como exemplo.<sup>160</sup>

A segunda repercussão, por sua vez, diz respeito à possibilidade de submeter-se à cassação o juízo fundado numa máxima de experiência, porque regra é, e, ao inverso, a impossibilidade de a ela submeter-se o fato notório, porque fato é.

Embora seja, portanto, de se admitir a validade da tentativa de definir o notório – inclusive, para diferenciá-lo da máxima de experiência –, é forçoso reconhecer o acerto de Walter, quando propõe que se examine a notoriedade mais pela perspectiva da sua função no processo que por uma interpretação semântica<sup>161</sup>.

Por essa perspectiva *funcional* do notório, importa examinar um tema, que naturalmente surge quando dele se cogita: a sujeição, ou não, do

---

<sup>160</sup> Stein, também, não deixa dúvidas disso, quando afirma que “sólo pueden ser notorios los grandes rasgos de las cosas, nunca sus peculiaridades: un hombre razonable nunca se declarará convencido de estas últimas mediante la percepción general o la transmisión.” (*El conocimiento privado del juez*, p. 198).

<sup>161</sup> *Libre apreciación de la prueba*, p. 301/302.

fato notório ao ônus da afirmação dos fatos. Em outras palavras, é possível que o juiz leve em consideração o fato notório não invocado por parte alguma?

A resposta implica uma prévia abordagem a respeito de como se há de classificar esse saber extraprocessual que a notoriedade do fato proporciona.

Stein e Calamandrei<sup>162</sup> têm o fato notório como integrante do campo do saber privado. Para o processualista italiano, a razão de ser da vedação à utilização do saber privado reside fundamentalmente na “incompatibilidade psicológica entre o ofício do juiz e o da testemunha”.<sup>163</sup> O aproveitamento do fato notório, que ele expressamente diz constituir exceção à proibição de empregar o saber privado, justificar-se-ia pela razão de que, quando o juiz emprega o seu saber extrajudicial, sem necessidade de prova, isto de modo algum prejudica a imparcialidade, como ocorreria se o juiz empregasse, sem prova, um saber privado não-notório<sup>164</sup>.

Allorio, por sua vez, acredita que o fato notório faz parte do saber *oficial*, o mesmo a que pertence o conhecimento do direito. Uma tal posição conduz à idéia, que Gehrard Walter classifica de muito duvidosa<sup>165</sup>, de que o juiz teria o dever, e não só o direito, de levar em consideração os fatos notórios sem lançar mão de provas, e mesmo que eles não sejam invocados pelas partes.

Além de ser uma natural conseqüência da inclusão da notoriedade no terreno do saber oficial, a tese de Allorio vai buscar reforço na

---

<sup>162</sup> *Per la definizione del fatto notório*, p. 292.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 285.

<sup>164</sup> Calamandrei prega que a analogia correta deva ser entre o acatamento do notório e o ofício do perito, ao invés de dar-se entre o notório e o testemunho. Assim, contornar-se-ia aquele óbice decorrente a impossibilidade psicológica de julgar a idoneidade do próprio “testemunho”, no qual se apóia a proibição de o juiz valer-se de sua ciência privada (*Ibidem*, p. 302).

<sup>165</sup> *Libre apreciación de la prueba*, p. 299.

idéia de que todo o poder do juiz é um poder-dever<sup>166</sup>, de sorte que, se pode ele considerar o notório, deve fazê-lo.

Outra conseqüência que deriva da situação do notório no campo do saber *oficial* é que isto faz prescindível todo e qualquer debate sobre a fonte do conhecimento do juiz acerca do fato notório.

Parece a Allorio que a posição de Stein e Calamandrei incorre em forte contradição, quando tem o notório como elemento do saber privado e, apesar disso, admite a sua consideração para a definição dos fatos fixados no processo<sup>167</sup>.

A polêmica sobre a geografia do conhecimento extraprocessual, e sobre a posição do notório nessa geografia, não corresponde necessariamente a grandes controvérsias quanto às conseqüências desse situar-se no campo do saber privado ou no campo do saber oficial. Por isso, parece apropriada a atitude que teve Gerhard Walter, de empregar a expressão *saber extraprocessual*, que chamou de uma “*expresión neutral*”.<sup>168</sup>

A questão acerca da possibilidade de o juiz ter em consideração o fato notório, quando ele não foi sequer invocado por parte alguma, resolve-se melhor por meio da atenção ao princípio dispositivo. Isto é, ainda que a notoriedade dispense-o da respectiva prova, o princípio dispositivo impede, quando se trate de fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado, que o julgador tome-o em consideração se não foi alegado

---

<sup>166</sup> Diz ele que em todos os casos em que ao juiz se permite uma determinada conduta, essa conduta é também, salvo expressa disposição em contrário, a única permitida ou ajustada ao dever. (Apud *Libre apreciación de la prueba*, p.299)

<sup>167</sup> Como enfatiza Allorio, “No es posible sustraerse al imperio de esa prohibición sin crear con ello en la lógica de proceso una contradicción insalvable. La verdad es que cuando los hechos notorios escapan a esa prohibición, esto ocurre porque no forman parte de ese saber; por el contrario, pertenecen ... al saber oficial del juez; el mismo al que pertenece también el conocimiento del derecho” (apud Walter, loc.cit.)

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 302.

pela parte, já que, como explica Stein<sup>169</sup>, cabe a ela manifestar se quer fazer valer a sua eficácia jurídica<sup>170</sup>.

Se a notoriedade, porém, diz com fato acessório, secundário, ainda que a parte haja silenciado sobre ele o julgador deve considerá-lo, como, aliás, poderia fazê-lo se, não sendo notório o fato, existisse prova a seu respeito e ele não houvesse sido alegado por nenhum dos litigantes.

Quanto às máximas de experiência, não há problema algum em que elas sejam empregadas de ofício pelo julgador. Por tratarem-se de regra, não dependem de invocação por aqueles a quem aproveitem. À semelhança das regras de direito, propriamente ditas, o juiz pode delas dispor mesmo no silêncio das partes, sem que isso fira o princípio dispositivo. Todavia, é de todo recomendável, a bem do exercício pleno do princípio do contraditório, que o julgador submeta à apreciação das partes a máxima de experiência que, de ofício, entendeu útil à formação de sua convicção<sup>171</sup>.

Da prova, por outro lado, o fato notório está dispensado. Não propriamente porque o juiz o conheça, mas porque, como explica Calamandrei, uma crítica coletiva, forjada extraprocessualmente, resulta na formação de uma “pacifica opinione comune intorno alla loro verità.”<sup>172</sup>

Enfim, se ao fato a notoriedade é um atributo, para a máxima de experiência ela é pressuposto de existência. Se o fato não é notório, não será possível prescindir de sua prova. Se a uma suposta máxima de experiência falta a notoriedade, a rigor a máxima inexistente.

---

<sup>169</sup> *El conocimiento privado del juez*, p. 220/221.

<sup>170</sup> Com o mesmo entendimento, Egas Moniz de Aragão, *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 107/108.

<sup>171</sup> Vale a pena, aqui, a leitura de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, de todo aplicável ao tema ora examinado, porquanto ressalta a importância de que o juiz não surpreenda as partes com decisão fundada em argumento cuja discussão não lhes oportunizou, a bem de assegurar a realização do conteúdo mínimo do Princípio do Contraditório. (Garantia do contraditório. In: *Garantias constitucionais do processo civil*, org. TUCCI, José Rogério Cruz e, Editora Revista dos Tribunais, 1999).

<sup>172</sup> *Per la definizione del fatto notorio*, p. 298/299.

Para concluir, vale ressaltar que, por detrás nas noções de máxima de experiência e fato notório, há uma referência que lhes é comum: a idéia de cultura. A serenidade e o desinteresse com que o grupo social incorpora o fato ou a regra de experiência ao seu patrimônio cultural é, justamente, o que proporciona a segurança necessária ao emprego de ambas as figuras em juízo.<sup>173</sup>

Examinada, pois, a relação entre as máximas de experiência e o fato notório, convém agora dedicar atenção à função que as máximas desempenham no raciocínio judicial por meio da presunção.

## **B.2. Máxima de experiência e presunção**

A figura da presunção, freqüentemente tida de modo equivocado como *meio de prova*, é na verdade uma forma de raciocínio, por meio da qual, a partir de um fato conhecido se conclui pela existência de outro que se deseja conhecer. Mediante uma operação de inferência lógica, vai-se do concreto (o fato sabido) ao abstrato (o fato cuja existência se busca estabelecer), de modo que, sem que haja nos autos prova do fato probando, o juiz deverá tê-lo por fixado, se, estando convencido da existência de outro fato, puder dele inferir que o fato probando também existiu.

Classificam-se as presunções em legais e judiciais. As primeiras consistem em inferências determinadas pelo legislador, e sub-classificam-se em presunções *juris tantum*, ou relativas, e presunções *jure et de jure*, ou absolutas. As presunções judiciais, por sua vez, são obra do juiz, que, como se disse, deixa-se convencer da ocorrência de determinado fato porque há nos autos prova de outro, que com aquele tem um nexó lógico de dependência.

---

<sup>173</sup> *Per la definizione del fatto notorio*, p. 303.

O fato de que a ambas as espécies se denomine *presunção* não lhes confere, no entanto, uma natureza homogênea nem uma função idêntica.

A *presunção legal absoluta*, por exemplo, sequer tem relação com o direito probatório. Em verdade, é regra de direito material, que modifica o suporte fático de determinada norma<sup>174</sup>. Por óbvio, alguma repercussão provoca no processo, mas não é repercussão que se dê no terreno do direito probatório. A *presunção jure et de jure* servirá, isto sim, para fazer prescindível a existência do fato presumido e, neste sentido, excluí-lo, não só do *objeto da prova*, mas da própria cognição judicial. O fato presumido é irrelevante para o juízo, na medida em que o legislador suprimiu-o do conjunto de fatos cuja existência enseja a produção de certos efeitos jurídicos desejados pela parte<sup>175</sup>.

Assim fazia, por exemplo<sup>176</sup>, o antigo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 550, quando dizia *presumir* a boa-fé e o justo título para a usucapião extraordinária. Queria a lei dizer, isto sim, que à consumação da prescrição aquisitiva, naquela hipótese, era irrelevante a existência dos elementos ali mencionados. Foi louvável, portanto, a atitude do legislador do Novo Código Civil, que em boa hora corrigiu a redação do dispositivo, para expressar que o direito à usucapião *independe* de justo título e de boa-fé.

Com o mesmo sentido, o Código de Processo Civil emprega a idéia de *presunção* no artigo 12, § 3º, ao dizer que o gerente da filial ou agência “*presume-se*” autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação. Em verdade, pouco importa se há ou não essa autorização, já que a

---

<sup>174</sup> Stein explica que quando o ordenamento jurídico não autoriza nenhum desvio na observância da regra de experiência, a regulação da experiência constitui tão somente um preceito material disfarçado. (*El conocimiento privado del juez*, p. 66)

<sup>175</sup> Como diz José Carlos Barbosa Moreira, são “meros expedientes ordenados à equiparação de efeitos entre esquemas de fato diferentes” (As *presunções e a prova*. In: *Temas de direito processual* - Primeira Série -, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 67)

<sup>176</sup> O exemplo é de José Carlos Barbosa Moreira (*Ibidem*, p. 63).

citação será válida desde que se verifiquem os demais elementos do suporte fático dessa norma.

Se bem se reflete, vê-se que a uma tal “presunção” falta, a rigor, aquela ilação, aquela inferência, que é própria do raciocínio presuntivo. Aquilo que é da essência de uma presunção – a passagem do conhecido ao desconhecido – não se verifica no que se convencionou denominar de presunção legal absoluta. A passagem, aqui, é do conhecido ao irrelevante, ao prescindível.

A presunção legal *juris tantum*, por seu turno, tem conseqüência no campo probatório. Por meio de seu estabelecimento, a lei autoriza que, presentes certas circunstâncias, se tenha por existente o fato presumido, salvo se houver prova de que ele efetivamente não ocorreu.

Perceba-se que a eficácia dessa espécie de presunção processa-se exatamente no terreno da prova. Não há modificação alguma no suporte fático da norma cujos efeitos a parte quer ver reconhecidos. O fato presumido conserva a sua relevância. Ocorre apenas que aquele a quem a presunção aproveita estará dispensado do ônus de provar-lhe a existência<sup>177</sup>.

Em outras palavras, o juiz poderá ter por fixado o fato presumido, sem que dele haja prova nos autos. A conseqüência introduzida pela lei não se dá, todavia, na esfera do direito material porque sobrevive a possibilidade de que a parte a quem a presunção prejudica busque provar a sua afirmação de que o fato presumido não ocorreu. É, pois, no plano do direito probatório que se definirá a fixação, ou não, do fato presumido: ou se prova a afirmação que contraria a presunção de sua existência, e ao juiz restará tolhida a

---

<sup>177</sup> Como adverte José Carlos Barbosa Moreira, nem sempre a presunção legal relativa implicará inversão do ônus da prova. Quer dizer, “pode acontecer que o ônus houvesse mesmo de recair, em virtude de sua posição processual, sobre a pessoa a quem a presunção legal desaproveita.” (*As presunções e a prova*, p. 60/61)

possibilidade de apoiar na presunção legal a sua convicção; ou nada se prova que infirme a presunção, e o juiz haverá de ter por fixado o fato presumido.

Não há, na presunção *jure et de jure* e na presunção *juris tantum*, diferentes graus de cogência. O julgador está, de igual forma, constrito a observar uma e outra, não lhe sendo dada a faculdade de desconsiderar a conclusão que resulta da presunção *juris tantum*. Não tem, portanto, liberdade para optar por acolher ou refutar a presunção que a lei estabelece. Não se há de confundir com tal liberdade a autonomia que tem, aí sim, para formar livremente seu convencimento sobre a verdade dos fatos controvertidos. É que o exercício dessa autonomia dar-se-á limitadamente à valoração da prova produzida para decidir a controvérsia resultante de uma afirmação incompatível com a existência do fato presumido. Em não sendo suscitada tal controvérsia, ou em não sendo suficientemente convincente a prova que infirmaria a presunção, ao juiz cumprirá fazer com que esta presunção repercuta na fixação dos fatos do litígio.

Ao presente trabalho, interessa mais o exame da denominada presunção simples, a *presumptio hominis*, aquela presunção que é operada pelo julgador quando a existência de um certo fato, assentada no processo pela prova produzida ou por outra causa como, por exemplo, a notoriedade de que ele se reveste ou a circunstância de que não foi objeto de controvérsia alguma, conduz o juiz a ter também por existente outro fato, a cujo respeito nada mais há nos autos que o leve a crer na afirmação de sua ocorrência.

Por variadas razões, é freqüente que ao final da instrução não disponha o juiz de informação conclusiva sobre o fato principal, mas os autos propiciem a sua convicção a respeito de outros fatos, circunstancialmente presentes, que lhe permitirão convencer-se de que o fato até então desconhecido também ocorreu.

Aqui, tal qual na presunção legal *juris tantum*, trata-se efetivamente de pôr em operação a lógica de raciocínio que constitui a essência de uma presunção: inferir de um fato conhecido a existência do que se desconhece.

Ao fato conhecido, desencadeador desse raciocínio que permite concluir pela ocorrência de outro, chama-se indício, de modo que a denominada *prova indiciária* não é senão aquela que proporciona o raciocínio presuntivo.<sup>178</sup>

Para Stein,<sup>179</sup> indícios são fatos, isto é, acontecimentos ou circunstâncias, a partir dos quais e por meio da experiência se pode concluir a existência de outros fatos que estão fora do processo e constituem o objeto da prova. Na mesma linha, Carnelutti<sup>180</sup> afirma “se llaman fuentes de presunción los hechos que sirven para la deducción del hecho a probar y que no están constituidos por la representación de este.”

O recurso à presunção implica, assim, um deslocamento do objeto da prova,<sup>181</sup> já que a atividade probatória, ao invés de dirigir-se ao fato probando, destinar-se-á a demonstrar o indício, o fato secundário.<sup>182</sup>

Importa examinar agora a razão pela qual se justifica, ou se impõe, essa inferência capaz de convencer o julgador de que deve dar por fixado um fato que ele não conhece. É preciso compreender por que o julgador está autorizado a construir a ponte entre o indício e o fato probando, o que é

---

<sup>178</sup> Como se percebe, por exemplo, do modo como a explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “...partindo-se da convicção de ocorrência de certo fato (indício), pode-se, por raciocínio lógico, inferir a existência de outro fato (objeto a ser provado), já que, comumente, um decorre do outro ou devem, ambos, acontecer simultaneamente.” (*Manual do processo de conhecimento*, p. 313)

<sup>179</sup> *El conocimiento privado del juez*, p. 45

<sup>180</sup> *La prueba civil*, p. 90.

<sup>181</sup> Como afirma Carnelutti, o indício deve ser considerado de maneira completa, ou seja, na sua atividade passiva, de *fato que deve ser provado* (tema de prova) e na sua atitude ativa de *fato que serve para provar outro* (fonte de prova). (Ibidem, p. 192/193)

<sup>182</sup> Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil III*, p. 76/77.

que lhe permite o percurso entre a concretude do fato provado (ou por outras razões assentado no processo) e a abstração do fato presumido.

A razão que autoriza a inferência lógica própria do raciocínio presuntivo, o fio condutor do raciocínio judicial que presume, é justamente a idéia de normalidade, de conformidade com a ordem natural das coisas, que autoriza acreditar que, se é de tal maneira que os acontecimentos normalmente se encadeiam uns nos outros, é provável que no caso concreto a concatenação entre eles tenha da mesma forma se verificado.

Em outras palavras, a ligar o indício ao fato presumido pelo juiz há sempre uma máxima de experiência, há sempre uma regra decorrente da experiência generalizadamente incorporada ao patrimônio cultural de uma coletividade. Fosse de descrever-se matematicamente uma presunção, dir-se-ia, portanto, que uma presunção é igual a um indício mais uma máxima de experiência.

A expressão *presumptio hominis* justifica-se como denominação apropriada para a presunção judicial porque aponta para uma correta descrição da operação mental do juiz: o que dele se exige, ao valer-se de um raciocínio por presunção, é que construa, entre o fato secundário provado, ou seja, o indício, e o fato a presumir, a mesma inferência lógica, a mesma associação, que seria legítimo esperar do raciocínio de qualquer outro membro daquela coletividade que fosse ao menos dotado de inteligência média.

Quer dizer, o que se quer do juiz, quando lhe cabe presumir um fato de outro, é que se valha dos conhecimentos que a experiência proporcionou – a experiência cultural e generalizadamente sedimentada, não a experiência que lhe seja exclusivamente pessoal – para, a partir deles, concluir que é possível presumir a existência ou a não-existência de certo fato.

Não é só na presunção judicial que se faz presente a figura da máxima de experiência como elo entre o indício e o fato presumido. Na presunção legal também foi, normalmente, uma regra da experiência a fonte da inspiração que levou o legislador a estabelecê-la. Porque em geral a ocorrência de um determinado fato vem associada à ocorrência de outro, a lei anima-se a constranger o julgador a observar a mesma inferência lógica levada a efeito pelo legislador. No fundo, por trás da imposição de uma presunção legal, há o temor de que o juiz não absorva as lições da experiência do mesmo modo como as incorporou o acervo cultural da sociedade para quem presta jurisdição<sup>183</sup>.

A diferença entre o emprego da experiência nas presunções legais e nas presunções judiciais reside na pessoa de quem recolhe da cultura a regra empírica aplicável a experiências concretas semelhantes: o legislador, aprioristicamente, impondo ao juiz o acatamento de determinada máxima de experiência; ou o julgador, que, ao julgar o caso concreto, observa certa regra de experiência e, com base nela, faz associações e ilações, estabelece vínculos e constrói conexões capazes de lhe convencer de como, provavelmente, ocorreram os fatos por ele desconhecidos.

Em se tratando da presunção judicial, uma questão interessante diz respeito às características que o indício deve apresentar para que dele o juiz esteja autorizado a presumir a ocorrência do fato probando.

No direito italiano, há dois dispositivos legais de redações diferentes, mas de igual conteúdo, que regulam o emprego da presunção na esfera civil e na esfera penal. O *Codice di Procedura Penale*<sup>184</sup>, estabelece, por meio de uma norma de comando com sentido negativo, que o julgador não pode deduzir de indícios a existência de um fato, salvo se tais indícios forem

---

<sup>183</sup> Stein, *El conocimiento privado del juez*, p. 65.

<sup>184</sup> Art. 192, comma 2°, Codice di Procedura Penale: "L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti".

*graves, precisos e concordantes*. O *Codice Civile*<sup>185</sup>, através de uma norma que começa concedendo ao julgador liberdade para, com prudência, admitir presunções que a lei não haja criado, impõe-lhe, no entanto, os mesmos limites: as presunções devem ser *gravi, precise e concordanti*.

Dos textos legais esses requisitos foram incorporados pela doutrina, que se ocupa de explicar-lhe o sentido das qualidades que devem adjetivar o indício.

Taruffo,<sup>186</sup> por exemplo, depois de afirmar que o legislador mostrou-se cômico dos perigos de distorsão do juízo, que são ínsitos ao emprego das presunções simples, expressa que a evidente razão de tais normas é a tentativa de assegurar um mínimo de condições idôneas a garantir a atendibilidade das conclusões da presunção. Para ele, os requisitos da *gravidade* e da *previsão* servem para afastar inferências ambíguas, desprovidas de atendibilidade, mas não se fazia necessário que a norma os previsse, assim, expressamente. Bastaria recomendar ao juiz atenção e compromisso no momento de estabelecer os dois fatos entre os quais se dará a inferência presuntiva.

O requisito da *concordância*, que poderia ser interpretado como se exigisse a convergência de uma pluralidade de inferências, não tem esse sentido, já que é admissível que uma só inferência, se grave e precisa, seja suficiente para resultar na fixação do fato. A exigência de que os indícios sejam convergentes tem apenas o propósito de que, havendo efetivamente no caso concreto uma pluralidade de presunções, o juiz não se permita promover o acerto do fato a partir de inferências que são divergentes entre si e que,

---

<sup>185</sup> Art. 2.729, comma 1°, Codice Civile: "Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni".

<sup>186</sup> *La valutazione della prova: il ragionamento del giudice*, p. 437.

por isso, não autorizam que ele eleja como preferida uma conclusão e não outra.<sup>187</sup>

Diz bem Taruffo que, se a exigência de tais requisitos para o indício é assim compreendida, as normas que os exigem perdem o caráter de normas de prova legal negativa, que buscam vedar o emprego de certo tipo de prova, e, ao contrário, passam a cumprir o louvável propósito de aconselhar ao juiz prudência e razoabilidade no emprego das presunções, para que ele não as alicerce sobre inferências contraditórias.

A aceitação da presunção, quando o fato desconhecido não é mais que o fruto de uma inferência meramente provável, capaz, no entanto, de propiciar suficiente credibilidade à conclusão inferida, é, na opinião de Taruffo, uma elogiável, porém perigosa, postura, que exige o emprego de “claros e rigorosos modelos racionais”.<sup>188</sup>

Naqueles, diz o autor,<sup>189</sup> que confiam na possível e necessária racionalidade de uma “valutazione discrezionale” da prova, se encontrará um espírito receptivo a uma concepção mais flexível do uso das presunções simples, embora consciente dos perigos que ela pode implicar.

Quem, ao contrário, não creia na racionalidade dos juízes e na capacidade de evitar abusos e distorções de seu juízo, estará por certo inclinado a limitar, com critérios rigorosos fixados por lei, o emprego de tais presunções; estará predisposto a somente aceitar a presunção quando o fato desconhecido for uma conseqüência inexorável, necessária, do fato conhecido,<sup>190</sup> com o que, a rigor, desapareceria a proveitosa utilidade do

---

<sup>187</sup> Giulio Ubertis dá explicação semelhante para o que se deva entender como significado de indícios concordantes: “sono *concordanti*, quando i loro risultati presuntivi, basati su distinti elementi presuntivi, confluiscono verso una ricostruzione unitaria del fatto cui si riferiscono”. (*Profili epistemologi della prova*, p. 474)

<sup>188</sup> *La valutazione della prova: il ragionamento del giudice*, p. 437.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 438.

<sup>190</sup> Taruffo dá conta de que esta é uma das concepções que se constata na jurisprudência da Corte de Cassação italiana. Entre nós, por exemplo, acompanham essa posição Luiz

raciocínio presuntivo. É que, se o fato presumido é a inexorável conseqüência do fato conhecido, então é de dizer-se, a respeito dele, que há verdadeira *prova* nos autos e não mera presunção.

Em outras palavras, se nenhum outro efeito poderia advir do fato conhecido senão o próprio fato que se quer conhecer, a efetiva ocorrência do fato conhecido leva a uma necessária e natural conclusão: o fato, que lhe é efeito, também ocorreu e dele, então, há verdadeira *prova*. Isto não é, propriamente, conclusão a que se chega por meio de inferência presuntiva, já que esta não é capaz de oferecer mais que a probabilidade de que o fato presumido haja ocorrido.

Em contradição com a extremada reserva com que alguns vêem a figura da presunção, a opinião de Planiol e Ripert<sup>191</sup> é digna de registro porque revela um oposto entusiasmo com a utilidade das presunções. Para eles, a prova por presunções é mais segura que a prova testemunhal ou documental, já que sobre umas e outras paira sempre o temor da parcialidade ou da venalidade da testemunha, ou da falsificação do documento. “Os fatos não podem mentir” dizem os renomados civilistas franceses, invocando um axioma da jurisprudência inglesa, embora advertam para o risco de que seja falsa a conseqüência que se extraia do indício: “Se eles não mentem, podem ser mal-compreendidos”.

Sem dúvida que o emprego de uma presunção pelo juiz estará tanto mais facilitado quanto mais estreito for o feixe de possibilidades decorrentes do fato conhecido, mas daí a exigir-se, para admitir-se o raciocínio

---

Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, bem como Egas Moniz de Aragão. Os primeiros invocam a necessidade de que do fato indiciário não decorra outro fato que não aquele que se deseja provar (*Manual do processo de conhecimento*, p. 318); Já Egas Moniz de Aragão afirma que, para que o juiz possa julgar com base em presunções *hominis*, o juiz “deverá verificar se efetivamente o fato presumido decorre do fato conhecido, como o efeito decorre da causa, porque se puder autorizar mais de uma ilação haverá dúvida, o que afasta a conclusão preventiva”. (*Exegese do Código de Processo Civil*, p. 116)

<sup>191</sup> *Apud* Egas Moniz de Aragão, *Ibidem*, p. 117.

presuntivo, que daquela causa (o fato conhecido) haja tão-somente aquele efeito (o fato presumido), parece demasiado rigor.

### **B.3. Máxima de experiência e prova *prima facie***

Outro tema, sempre relacionado com a idéia de máxima de experiência e naturalmente lembrado quando se examina a figura da presunção simples, é o relativo à denominada *prova prima facie*, cujo conceito é tido por alguns, como se verá adiante, como de duvidosa utilidade.

Como é unanimemente anotado pela doutrina,<sup>192</sup> a figura da prova *prima facie* é criação do direito inglês. Trata-se de atribuir tanta credibilidade a uma afirmação fática, que ao adversário incumbirá a responsabilidade de provar que é verdadeira a afirmação que infirma essa credibilidade *prima facie* constatada.<sup>193</sup> É o que de fato ocorre no direito anglo-saxão, onde a *prima facie evidence* propicia que ao autor baste demonstrar a verossimilhança de sua afirmação.<sup>194</sup>

A figura da prova *prima facie* desenvolveu-se também no direito alemão, onde foi introduzida por meio da obra de Rümelin,<sup>195</sup> que propunha aplicá-la em casos de responsabilidade extracontratual, nos quais fosse difícil produzir prova do nexos causal existente entre a culpa do agente e o fato danoso.<sup>196</sup> Em tais situações típicas, uma máxima de experiência dotaria a

---

<sup>192</sup> Por exemplo, Rui Rangel (*O ônus da prova no processo civil*, p. 244); Egas Moniz de Aragão (*Exegese do Código de Processo Civil*, p. 122); e João de Castro Mendes (*Do conceito de prova em processo civil*, p. 668).

<sup>193</sup> Egas Moniz de Aragão, op.cit., p. 122.

<sup>194</sup> Segundo Micheli, no processo inglês o autor tem o "right to begin", isto é, o direito de liberar-se do ônus da prova depois de haver demonstrado a verossimilhança da pretensão formulada. (*La carga de la prueba*, p. 203)

<sup>195</sup> João de Castro Mendes, op.cit., p. 668.

<sup>196</sup> Como informa João de Castro Mendes, o próprio Rümelin pretendeu estender a aplicação da figura, para dela presumir não só o nexos causal mas a própria culpa, sempre que a experiência da vida estivesse a indicar que, muito provavelmente, o evento danoso fosse de imputar-se ao réu. (Ibidem, p. 668)

afirmação fática de uma credibilidade tal que faria prescindível a prova a seu respeito.

É, portanto, flagrante a importância da máxima de experiência para a constituição da prova *prima facie*. Todavia, ao contrário da função que a ela cabe no raciocínio presuntivo, em que funciona como uma *ponte* lógica entre o indício e a conclusão a que a presunção conduz, na prova *prima facie* a máxima de experiência é o ponto de partida da operação lógica que resultará na alta credibilidade da afirmação fática. Em outras palavras, enquanto a inferência presuntiva parte de elementos concretos, de fatos secundários que os autos permitem ter por existentes, a credibilidade própria da prova *prima facie* é atributo da afirmação pura e simples, que decorre da sua conformidade com aquilo que ordinariamente acontece, com aquilo que é próprio da normalidade.

Enfim, ainda buscando estabelecer distinção entre presunção e prova *prima facie*, pode-se dizer que, enquanto a presunção é, como já se viu, operação lógica que parte do concreto (o fato conhecido) para o abstrato (o fato presumido), a prova *prima facie* não se vale de nenhum elemento concreto: vai do abstrato (a máxima de experiência) ao abstrato (o fato que o juiz terá por fixado, dada a credibilidade de que se reveste a sua afirmação).<sup>197</sup>

Alguns autores não entendem que haja diferença entre a prova *prima facie* e a inferência presuntiva, razão pela qual a classificam como uma espécie de *presumptio hominis*.<sup>198</sup>

---

<sup>197</sup> Como explica Salvatore Patti, porque se está diante de situações próprias de setores da vida nos quais se pode identificar uma certa *tipicidade*, as circunstâncias concretas do caso, justamente em razão de seu caráter típico, a princípio não são relevantes: “La parte a cui favore gioca il carattere tipico della fattispecie non deve fornire una prova ‘piena’, in modo da consentire al giudice di pervenire al ‘convencimento’, ma deve dimostrare soltanto la ricorrenza di una fattispecie típica e quindi l’apparenza di una certa situazione” (*Libero convincimento e valutazione delle prove*, p. 510).

<sup>198</sup> É o caso, por exemplo de Egas Moniz de Aragão, que, citando Leo Rosemberg, diz que as provas *prima facie* são “presunções *hominis*, autorizadas por juízos seguramente formados, circunstâncias de fato que, de acordo com a experiência, resultam de causas determinadas.” (*Exegese do Código de Processo Civil*, p. 124)

Taruffo,<sup>199</sup> por sua vez, tece forte crítica ao conceito de prova *prima facie*, sob o argumento de que se trata de uma noção inútil e inconsistente. Segundo ele, a pouca precisão de que a figura padece é uma consequência das confusões que se verificam entre as idéias de probabilidade e de verossimilhança, já abordadas neste trabalho.<sup>200</sup>

O autor explica que, em alguns setores da experiência, principalmente no campo da responsabilidade civil, é possível constatar com certa habitualidade a ocorrência de acontecimentos típicos, e essa tipicidade, observada por meio de adequadas máximas de experiência, permite extrair conclusões a respeito do fato concreto que se busca provar. Nisto consistiria, então, a *aparência* do fato, que, *prima facie*, faria a afirmação merecedora de elevada credibilidade. O problema, conclui Taruffo, está justamente na natureza dessa *aparência* do fato: por um lado, tende-se a defini-la como se se tratasse de uma espécie de prova frágil, de baixa probabilidade, em relação ao fato concreto que se quer provar, algo “che non equivale alla prova del fatto ma è sufficiente a far sorgere in capo all'altra parte l'onere della prova contraria.”

Por outro lado, a idéia de aparência do fato parece reconduzir à noção de verossimilhança, bem entendida como adequação da alegação do fato a uma regra de experiência, já que a tipicidade da experiência própria de certos setores acaba por fazer irrelevantes as circunstâncias concretas do caso *sub judice*. Por consequência, a parte não deve *provar o fato*, mas apenas mostrar a *ricorrenza di una fattispecie típica*.<sup>201</sup>

É essa oscilação de seu significado, arremata Taruffo, que ora parece corresponder à idéia de probabilidade, ora à idéia de verossimilhança, que faz ambígua a noção de prova *prima facie*.

---

<sup>199</sup> *La prova dei fatti giuridici*, p. 475 et. seq.

<sup>200</sup> Ver p. 73-78 deste trabalho.

<sup>201</sup> Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 486.

João de Castro Mendes refuta a possibilidade de aceitar-se o emprego da noção de prova *prima facie* como figura de direito probatório, já que ela importaria uma inversão do ônus da prova, o que não é permitido senão nas hipóteses previstas em lei.<sup>202</sup>

Para ele, a figura pode ser explicada da seguinte maneira: se uma pretensão resulta de um conjunto de fatores, digamos dos fatores A, B, C e D, estará dispensada a prova de um desses fatores – por exemplo D – se as máximas de experiências indicarem que a presença deste fator acompanha, normalmente, os outros fatores de cuja existência não se duvida ( A + B + C). Verificar-se-ia, então, em prol do autor, diz ele, uma *relevatio ab onere probandi*, e ao réu incumbiria o ônus de provar que D não se verificou, ou que no caso concreto há peculiaridades que recomendam afastar a incidência daquela máxima de experiência.

O autor, se rejeita a acolhida da prova *prima facie* como *figura de direito probatório* por implicar ela uma inversão do ônus da prova, admite-a, todavia, como *figura de técnica probatória*, que vai operar como indício, isto é, a existência incontestável dos fatos A, B e C pode funcionar como prova indiciária de D, dada a aplicação de máximas de experiência que os relacionem entre si.

De tal sorte, conclui, não haveria nenhuma liberação do encargo probatório, mas, ao contrário, uma satisfação desse encargo, por meio da prova indiciária.

Gian Antonio Micheli<sup>203</sup> é da mesma opinião de que uma verdadeira prova *prima facie* não é compatível com sistema jurídico que reserve à lei a possibilidade de determinar as hipóteses em que se fará possível a inversão do ônus probatório.

---

<sup>202</sup> *Do conceito de prova em processo civil*, p. 669.

<sup>203</sup> *La carga de la prueba*, p. 203.

O autor admite o emprego da idéia apenas como fundamento de juízo provisório, que admita a suficiência da verossimilhança para a obtenção de certos efeitos jurídicos. Mas questiona a utilidade do conceito quando se trata de utilizá-lo como alicerce de juízo definitivo, que é a hipótese que se está a examinar. Neste caso, o conceito não teria razão de ser porque se haveria de considerá-lo como hipótese de inversão do ônus da prova ou como presunção de fato.<sup>204</sup>

Micheli é, então, taxativo ao afirmar que, salvo quando se trate de empregá-la em alguma fase de instrução superficial, sumária, como, por exemplo, a que se destina à concessão de medida cautelar, ou seja, a menos que se a empregue para propiciar juízos provisórios, a regra é que o juiz não possa formar a sua convicção com base em meros critérios de verossimilhança, nem mesmo em função de eventuais dificuldades na produção da prova.

Entretanto, em que pesem as consistentes críticas desferidas contra o emprego de uma prova *prima facie*, que assegure a definitiva atendibilidade de uma alegação apenas porque ela está conforme à ordem normal dos acontecimentos, é inegável que essa credibilidade à primeira vista tem papel relevante na cogitação da suficiência da verossimilhança das alegações. Assim, embora com limitações que adiante serão examinadas – e quer se a empregue sob essa ou sob outra denominação –, será possível encontrar na essência da idéia de prova *prima facie* um apoio importante para a conclusão de que, em determinadas situações, será bastante a verossimilhança das afirmações.

Por fim, para concluir o exame da noção de máxima de experiência e de seus diferentes empregos no processo de formação do

---

<sup>204</sup> Por isso, Micheli afirma que é de perguntar-se “qué utilidad tiene un concepto semejante, duplicación inútil de aquel tipo de prueba crítica que es precisamente la prueba de presunción”. (*La carga de la prueba*, p. 205)

convencimento do julgador, é importante considerar, mais aprofundadamente, a repercussão disso sobre a distribuição do ônus da prova.

#### **B.4. Máxima de experiência e ônus da prova**

Como já se pôde perceber, o emprego das máximas de experiência por vezes repercute na distribuição do ônus da prova entre os litigantes. Vale a pena dedicar atenção ao modo como essa repercussão se dá.

O ônus da prova consiste na responsabilidade que o litigante tem de provar as afirmações fáticas de cuja veracidade dependa o acolhimento de sua pretensão. Como não se concebe que a ausência de convicção do magistrado possa levá-lo a deixar de prestar jurisdição aos litigantes, como não se admite, portanto, a prolatação de um *non liquet*, a lei distribui a carga probatória entre as partes, estabelecendo critério do qual o juiz não poderá afastar-se na fixação dos fatos.

É, assim, uma *regra de julgamento* a norma que regula o ônus da prova, que somente haverá de ser aplicada pelo julgador quando, encerrada a instrução, constatar ele a ausência de convicção a respeito de determinado fato. Só aí é que lhe importará verificar a qual das partes interessa a existência do fato alegado e não suficientemente provado. Em não podendo ter por existente o fato por ela afirmado, o juiz fará sucumbir, então, a sua pretensão.

Trata-se, como diz, por exemplo, Egas Moniz de Aragão,<sup>205</sup> de uma norma que autoriza o juiz a julgar em desfavor daquele litigante a quem incumbia produzir prova que o convencesse; uma regra para permitir que o juiz sempre tenha condições de julgar o mérito da causa.

---

<sup>205</sup> *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 86.

Giovanni Verde, por sua vez, entende que não é propriamente a necessidade de autorizar sempre a decisão de mérito que justifica o regramento do ônus da prova, mas a necessidade de uma regra que possibilite ao juiz rejeitar a pretensão cujos pressupostos fáticos não estejam provados.<sup>206</sup> A uma tal norma cumpre, portanto, a função de assegurar que o julgador não acolherá a pretensão do litigante senão quando ela estiver alicerçada em fatos de cuja existência a prova o convença. Mais que uma disposição legal estritamente afeta a um método de cognição, o ônus da prova é, pois, a conseqüência de um sistema cujo êxito depende da racionalidade do juiz.

De tal sorte, a decisão sobre o fato probando resulta do convencimento do juiz ou, na hipótese de que a prova não haja sido capaz de propiciar tal convencimento, da incidência da regra do ônus da prova.

Por aí já se percebe a relação entre a idéia de ônus da prova e o tema da suficiência da verossimilhança para o julgamento de mérito. Na medida em que somente haverá o juiz de considerar o ônus da prova quando não se achar convencido a respeito do fato probando, importa refletir sobre o grau de *certeza* necessário a este convencimento.

Como observa Salvatore Patti,<sup>207</sup> nos casos em que o juiz, ainda que constatando que as provas produzidas apontam numa certa direção, não se convença da “verdade”, cumpre-lhe dar um passo atrás e, “partindo do zero”, aplicar a regra sobre o ônus da prova. É interessante essa observação de Patti, no sentido de que seja necessário dar um “passo atrás”. Quer ele sustentar que, em não tendo a prova robustez tal que seja capaz de convencer o juiz, a circunstância de que ela aponte para a verossimilhança do fato probando não deve gerar, de ordinário, conseqüência alguma: será preciso que o juiz desconsidere o juízo de verossimilhança que a prova lhe permitiu

---

<sup>206</sup> *Prova: teoria generale e diritto processuale civile*, Enciclopedia del Diritto, vol XXXVII, Giuffrè Editore, p. 625.

<sup>207</sup> *Libero convincimento e valutazione delle prove*, p. 497.

construir e, *dando um passo atrás*, aplique os critérios de distribuição legal da prova.

Na seqüência deste trabalho, examinar-se-á o modo como repercute no regramento do ônus da prova a conclusão de que em algumas situações a verossimilhança é suficiente à decisão da questão fática. O momento agora é, no entanto, de verificar a relação porventura existente entre as máximas de experiência e a distribuição legal do ônus da prova.

Como já se viu, não é sempre que a máxima de experiência cumpre função relacionada com o direito probatório. O seu emprego no estabelecimento de presunção legal absoluta, por exemplo, tem efeitos que se resumem ao campo do direito substancial e que, portanto, não têm relação alguma com a norma que regula o ônus da prova. A hipótese - reitere-se -, antes de autorizar a dispensa da prova do fato presumido, consagra, isto sim, a sua irrelevância, já que a presunção legal *jure et de jure* suprime-o da descrição constante no *tipo* de cuja verificação dependem as conseqüências jurídicas que o litigante pretende sejam reconhecidas.<sup>208</sup>

Já as presunções legais relativas e as presunções judiciais, estas sim, são figuras que pertencem ao terreno do direito probatório, vez que influenciarão a distribuição da responsabilidade pela produção da prova. Assim, quando a lei estabelece que, provado determinado fato secundário, cumpre ao juiz ter por existente o fato probando, ainda que deste não haja prova suficiente, isto está a transferir a responsabilidade pela contraprova à parte em cujo desfavor milita a existência do fato.

Como ponderou Salvatore Patti, no trecho antes comentado, quando a prova não é capaz de convencer o julgador, mas tão somente lhe

---

<sup>208</sup> Como diz José Carlos Barbosa Moreira, a fórmula clássica segundo a qual na hipótese de presunção absoluta *não se admite prova em contrário* não passa de um “biombo usado *commoditatis causa*”; quem olhar por detrás do biombo verá que o que essa fórmula expressa

aponta a direção da “verdade”, ele há de desconsiderar a demonstração dessa verossimilhança e aplicar a distribuição legal do ônus da prova. Pois aqui, quando a lei institui uma presunção *juris tantum*, não é isto o que vai acontecer: ao invés de *andar para trás*, relevar a verossimilhança e submeter-se à distribuição legal do ônus da prova, o juiz extrairá da presunção legal o dever de atentar para a verossimilhança decorrente da máxima de experiência que ela consagrada. Somente haverá de desmerecer a conclusão a que a presunção conduz, se a parte a quem prejudica a existência do fato probando fizer-lhe a contraprova.

Nem sempre, porém, como adverte José Carlos Barbosa Moreira,<sup>209</sup> a presunção legal relativa implicará inversão do ônus probatório. Ocorre, por vezes, que o raciocínio presuntivo autorizará concluir pela existência de fato que prejudica justamente aquele a quem já incumbia o ônus da prova, hipótese em que a regra geral de distribuição deste ônus já lhe impunha o ônus probatório decorrente da presunção.

Já o ponto de contato entre a prova e a presunção judicial está no fato de que esta é um raciocínio que radica na existência de um fato provado. No entanto, não se pode dizer que a conclusão de que o fato presumido existiu seja conseqüência de valoração de prova a seu respeito. A prova efetivamente valorada foi, isto sim, a prova relativa ao fato indiciário.<sup>210</sup>

Numas e noutras, nas *presumptio hominis* e nas presunções legais relativas, dá-se, portanto, uma inversão do ônus da prova, já que, quer

---

é apenas a conseqüência natural da irrelevância jurídica do fato presumido. (*As presunções e a prova*, p. 64).

<sup>209</sup> Embora registre essa possibilidade, o autor acertadamente reconhece que a importância da presunção legal faz-se presente quando não há coincidência no litigante a quem a presunção e a regra normal de distribuição do ônus da prova acometem a tarefa de produzir a prova necessária ao convencimento do julgador. (*Ibidem*, p. 60/61)

<sup>210</sup> Como preconiza José Carlos Barbosa Moreira, no raciocínio presuntivo, a atividade valorativa da prova encerra-se no momento em que o juiz convence-se de que o fato provado realmente ocorreu. Quer dizer, a partir da valoração da prova do fato indiciário, o juiz adquire, por meio da presunção, “um novo conhecimento” sobre o fato probando; conhecimento este, no entanto,

por uma ilação legalmente determinada, quer por uma judicialmente construída, um dos litigantes ver-se-á dispensado do ônus de provar fato cuja existência lhe interessa.

É útil, todavia, observar que, antes de atuar sobre as regras de distribuição do ônus da prova, esses fenômenos de *inversão do ônus da prova* incidem sobre o objeto da prova, para excluir dele o fato que, embora afirmado, tem sua existência *presumida*.<sup>211</sup>

Justamente por essa razão, Micheli defende a idéia de que as presunções *juris tantum* são em verdade modos de formular a hipótese material, cuja principal finalidade é a de estabelecer uma regulação positiva de determinadas relações da vida, e não a de formar a convicção do juiz. Quer dizer, a seu juízo, essa substância da presunção *juris tantum* tem importância maior que a sua conseqüência na estrutura probatória do processo.<sup>212</sup>

Para o autor, portanto, as presunções *juris tantum* não são senão expedientes de técnica legislativa, destinados à simplificação da hipótese material e que, portanto, pertencem ao direito substancial.<sup>213</sup>

No caso da *prova prima facie*, é discutível se a sua consideração implicará uma inversão do ônus da prova ou não.

Recorde-se que a expressão designa afirmação tão conforme com a ordem natural das coisas, tão sintonizada com o que prescrevem as máximas de experiência, que a alta credibilidade de que por essa razão se reveste faz com que ela, a mera alegação, baste à fixação do fato.

---

que não é fruto da valoração de prova alguma que tenha por objeto o fato probando. (As *presunções e a prova*, p. 57)

<sup>211</sup> Como bem observa Cândido Dinamarco, “a prova desse fato não precisará ser feita e, conseqüente, ninguém terá o ônus de fazê-la”. (*Instituições de direito processual civil*, vol.III, p. 77)

<sup>212</sup> *La carga de la prueba*, p. 197.

Egas Moniz de Aragão,<sup>214</sup> por exemplo, como acima já se viu, tem a alta credibilidade que a *prova prima facie* propicia como fenômeno que impõe, aquele em face de quem se a afirma, a tarefa de produzir prova contrária à convicção forjada *prima facie*. O autor, então, tem a *prova prima facie* como figura que, se por um lado faz altamente crível a afirmação a ponto de dispensar da respectiva prova aquele que dela se aproveita, por outro transfere à outra parte a responsabilidade de demonstrar que não se justifica a convicção que o julgador, *prima facie*, desenvolveu.

A razão parece estar, no entanto, com aqueles, como por exemplo Salvatore Patti,<sup>215</sup> que têm a *prova prima facie* como uma regra que não diz respeito ao ônus da prova. O autor entende mais convincente a tese de que a *prova prima facie* baseia-se numa regra de direito substancial, aplicável a alguns “setores de risco”.<sup>216</sup>

Diz ele, acertadamente, que as regras relativas ao ônus da prova haverão de incidir somente quando for preciso suprir a ausência de convencimento do julgador. Isto é, como não pôde formar convicção alguma e não pode proferir um *non liquet*, o julgador vai buscar nas normas sobre o ônus da prova o critério para construir o quadro fático que comporá a estrutura de sua decisão.

Ora, como a *prova prima facie* convence<sup>217</sup>, não é porque se trate de regulação do ônus da prova que o julgador está permitindo-se empregá-la. Dito em outras palavras: a fixação do fato pelo juiz numa tal hipótese é fruto de seu convencimento, não é conseqüência de nenhuma necessária imposição legal.

---

<sup>213</sup> *La carga de la prueba*, p. 196.

<sup>214</sup> *Exegese do código de processo civil*, p. 122/123.

<sup>215</sup> *Libero convincimento e valutazione delle prove*, p. 509 et. seq.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 513.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 512.

Em reforço a tal argumento, Patti ainda sustenta que, para a outra parte, aquela em face de quem se invoca a alta credibilidade decorrente da *prova prima facie*, também se reduzirá o nível de exigência probatória. Para que ela logre infirmar a alta credibilidade *prima facie* despertada, bastará mostrar ao julgador que não é de aplicar aquela determinada máxima de experiência.<sup>218</sup>

Portanto, ao contrário do que se exigiria dela, se efetivamente de inversão do ônus da prova se tratasse, aqui não será necessário convencer o juiz de uma hipótese contrária àquela cuja credibilidade a *prova prima facie* proporciona: só existência de razões para que não se tenha por adequado o emprego da máxima de experiência será por si só suficiente para suprimir a credibilidade que faria dispensável a respectiva prova.

Observadas as máximas de experiência na sua substância e nas suas relações com figuras afins, cumpre voltar os olhos ao tratamento que lhe dispensa a lei brasileira.

### **B.5. Máximas de experiência na lei brasileira**

A possibilidade de emprego das máximas de experiência na formação do convencimento judicial está consagrada no art. 335<sup>219</sup> do Código de Processo Civil, que expressamente determina ao juiz que leve em consideração as regras da experiência, desde que essa experiência seja uma *experiência comum*, constatada por meio da *observação do que ordinariamente acontece*, ou uma regra de *experiência técnica* cujo conhecimento não exija a produção de prova pericial.

---

<sup>218</sup> *Libero convincimento e valutazione delle prove*, p. 512/513.

<sup>219</sup> Art.335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvando, quanto a esta, o exame pericial.

Trata-se de um dispositivo que deve ser interpretado em conjunto com o disposto no art.131<sup>220</sup> do Código de Processo Civil, de modo a depreender-se da leitura de ambos que o convencimento do juiz deve livremente construir-se a partir de elementos que estejam nos autos, mas sem deixar de considerar o conhecimento que a experiência da vida lhe inculca e que se vê retratada em máximas de experiência. O juiz a quem cumpre julgar a demanda é *aquela* determinado juiz, marcado por sua história, por sua experiência. Aquilo que houver de comum e generalizado na sua experiência, aquilo que nela se puder identificar como a constatação do que ordinariamente acontece, há de ser por ele utilizado na formação da sua convicção.

Curiosamente, em que pese a importância do referido art. 335, capaz de, em conjunto com outros requisitos que adiante serão examinados, autorizar a suficiência do juízo de verossimilhança, ele nunca recebeu merecido destaque da doutrina brasileira. Por outro lado, enseja com frequência um debate, algo sem sentido e por isso pouco proveitoso, sobre o sentido da oração que dá início ao texto: “Em falta de normas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência...”.

A expressão dá a entender que a regra de experiência incidirá na hipótese de lacuna da lei. Como diz José Carlos Barbosa Moreira, em seu sentido literal a norma sugere uma alternativa: ou se aplica uma norma jurídica ou se aplica uma máxima de experiência. Não é assim, ele explicará logo adiante: “Bem consideradas as coisas, não é exato que o juiz somente recorra a uma ‘regra de experiência’ quando falte norma jurídica aplicável à espécie.”<sup>221</sup>

O mal-entendido decorrente dessa previsão de que as regras de experiência somente deverão aplicar-se na hipótese de que não haja normas

---

<sup>220</sup> Art.131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

<sup>221</sup> *As presunções e a prova*, p. 69/70.

particulares deveu-se a um lapso de tradução do legislador de 1973, ao importar quase literalmente o texto que, no art. 78 do Código de Processo Civil do Vaticano, determinava ao juiz semelhante conduta. A lei processual do Vaticano explicava a que “normas particulares” estava se referindo: deixava claro que as regras da experiência comum haveriam de ser aplicadas quando não houvesse “normas jurídicas particulares *para a dedução, do fato a provar, do fato percebido*”.

Assim, quando se conhece a origem comparada do dispositivo legal do art. 335; quando se considera a máxima de experiência pela perspectiva de sua importância no deslinde da questão fática,<sup>222</sup> compreende-se que as “normas jurídicas particulares”, cuja existência impedirá que o juiz se valha de regras de experiência, são normas de prova legal, que estabelecem presunções legais. Quer dizer, na ausência de qualquer norma de prova legal, que condicione o julgador a permitir que seu julgamento oriente-se pela determinação legal de fixação dos fatos, estará presente a oportunidade para que o juiz extraia da experiência comum elementos que o farão raciocinar por meio de presunções simples. É esse, aliás, o entendimento de Egas Moniz de Aragão,<sup>223</sup> que, em excelente comentário sobre o artigo 335, manifesta-se nesse sentido, explicando que as tais “normas particulares, neste caso, são máximas de experiência já convertidas em disposição legal”; por isso o juiz tem de acatá-las e não pode substituí-las por outras presunções por ele estabelecidas.

Não fosse essa a correta interpretação a emprestar-lhe, o disposto no artigo 335 ficaria mais bem localizado ao final do artigo 126<sup>224</sup> do Código de Processo Civil, de forma a incluir que as máximas de experiência

---

<sup>222</sup> Embora a função que a máxima de experiência desempenha, sobretudo no preenchimento de cláusulas gerais e de conceitos juridicamente indeterminados (veja-se, a propósito, José Carlos Barbosa Moreira, in *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, p. 13-19), ao tema deste trabalho interessa o papel que ela desempenha no deslinde da questão fática.

<sup>223</sup> *Exegese do Código de Processo Civil*, p. 115.

<sup>224</sup> Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

estivessem mencionadas entre as soluções a que o juiz deverá recorrer para evitar o *non liquet*, quando houver *lacuna ou obscuridade da lei*.<sup>225</sup>

Outro dispositivo legal de extraordinária importância a reconhecer a função da regra de experiência como fonte da verossimilhança é o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.<sup>226</sup> Esta norma, construída à base de *conceitos semanticamente anêmicos*,<sup>227</sup> tem, na menção às regras de experiência como razão que funda a verossimilhança, o elemento que lhe confere um mínimo de objetivação. A conformidade com a experiência figura, pois, como o padrão que o juiz haverá de empregar para julgar se é verossímil a afirmação do consumidor, ou não. Quer dizer, o juiz inverterá o ônus da prova quando, *a seu critério*, a afirmação do consumidor encontrar guarida na expressão do que normalmente ocorre naquelas determinadas circunstâncias.

É interessante observar, a propósito dessa norma de proteção consumerista, a enorme atenção que ela atrai, em contraste com o pouco interesse que desperta o art. 335; é curioso, porque o artigo 6º VIII enseja facilitação da prova nas relações de consumo, enquanto que o art. 335 promove essa facilitação no processo civil em geral. Se para facilitar a defesa em juízo dos direitos do consumidor, a lei vai ao ponto de autorizar a inversão do ônus da prova, o que a rigor implica isentar-lhe do ônus da prova, por óbvio autoriza também ao consumidor a redução do módulo da prova em seu benefício, de modo a facilitar-lhe a comprovação de suas afirmações quando não se dê a inversão que o texto menciona. Se o texto do art. 6º VIII concede ao juiz o *mais*, não há de lhe negar o *menos*.

---

<sup>225</sup> José Carlos Barbosa Moreira, *As presunções e a prova*, p. 69.

<sup>226</sup> Art.6º. São direitos básicos do consumidor: (...) VIII- a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência."

<sup>227</sup> A expressão é de Adroaldo Furtado Fabrício, *As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz*. In: Revista de Direito do Consumidor, vol. 7, p. 30-36, jul./set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

Pois bem, examinadas a noção de máxima de experiência, as funções que ela poderá cumprir no processo e o tratamento que lhe confere a lei brasileira, é momento de verificar a hipótese que este trabalho pretende demonstrar: a suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão da questão fática.

Antes, porém, vale anotar – porque adiante será útil –, o pano de fundo comum aos assuntos até aqui abordados, que é o grau de atendibilidade de uma afirmação que se mostra conforme com a ordem natural das coisas. A rigor, a expressão do que Giuliani identificou como um princípio geral, próprio da consciência do mundo clássico: “il mutamento non può essere presunto, deve essere provato”. Por conseqüência, segue Giuliani, “Esiste una presunzione a favore di ciò che esiste, del passato, della storia”.<sup>228</sup>

### **C) A suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão da questão fática: razões para justificá-la e situações em que a admitir.**

A cogitação da suficiência do juízo de verossimilhança exige que se reconheça a incapacidade do processo para revelar a verdade, e que se compreenda e aceite que seu propósito é o de ensejar a determinação de fatos que a sentença terá por existentes, quer efetivamente o sejam, quer não.

Neste propósito, será útil recorrer à valiosa contribuição de Canelutti, para compreender de que modo é possível superar a falsa contradição, já mencionada, entre a idéia de que o processo pode ensejar a produção de conseqüências jurídicas sem que o suporte fático da norma tenha efetivamente se verificado e a maneira como se estrutura a teoria da norma, tendo os seus efeitos jurídicos – mesmo quando objeto da concreção judicial –

---

<sup>228</sup> *Il concetto di prova*, p. 108.

como conseqüências da ocorrência de fatos previstos abstratamente pelo legislador.

Convém, portanto, assumir aqui um compromisso maior com as concepções de Carnelutti a respeito da função da prova e, por conseqüência, do modo como se dá o acerto dos fatos no processo.

### **C.1. Carnelutti e a fixação formal dos fatos**

A distinção que faz Carnelutti entre o modo como o juiz encontra a norma que aplicará e o modo como ele acerta os fatos que porá na sentença é o ponto de partida para a sua explicação a respeito da prova e de sua função.

Para o autor, o encontro da norma incidível no caso concreto é puramente um problema de conhecimento pelo juiz. Em tal tarefa, o julgador só está limitado pela realidade, pela realidade do ordenamento jurídico: “no puede poner una norma que no exista, aunque la afirmen las partes, ni puede omitir una norma que exista, aunque ellas la callen”.<sup>229</sup> Só o que se lhe impõe é que conheça a norma que fará aplicar. O ordenamento jurídico não lhe determina a observância de procedimento algum que o constranja nessa tarefa. Quer dizer, pouco importa onde o juiz vai buscar o conhecimento a respeito da norma adequada ao caso concreto: pode buscá-lo nas informações que integram o acervo de sua cultura jurídica; pode obtê-lo por meio de um trabalho de pesquisa por ele mesmo empreendido; ou, ainda, por meio de elementos que lhe sejam alcançados pelas próprias partes.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> *La prueba civil*, p. 5.

<sup>230</sup> Por vezes até, lembra Carnelutti, há situações em que o juiz não conseguirá conhecer a norma por seus próprios meios, como se dá, freqüentemente, em relação ao direito estrangeiro e ao direito consuetudinário. Mesmo aí, no entanto, em que pese o mecanismo pelo qual as partes alcançam ao juiz o conhecimento sobre a norma pareça idêntico ao empregado na produção da prova, se se examina com atenção vê-se que não há uma tal identidade. Não há, no tocante ao conhecimento da norma, ainda que propiciado ou facilitado pela iniciativa das partes, aquele mesmo mecanismo pelo qual o juiz conhece a partir de um depoimento ou de um documento, aquela inferência lógica por meio da qual a prova leva o juiz a acreditar na existência do fato que ela representa. (Ibidem, p. 5/6)

Já no tocante à apuração dos fatos que haverão de ser postos na sentença, a tarefa do juiz é condicionada do início ao fim pelo ordenamento jurídico, a começar pela circunstância de que a consideração do fato haverá de sujeitar-se às afirmações das partes. Ao contrário do que ocorre em relação ao encontro da norma aplicável, a busca dos fatos está limitada pelo comportamento das partes, já que o juiz não pode considerar fato que não tenha sido afirmado por pelo menos uma das partes, nem pode deixar de considerar fato que haja sido afirmado por todos os litigantes. Já por isso se constata a diferença entre a pesquisa da norma, para o que o conhecimento do juiz só tem por limite a realidade do ordenamento jurídico, e a busca dos fatos, tarefa que já começa limitada pelas afirmações dos litigantes.

Conforme Carnelutti, isso não é assim em função da natureza privada do interesse tutelado no processo civil, da qual se poderia pensar que resultasse certa indiferença do Estado para com a sua proteção. O que determina que o universo dos fatos postos na sentença tenha os limites traçados pelas afirmações das partes é o propósito de aproveitar-se da iniciativa das partes para alcançar, por intermédio delas, mais segura e mais rapidamente, uma definição dos fatos apropriada à realidade.<sup>231</sup> Quer dizer, o sistema se apóia na idéia de que deixar às partes a incumbência de afirmar os fatos é o meio mais seguro e mais rápido de conseguir que o acerto dos fatos ajuste-se o mais aproximadamente possível à verdade.

Além dessa circunstância de que o julgador, na tarefa de definir os fatos, não poderá movimentar-se senão nos limites impostos pelas próprias partes, há ainda a considerar o fato de que o ordenamento jurídico regula o procedimento por meio do qual o juiz conhecerá os fatos. Como mostra

---

<sup>231</sup> “La pugna de intereses que determina y vivifica el proceso, permite considerar que el hecho silenciado por todas las partes no puede existir y que el hecho afirmado por todas ellas no puede dejar de ser real, mientras que la posibilidad de que esta previsión sea falaz en algún raro caso, no disminuye sensiblemente la destacada ventaja de seguridad y economía” (*La prueba civil*, p. 10/11)

Carnelutti,<sup>232</sup> no tocante à norma só o que se pede ao juiz é que ele a conheça, ao passo que, no que diz respeito aos fatos exige-se dele o emprego de certo procedimento para conhecê-los.

Assim, enquanto a definição da norma a aplicar deve dar-se *segundo a realidade*, a definição dos fatos dar-se-á mediante uma *determinação* ou *fixação* formal. Em outras palavras, o processo de busca dos fatos não é um instrumento para *conhecê-los*, mas para *fixá-los*, de modo que o juiz deve *ter por existentes* os fatos que no processo resultaram determinados.

Mesmo que por vezes – e até na maioria das vezes, reconhece Carnelutti<sup>233</sup> – o resultado da busca dos fatos por meios juridicamente limitados possa coincidir com o resultado de uma busca livre, em que os meios lógicos não sejam conformados nem condicionados por norma alguma, isto não impede que se reconheça que o ordenamento jurídico assegura a posição de um fato na sentença porque ele foi formalmente fixado no processo, e não porque ele é verdadeiro. Essa coincidência pode eventualmente ocorrer, mas, ressalva o autor, será *contingente e não-necessária*.<sup>234</sup>

De tal sorte, se a cognição não revela fatos, mas os fixa, não é correto identificar-se o resultado do processo com a verdade, nem ter a prova como instrumento cujo propósito seja revelá-la.

Em verdade, o processo destina-se a verificar a identidade, ou a diferença, entre a situação suposta na norma, no *mandato hipotético*, e a situação suposta na demanda, de maneira que ao juízo se faça possível a concreção de dito mandato. Cumpre-lhe, pois, observar se há identidade entre as situações e, se houver, determinar no caso concreto a mesma solução abstrata e genericamente outorgada pela norma.

---

<sup>232</sup> *La prueba civil*, p. 5.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 22.

É importante, porém, para a exata compreensão dessa *identidade* entre as situações, ter presente o que Carnelutti chama de *equivalência processual* entre o *fato a fixar* e o *meio de fixação*: o caráter formal da fixação dos fatos faz com que os pressupostos fáticos da norma, embora possam divergir dos pressupostos fáticos da sentença, a eles se equivalham. A observação estática da norma, considerada essa em si mesma, permitirá saber que as suas conseqüências produzir-se-ão se ocorrerem as situações descritas no seu suporte fático. Todavia, quando a realização dessas conseqüências depende da concreção judicial da norma, o que é seu pressuposto fático no plano do direito material deixa-se substituir, na esfera do processo,<sup>235</sup> por outro pressuposto fático: pelo meio de fixação dos fatos que o juiz haverá de considerar.

Em outras palavras, admitir a idéia de fixação formal dos fatos implica reconhecer que, em juízo, a produção das conseqüências jurídicas da norma não depende da existência dos mesmos pressupostos que compõem a descrição material da conduta que ela tipifica. Para desencadear as suas conseqüências no universo do processo, o importante é a presença nos autos de meios que permitam eleger os fatos que alicerçarão o juízo de concreção da norma.

Se a prova necessariamente fosse capaz de revelar a verdade dos fatos, e a posição dos fatos na sentença desse-se, então, *segundo a realidade*, haveria efetiva coincidência entre os pressupostos fáticos da norma e os da sentença. Como, todavia, não há necessariamente essa capacidade, o suporte da sentença é o *meio de fixação* do fato, ao invés de ser o próprio fato, como se dá no plano do direito material. A sentença contentar-se-á com a

---

<sup>234</sup> *La prueba civil*, p. 22.

<sup>235</sup> Segundo Carnelutti, é importante que se fale de equivalente *processual*, e não apenas de *equivalente*, para deixar claro que essa equivalência só tem efeitos no campo do processo; nas suas palavras, “unicamente cuando se considere el hecho en su existência concreta como presupuesto de la norma realizada, y no cuando se le considere em su existencia abstracta, como presupuesto de la norma con independencia de su realización.” (ibidem, p. 27)

verificação do meio de fixação do fato, que ela terá por equivalente à existência do fato em si.

Por essa razão, é preciso reconhecer que os meios de prova funcionam como fatos jurídicos *processuais*,<sup>236</sup> já que as conseqüências jurídicas que o processo reconhece são conseqüências que deles resultam. Se a sentença é resultado da fixação dos fatos, e para a sua fixação não é necessário que eles efetivamente hajam se produzido, mas é suficiente que haja nos autos meios que ensejem essa fixação, então é forçoso reconhecer que a razão da sentença não pode ser buscada na efetiva existência dos fatos, mas deve sê-lo na existência de instrumentos que permitam determinar no processo os fatos que o juiz *terá por* existentes. Quer dizer, o conteúdo da sentença poderá não estar vinculado diretamente ao *fato*, por exemplo, documentado ou testemunhado, mas tão-só à própria existência do documento ou do testemunho.<sup>237</sup>

Isso poderia pôr em xeque o modo tradicional de descrever a estrutura da norma: o “se *A*, então *B*” haveria de dar lugar ao “se *parece A*, então *B*”, já que o reconhecimento de que o processo não é instrumento para revelar a verdade implica admitir que as conseqüências jurídicas surjam sem que hajam ocorrido os fatos que, no suporte fático da norma, lhe dariam causa. A idéia da *equivalência processual*, porém, evita o choque, ao explicar que se equivalem o suporte fático da norma abstrata e o suporte fático da norma realizada *in concreto*; ao mostrar que são, ambos, a descrição de uma mesma substância, embora em seus dois momentos distintos.

A contribuição que Carnelutti empresta ao propósito do presente trabalho está, pois, na superação do mito de que a verdade seja o único padrão com o qual o processo lida.

---

<sup>236</sup> A ênfase que Carnelutti põe no adjetivo “*processuais*” dá-se em função de que o efeito jurídico que deles deriva só se produz no âmbito do processo: por isso é um *efeito processual* e não um *efeito material*.( *La prueba civil*, p. 32)

<sup>237</sup> *Ibidem*, p.31/32

Ao demonstrar que é da essência do próprio sistema de fixação formal a possibilidade de discrepância entre a realidade e a situação suposta na sentença, mas que um dano maior adviria de uma busca livre dos fatos,<sup>238</sup> o autor legitima que se pense no emprego de outros critérios de fixação dos fatos, como, por exemplo, o emprego da idéia de verossimilhança.

Enquanto, contudo, prevalecer no trato do processo a idéia de que lhe é indispensável o emprego da idéia de verdade, e de que só esta verdade é capaz de dar suporte a uma sentença justa, toda a cogitação de que o juízo se funde em algo menos absoluto encontrará forte resistência; forte como é, sempre, a resistência de quem não admite repensar o mito.

O compromisso com Carnelutti não exige, contudo, que se incorra no ceticismo do qual adverte Taruffo,<sup>239</sup> quando alerta que considerar o problema da verdade dos fatos como algo irrelevante para o processo implica caminhar por uma das seguintes vertentes: ou se considera que o processo não passa de um jogo de retórica, cujo único propósito é persuadir o julgador, pouco importando que se o convença do certo ou do errado; ou se tem o processo como uma instituição puramente semiótica, em que toda a atuação das partes e do próprio juiz não é mais que mera linguagem.

Na primeira das vertentes, a sentença haveria de ser tida como o resultado do embate de diferentes retóricas: a retórica dos advogados, a retórica do juiz, a retórica da doutrina, a retórica dos tribunais. O acerto dos fatos seria, pois, a resultante desses esforços retórico-persuasivos.

---

<sup>238</sup> Diz Carnelutti que a utilidade característica do sistema consiste na busca económica e segura de uma solução apropriada às situações normais, ainda que com o sacrifício dos casos anormais. Nas suas palavras: "todos los límites al poder de búsqueda del juez se inspiran fundamentalmente en el propósito de utilizar las experiencias acumuladas para la eliminación de errores (seguridad de la búsqueda), los cuales serían posibles si la búsqueda fuese libre, con daño en conjunto mayor del que podría resultar de la inadaptabilidad de aquellos límites a los casos anormales. (*La prueba civil*, p. 19)

<sup>239</sup> Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 27-35.

Na segunda, se haveria de entender que a linguagem do processo não tem nenhum ponto de conexão com a realidade: ela é auto-referencial e só remete a outras entidades igualmente lingüísticas. Assim, como expõe Taruffo, a narração de um fato no processo por uma testemunha não seria diferente da narração de um fato contida, por exemplo, em um romance. A única diferença entre elas estaria em que a narração da testemunha tem a pretensão de ser verdadeira, ao contrário da outra. No entanto, – dirá quem creia nessa perspectiva semiótica do processo – a pretensão de verdade já é parte do discurso, já é um elemento da mensagem enviada pelo narrador.<sup>240</sup>

O mérito de Carnelutti, ao desenvolver a idéia de que o processo objetiva propiciar uma formal fixação dos fatos, foi o de romper com a sacralização da verdade, não foi o de demonizá-la. Quando admite que a consequência jurídica da norma será capaz de produzir-se sem que o processo demonstre a efetiva ocorrência dos fatos que lhe compõem o suporte fático, o autor não faz da verdade um desvalor, não a retira do cenário judicial, nem a reduz a mero instrumento no jogo da persuasão pela retórica.

Enfim, a idéia de fixação formal dos fatos, e a concepção de que é intrínseca ao próprio sistema a possibilidade de eventual discrepância entre o suporte fático da norma e o suporte fático da sentença, desautorizam apenas o emprego da noção de verdade como expressão capaz de descrever o resultado do procedimento instrutório.

Cai, assim, o grande obstáculo que se antepunha à cogitação da suficiência do juízo de verossimilhança na decisão da questão fática: a idéia de que o processo é capaz de revelar a verdade dos fatos, pois, se disso ele é capaz, não se justificaria que nos contentássemos com nada menos que a certeza que essa verdade haverá de propiciar ao julgador.

---

<sup>240</sup> Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 32/33.

Quando se constata que o próprio sistema, em nome de interesses tais quais o de promover a rapidez e a segurança das decisões, ou o de assegurar o respeito a garantias inerentes ao *devido processo legal*, admite prescindir de um julgamento segundo a realidade, para que ele se faça por meio de uma determinação legal dos fatos, isto autoriza refletir sobre a possibilidade de que, em certas situações, a mera verossimilhança das afirmações seja bastante a desencadear o reconhecimento judicial de que se produziram as conseqüências jurídicas dos fatos verossimilmente afirmados.

Ainda há, contudo, respostas por encontrar.

### **C.2. A fixação formal dos fatos e o compromisso com a justiça da decisão**

Surge, agora, como novo desafio cuja superação se impõe, uma questão já esboçada naquelas advertências de Taruffo,<sup>241</sup> antes mencionadas: se a verdade era tida como o elemento que preenchia axiologicamente o processo, a razão que o legitimava como meio de solução dos conflitos, de que forma se poderá, a partir do reconhecimento de que é possível que o julgamento da questão fática não se dê de acordo com a realidade, assegurar que o processo não se esvazie eticamente, não perca o compromisso com o valor do *justo*?

Em outras palavras, se Carnelutti tem razão; se a decisão da controvérsia fática dá-se a partir da fixação de certos fatos, a partir do estabelecimento daqueles que resultaram determinados por uma atividade instrutória formalmente regulada; se se abdica da confortável ilusão de que é a verdade dos fatos provados o que justifica e legitima a atuação judicial da norma, que *âncora* axiológica prenderá o processo?

---

<sup>238</sup> Ver p. 128/129 deste trabalho.

Ou, quem sabe, será de entender-se que o compromisso com Carnelutti implica renunciar ao ideal de justiça das decisões?

Não, a idéia de fixação do fato, de determinação formal do fato, não é de modo algum incompatível com a noção de que o processo é um instrumento para propiciar que as controvérsias nele veiculadas mereçam do Estado uma solução justa.

O próprio Taruffo assinala que o princípio da verdade dos fatos é compatível com todas as ideologias que acreditam que o objetivo do processo seja o de propiciar decisões justas. E reconhecer que o processo que prepara a decisão da questão fática acaba por fixar determinados fatos, e que a sentença haverá de considerá-los porque restaram judicialmente acertados, de modo algum implica abdicar do propósito de que haja justiça nas decisões. Quer dizer, ao se admitir o acerto da idéia de fixação formal dos fatos, não é preciso aceitar a provocação de Taruffo, quando diz ser possível refutar a idéia de verdade dos fatos como elementos da decisão, mas isso implicaria renunciar à idéia de decisão justa; uma renúncia, diz ele, incompatível com as “concepções racionais e democráticas da justiça, que caracterizam a atual cultura jurídica ocidental”.<sup>242</sup>

Em primeiro lugar, é preciso compreender que o entendimento de Carnelutti não implica uma posição de ceticismo em relação à verdade, a ponto de ter a função da prova como algo dominado por um subjetivismo absoluto, que não fosse racionalizável nem controlável.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> *La prova dei fatti giuridici*, p. 49.

<sup>243</sup> Segundo Marina Gascón Abellán, as epistemologias pós-positivistas e subjetivistas deixaram alguns reflexos no pensamento jurídico e na ciência do processo, em relação ao conhecimento e a critérios da verdade. Uma de tais influências, como não poderia ser diferente, percebe-se em Carnelutti: foi a assunção da idéia de contaminação teórica dos fatos, a idéia de que a rigor não existem fatos brutos, o que impõe que se tome consciência do caráter relativo da verdade judicial fática. Quer dizer, como explica a autora, a idéia de que “Al margen de la calificación jurídica de los hechos, que es una operación normativa, el juicio de existencia – se sostiene – también comporta una calificación, pues siendo individualizable el hecho solo a través del lenguaje que ‘lo recorta’ de la realidad, el juez no puede conocer ningún hecho, ni presente ni pasado, sin ‘calificarlo’, sin precisar de alguna manera de qué cosa se trata.” A influência que

Se é certo, como já se viu, que a idéia de uma formal fixação dos fatos dispensa a efetiva existência destes para que as conseqüências jurídicas da norma se produzam,<sup>244</sup> isto, contudo, não significa que Carnelutti fosse movido por um ceticismo pleno, como alguém que estivesse a identificar o fato com a prova, de modo que não pudesse refletir sobre cada qual deles isoladamente.

Ao contrário, como Augenti<sup>245</sup> registra nos comentários que faz à obra de Carnelutti, em diversos momentos<sup>246</sup> dela é possível perceber que ele admite a diferença entre o fato e a prova.

Isto é importante porque mantém a possibilidade de empregar a idéia de verdade como elemento ideal, como mito, que terá por função exatamente conferir um conteúdo axiológico ao processo.

Daí a conclusão de que a concepção de Carnelutti de modo algum rompe com a noção de verdade. Ao contrário, ela a emprega como critério que dá sustentação às pretensões dos litigantes e legitima o processo. A questão, porém, está em que a idéia de verdade, que, quando tida como ideal a perseguir, cumpre essa importante função legitimante, não é, no entanto, explicação razoável para descrever o que resulta do processo.

---

a autora considera a mais decisiva e profunda, no entanto, e que não se pode dizer que haja alcançado Carnelutti, é a que conduz à idéia de que à prova não cumpre nenhuma função de averiguação ou fixação dos fatos, já que a decisão do juiz repousaria no mais absoluto subjetivismo, influenciada que seria pelos *processos psicológicos* do sujeito que decide. (*Los hechos en el derecho*, p. 37-41)

<sup>244</sup> Como observa João de Castro Mendes, a construção de Carnelutti prescinde totalmente do conceito naturalístico de verdade. (*Do conceito de prova em processo civil*, p. 452/453)

<sup>245</sup> *Apendice*. In: *La prueba civil*. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo. 2ª edição 2ª ed.. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.

<sup>246</sup> Como exemplo disso, observa Augenti que Carnelutti, voltando ao tema do *equivalente processual*, confirma que uma coisa é o fato jurídico e outra a sua prova. "Pero como la eficacia del hecho no se descubre sino a través de la prueba, disponer o no de ésta significa poder o no poder valerse del hecho". (*Ibidem*, p. 223)

Em síntese, embora não se possa identificá-la com o natural resultado do processo probatório, é fundamental a idéia de verdade como objeto mítico<sup>247</sup> que o processo persegue. Por isso é que se diz que, por mais que a idéia de fixação formal dos fatos faça prescindível para o julgamento da lide a efetiva verdade dos fatos, isto não implica romper com o ideal de verdade, que se apresenta como o emblema e o instrumento do *justo*. Ao contrário, é por esta perspectiva que se poderá concordar com as posições que realçam a idéia de verdade como conceito fundamental do processo.<sup>248</sup>

Todavia, como todos<sup>249</sup> reconhecem, é ínsita ao sistema a possibilidade de que o resultado do processo não coincida com a realidade e, então, se haverá de reconhecer que a fixação dos fatos não se deu com amparo na verdade. Isso, no entanto, de modo algum autoriza que se conclua não haver a noção de verdade dos fatos cumprido função alguma nesse

---

<sup>247</sup> A expressão de tal idéia encontra-se, por exemplo, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, referindo-se às dificuldades do juiz no terreno da prova e do convencimento: “Sem dúvida que assim é; mas a impossibilidade de atingir um ideal não nos dispensa de fazer esforços em sua direção. Podemos ter mil escusas para não alcançar o ideal, mas só estaremos autorizados a invocá-las se realmente houvermos feito tudo o que pudermos, se realmente nos houvermos disposto a todos os esforços que estejam ao nosso alcance; e é preciso que tenhamos sempre, a cada momento, essa imagem ideal diante de nós, para que ao menos saibamos em que direção devemos caminhar, ainda que conscientes da nossa impossibilidade de atingir a meta.” (*O juiz e a prova*. Revista de Processo. São Paulo, nº 35, jul./set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 184)

<sup>248</sup> Posições como as que se recolhe, por exemplo, da lição de Giuseppe Capograssi (*apud* Eduardo Cambi, *Direito constitucional à prova no processo civil*, p. 77), que propõe que se recupere a ingenuidade de crer na verdade, porque é ela que, sendo a “a mãe da Justiça”, dá sentido ao processo; assim como da observação de Egas Moniz de Aragão, no sentido de que “nenhum (processo) subsistiria, nem encontraria defensores, se não se propusesse a atingir a ‘verdade dos fatos’” (*Exegese do Código de Processo Civil*, p. 83); ou, ainda, da seguinte frase de Klein: “A tarefa do juiz, para pronunciar a verdade, é a de investigar conforme a verdade. Pois, uma imagem verdadeira e correta é a principal condição de uma sentença justa”. (*apud* Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 49)

<sup>249</sup> O reconhecimento dessa ínsita possibilidade de que os fatos fixados não sejam aqueles que efetivamente ocorreram está, por exemplo, nas palavras de Cândido Dinamarco: “A falibilidade é inerente a todo juízo histórico e é por isso que, no processo de conhecimento, a convicção que o juiz deve formar sobre a ocorrência dos fatos relevantes, sob pena de tê-los por não ocorridos, é apenas a sua própria ‘medida psicológica da certeza’” (*A instrumentalidade do processo*, p. 239); e também nas de Valentín Silva Melero: “Pero esta misión de juzgar se enfrenta com múltiples obstáculos, y dificultades, y no se descubre nada nuevo ni hay por qué asombrarse cuando se produce un error, con el que no es aconsejable ‘hacer literatura’ ni gestos de suficiencia...” (*La prueba procesal*, p. 140).

processo, uma vez que foi, inspirados no ideal de alcançá-la, que as partes e o juízo fizeram uso de suas iniciativas probatórias.

Não é só na idéia de verdade, contudo, que se haverá de encontrar razões para apontar o compromisso do processo com a noção do *justo*. Na medida em que se reconhece que a fixação dos fatos na sentença não se dá de acordo com a realidade, avulta a importância do procedimento como fator de legitimação da decisão que ao seu final exsurgirá. Se a verdade, como ideal a perseguir, é um dos pontos de conexão do processo com o valor do *justo*, por outro lado, a possibilidade de que o processo não seja capaz de alcançá-la exige um compromisso maior com a qualidade do procedimento.

Quer dizer, o caráter justo da decisão advirá não só do fato de que a busca da verdade foi o móvel inspirador do processo, mas também da circunstância de que a decisão foi o resultado legítimo de um procedimento que ofereceu todas as garantias necessárias a uma fixação dos fatos tão próxima quanto possível da verdade. Portanto, o *justo* está também na racionalidade do procedimento, que radica fundamentalmente na qualidade do contraditório que nele se proporciona<sup>250</sup>, no consenso<sup>251</sup> que haverá de resultar das argumentações contrapostas.

Isto não significa – reiterar-se – reduzir o processo a um jogo de mera retórica,<sup>252</sup> o que, aí sim, lhe esvaziaria o conteúdo valorativo, mas

---

<sup>250</sup> Veja-se, a propósito da importância do princípio do contraditório, como elemento que confere racionalidade ao convencimento judicial e, ao mesmo tempo, enseja que se o controle, o artigo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, intitulado *Garantia do Contraditório*; In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, org. José Rogério Cruz e Tucci, RT, 1999.

<sup>251</sup> Na concepção de Marinoni e Arenhart, a verdade tida como o fundamento e a justificativa do processo é, ao mesmo tempo, o resultado do processo, aquilo que se atinge após o discurso. Dizem os autores: “Se o processo é concebido com o fito de obter-se verdade, então o resultado atingido será, necessariamente, ao menos para aqueles que participaram do discurso, a verdade.” (*Manual do processo de conhecimento*, p. 284)

<sup>252</sup> Ainda que, numa posição de absoluto ceticismo quanto à possibilidade de conhecer-se objetivamente a realidade, se tivesse o processo por instrumento de pura retórica, seria de atentar para uma advertência que Giuliani faz quando examina a retórica grega. Diz o autor que, antes de acusar-se a retórica de imoralidade, deve-se compreender que ela implica uma concepção de fato despojada de qualquer *fisicidade*. Da mesma forma, aqui, quando se trata de verificar se é justo um processo cuja fixação dos fatos prescinde da constatação de que eles

reconhecer a importância fundamental que a argumentação tem no processo de decisão da questão fática.<sup>253</sup>

Assim, será justa a decisão resultante de processo que, inspirado no ideal de buscar a verdade dos fatos, haja empregado para tanto procedimento capaz de propiciar uma racional fixação dos fatos.

Admitido, então, que a decisão da questão fática não se dá segundo a realidade, mas de acordo com um sistema de fixação formal dos fatos, e compreendido que o *justo* não é um valor alheio a esse método, fica possível sustentar-se que, para certos tipos de situações, o critério empregado para essa fixação dos fatos considere suficiente para tanto o juízo de verossimilhança.

É preciso, agora, identificar que situações são essas, nas quais a verossimilhança das afirmações haverá de ser suficiente para que o juiz tenha os fatos por fixados, e por que razões será razoável que assim seja. É disso que se tratará no próximo ponto.

---

sejam efetivamente verdadeiros, ajuda esta idéia de que lhes falta fisicidade. Assim, ainda que sob um extremado ceticismo, poder-se-ia concluir que a sentença que fixa fatos sem compromisso com a realidade passada não desconhece nem despreza a realidade, mas a constrói no processo. Nas palavras do autor: “le parti in realtà non presentano dei *fatti*, ma delle ‘ipotesi’ fra cui il giudice dovrà scegliere. Dato che le parti faranno vedere il *pro* e il *contra* la contraddittorietà rappresenterà un aspetto costitutivo nella ricostruzione del fatto: è implicita una vera e propria metodologia dell’ipotesi argomentativa, una lógica dell’opinione.” (*Il concetto di prova*, p.14/15). Com isto se poderia repelir a pecha de injusta, que alguém pretendesse atribuir à sentença que não fosse resultado de uma verificação *segundo a realidade*, para recorrer outra vez à expressão de Carnelutti.

<sup>253</sup> Como diz muito bem Danilo Knijnik: “... ou se assume que a argumentação tem um papel fundamental a desempenhar naqueles setores ‘essenciais da vida humana’ em que verdades e premissas universais e ‘necessariamente’ válidas não são praticáveis, ou se relegam essas mesmas experiências vitais da humanidade – dentre elas o direito – ao subjetivismo, à arbitrariedade, à irracionalidade” (*Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, p. 28).

### **C.3. As espécies de situação em que se admitirá a suficiência da verossimilhança das afirmações e as respectivas razões para que assim seja.**

Os pressupostos teóricos até aqui examinados, se não forem considerados com cautela e bom senso, poderão conduzir a um relativismo exagerado, que acabe por pretender generalizar a todas as lides a idéia de que será suficiente que um dos litigantes demonstre a verossimilhança de sua versão dos fatos. Afinal, poder-se-ia pensar que, se no fundo não é com o conceito de verdade que o resultado do processo lida, e se a lei não estabelece qual o grau de verossimilhança necessário à fixação dos fatos, então fosse possível admitir um sistema em que a questão fática fosse sempre dirimida em favor daquele cuja versão foi a mais verossímil.<sup>254</sup>

Embora haja Calamandrei admitido<sup>255</sup> que de *lege ferenda* seria possível cogitar de um sistema que atribuísse o ônus da prova à parte que impugnasse a alegação verossímil, o que implicaria, portanto, conferir a essa alegação algum valor probatório, a suficiência do juízo de verossimilhança que aqui se examina e se defende, não é, contudo, idéia que se deva generalizar a todo e qualquer processo cuja instrução não haja permitido ao juiz convencer-se: a generalização da verossimilhança, como requisito sempre suficiente para a fixação dos fatos, não encontraria abrigo legal e, em regra, não permitiria cumprir com a finalidade da jurisdição, de com justiça pacificar o litígio.

---

<sup>254</sup> É, por exemplo, a posição de Musielak, para quem, se não é a lei que estabelece que grau de verossimilhança se tem que alcançar para constatar os fatos controvertidos, mas a jurisprudência, com o apoio da doutrina, então essa mesma jurisprudência poderia modificar a teoria dominante, que se apóia no módulo probatório da verdade, ou continuar desenvolvendo-a. (*apud* Walter, *Libre apreciación de la prueba*, p. 180-182)

<sup>255</sup> “Si potrebbe immaginare un sistema processuale (diverso dal nostro, que segue ancora in gran parte gli schemi tradizionali del processo a tipo dispositivo) in cui la repartizione dell’onere della prova, invece di essere rigidamente prestabilita per legge secondo la posizione processuale delle parti e secondo la natura dei fatti da provare ragguagliata al rapporto giuridico fosse determinata di volta in volta dal giudice secondo una preventiva valutazione comparativa della verosimiglianza delle affermazione delle parti. (...) Dovrebbe bastare, in altre parole, che l’affermazione della parte fosse verosimile perché il giudice dovesse invertire in suo vantaggio l’onere della prova, facendo gravare sulla controparte l’onere di provare il contrario.” (*Verità e verosimiglianza nel processo civile*, p. 629).

Não se trata, assim, de abdicar do modelo tradicional, no qual a decisão do julgador vem alicerçada na certeza de que os fatos efetivamente ocorreram de modo muito aproximado daquele que restou provado.

Ao contrário, a defesa da possibilidade de que em certas situações seja suficiente a preponderante verossimilhança<sup>256</sup> de uma afirmação principia exatamente pela assunção de que não é este o módulo legal de prova, de que não é assim que a lei preconiza que deva ser na generalidade dos casos.

Como corretamente adverte Walter, estabelecer de maneira geral a suficiência de uma preponderante verossimilhança provocaria grandes abalos no ordenamento jurídico, de vez que - é razoável supor - alteraria o próprio comportamento da população em relação ao direito, causando inclusive um problema de *moral jurídica*, já que se modificaria a atitude da população frente ao direito.<sup>257</sup>

Daí que o emprego de meios de facilitação da prova deve ser tido como algo excepcional. Quer dizer, embora não se deva perder de vista que, na bússola que conduz a todos pela trajetória do processo, o norte é sempre o

---

<sup>256</sup> Não é o caso, contudo, de encampar as teorias escandinavas, chegando ao ponto de sustentar que se deva anular a importância da regra do ônus da prova, de modo que a decisão deva sempre acolher a versão que conta com um mínimo de preponderância da prova. Por essa perspectiva, quando, mesmo que minimamente, a posição de uma das partes é mais verossímil que a da outra, esta maior aproximação dela com a verdade é o quanto basta a que seja ela a eleita pelo julgador. Como explica Luiz Guilherme Marinoni, nessa concepção, de desenvolvimento especialmente sueco, a idéia de ônus da prova acaba funcionando como uma espécie de régua que indica qual das partes deve ter considerada a sua versão dos fatos: “O ônus da prova constituiria o ponto central dessa régua, e assim o ônus de produzir prova não pesaria sobre nenhuma das partes”. Mereceria ganhar a causa, “a parte que conseguisse fazer a régua pender para o seu lado, ainda que a partir de um mínimo de prova”. (A questão do convencimento judicial. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5966>>. Acesso em: 07. mar. 2006, p. 4/5)

<sup>257</sup> Diz o autor que “Desmontar el ‘requisito de la convicción’ equivaldria en buena medida a corromper la moral jurídica de la población, si una verosimilitud preponderante resultara suficiente para ‘ganar um proceso’”. Logo adiante, observa ainda, com novo acerto, que “para que no se pierda el ‘consenso’, la concordância del pueblo com su justicia, hay que respetar tradiciones evolucionadas y arraigadas”. (*Libre apreciación de la prueba*, p. 203)

ideal de *verdade*, cumpre, isto sim, admitir que em algumas situações será preciso tolerar uma maior distância entre a fixação dos fatos que haverá de resultar do processo e o objetivo de buscar a verdade, a que o processo se propunha.

Surge na reflexão o conceito de economia processual,<sup>258</sup> implicado diretamente na idéia de que a decisão de conflitos de diferentes naturezas e com diferentes características pode fazer-se com base em diferentes graus de solidez da certeza do julgador.

A quantidade de verdade suficiente apura-se, pois, pela consideração do direito material em jogo no processo.

A relação estreita entre as necessidades do direito material e as regras relativas ao ônus da prova foi por muito tempo encoberta pela suposta neutralidade do procedimento ordinário. A idéia de que a todas as ações houvesse de corresponder igual procedimento, capaz de abrigar cognição de igual profundidade, por meio da qual seria possível ao julgador construir convicção de igual solidez, por muito tempo impediu que se examinasse o tema do ônus da prova à luz das necessidades do direito material.

De tal sorte, o que se pretende neste tópico é justamente refletir sobre os critérios que justificarão concluir pela suficiência da verossimilhança, bem como examinar por quais meios se fará possível reduzir o rigor da exigência probatória, de modo que a fixação do fato possa dar-se tão só em função de que é verossímil a sua afirmação.

---

<sup>258</sup> Furno aborda a questão sob a ótica da economia processual: "...Gioca cioè anche qui un elementare critério di economia, di applicazione universale: il principio del minimo mezzo. Orbene: nell'economia processuale il mezzo è rappresentato, come sappiamo, dalla certezza storica; e di questa occorre che il giudice venga a possedere solo la quantità sufficiente a fargli riconoscere la concreta volontà di legge da attuare nel caso dato. Questo concetto può essere sinteticamente espresso nella formula: verità sufficiente." (*Contributo alla teoria della prova legale*, p. 42).

Para tanto, um bom começo é a advertência correta e responsável de Gehrard Walter,<sup>259</sup> no sentido de que qualquer teoria, que com alguma seriedade pretenda refutar o módulo legal de prova, módulo radicado na noção de verdade, precisará encontrar justificativas teóricas que lhe autorizem afastar-se do padrão que a lei estabelece.

Walter recorre à noção de *redução teleológica*,<sup>260</sup> que vai buscar na metodologia de Larenz,<sup>261</sup> para por meio dela admitir que razões de direito material poderão justificar uma limitação à regra legal, "ainda que contrariamente ao que ela literalmente dispõe, mas de acordo com a teleologia imanente da lei".

Quer dizer, a norma probatória tem um fim imediato e auxiliar, que é o de estabelecer critério para a constatação de um fato, e outro mediato e principal, que é o de com isso permitir que se promova a realização do direito material subjacente nas pretensões em conflito. Assim, quando se interpreta e se aplica uma norma de processo, não é possível perder de vista os propósitos do direito material que nele se examina e, nas situações em que a sua finalidade prioritária vir-se frustrada pela aplicação rigorosa do módulo de prova normal, haver-se-á de reduzi-lo. Como explica Gehrard Walter, a *redução teleológica* de uma norma processual pode ser exigida ou reclamada pela finalidade prioritária de uma outra norma, que de outro modo não se poderia alcançar.<sup>262</sup>

A razão que justifica o emprego de alguma forma de facilitação probatória é o propósito de evitar que uma extraordinária dificuldade probatória venha a comprometer a viabilidade de implementação do direito material em jogo num dado conflito. Numa tal situação excepcional, exigir que a formação

---

<sup>259</sup> Walter, *Libre apreciación de la prueba*, p. 182.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>261</sup> Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*. 2ª Ed., tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.473-480.

<sup>262</sup> Walter, *op.cit.*, p. 185.

do convencimento judicial dê-se de acordo com o módulo geral de convicção judicial, alicerçado necessariamente na idéia de uma certeza da qual se espera a máxima aproximação da verdade, imporá severo prejuízo àquele litigante a quem incumbe o ônus da prova. Em situações assim, é preciso excepcionar a regra processual para atender aos propósitos da regra material.

Normalmente, a necessidade de reduzir o módulo da prova surge em situações nas quais há extrema dificuldade na produção da prova por parte de quem teria a incumbência de fazê-lo. Mas é bom ter presente que não é propriamente a dificuldade probatória que, por si só, autorizará o abandono do módulo normal de prova.<sup>263</sup> A justificativa última é mesmo a forte probabilidade de que o direito material veja frustrada a possibilidade de sua defesa em juízo, se se exigir que a demonstração dos fatos que lhe ensejam dê-se de acordo com o módulo normal da prova.

Andam juntos, porém, esses dois requisitos capazes de ensejar que uma decisão judicial se ampare em juízo de verossimilhança: por primeiro, o caso concreto deve dizer respeito a um setor da vida<sup>264</sup> que, por sua natureza, não seja de fácil explicação; em segundo lugar, as razões que justificam o direito material, as razões que lhe dão sentido, devem exigir que as dificuldades na constatação dos fatos não revertam em prejuízo daquele a quem, justamente, a norma material pretendia favorecer.<sup>265</sup>

---

<sup>263</sup> *Libre apreciación de la prueba*, p. 244.

<sup>264</sup> São setores nos quais, segundo Walter, o nosso saber é ainda menor que o nosso saber geral, para o qual se criou a fórmula da “verosimilitud rayana em certeza”, expressão que, ao significar um grau de verossimilhança no limite da certeza, descreve o módulo legal de prova. (Ibidem, p. 258)

<sup>265</sup> José Carlos Barbosa Moreira aponta, como razões que justificam a atenuação do rigor na capacidade de persuasão da prova, “o fim protetivo da norma jurídica a ser aplicada; a especial dificuldade do interessado, por motivos objetivos e constantes, de conseguir elementos suficientes para lançar plena luz sobre os antecedentes do pleito; e a verossimilhança consideravelmente maior, em princípio, de uma das versões contrapostas do episódio.” (*Alguns problemas atuais da prova civil*. Revista de Processo. São Paulo, nº 53, jan./mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 128)

Quando aquele, a quem pretende favorecer a norma *material* cujo suporte fático reclama esclarecimento, é o mesmo a quem a norma *processual* impõe o ônus de demonstrar a veracidade das afirmações, sob pena de não ver reconhecidas as conseqüências da norma por ele invocada, e a possibilidade de demonstração dessa veracidade apresenta-se muito difícil, então é de encontrar meios de facilitação da prova. Não fosse assim, aquele direito material, cujo albergue em juízo depende de uma demonstração fática impossível ou muito difícil de se produzir, não passaria de ilusão, de miragem que encanta o jurisdicionado, mas não lhe oferece nenhuma perspectiva de vir a implementar-se *in concreto*.

Constatado que se trata, no processo, de hipótese que reclama facilitação da prova, será importante verificar o grau de dificuldade probatória imposta àquela parte sobre a qual recai a incumbência de produzir a prova, de modo a estipular que tipo de solução se haverá de empregar para evitar a frustração do direito material objeto da causa: se as circunstâncias do conflito, embora hajam de algum modo piorado as possibilidades probatórias de quem devia incumbir-se da prova, não lha fizeram impossível, bastará que o juiz contente-se com a demonstração de que é *preponderantemente verossímil* a afirmação cuja prova se revela muito difícil; se, por outro lado, as oportunidades probatórias do litigante revelam-se inexistentes, se a prova é-lhe impossível, a única chance de não pôr a perder, aprioristicamente, o direito material que dela depende é admitir a inversão do ônus da prova, com o que o direito probatório e a regra material estarão alinhados, no propósito de favorecer a mesma pessoa.

Vale a pena, também, na esteira do que fez Walter,<sup>266</sup> procurar identificar algumas situações típicas, em que esses requisitos estarão presentes, a recomendar a adoção de medidas facilitadoras da prova. O autor, não sem antes registrar que não se trata de relação taxativa, defende a redução do módulo da prova em casos que digam respeito a enfermidades

---

<sup>266</sup> *Libre apreciación de la prueba*, p. 240 et. seq.

profissionais e acidentes de trabalho, a lesões pré-natais, a prejuízos decorrentes da perseguição a refugiados e vítimas do nazismo; a recebimento de seguros, a proteção do trabalhador contra a despedida sem justificativa, a recusa do serviço militar por razões de consciência etc. Nesses tipos de conflito, uma das partes encontrar-se-á numa posição probatória extremamente difícil, por vezes completamente impossibilitada de produzir qualquer prova dos fatos de que depende o acolhimento de seu pedido.

Mais útil, porém, que listar casos concretos em que se faria possível a redução do módulo da prova,<sup>267</sup> é procurar identificar em que tipos de conflito normalmente estarão presentes os requisitos ensejadores da redução probatória.

Com a consciência de que eventualmente as circunstâncias concretas de um determinado litígio poderão, com base nos critérios já abordados, autorizar a redução do módulo probatório, é possível apontar algumas situações litigiosas que normalmente a autorizarão, pois, de regra, põem o litigante em graves dificuldades probatórias e, por isso, ameaçam a viabilidade do reconhecimento judicial do direito que possa ter.

Uma de tais situações é aquela em que a controvérsia fática estabelece-se sobre a existência de nexos causal, mas a demonstração de que essa causalidade existe depende de que se faça a prova de quais teriam sido as conseqüências de uma hipotética conduta.<sup>268</sup>

---

<sup>267</sup> A elaboração de um rol de tais casos concretos é útil para melhor compreender-se a posição do autor, mas acaba propiciando um conhecimento datado demais, como faz prova, por exemplo, a inclusão, no rol elaborado por Gerhard Walter, de casos que debatiam a prova de prejuízos decorrentes de perseguições nazistas. (*Libre apreciación de la prueba*, p. 244)

<sup>268</sup> Controvérsia que, por exemplo, surgiria numa ação em que o autor sustentasse que determinada conduta do réu provocou-lhe danos à sua saúde, e esses danos acabaram por impedir que ele pudesse aproveitar oportunidades de melhores empregos, que lhe teriam surgido não fossem as lesões que sofreu. Em resposta, o réu sustenta que, de qualquer forma, não lhe surgiriam quaisquer oportunidades de um melhor emprego, por decorrência da escassez de empregos, das dificuldades econômicas que assolam aquela comunidade etc. Ora, em tal situação, a rigor, a existência dessas oportunidades perdidas integra a hipótese fática de cuja existência depende a vitória do autor, mas não há dúvida de que lhe exigir a prova disso seria exigir-lhe o impossível.

A verificação dessa causalidade é absolutamente complexa, pois que, não tendo ocorrido a hipotética conduta, é extremamente difícil, senão impossível, provar quais teriam sido as suas conseqüências. Walter, por isso, chama-lhe de *causalidade puramente hipotética* e diz tratar-se de caso em que se justificaria o módulo da verossimilhança preponderante, já que a falta de um resultado concreto impede que se lide com algo mais forte que a mera verossimilhança.<sup>269</sup> É tão difícil a posição probatória em que se encontra aquele que, a princípio, para demonstrar a causalidade, precisaria provar essas hipotéticas conseqüências, que exigir que o convencimento judicial, numa tal hipótese, se construa a partir do módulo geral de prova, sem facilitação alguma, por certo resultará numa injusta decisão, que porá por terra a posição de vantagem que o direito material atribuía a este cuja pretensão dependia da demonstração da causalidade.

Outra situação se verifica quando se trata de comprovar conseqüências decorrentes da violação de um dever de conduta, e essa violação resulta numa considerável piora da posição probatória da parte que pretende ver-se ressarcida dos danos supostamente decorrentes dessa violação.

Aqui, o descumprimento de um dever, legal ou contratualmente estabelecido, põe a parte prejudicada por ele numa delicada situação probatória, pois que lhe dificulta a possibilidade de provar o dano decorrente dessa comprovada violação. Em outras palavras, se por um lado é controvertida a ocorrência do dano, por outro é certo que a violação do dever

---

Vale anotar, também, um exemplo de Walter, que respeita a um dos grupos de casos por ele arrolados, isto é, os casos em que se faça necessária a comprovação da causa de lesões pré-natais: no sexto mês de gravidez, uma mulher sofre um acidente de trânsito. Quando nasce, seu filho apresenta lesão cerebral, que assim como poderia ter sido causada pelo acidente, poderia, também, ser resultado de alguma malformação fetal. Como as lesões pré-natais são ainda uma área a respeito da qual o conhecimento é limitado, é de reduzir-se o módulo da prova ao módulo da verossimilhança preponderante. Há de ser assim, como diz o autor, "Si se quiere aplicar en serio la conclusión de que un daño en la salud sufrido por una criatura entre su concepción y su nacimiento por efecto de un delito cometido en su madre tiene que ser indemnizado ...". (*Libre apreciación de la prueba*, p. 242/243)

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 223.

traz dificuldade probatória para quem sustenta que ele ocorreu. É possível que a conduta violadora do dever haja, no plano material, provocado danos. É certo, porém, que, na perspectiva do processo, ela os provocou, já que fez difícil ou impossível a prova de que o dano ocorreu.

Walter sustenta que a hipótese trata da aplicação de uma *sanção probatória* à violação do dever, uma sanção que consistirá numa redução da prova exigível da pessoa afetada pelo incumprimento, ou seja, no emprego da idéia de verossimilhança preponderante, ou, ainda, numa inversão do ônus da prova, tamanho terá sido o agravamento da posição probatória da parte.<sup>270</sup>

Não parece, contudo, que *sanção* seja a expressão mais apropriada para explicar porque se haverá, em algumas situações de violação de dever, de reduzir o módulo da prova. Efetivamente, a redução do rigor probatório nestes casos não se dá por decorrência de nenhuma sanção que a violação imponha ao transgressor. Ocorre que, como explica o próprio Walter,<sup>271</sup> ao descumprir o dever, o infrator criou a possibilidade de que o resultado danoso se produzisse. Nada mais justo, portanto, que participe dos riscos decorrentes da dúvida sobre a ocorrência do dano.

Também se justificará reduzir as exigências probatórias nas hipóteses em que se trate de responsabilidade objetiva decorrente do desenvolvimento de atividade perigosa, e se revele incerta a efetiva conversão do *perigo de dano* em *dano*. A circunstância de que a lei atribua uma natureza objetiva à responsabilidade decorrente de determinada atividade perigosa

---

<sup>270</sup> Como se passa no exemplo de Walter, em que um cabelereiro contraiu alergia ao usar um tônico capilar, em cuja embalagem não havia advertência alguma de que uma reação alérgica era possível. A fabricante do produto defendeu-se sob o argumento de que a embalagem destinada aos consumidores continha uma tal advertência e que, de qualquer forma, o cabelereiro não teria prestado atenção a essa advertência, se ela houvesse existido, logo não teria sido a falta dela a causa do dano. Ora, nessa hipótese seria praticamente impossível a prova de que o autor teria, sim, prestado atenção na advertência. Quer dizer, foi o incumprimento que criou o risco de que tenha ocorrido um fato que não é perfeitamente esclarecível. (*Libre apreciación de la prueba*, p. 268)

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 269.

implica um prévio reconhecimento de que essa atividade é potencialmente danosa.

Como diz bem Gerhard Walter,<sup>272</sup> a tolerância consciente de um perigo somente é aceitável se se indeniza o dano decorrente dessa situação perigosa. Por isso, é razoável que a proteção resultante da norma que fez objetiva a responsabilidade se estenda não só sobre aquele de quem se sabe com certeza que sofreu o dano, mas também sobre aquele que se supõe, por uma verossimilhança preponderante, o tenha sofrido.<sup>273</sup>

Aqui, de novo, é o compromisso com o propósito da norma material<sup>274</sup> o que impõe a redução do rigor probatório. A proteção, que a lei outorga às pessoas eventualmente afetadas pelas conseqüências de uma atividade potencialmente perigosa, frustrar-se-á em um sem número de casos, se o próprio lesado tiver de produzir uma prova cabal de que o dano sofrido foi decorrência da atividade perigosa, ou seja, uma prova cabal do nexo de causalidade entre o perigo e o dano. Quer dizer, para atender-se à finalidade do direito material, haver-se-á de atenuar o rigor do módulo legal da prova, de maneira a entender que, se houver dúvida sobre essa causalidade, o

---

<sup>272</sup> *Libre apreciación de la prueba*, p. 258.

<sup>273</sup> Como conclui Gerhard Walter, a respeito: "Crear un peligro obliga a imndenizar, aun cuando solo sea preponderantemente verosimil que ese peligro se haya tornado un dano, siempre que no sea posible lograr un mayor esclarecimiento del problema". (Ibidem, p. 258).

<sup>274</sup> Para mostrar o grau de compromisso dessa solução redutora da prova com o propósito do direito material em jogo, vale a pena registrar um outro exemplo que Gerhard Walter dá, de situação que justificaria abandonar o módulo legal da prova para ter por suficiente a mera verossimilhança da afirmação. Diz ele que se justifica reduzir o módulo probatório quando se trata de ter por fixado fato de que depende o reconhecimento de *direito social*. Assim, por exemplo, quando se trate de demonstrar que um trabalhador sofreu dano decorrente de acidente de trabalho e, por isso, faz jus a um determinado benefício previdenciário, será suficiente a verossimilhança de que esse dano foi decorrente de fato relacionado ao trabalho, pois que "una comunidad que se ha puesto por objetivo la realización del Estado social, tiene que cuidar también de que la idea provisional se concrete *efetivamente*, y aceptar que alguien perciba una renta por un 'accidente de trabajo', aunque quepa también la posibilidad de que el accidente que le dejó tieso un brazo le haya ocurrido practicando deporte". Numa hipótese assim, ao invés de fazer-se com que o afetado suporte as conseqüências da incerteza, como determinam as regras legais de prova, devem suportá-las "*el grueso de los contribuyentes*" (Ibidem, p. 240/241). Embora se possa hoje pôr em discussão a concepção e a conveniência deste Estado social que está na raiz do exemplo de Walter, de qualquer modo o exemplo é útil como demonstração do que significa empregar a finalidade da norma material como critério para admitir a redução do módulo da prova.

convencimento do juiz poderá estribar-se na circunstância de que é preponderantemente verossímil a existência da causalidade afirmada.

O fato de que esta reflexão sobre a intensidade do convencimento que a prova há de propiciar faça-se sob a perspectiva do direito material, é também elemento capaz de comprometer o processo com o justo, com o ético, evitando que ele navegue à deriva, ensimesmado na só-observância do procedimento e descompromissado com a sociedade a que serve.

Em outras palavras, a cogitação de que em situações tipicamente complexas uma extraordinária dificuldade de produzir a prova faça necessária a redução do módulo probatório, sob pena de frustrar-se a viabilidade da solução preconizada pelo direito material, reforça aquela idéia acima exposta, de que a perfeita consciência acerca da capacidade limitada do processo de alcançar a verdade de modo algum implica descompromisso com a realidade, de maneira nenhuma pode ser tida como revelação de que o processo bastasse a si próprio.

É lógico, no entanto, que essa possibilidade de reduzir-se o módulo da prova, de admitir-se que em certas situações à fixação dos fatos baste a verossimilhança, infunde certo temor a extremado subjetivismo do julgador, a arbítrio que pode decorrer da impossibilidade de criar-se uma escala de verossimilhança, que faça possível conferir um grau de maior objetividade ao convencimento sobre os fatos havidos.

Se, normalmente, já preocupa que se possa ter a formação do convencimento judicial como momento de pura subjetividade, imune à possibilidade de controle de sua correção lógica,<sup>275</sup> essa preocupação com o

---

<sup>275</sup> A respeito, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “É assaz difundida, por sinal, a tendência de se reduzir a atividade cognoscitiva do juiz a um fenômeno de pura consciência, a se exaurir no plano íntimo e imperscrutável da mera subjetividade. Se o reconhecimento da inafastável liberdade da decisão, – na medida em que eticamente empenhado e assim expressão da responsabilidade do indivíduo – foi o fruto mais precioso do novo sistema da *intime conviction*, esse mesmo elemento oferece também aspectos negativos, exatamente porque pode levar a

controle da racionalidade do convencimento judicial naturalmente agudiza-se nas situações em que o juízo poderá construir-se a partir da verossimilhança preponderante de determinada afirmação. Se sob o módulo legal da prova, a exigir uma prova capaz de ensejar uma convicção nos limites da certeza, é fundamental encontrar mecanismos capazes de aferir a correção lógica do raciocínio judicial,<sup>276</sup> mais ainda será importante controlar-lhe a racionalidade quando a decisão se alicerçar na idéia de que certos fatos devem ser fixados porque é mais verossímil a afirmação de que ocorreram que a afirmação que lhes nega a existência.

É preciso, então, conferir um mínimo de racionalidade aos critérios empregados para a construção da idéia de verossimilhança, de maneira que seja passível de algum controle objetivo a decisão judicial que considera fatos dos quais rigorosamente não há prova nos autos.

Essa possibilidade de controle será tão maior quanto mais geral for a idéia de que um fato é verossímil. Quer dizer, a noção de que o verossímil é aquilo que coletivamente<sup>277</sup> é reconhecido como tal é a garantia do jurisdicionado ante o risco de arbítrio do julgador.

Essa justa e necessária preocupação com o arbítrio não é razão para desaconselhar a redução do módulo da prova, porque a doutrina e a experiência do processo oferecem instrumentos eficazes nessa tarefa de estabelecer contornos dentro dos quais deva construir-se o raciocínio do juiz.

---

se considerar o momento da valoração da prova como um fenômeno misterioso e indizível, não sujeito a análise e controle, impenetrável por consequência a qualquer tipo de investigação". (*Problemas atuais da livre apreciação da prova*, p. 49-55).

<sup>276</sup> Como diz bem Danilo Knijnik, "para que não se pague o 'preço indébito' do livre convencimento, é preciso racionalizá-lo o quanto possível". (*Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, p. 32).

<sup>277</sup> Consoante Moacir Amaral Santos, as possibilidades de erro do julgador ficam reduzidas quando a apreciação judicial se submete à crítica da sociedade e, assim, satisfaz-se o que ele chama de "sociabilidade da convicção". (*Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 1. 5ª ed. atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1983, p. 411)

É o caso, por exemplo, dos denominados *modelos de constatação*,<sup>278</sup> dos *standards* forjados a partir de diferentes experiências de administração de justiça, e que podem servir como importantes critérios para conferir racionalidade à fixação dos fatos.

Conhecê-los<sup>279</sup> é importante para compreender por que é razoável que não haja um padrão único de constatação dos fatos, válido para quaisquer situações, para quaisquer conflitos.

Há alguns, todavia, que têm especial utilidade como elementos de controle do convencimento do juiz nos casos em que esse convencimento provirá da verossimilhança das afirmações<sup>280</sup>; não só o controle que se fará por terceiros, mas também o controle pelo próprio julgador, que vai encontrar nesses paradigmas balizas a orientar-lhe o curso do raciocínio, de modo que

---

<sup>278</sup> A expressão, a rigor, tem duplo significado: ora serve à descrição de módulos que impõem um patamar de mínima suficiência da convicção judicial, de modo que se a prova não permite alcançá-lo não é possível sustentar a razoabilidade dessa convicção; ora abriga certos *standards* que funcionam como testes capazes de aferir-lhe a racionalidade e, por conseqüência, permitir-lhe um controle lógico.

<sup>279</sup> Danilo Knijnik, embora advirta que é impossível conhecer a todos os modelos, tão variados e numerosos são, oferece uma descrição esclarecedora de muitos deles, que vão aqui sinteticamente referidos: a) um modelo ligado ao sistema da *common law*, que lida com dois padrões jurídicos: a prova acima de toda dúvida razoável, empregado em casos criminais, e a preponderância de prova, de utilização nos casos civis. Entre eles, há ainda o modelo da prova clara e convincente, um modelo intermediário, aplicado em casos socialmente mais graves; b) o *standard* da mínima atividade probatória, que tem por necessário um determinado alicerce probatório, definido por “pautas e diretrizes de natureza objetiva”, sem o qual as decisões serão arbitrárias e ilegítimas; c) os modelos do direito alemão, fundamentalmente a diferença por lá empregada entre as dúvidas abstratas e as dúvidas concretas: estas a impedir o convencimento sobre determinado fato e aquelas a merecer a desconsideração, pois que representam possibilidade meramente teórica de que os fatos tenham se passado de forma diferente daquela de que o juiz se convence; d) a doutrina do absurdo ou da arbitrariedade, que traz o absurdo como um vício que, ao infringir as leis da lógica, impede que o juiz dele se convença; e) os modelos narrativísticos, amparados na idéia de que as provas devem ser consideradas à luz da sua capacidade de fundar uma ou outra das estórias contrapostas; f) o controle da motivação, desenvolvido no âmbito da Corte de Cassação francesa para, por meio da análise da motivação da decisão, identificar eventual erro em que ela incida e, então, permitir sua cassação; g) por fim, os modelos probabilísticos-matemáticos, dispostos a empregar a matemática para demonstrar com apoio na estatística o grau de segurança de uma determinada conclusão. (*Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, p. 33 et.seq.)

<sup>280</sup> Funcionam aqui, pois, com o segundo dos significados que a expressão “modelos de constatação” encerra, isto é, como instrumentos de controle da racionalidade do juízo – aqui, do juízo de verossimilhança –, de maneira a podar-lhe o arbítrio.

ele próprio possa apurar a racionalidade de seu julgamento durante o processo de formação da sua convicção.

É o caso, por exemplo, da útil distinção entre *dúvidas abstratas*, teóricas, e *dúvidas concretas*, reais. As abstratas são insuficientes para afastar o convencimento judicial, pois que são dúvidas que se creditam às deficiências do conhecimento humano ou que correspondem a um excesso de preciosismo do juiz, que, embora esteja convencido, cogita de que outro juiz ou algum terceiro pudesse chegar a conclusão diferente. As concretas, estas sim, deverão impedir a convicção judicial quando a prova não houver permitido ao juiz superá-las.<sup>281</sup>

Este *standard* pode ser eficazmente empregado no controle da racionalidade de uma decisão alicerçada na verossimilhança da afirmação. Assim, se nos casos em que se admitirá a redução do módulo da prova, o juiz estiver convencido de que é verossímil determinada versão, o receio de que a terceiro ou a outro juiz assim não pareça não deverá levá-lo a rejeitar a fixação dos fatos. Se, ao contrário, circunstâncias do caso concreto infundirem no espírito do juiz uma dúvida real, positiva, sobre a verossimilhança da afirmação, não se justificará que ele considere como existente o fato afirmado.

A *importação* desta classificação das dúvidas para o cenário do juízo de verossimilhança justifica-se em função de que o critério empregado para classificá-las é a idéia de normalidade: a dúvida concreta, que afasta a possibilidade de que o juiz possa ter o fato por fixado, é aquela que não pode ser dissipada pela generalizada experiência, pela constatação do que normalmente ocorre; por outro lado, se a situação material impõe a redução do rigor probatório, se a afirmação encontra conforto nessa *normalidade*, se ela reflete-se na experiência coletiva, e se o juiz, apesar disso, não se permite ter o fato por existente, ele erra, pois desconhece que naquelas circunstâncias o

---

<sup>281</sup> Ibidem, p. 39.

propósito do direito material em jogo provavelmente só será alcançado se se amenizar a intensidade da prova necessária.

Como já se pôde perceber, os modelos *probabilísticos*<sup>282</sup> também auxiliam no controle da decisão fundada no verossímil.

Por certo, tem importante função de controle a noção de probabilidade que se funda na idéia do que é *normal* que ocorra, uma probabilidade que carrega consigo a racionalidade obtida a partir da experiência: se a experiência mostra que dadas determinadas circunstâncias é normal que os fatos ocorram de certa forma, então a existência daquelas circunstâncias faz *provável* a ocorrência destes fatos.

Por outro lado, a *probabilidade-matemática*, a probabilidade que nasce da estatística, da observação da freqüência com que situações típicas ocorrem, também pode cumprir alguma função no controle da decisão judicial. Apesar das resistências<sup>283</sup> que provoca, é difícil negar que a análise estatística alguma influência exerce no raciocínio do próprio julgador e no daqueles que eventualmente devam controlá-lo. Por óbvio que à probabilidade-estatística não se reservará um papel predominante na construção da convicção do juiz, mas lhe negar qualquer influência parece demasia.

Outro elemento de controle, bastante útil à verificação da racionalidade do juízo de verossimilhança, é a observação da coerência do discurso, da congruência dos elementos que compõem a estória narrada. A

---

<sup>282</sup> A respeito de tais modelos e de conceitos de probabilidade, vale a leitura do excelente artigo de Chiara Besso Marcheis, *Probabilità e prova: considerazione sulla struttura del giudizio di fatto*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*. anno XLV. Nº 4, p. 1119-1163, dic. Local: editora, 1991.

<sup>283</sup> Como lembra Danilo Knijnik, a *probabilidade-freqüência* leva em consideração a possibilidade de erro que a própria estatística contempla, de sorte que, a rigor, não haveria nenhum choque entre a "aparente contradição entre a relatividade do conhecimento humano e a aparente certeza do modelo matemático". (*Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, p. 48)

verificação dessa coesão da narrativa, deste “fazer sentido”,<sup>284</sup> será importante para constatar uma maior ou menor verossimilhança das versões em conflito e, por meio desta constatação, avaliar o quão racional foi a decisão da questão fática.

Neste particular, quando se trata de examinar a coerência interna do discurso e, ao mesmo tempo, o nexos que o vincula com o mundo que há ao além da estória contada, para por intermédio deste exame convencer da verossimilhança da narrativa, convém atentar para a diferença entre avaliar *analiticamente* a prova e avaliá-la *holisticamente*.

No método analítico, cada elemento de prova é submetido a uma específica consideração de seu valor probatório, de modo que a decisão final é o resultado de uma combinação da força probante das provas individualmente analisadas. Já na concepção holística da prova, para decidir a questão fática é preciso considerar globalmente as hipóteses formuladas sobre a causa.

Como explica Taruffo,<sup>285</sup> nessa perspectiva holística tem-se que as hipóteses são constituídas por estórias, que narram os fatos na sua seqüência temporal, e as decisões consistem, portanto, na escolha de uma estória dos fatos da causa, entre as várias submetidas pelas partes à apreciação do juiz. A escolha do juiz tem por objeto a estória na sua totalidade, valorada complessivamente. As provas individualmente consideradas interessam apenas em função da capacidade que tenham de dar sustentação a alguma das estórias, e não porque confirmem, analiticamente, a veracidade de cada fato individualmente considerado.

---

<sup>284</sup> Danilo Knijnik esclarece ainda que a coerência do raciocínio não se constata somente pela verificação de sua consistência, da ausência de contradições que lhes sejam internas. Mais que isso, diz ele, “o que se deve ter em causa na realização desse teste é, justamente, o ‘fazer sentido’, o ‘estar em conjunto’, o ‘ser coerente’, tanto nas questões de direito, como nas questões de fato,...” (*Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, p. 41)

<sup>285</sup> *La prova dei fatti giuridici*, p. 281.

Por trás dessa distinção metodológica está aquele confronto, que já por várias vezes aflorou neste texto,<sup>286</sup> entre, de um lado, uma perspectiva moderna, cartesiana, demonstrativa da prova, por todas essas características mais afeita ao método analítico, e, de outro lado, a concepção clássica da prova, de caráter argumentativo, apoiada na consideração do *problema*, buscando-lhe solução pela tópica-retórica, mais sintonizada com o método holístico.

Taruffo, que dirige críticas a ambas as concepções, quando consideradas nas suas respectivas purezas,<sup>287</sup> defende a possibilidade de harmonizar uma com a outra. Para o autor, a síntese adequada entre as duas concepções pode estabelecer-se pela idéia de que, em que pese deva haver uma holística valoração das estórias narradas, a composição dessas estórias só pode contar com fatos que encontrem respaldo nas provas analiticamente consideradas.<sup>288</sup>

Empregada assim, com esse temperamento de Taruffo, não há dúvida de que a avaliação global da prova, a valoração complessiva das estórias contadas em juízo, é o método adequado<sup>289</sup> para que o juiz chegue à decisão de que é verossímil que os fatos tenham efetivamente se passado da maneira como os descreveu a estória que acabou merecendo mais credibilidade. O juízo de verossimilhança, portanto, funciona melhor quando o convencimento do julgador se constrói a partir do cotejo das várias estórias que

---

<sup>286</sup> Confronto tão bem exposto por Giuliani e que é, de certa forma, o pano de fundo das mais interessantes e atuais discussões sobre a prova. (*Il concetto di prova. contributo alla logica giuridica*)

<sup>287</sup> *La prova dei fatti giuridici*, p. 281-288.

<sup>288</sup> Como diz Taruffo, a possibilidade de combinar eses dois métodos existe, desde que atendidas duas condições: “La prima è che, nel contesto del processo, i fatti non possono che intendersi come accertati in funzione del grado di conferma (o di probabilità) lógica che gli elementi di prova disponibili attribuiscono alle relative ipotesi. La seconda condizione è che il criterio della coerenza della narrazione venga inteso come un fattore di decisione integrativo ed eventuale, invece che come canone unico ed assoluto”. (Ibidem, p. 288)

<sup>289</sup> Para Mirjan R. Damaska, embora sejam relativos os méritos de uma e de outra concepção, quando a elas se recorre para descrever como o juiz valora a prova e forma suas convicções, a teoria holística parece, na maioria das vezes, refletir os “native human mental processes” melhor do que o faz a concepção atomística. (*Evidence law adrift*. New York: Yale University Press, 1997, p. 36)

o processo vai propiciar que surjam, ao invés de construir-se sobre a avaliação analítica, individual, de cada um dos fatos afirmados em meio a tais estórias. A abordagem analítica, individual, dos fatos que as compõem será fundamental, no entanto, para que o julgador não se encante exclusivamente pela só-coerência do discurso e acabe entendendo que é verossímil a estória que não é mais que *bene trovata*.

Referindo-se à liberdade de convencimento do juiz, Danilo Knijnik assevera<sup>290</sup> que uma tal liberdade “não pode redundar em desrespeito às regras do bem-pensar”. Empregando aqui essa oportuna advertência, pode-se afirmar que, também quando se outorga ao julgador o poder-dever de admitir a suficiência da verossimilhança, isto não o autoriza a afastar-se dos cânones desse *bem-pensar*.

Isso significa que a convicção de que uma determinada versão é verossímil<sup>291</sup> não pode prescindir da reflexão sobre os diferentes critérios de constatação oferecidos pela doutrina e pela experiência. O *bem-pensar*, expresso na racionalidade do julgamento, é o resultado de um somatório de olhares, de pontos de vista, por meio dos quais, desde perspectivas diferentes,<sup>292</sup> o juiz observa a controvérsia fática.

O combate ao extremado subjetivismo no manejo da verossimilhança começa, pois, pela postura responsável do juiz, que se vale de todos os critérios que iluminam o procedimento de constatação dos fatos para, sob a égide do melhor respeito à garantia do contraditório,<sup>293</sup> fixar aqueles cuja existência tem como verossímil. O juiz deverá tê-los por verossímeis porque vê coerência, coesão e sentido na estória que os narra; porque é da forma

---

<sup>290</sup> Os *standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, p. 51.

<sup>291</sup> Como explica Gerhard Walter, não é de causar estranheza a expressão convicção da verossimilhança: o importante é não esquecer “de qué hay que estar convencido”, porque a convicção, “como tal, a secas, es algo carente de sentido. Podemos estar convencidos de la verdad, pero también de una verosimilitud”. (*Libre apreciación de la prueba*, p. 169/170)

<sup>292</sup> Danilo Knijnik, *op.cit.*, p. 51.

<sup>293</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Garantia do contraditório*, especialmente p. 113-115.

narrada que, consoante aponta a experiência, *normalmente* ocorrem fatos tais quais os narrados. O juiz deverá ter por suficiente a verossimilhança porque em tais situações a típica dificuldade da prova impõe que se reduzam as exigências probatórias, a bem de evitar a frustração do propósito do direito material sob exame.

Para observar como tem se dado o emprego do juízo de verossimilhança como substrato da sentença, para verificar sob que justificativas esse emprego tem ocorrido, e para avaliar se ele por acaso vem ensejando exemplos de incontido arbítrio, por implicar algum subjetivismo sem controle, é conveniente lançar os olhos sobre a jurisprudência; especialmente, pelo caráter vanguardista de que se reveste, sobre a jurisprudência gaúcha.

#### **C.4. A suficiência da verossimilhança sob perspectiva jurisprudencial: alguns exemplos de aplicação judicial de soluções facilitadoras da prova.**

Como já se viu neste trabalho,<sup>294</sup> Calamandrei admitiu, *de lege ferenda*, cogitar de um sistema que atribuísse o ônus da prova à parte que impugnasse a alegação verossímil, o que implicaria, portanto, atribuir a essa alegação algum valor probatório. Evidente que a generalização de um tal modelo não encontraria espaço no direito brasileiro, mas se tem constatado a efetiva ocorrência de decisões que, em certos tipos de conflito, vêm sendo proferidas de modo a abdicar da necessidade de efetiva prova para a fixação de fatos que os autos tão somente mostram verossímeis.

Será, portanto, que também de *lege lata* é possível emprestar esse valor ao juízo de verossimilhança? Será que o nosso direito positivo é compatível com esse emprego da verossimilhança como critério de fixação dos fatos? São questões que precisam ser enfrentadas e cujas respostas parecem

depende de uma prévia tomada de posição sobre o modo de encarar o problema, para esclarecer-se se a suficiência da verossimilhança na decisão da questão fática é algo que diz respeito à distribuição do ônus da prova ou, por outro lado, é algo que está ligado à intensidade da prova.

Cândido Dinamarco<sup>295</sup> sustenta que o fenômeno da inversão do ônus da prova é, em verdade, hipótese de dispensa da prova. Os fatos de cuja prova a parte foi dispensada serão levados em consideração ainda que deles não haja prova nos autos. À parte adversária, a quem a consideração de tais fatos não interessa, incumbirá o ônus de provar a sua própria alegação, isto é, a alegação de que esses fatos não existiram ou a de que existiram outros que são colidentes com aqueles cuja prova fora dispensada.

Aceitar-se o juízo de verossimilhança como critério diferente de fixação dos fatos contribui para que se tenha, em tese, a verossimilhança por suficiente à consideração judicial dos fatos. Se, no entanto, entende-se que o seu emprego implica alteração no modo de repartir-se o ônus da prova entre as partes, pode haver problemas na aplicação prática dessa possibilidade: uma distribuição judicial do ônus da prova, em contrapartida à sua distribuição legal, encontraria óbice na idéia de que só à lei seria possível regular tal tema.

Porém, se a mudança de compreensão tiver por objeto a própria noção de prova, não se precisará tratar do tema sob a ótica do ônus da prova, sendo possível vir-se a entender que, em certos casos, aquele que demonstrou a verossimilhança dos fatos por ele alegados desincumbiu-se desse ônus.

A necessidade de, em certas circunstâncias, admitir-se a redução do módulo da prova e, portanto, ter por suficiente a verossimilhança das alegações vem sendo reconhecida nos últimos tempos pela jurisprudência. Há algumas decisões emblemáticas neste sentido, cujos conteúdos vale a pena trazer à colação, para que neles se possa identificar a aplicação prática do que

---

<sup>294</sup> Ver p.136.

foi até aqui examinado. Neles se constatará a adoção de soluções facilitadoras da posição probatória de quem faz afirmações verossímeis: quer por meio da idéia de redução do módulo da prova, por meio de uma flexibilização do rigor probatório próprio do modelo legal adequado ao padrão-verdade, quer mediante a inversão do ônus da prova, nas hipóteses em que o direito positivo assim o permite.

Uma das espécies de conflito em que mais comumente vem à tona a necessidade de redução do módulo da prova é a que respeita a furtos de veículos em estacionamentos de supermercados, *shopping centers* e outras espécies de estabelecimento.

Sem dúvida, um dos *leading cases* nessa área foi a decisão de apelação<sup>296</sup> apreciada pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da qual foi relator o Desembargador Araken de Assis. Tratava-se do furto de automóvel no estacionamento de supermercado situado na cidade de Pelotas. O supermercado apelante sustentava, além de algumas teses de direito, que o autor não fizera prova suficiente de que houvera furto do veículo em seu estacionamento. A prova produzida resumia-se ao registro da ocorrência policial; à demonstração de que o autor procurara o preposto do supermercado no próprio dia do suposto furto, para denunciar o fato; ao depoimento de algumas testemunhas que teriam visto o veículo no local. O debate, pois, centrava-se na questão fática, cumprindo à Câmara decidir se a prova coligida fora suficiente à demonstração do furto no estacionamento ou não.

Do voto do Relator, merecem destaque os seguintes trechos, que passaram, aliás, a figurar em muitíssimas outras decisões semelhantes, transcritos nos seus respectivos acórdãos:

---

<sup>295</sup> Cândido Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, Volume III, p. 77.

“(…) Como quer que seja, há o conjunto de circunstâncias, a gerar o chamado paradigma da verossimilhança. É que, em alguns casos, o órgão judiciário deve se contentar com a chamada redução do módulo da prova, pois a certeza é impossível de se atingir, principalmente no caso da infração a certos deveres – aqui, de guarda –, segundo a lição de Gerhard Walter.”

Quando examina a dificuldade da prova, o Relator alude à importância da consideração às regras de experiência, ao expressar-se assim:

“O automóvel é furtado sem que ninguém perceba. Como prová-lo? E de que modo o cliente provará que conduziu seu automóvel ao estacionamento? Ninguém vai ao local imaginando se tornar vítima de furto e, precavidamente, recolhe testemunhas de que estacionou seu veículo em certo espaço.”

Quer dizer, fugiria à experiência que o cliente houvesse preocupado-se, previamente, em produzir uma prova capaz de infundir certeza no espírito do julgador. Sem essa premeditada preocupação, não havia como exigir-se dele mais que a verossimilhança de sua afirmação.

Mais adiante, constata-se no voto do Relator que uma das razões para a amenização do rigor probatório foi a atenção aos propósitos do direito material sob exame, e a conseqüente preocupação de que a aplicação do módulo legal de prova frustraria a possibilidade de que a norma material se fizesse efetiva. Veja-se:

“Na verdade, portanto, a espécie exige a chamada redução do módulo da prova. De um lado, o supermercado colabora com o evento, na medida em que oferece o estacionamento e não o dota de guarda eficiente. De outro, se exigirá apenas que os indícios revelem a boa-fé do cliente e indiquem, razoavelmente, a ocorrência do fato.

---

<sup>296</sup> Apelação n. 596252817, 5ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça-RS, em que foi relator o Desembargador Araken de Assis; acórdão datado de 27 de fevereiro de 1997.

Do contrário, haverá uma aliança tácita entre o estabelecimento comercial, que não guarda adequadamente os veículos porque se mostraria pouco provável a sua condenação futura, com o autor do ilícito, atraído por tal facilidade, em detrimento dos clientes, vítimas inocentes da falta de segurança.”

No mesmo sentido da decisão anterior foi o acórdão da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho em apelação<sup>297</sup> na qual o tema discutido foi o mesmo: a suficiência, ou não, da prova do furto de veículo no estacionamento de um *shopping center*, em Porto Alegre. Narraram os autores que no estacionamento do *shopping* haviam deixado seu veículo, carregado de bagagens, pois recém-chegados de viagem ao Rio de Janeiro preparavam-se para deslocar-se à cidade de Santa Maria, onde residiam. Ao saírem do *shopping*, o veículo fora furtado. A questão de fato outra vez cingia-se à existência do furto no estacionamento da demandada. A prova consistia em algumas notas fiscais, comprovando a aquisição de produtos no *shopping* naquele dia, em hora próxima daquela em que os autores disseram ter ocorrido o furto; e no boletim de ocorrência policial.

Do voto do Relator percebe-se, primeiramente, o reconhecimento da responsabilidade do estabelecimento pela violação de seu dever de guarda e vigilância. Por óbvio, o que interessa aqui não é a questão jurídica já pacificamente resolvida, inclusive por meio da Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça,<sup>298</sup> a respeito de tal responsabilidade. A violação de tais deveres importa aqui em função de que, consoante o que foi anteriormente exposto, quando a violação de um dever resulta na imposição de dificuldade probatória à pessoa afetada por essa violação, isto é mais um fator a recomendar que não se aplique, com o mesmo rigor, o módulo geral de prova.

---

<sup>297</sup> Apelação n. 70012146643, 9ª. Câmara Cível, acórdão datado de 14 de dezembro de 2005, em que foi relator o Desembargador Odone Sanguiné.

<sup>298</sup> Súmula 130, STJ: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.”

Adiante, quando ingressa no terreno probatório, o Relator expressa-se assim, salientando a dificuldade da prova em tais situações:

“Muito embora a prova do fato, a rigor, seja incumbência dos autores, nos estritos termos do art. 333, inc. I, do CPC, observo que a prova da circunstância de que os demandantes teriam deixado o veículo no estabelecimento comercial não pode transformar-se numa *probatio diabolica*”.

Mais além, ao redargüir o fato de que os autores sequer contavam com algum *ticket* de estacionamento, o Relator pôs ênfase na credibilidade que advinha da coerência da versão contada pelos autores, expressando-se assim:

“(...) a falta do referido comprovante compensa-se pela verossimilhança das alegações dos demandantes, corroborada pela demonstração e pelo encadeamento dos fatos”

Portanto, da coerência narrativa e da sua coesão com o pouco que restou apurado, extraiu o Relator elementos que lhe reforçaram a idéia de que era verossímil a afirmação controversa.

Por fim, quanto à discussão sobre os objetos que teriam sido levados juntamente com o veículo, vale a pena verificar a manifestação do juízo *a quo*, transcrita no acórdão, por meio da qual ele, em homenagem à dificuldade probatória que a situação fática propicia, reconhece a suficiência da verossimilhança. Diante da inexistência de qualquer prova concreta a respeito do que havia no veículo, expressa a sentença:

“Considero plausível que tendo os demandantes viajado para sofisticado evento na cidade de..., congregando negócios e turismo, carregassem consigo os aparelhos eletro-eletrônicos, vestuários e demais objetos pessoais pormenorizadamente elencados nas fls. ... dos autos”

Logo a seguir, é de novo a coerência da estória, a lógica de que o relato se reveste, o que convence o julgador:

“Os comprovantes de despacho de bagagens quando dos embargos aéreos demonstram que efetivamente os autores transportavam duas a três malas.

Ora, se a prova testemunhal é clara no sentido de apontar que os requerentes estavam seguindo viagem de retorno para Santa Maria quando pararam no *Bourbon Shopping* para realizar compras, tem-se que as bagagens realmente se encontravam no interior da camioneta... quando de sua subtração.”

De outra decisão, agora emanada da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento de apelação<sup>299</sup> sobre o mesmo tema, é útil colher do voto do Relator exemplo de aplicação de máximas de experiência como razão para ter por verossímil determinada afirmação.

Novamente diante da tormentosa prova sobre a ocorrência do furto em estacionamento de supermercado, o deslinde da questão fática dependia de escassa prova do alegado furto. O autor trouxera aos autos exclusivamente a ocorrência policial, um *ticket* de compras e um recibo de táxi, que ele teria utilizado após constatar o furto. A defesa contrapunha o argumento de que sequer existia qualquer prova de que o veículo houvesse ingressado no seu estacionamento.

Ao ter por demonstrada a ocorrência do furto alegado, manifestou-se assim o Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

“Pela natureza do fato não dá para se exigir mais provas da vítima. O autor comprovou que estava no supermercado no dia do ocorrido, realizando compras de valor expressivo, como se nota do comprovante de f.12, no valor de R\$ 225,10, não sendo razoável presumir que,

---

<sup>299</sup> Apelação n. 70004179883, 6ª Câmara Cível TJ/RS, julgada em 19 de junho de 2002, em que foi Relator o Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

possuindo veículo próprio, fosse o autor realizar tais compras e, após, utilizar táxi para retornar ao seu domicílio.

Assim, entendo como suficientemente provada a subtração.”

Fugia às regras de experiência, quer dizer, não era conforme à ordem natural dos fatos a estória em que se teria de crer, caso afastada a versão de que o furto ocorrera.

Por fim, um último exemplo de decisão que, em casos semelhantes aos anteriores, teve por suficiente a verossimilhança das afirmações pode ser encontrado em um interessante acórdão por meio do qual a mesma 6ª Câmara Cível negou provimento a uma apelação<sup>300</sup> também fundada na ausência de prova do alegado furto.

A ação indenizatória narrava ter o autor deixado seu automóvel em estacionamento localizado ao longo de uma rodovia federal, que servia a um parque situado na cidade de Santa Maria, embora fosse localizado na área externa ao parque. Ao sair do estabelecimento, constatou que o veículo fora furtado e procurou alguns policiais militares. O autor e sua família não dispunham sequer dos tíquetes de ingresso no referido parque, que não teriam guardado, pois não teriam imaginado que poderiam deles vir a precisar.

Tendo a sentença julgado procedente a ação, a ré apelou, dando ensejo à prolatação de uma decisão cujo exame é bastante útil ao tema que aqui se aborda, tendo em vista a existência de voto vencido, do Relator, no sentido de entender insuficiente a mera verossimilhança das afirmações do autor. Em seu voto, o Desembargador Osvaldo Stefanello, embora haja reconhecido a existência do dever de guarda, que imporia à ré a obrigação de indenizar furto havido no estacionamento que lhe servia, entendeu que ao

---

<sup>300</sup> Apelação n.70000893669, 6ª. Câmara Cível TJ/RS, julgada em 28 de novembro de 2001, em que foi Relator o Desembargador Osvaldo Stefanello.

proprietário do veículo incumbiria fazer “prova clara e inequívoca de dois requisitos básicos: a) o da efetiva utilização dos serviços, compra ou, no caso, ingresso ao lazer oferecido; e b) o de que seu veículo realmente foi furtado no interior do parque estacionamento oferecido pelo estabelecimento comercial”. Aplicando, pois, o art. 333, I, do Código de Processo Civil, o Relator votou pela improcedência do pedido, não havendo o autor desincumbido-se do ônus probatório: a prova, que consistia na ocorrência policial, no depoimento de algumas pessoas da família e dos policiais que atenderam ao chamado do autor, mas que nada viram do fato, não foi suficiente à demonstração do furto.

Ao emitir seu voto, o Revisor, Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, discordando da posição do Relator, entendeu de manter a sentença e, para tanto, invocou a necessidade de reduzir-se o módulo da prova, diante da dificuldade de produzi-la. Disse o Revisor, referindo-se à manifestação do Relator:

“(…) V.Exa. ressalta, com propriedade, que a prova do fato incumbiria à vítima nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, mas, nesta hipótese, penso que a prova do fato de que ele teria deixado o veículo lá é difícilíssima, senão impossível.”

Adiante, o Revisor analisa a suficiência do que o autor conseguira demonstrar e argumenta com a falta de lógica na tese de que o autor estivesse falseando a verdade:

“Pela natureza do fato não dá para se exigir mais provas da vítima. O autor comprovou que estava no Parque Oásis na noite do ocorrido, por meio dos depoimentos dos policiais militares que então de serviço e chegaram ao estacionamento após o fato. De nada adiantaria o autor ter guardado o tíquete de ingresso, pois este também não comprovaria que o veículo estava no estacionamento.

O veículo foi encontrado no dia seguinte, incendiado e sem o motor e a bateria. O autor não tinha razão nenhuma para simular o ocorrido, incendiando o próprio carro, esperando lucrar com uma indenização eventual e futura, que corria o risco de não se concretizar.”

O terceiro voto, proferido pelo Desembargador Cacildo de Andrade Xavier, acompanhou o Revisor, havendo manifestado-se de forma interessante, reconhecendo expressamente a importância de atentar-se ao modo como normalmente as coisas se passam, chamando a atenção para a relação que há entre verossimilhança e normalidade. Em certo trecho de seu voto, expressou-se assim:

“Não há elemento para se afirmar que o autor está praticando um ilícito e inventando a história de um furto, que teria tocado fogo no veículo para depois pedir uma indenização incerta e demorada. Quer dizer, é contra o que normalmente acontece.

(...)

Não há elemento algum que diga que o autor é um farsante, que, por um valor dessa bitola, fosse armar toda uma simulação catastrófica, tocando fogo no carro”

Nessas posições externadas pelo Revisor e pelo voto que o acompanhou, verifica-se também a consideração àquele modelo de constatação antes abordado,<sup>301</sup> que aplica a distinção entre dúvidas concretas, positivas e dúvidas abstratas, negativas. Vê-se bem a presença de tal modelo por detrás do raciocínio que acabou sagrando-se vitorioso no julgamento desta apelação. Era possível imaginar que tudo não passasse de uma farsa montada pelo autor com o propósito de aventurar-se em busca de uma indenização possível. Era razoável, portanto, que essa possibilidade de farsa infundisse dúvida no julgador. No entanto, essa dúvida, meramente abstrata, não justificaria desconsiderar a verossimilhança das afirmações do autor. A coerência da estória e o respaldo que lhe davam os reduzidos elementos de prova foram tidos por suficientes para afastar a dúvida concreta, que, se existente, impediria que o fato fosse judicialmente fixado.

---

<sup>301</sup> Ver p. 148/149 deste trabalho.

Registre-se, por oportuno, que a esse julgamento sucedeu-se a interposição de embargos infringentes, apoiados no voto vencido do Relator, que foram desacolhidos por unanimidade, não havendo, entretanto, nos votos então proferidos nada que mereça ser acrescido às interessantes considerações do acórdão da apelação. Por essa razão, não se transcreve aqui trecho algum do acórdão que julgou os embargos.

Outro caso muitíssimo interessante, em que novamente se estabeleceu dissídio entre uma posição favorável à redução do módulo probatório e outra refratária à suficiência da verossimilhança, deu-se por ocasião do julgamento de uma apelação<sup>302</sup> que tratava da responsabilidade de um banco, decorrente de um assalto à mão-armada em que houve roubo de pertences existentes no interior de cofre particular.

Novamente, não se punha, entre os julgadores, qualquer dúvida sobre o dever indenizatório decorrente da infração ao dever de guarda e vigilância. Em relação à questão fática, o ponto central consistia na necessidade de ter por esclarecido quais os objetos que haviam sido furtados do interior cofre, e cujo valor, pois, cumpriria que o banco indenizasse aos autores.

O Relator principia por, acertadamente, estabelecer que o ônus da prova do dano incumbe ao locatário do cofre. Dizendo ser aquela decisão uma excelente ocasião para que ele pudesse reexaminar o tema discutido, manifestou-se assim:

---

<sup>302</sup> Apelação n. 70001464676, 6ª Câmara Cível TJ/RS, julgada em 21 de novembro de 2001, sendo outra vez Relator o Desembargador Osvaldo Stefanello e Revisor o Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Este caso, por emblemático que é, já foi objeto de várias apreciações pela doutrina, entre as quais se sugere sejam examinadas as considerações de Hermes Zanetti Jr. (O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. Revista de Processo. São Paulo. nº 116, pág. 334-371, jul./ago.2000; especificamente nas p.s 364 e seguintes) e de Francisco Rosito (*A aplicação das máximas de experiência no processo civil de conhecimento*, p. 148 et.seq).

“E desse reexame cheguei a duas conclusões básicas: a primeira, a de que, pela teoria do risco profissional, e pela cláusula de segurança que é inerente a essa espécie de contratos, é, o banco que aluga cofres a terceiros, responsável por eventuais danos venha a sofrer o locatário nos bens que aí guarda; A segunda, que incumbe ao locatário, já que inexistente presunção a seu favor, em sofrendo danos, fazer a prova do prejuízo efetivamente sofrido.”

Mais adiante, sustenta que assim há de ser em razão de que o contrato de locação de cofre em banco contém uma característica peculiar, que é o sigilo em relação ao que no cofre é depositado. Quer dizer, o banco não tem acesso a nenhuma informação sobre o que o cliente deposita no interior do cofre que aluga. Natural, portanto, que não se possa cogitar de inverter o ônus da prova, pois isso implicaria tarefa impossível, já que o próprio contrato impunha ao banco a ignorância sobre o conteúdo dos cofres que alugava.

A prova produzida pelos autores era toda ela meramente indiciária: uma escritura pública de venda de um imóvel, venda esta em razão da qual teriam recebido expressiva quantia em dólares, que teriam posto no cofre; uma relação dos bens que estariam no cofre, elaborada pelos próprios autores; o depoimento de pessoas próximas, dando conta de que freqüentemente haviam visto a autora usando as jóias que ela sustentava serem suas e terem sido roubadas do cofre.

Diante de tal conjunto probatório, o Relator, embora se dizendo favorável à concepção de que em situações como aquela não se poderia exigir uma rigidez probatória, não vislumbrou no conjunto das provas sequer a presença de indícios suficientes à fixação do fato controvertido. Pareceu-lhe que, ao ter-se por suficiente à demonstração do fato aquele frágil cabedal de informações que a instrução propiciara, estar-se-ia “invertendo a ordem natural das coisas, impondo ao banco que os cofres aluga o dever de fazer prova negativa do que afirmadamente no cofre se continha quando do ilícito”.

Por isso, e por entender, também, que não seria tão difícil assim aos autores a prova do que tinham dentro do cofre, entendeu o Relator de negar provimento ao apelo dos autores.

O Revisor, por sua vez, depois de insistir na impossibilidade de que em casos tais se exigisse prova plena e acabada do prejuízo, invoca a autoridade de Michele Taruffo, para por meio dela esclarecer a distinção entre verossimilhança e probabilidade, de modo a evidenciar que a verossimilhança é uma noção cujo significado equivale ao de *normalidade*. Diz o Revisor:

“... no seu uso correto, sem interferência indébita de outros conceitos, a expressão ‘verossimilhança’ tem um significado bastante claro, equivalendo substancialmente ao de ‘normalidade’, na medida em que se considera verossímil o que corresponde ao ordinário andamento das coisas, ou seja ao *id quod plerumque accidit*, ou às chamadas máximas de experiência.”

Tão logo faz essa distinção, assevera a sua importância, já que o art. 335 do Código de Processo Civil autoriza a aplicação pelo juiz das regras de experiência comum, *ministradas pela observação do que ordinariamente acontece*.

Quando, então, passa a analisar as circunstâncias do caso, o Revisor busca elementos de convicção inclusive na própria história de vida dos autores, um casal sexagenário que sempre foi bastante acreditado na comunidade, fazendo-se merecedor de elevadíssimo prestígio social. Não só por força dessas circunstâncias pessoais dos autores, mas também por causa delas, o Revisor sustentou a falta de razoabilidade, de lógica, que se haveria de constatar na tese de que os autores estariam inventando a existência daqueles objetos no cofre, para obter lucro fácil. Veja-se o que diz a respeito o Revisor:

“Analisando o conjunto probatório constato o prestígio social dos autores, pessoas acreditadas na comunidade, sendo o autor empresário conhecido, um dos donos da sociedade Estaqueamento Gaúcho Ltda., empresa tradicional da praça, que teve longa existência, contando ambos os demandantes já com mais de 60 anos de idade, ela atualmente com 64 e e ele com 67 anos de idade.

As regras de experiência comum induzem à conclusão de que os demandantes não se aventurariam numa demanda judicial estimulados apenas pela possibilidade do lucro fácil, falseando a verdade para atingir esse lamentável objetivo”

Logo a seguir, perscruta, sob a ótica da lógica do razoável e numa perspectiva holística, a prova que viera aos autos, expressando-se assim:

“O cofre, como se verifica da cópia do registro de abertura de fl.13, fornecido pelo Banco, era constantemente utilizado pelo casal. As jóias nele guardadas foram minuciosamente descritas, com desenho explicativo e algumas encontradas e devolvidas aos autores, o que só demonstra a lisura destes e reforça a credibilidade em suas declarações. Pela lógica do razoável, se nessa parte a relação é verdadeira, não há por que duvidar de que não o seja no restante, evidenciada como ficou a boa-fé dos autores.”

Depois, outra vez recorrendo a lições da experiência, diz razoável acreditar-se que, tendo havido a venda do imóvel e vivendo o país uma época de corrosão inflacionária da moeda, os autores houvessem convertido em dólares o valor recebido e os houvessem depositado no cofre que alugavam. Quanto ao fato de a maioria das testemunhas ser amiga íntima do casal, assevera que, no caso concreto, isso não lhes retira a credibilidade, “porquanto pelas regras da experiência só os integrantes do círculo íntimo é que têm acesso a esse tipo de informação”.

Por todas essas razões, o Revisor deu provimento à apelação dos autores, no que foi acompanhado pelo Desembargador Cacildo de Andrade de Xavier, que, se dizendo convencido pela prova produzida, recorre outra vez, à

semelhança do que fizeram no julgamento antes examinado, ao argumento de que não encontraria nenhuma correspondência nas circunstâncias do caso, tampouco nas circunstâncias pessoais dos autores, a tese de que eles houvessem inventado uma versão fantasiosa, movidos pelo desejo de lesar o banco. Quer dizer, de novo, se vê a distinção entre a *dúvida concreta* e a *dúvida abstrata*: à luz da prova colhida, era possível imaginar que tudo houvesse sido uma grande armação para colher lucro fácil, tirando proveito do assalto ao banco? Em tese, sim, mas tal hipótese ofenderia a lógica, contrariaria a lição da experiência, desconhecera a coerência da versão narrada. Quer dizer, embora em tese *dúvida abstrata* pudesse haver, as circunstâncias apuradas nos autos não ensejaram nos dois julgadores a existência de *dúvida concreta*, que lhes impusesse desconsiderar o fato afirmado.

Este caso também propiciou a interposição de embargos infringentes, que foram igualmente improvidos por unanimidade. O acórdão que retrata o seu julgamento não traz significativas novidades, havendo quase que se limitado a incorporar como razões de decidir aquelas expostas pelo Revisor da apelação. Porém, vale transcrever trecho do voto do Desembargador Clarindo Favretto, em que se expressa uma interessante máxima de experiência. Diz o Desembargador em certo momento:

“...deve ser levada em devida conta, como o eminente Relator perante a Câmara salientou, a qualidade das partes envolvidas – o casal Soibelman -, a sua conduta anterior ao fato, durante o fato e posterior ao fato, não sendo a ninguém autorizado presumir tivessem faltado com a verdade em face de sua conduta ao longo de uma vida.

Daí por que devem ser presumidas verdadeiras as suas declarações e as declarações postas na própria petição inicial, já que sem prova em contrário. Ao inverso, a prova da conduta exemplar de vida que o casal teve até o incidente faz com que se assemelhem as suas alegações ao fato ocorrido.”

Entendeu o Desembargador que, do fato de que a vida do casal oferecia um passado de conduta irrepreensível, era possível extrair a conclusão de que, provavelmente, não estivessem faltando com a verdade. Assim *normalmente* é: quem, por uma vida, foi digno de credibilidade, a experiência indica continue a merecê-la.<sup>303</sup>

Outro importante julgamento, em que se pôs em discussão a suficiência da verossimilhança, teve por objeto episódio rumoroso, de repercussão nacional, que foi a comercialização de medicamentos anticoncepcionais destituídos do princípio ativo, meros placebos, que acabaram sendo consumidos por algumas mulheres. Vindo a engravidar, quando não era isto o que desejavam, propuseram ações indenizatórias contra o laboratório fabricante do tal medicamento.

Uma dessas ações teve sentença de improcedência, contra a qual a autora interpôs apelação.<sup>304</sup> O julgamento do recurso ofereceu intenso debate sobre a suficiência da verossimilhança.

A prova produzida pela autora limitava-se a uma receita médica em que lhe fora prescrito o uso do tal anticoncepcional. A época da concepção coincidia com a data do episódio de desvio das cartelas adulteradas. A ré, todavia, entre outros argumentos, estabelecia controvérsia sobre a afirmação da autora de que consumira o medicamento, sustentava que o desvio do medicamento havia se restringido ao Estado de São Paulo, razão pela qual a autora não poderia ter adquirido no Rio Grande do Sul cartela falsificada, e dizia que bem podia ela ter consumido, de maneira inadequada, medicamento não-adulterado.

---

<sup>303</sup> Vale anotar que se trata, justamente, de um dos exemplos de máxima de experiência, capaz de ensejar um raciocínio presuntivo, fornecidos por Gerhard Walter: “El haber llevado una vida honesta en la juventud hacia presumir la honestidad en la edad madura; y un determinado modo de vida seguido en todo el pasado llevaba a concluir que se continuaba siguiéndolo en el presente y que se seguiría en el futuro.” (*Libre apreciación de la prueba*, p. 39)

O Relator, Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, depois de refutar o argumento de que o desvio se restringira ao Estado de São Paulo, dada a hipótese absolutamente possível de que o produto tivesse sido posto pelas distribuidoras ao comércio em todo o país, considerou suficiente a verossimilhança das alegações da autora e, por isso, deu provimento à sua apelação. Em certo trecho de seu voto, colhe-se a seguinte manifestação:

“A autora é casada, possui, portanto, presumivelmente vida sexual regular. É mãe de dois filhos, nascido o último seis anos antes da concepção indesejada. À evidência, fazia ela uso de método anticoncepcional e de forma adequada, afinal evitou gravidez durante, pelo menos, seis anos. O prontuário médico e a receita apresentadas na inicial demonstram o uso de Microvlar. Tais dados permitem a conclusão de que as alegações são verídicas, ou verossímeis, porquanto usava ela método contraceptivo corretamente, sendo que a prescrição médica apenas observou o medicamento já utilizado, não havendo razão para substituir o anticoncepcional por outro, ao menos, nenhuma ventilada neste processo.

Exigir-lhe tal prova afronta as disposições do CDC, mesmo porque, é da experiência comum que ninguém guarda embalagens vazias ou notas de compra do medicamento tomado regularmente.

Assim, as provas apresentadas pela autora mostram-se verossímeis para gerar convencimento, cabendo à ré a contraprova, não feita,....”

No voto do Relator, estão presentes todos os requisitos ensejadores da redução do módulo probatório: o propósito de não deixar que se frustrem os efeitos da norma material, que protege o ofendido pela violação de determinado dever; a dificuldade probatória, que resulta dessa violação de dever; e o emprego das máximas de experiência, fundadas na noção da ordinariedade dos fatos, na idéia de normalidade dos acontecimentos, a

---

<sup>304</sup> Apelação n. 70003081957, 6ª Câmara Cível TJ/RS, julgada em 28 de novembro de 2001, sendo Relator o Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

autorizar o juízo a respeito da verossimilhança das afirmações que encontram respaldo na experiência geral.

Ao emitir seu voto, o Desembargador Osvaldo Stefanello entendeu que a prova produzida fora insuficiente à comprovação de que a autora consumira anticoncepcional adulterado. Enfaticamente, expressou-se assim a respeito:

“Prova, a da ora apelante, de uma pobreza mais que franciscana, alcançando as raias da inexistência, eis que, a não ser sua palavra, nada a convencer seja correta a versão que apresenta para pretender impor à ré gravame tão sério como o na inicial posto.”

Diante da incerteza sobre o consumo do medicamento, o Desembargador emprestou significativo valor à prova feita pela ré de que o medicamento adulterado não viera para o Rio Grande do Sul, bem como entendeu plausível a tese de que a autora não houvesse consumido adequadamente o medicamento verdadeiro. Depois, fez questão de registrar que a possibilidade de inversão do ônus da prova em prol do consumidor justificar-se na hipótese de verossimilhança da afirmação, o que não lhe parecia ocorrer no presente caso. Disse ainda que a inversão do ônus da prova em prol da defesa do consumidor, em que pese importante medida, não veio para subverter toda a ordem jurídica do país, inclusive no que se refere ao ônus da prova: É “exceção que, no entanto, não pode e não deve, ser transformada em regra”.

Assim, por essas razões, por não ver nenhuma prova indiciária suficiente séria e idônea, negou provimento à apelação.

Em tendo o Vogal acompanhado o Relator, a apelação mereceu provimento, por maioria. Prevaleceu, portanto, a idéia de que estavam presentes os requisitos necessários à facilitação da prova, à redução dos rigores próprios do módulo legal – e normal – da prova. Quer dizer, a estória da

autora era coerente, fazia sentido, era razoável acreditar que de fato tivesse ela consumido medicamento adulterado, já que a experiência autoriza crer que aquela que tem vida sexual regular e não engravida faz uso de método anticoncepcional. Por outro lado, a autora apresentou receita médica prescrevendo o tal medicamento, e engravidou justamente na época em que se deu o desvio de anticoncepcionais adulterados. Do conjunto de todos esses elementos, era possível construir um juízo de verossimilhança das afirmações da autora, e, como a natureza da relação material *sub judice* impunha a facilitação da prova, esta verossimilhança foi tida por suficiente para ensejar o acolhimento do pedido indenizatório.

Apoiada na fundamentação do voto vencido, a ré interpôs embargos infringentes, que tiveram de ser decididos por meio do voto de desempate do então 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Carlos Alberto Henke, voto do qual vale a pena transcrever o trecho que invoca, como razão de decidir pela suficiência da verossimilhança, a especial dificuldade da prova no caso concreto:

“E completo para dizer que também não é comum seja tomado o comprimido contraceptivo em público, ou pelo menos na frente de pessoas, mantendo a mulher que o utiliza um certo recato e, dependendo de sua criação ou formação religiosa, até escondendo de pessoas de suas relações. A ação de tomar a pílula contraceptiva é um daqueles atos que a pessoa realiza no recesso do seu lar, ficando evidente que é exigir demais a realização de uma prova deste jaez a uma pessoa com baixa formação cultural e pertencente à classe social da autora e seu marido”

Outro conflito em que normalmente a questão fática acaba sendo dirimida com apoio na noção de verossimilhança é o que diz com a realização de saques indevidamente feitos, por meio de fraudes eletrônicas, em contas

bancárias. Um desses casos resultou em apelação<sup>305</sup> julgada pela 10ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio de acórdão no qual se pode recolher bons argumentos em prol da flexibilização das exigências probatórias.

Tratava-se de uma ação proposta por casal, ambos já com idade avançada, cuja conta-corrente no Banco do Estado do Rio Grande do Sul fora algo de saques feitos com uso de cartão magnético, que os autores alegavam havia sido clonado, pois que deles não teria partido a iniciativa de saque algum. A questão fática, assim, centrava-se na demonstração do nexo causal entre os saques e alguma conduta do Banco, que a ele fizesse imputável a responsabilidade pela indenização dos prejuízos que os saques proporcionaram. A defesa do Banco naturalmente apoiava-se no argumento de que a utilização do cartão exigia o emprego de senha e familiares dos autores tinham acesso ao cartão, de sorte que bem podia que os saques houvessem sido feitos por eles; e, ademais, não havia prova alguma de clonagem do cartão. Por essas razões, sustentava não haverem os autores desincumbido-se do ônus da prova que a lei lhes impunha, do que decorreria a improcedência do pedido.

A sentença julgou-o, porém, procedente.

O acórdão negou provimento à apelação, invocando a presença dos fatores que, como se vem sustentando, impõem a suficiência da verossimilhança. Depois de reconhecer que houve violação do dever de bem prestar o serviço contratado, já que o sistema não gozava da necessária segurança, o acórdão pôs-se a oferecer argumentos pelos quais era de ter-se por verossímil a afirmação dos autores, como se pode observar dos seguintes trechos:

---

<sup>305</sup> Apelação n. 70003235488, 10ª. Câmara Cível TJ/RS, julgada em 12 de dezembro de 2002, sendo Relator o Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima.

“Por que o autor falecido e sua esposa, pessoas respeitáveis e de idade madura iriam criar a história dos saques indevidos? Pretendiam auferir lucros indevidos? Penso que não. Sua vida pregressa e seu histórico como clientes apontam justamente em sentido contrário. Por outro lado, a insinuação de que familiares teriam feito o saque também não possui qualquer sustentação, por motivos análogos.”

Outra vez, portanto, as circunstâncias pessoais dos autores e o modo como sempre se comportaram na relação com o Banco, é empregada como fonte da credibilidade que o juízo empresta às suas afirmações.

Adiante, de outro trecho da decisão é possível depreender – embora o acórdão assim não diga expressamente – que o fato de a violação do dever haver agravado a posição probatória dos ofendidos impõe que o violador responda pelos riscos decorrentes da dúvida acerca da existência do prejuízo. A respeito, assevera o acórdão:

“Não se exige dos prestadores desses serviços que adotem técnicas ultra-sofisticadas, com custos ainda não compatíveis com os seus lucros. No entanto, ocorrida a falha no sistema, por evidente, terão que ressarcir os prejuízos de seus clientes.”

Quer dizer, se o sistema não oferecia plena segurança e era extremamente difícil aos autores a prova de que ele falhara, havia realmente que lhes reduzir o módulo da prova do nexos causal. Caso contrário, a insegurança do sistema conviria ao réu, já que a exigir-se do correntista prova cabal da falha, dificilmente alguém conseguiria ser indenizado dos danos que dela decorressem. Também aqui é o propósito do direito material violado a razão última da suficiência da verossimilhança.

Noutro caso, também relativo a saques bancários fraudulentamente realizados, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar Recurso Especial<sup>306</sup> proferiu decisão da qual vale extrair os dois seguintes trechos:

“Como solução a esse impasse, ínsito à área de tecnologia da informação e que figura como uma das conseqüências funestas do alvissareiro avanço tecnológico mundial, impõe-se a inderrogável salvaguarda do equilíbrio da relação jurídica estabelecida entre o usuário dos serviços e o banco. Para tanto, deve necessariamente recair sobre a instituição detentora e/ou produtora dessas tecnologias o ônus de produzir mecanismos de verificação e controle hábeis a comprovar que as operações foram realizadas pelo correntista, ou sob as ordens deste.”

Vê-se aqui o entendimento da Turma no sentido de que o setor em que o conflito surgiu é tão tipicamente complexo, que praticamente impossibilita ao ofendido pela violação do dever a produção de prova dessa violação, justificando a inversão do ônus probatório.

Logo a seguir, o acórdão invoca a máxima de experiência como fonte do juízo de que é verossímil a afirmação do autor:

“incumbe ao banco demonstrar, por meios idôneos, a existência ou impossibilidade de fraude, tendo em vista a notoriedade<sup>307</sup> do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico de saque por meio de cartão bancário e/ou senha.”

---

<sup>306</sup> Recurso Especial n. 727.843, julgado em 3 de maio de 2005, sendo Relatora a Ministra Nancy Andrighi.

<sup>307</sup> Embora haja empregado a expressão “notoriedade”, é de máxima de experiência que o acórdão está a tratar, pois que a possibilidade de violação do sistema eletrônico não é um fato concreto, de cuja notoriedade se pudesse falar, mas um conhecimento generalizado, derivado da experiência recolhida de outros tantos casos dos quais se tem notícia.

Ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vale registrar recente decisão de Recurso Especial,<sup>308</sup> em processo no qual se discutia a obrigação de a Caixa Econômica Federal pagar um prêmio de loteria (Sena) a apostador que não dispunha do bilhete premiado.

A ação proposta perante a Justiça Federal da Paraíba sustentava que os números sorteados correspondiam a datas importantes na vida do autor (datas de nascimento, de casamento, e outros acontecimentos relacionados a si ou à sua família). A Caixa, por sua vez, recusara-se a pagar o prêmio, pois o apostador alegara haver perdido o bilhete. Os autos revelavam que de fato aquele prêmio tivera um único bilhete premiado, que o bilhete premiado fora comercializado pela lotérica em que normalmente o autor fazia suas apostas, e que ninguém, senão o autor, apresentara-se para reclamar o prêmio.

A sentença julgou procedente o pedido e, em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal confirmou a sentença, sempre pelo argumento de que o conjunto de indícios era suficiente para conferir credibilidade à versão do autor.

Contra o acórdão que negou provimento à apelação, a ré interpôs Recurso Especial, fundamentado na suposta violação do art. 333, I, do Código de processo Civil, pois que o julgado não teria respeitado a correta distribuição do ônus da prova ao entender prescindível a apresentação do recibo premiado. O acórdão recorrido, em certo trecho, transcrevendo trecho da sentença, sintetizava assim as razões de decidir:

“Entendo, como o magistrado sentenciante, que as regras comuns da experiência, ante a prova documental produzida, revelam a sinceridade da conduta do demandante e a efetivação da aposta. A exigência de apresentação do recibo cede, no caso, à constatação da perda.”

---

<sup>308</sup> Recurso Especial n. 636.175, julgado em 2 de fevereiro de 2006, sendo Relator o Ministro

O Recurso Especial não foi conhecido, sob o argumento de que o que a recorrente pretendia era nova valoração da prova, pois inexistia qualquer violação à regra de distribuição do ônus da prova. O art. 333, I, fora observado. Ocorreu, apenas, que o rigor probatório normalmente necessário ao convencimento judicial foi reduzido, a bem de autorizar, com amparo em regras de experiência comum, a suficiência da verossimilhança de que se revestia a narração do autor. Caso contrário, a exigir-se dela, como única prova capaz de demonstrar a verdade do que alegava, a inexigível apresentação de um bilhete que fora extraviado, estar-se-ia consagrando, de antemão, a frustração de seu direito.

Vê-se dos exemplos acima, recolhidos da recente jurisprudência, que a redução do módulo probatório, com a conseqüente suficiência do juízo de verossimilhança, tem sido adotada de maneira racional, amparada naqueles pilares antes mencionados: a preocupação com a finalidade perseguida pelo direito material objeto do conflito; a dificuldade da prova, decorrente da violação de um dever relacionado com atividade tipicamente complexa; e a correspondência entre os fatos afirmados e a forma como a experiência indica que normalmente ocorrem fatos tais quais os afirmados.

## CONCLUSÕES

1. O trabalho teve como objetivo examinar a suficiência do juízo de verossimilhança para a decisão da questão fática, verificando, pois, a possibilidade de que o julgador, ao julgar a causa, tenha por existentes fatos de cuja ocorrência não há prova, mas que a ele se apresentam como verossímeis.

2. O tema, portanto, implicou reflexão sobre o convencimento judicial, sobre a função da prova, sobre a idéia de verdade, e fez imperioso, já no primeiro momento, constatar a necessidade de abandonar a idéia de que o resultado do processo haverá sempre de corresponder à verdade dos fatos. A *desconstrução* da verdade como natural e inexorável resultado do processo havia de ser o ponto de partida de um estudo que pretendia sustentar a suficiência da verossimilhança. Enquanto não se afastasse a ilusão de que a prova conduz à revelação de uma objetiva realidade, não se encontrariam razões para admitir-se como bastante a idéia de que os fatos são apenas verossímeis: se se aceita que a prova conduz à demonstração da realidade, não se justifica abdicar da certeza que ela propicia.

3. Por isso, a primeira parte houve de dedicar-se ao conceito de prova, ao exame do tratamento dispensado à questão fática nos principais modelos de processo responsáveis pela conformação do processo civil ocidental, e a observação de como é equivocado o emprego da noção de verdade como expressão que descreve tanto o objetivo perseguido pelo processo quanto o resultado que ele é capaz de atingir.

3.1. O exame do conceito de prova permitiu que se reconhecesse a necessidade de afastar-se a idéia de que a prova seja instrumento de *descoberta* ou de *demonstração* de fatos litigiosos; fez possível concluir que tal entendimento justifica-se sob o influxo de um paradigma epistemológico já superado.

3.2. Quer dizer, no modelo cientificista, cartesiano, absoluto, em que o plano dos fatos e o plano das idéias eram reciprocamente alheios e impenetráveis, modelo forjado no Iluminismo, fazia sentido acreditar na capacidade demonstrativa da prova, pois que o fato era tido como algo apreensível objetivamente e, portanto, cientificamente demonstrável.

3.3. A superação da pretensiosa epistemologia *moderna*, e a sua substituição por um pensamento que reconhece as limitações do conhecimento humano, alterou a perspectiva com que se observava a função da prova. De uma atividade de *demonstração*, a prova passou ao terreno da *argumentação*. Recuperou com isso a função, que lhe atribuía a concepção *clássica* da prova, de convencer o julgador de que uma determinada versão tende a aproximar-se mais da verdade; restaurou-se a idéia de probabilidade no exame do conjunto das provas.

3.4. Constatou-se ademais que, de qualquer modo, o processo não é instrumento necessariamente capaz de revelar a verdade, dada a inescapável conformação jurídica das atividades por meio das quais o juiz *conhece*, dados os limites que a norma impõe e as garantias que, justamente por isso, ela propicia aos litigantes.

3.5. Concluiu-se acertada a definição de prova, que dá João de Castro Mendes, ao tê-la como instrumento que, por meio do processo, forja no espírito do julgador a convicção de que há razões justificáveis para aceitar determinada alegação fática como fundamento da decisão jurisdicional.

3.6. Viu-se que, no entanto, o reconhecimento de que nem sempre o resultado do processo corresponderá à verdade dos fatos não autoriza que se tenha o processo como um jogo de pura retórica, em que tudo o que se exija da prova é que confira coerência interna ao discurso; não autoriza concluir que a verdade seja um desvalor no processo. Muito ao

contrário, concluiu-se que a verdade, ainda que não se a tenha como expressão do resultado do processo, preserva importante função legitimadora da própria atividade jurisdicional.

3.7. Ao encerrar-se o exame do conceito de prova, concluiu-se pela impossibilidade de seguir-se empregando a noção de verdade como alicerce do conceito de prova e realçou-se o quanto a superação desse paradigma aumenta o compromisso do julgador com a racionalidade da sua convicção e impõe o estabelecimento de outros padrões de controle do convencimento judicial, mais condizentes com o ceticismo em relação à capacidade de o processo permitir a revelação de uma objetiva verdade.

3.8. Examinados o conceito e as funções próprias da prova, foi útil conhecer o modo como trataram da questão fática os principais modelos de processo, a partir de cujas características consolidou-se o processo ocidental. Viu-se que a trajetória da prova pela história do processo pode ser descrita, numa apertada síntese, como um percurso no rumo da racionalidade; nesse percurso, pela crescente importância que se vai dando ao fato como desencadeador de conseqüências jurídicas, confere-se paulatinamente um tratamento cada vez mais racional à decisão do julgador. Observou-se que a história da prova, depois de reconhecida a importância do fato, foi, de certa forma, o registro de uma permanente tensão entre, de um lado, o desejo de conferir liberdade de convencimento ao juiz, o que é próprio de uma filosofia que confia na razão do homem, e, de outro, a preocupação com o arbítrio judicial, a recomendar que se constranja esse convencimento pela imposição de normas de prova legal.

3.9. Com o auxílio dessa abordagem histórica, constatou-se que, à medida que a razão passou a ser o elemento que informa a decisão do juiz, não foi mais possível sustentar a idéia de que o resultado do processo encontrava justificativa na noção de verdade dos fatos nele constatados. Por outro lado, viu-se que a sobrevivência de normas de prova legal, a repercutir na

definição dos elementos de que o juiz dispõe para construir sua decisão, também exige que se reconheça a possibilidade de que o resultado da prova não corresponda à realidade dos fatos. Soube-se, então, que, embora acertadas, essas constatações conduziram à noção equivocada de que haveria duas verdades: uma *material*, fiel à realidade dos fatos ocorridos; e outra *formal*, que as limitações próprias do processo permitiram conhecer.

3.10. Constatou-se que se tratava de uma posição errada, já que não há duas verdades. Ocorre que o resultado do processo não propiciará a revelação de verdade alguma, mas tão somente ensejará a formação pelo juiz de uma *certeza histórica*: a partir dos elementos constantes dos autos, o julgador deixar-se-á convencer de que determinados fatos devem *ser tidos por* existentes. Viu-se que, por meio do bom-senso, da razão e da experiência, o julgador apurará o quanto as representações fáticas formuladas pelas partes adequam-se à realidade que pretendem descrever.

3.11. Soube-se que, por um fenômeno que Taruffo chamou de *polarização simétrica*, associa-se o modelo dispositivo de processo à idéia de que a função precípua do processo é a de solucionar conflitos, e o modelo inquisitivo à idéia de que o processo serve ao accertamento da verdade; e que o caráter ideológico desse debate põe um falso dilema entre contentar-se com a circunstância de que o processo será capaz de propiciar o conhecimento de uma verdade formal ou insistir na possibilidade e na conveniência de buscar a verdade material. Viu-se que a falsidade do dilema está em que, quer no modelo dispositivo, quer no mais inquisitivo dos modelos, de qualquer modo se terá de reconhecer que a verdade é uma noção que não serve a descrever o resultado do processo; seja qual for a função que se tenha por justificadora do exercício da jurisdição, de todo modo será preciso admitir a possibilidade de discrepância entre a realidade e a sua representação nos autos.

3.12. Concluiu-se, a propósito, que o acerto ou o equívoco da fixação judicial dos fatos não pode ser apurado por meio de uma comparação

com uma hipotética realidade extra-autos, cuja existência jamais se poderá definitivamente constatar. Reconheceu-se, no entanto, que a perda dessa referência externa – a verdade extra-autos –, não expõe o jurisdicionado ao arbítrio judicial, mas, ao contrário, reforça o controle da decisão fática, que haverá de fazer-se pelo exame da racionalidade, da coerência entre as afirmações fáticas que o juiz entendeu de acolher.

4. Uma vez reconhecido que todo o juízo fático não é mais que juízo de probabilidade, conclusão a que se chega quando se constata que *verdade* não é expressão adequada à descrição do resultado do processo, o trabalho dedicou-se, no começo de sua segunda parte, a pavimentar o caminho por que pretendeu chegar às suas conclusões.

4.1. De pronto, esclareceu-se o sentido da expressão *verossimilhança*, como sendo equivalente à constatação de que uma determinada alegação adequa-se a um juízo prévio e genérico a respeito de certo tipo de fato ou situação. Compreendeu-se que, à diferença das noções de veracidade e probabilidade, que são construídas a partir de elementos concretos, recolhidos do conjunto da prova, o juízo de verossimilhança implica verificar o quanto a afirmação fática corresponde a uma idéia pré-constituída de como aquele tipo de fato afirmado normalmente ocorre.

4.2. Neste ponto, foi preciso examinar o tema das máximas de experiência, já que é a experiência o padrão de que dispõe o julgador para avaliar a verossimilhança de uma afirmação.

4.2.1. Viu-se, então, com o auxílio de Stein, que máximas de experiência são juízos construídos a partir da experiência, mediante a observação daquilo que normalmente ocorre. Compreendeu-se que a constatação empírica de que, sob certas circunstâncias, os fatos normalmente ocorrem de determinada forma, induz à formulação de uma regra geral e abstrata, que permitirá ter por razoável crer que, sempre que aquelas

circunstâncias se reproduzirem, reproduzir-se-ão, também, os fatos cuja provável existência a máxima de experiência indica.

4.2.2. Porque as máximas de experiência se constroem sobre a idéia do normal, e porque o normal é o resultado de um consenso localizado no tempo e no espaço, compreendeu-se que elas são relativas e alteram-se conforme se modificam a cultura e o comportamento de uma determinada sociedade.

4.2.3. A respeito da natureza jurídica das máximas de experiência, compreendeu-se que são regras, regras nascidas da experiência, da observação de fatos concretos. Apesar desta origem, não integram o plano dos fatos porque não têm existência concreta, não são dotadas de fisicidade. Sublinhou-se, portanto, que são regras lógicas, que impõem ao julgador a consideração daquilo que a cultura de seu tempo e de sua gente estabeleceu ser o que normalmente ocorre em situações semelhantes a que está sob julgamento.

4.2.4. Para compreender-se a distinção entre as máximas de experiência e os fatos notórios, viu-se que, enquanto a máxima de experiência é um instrumento que vai servir ao raciocínio judicial, o fato notório é dotado de concretude, é o próprio fato que haverá de restar judicialmente fixado.

4.2.5. Ainda sobre o fato notório, discutiu-se a possibilidade de que, dada a generalidade do conhecimento acerca de sua existência, o juiz leve-o em consideração ainda que não alegado por qualquer das partes. Viu-se, a propósito, que, independentemente da posição *geográfica* em que se situe a figura do fato notório, se no campo do saber privado do juiz ou no campo de seu saber oficial, a questão melhor se resolve por meio da consideração ao princípio dispositivo: ainda que a notoriedade dispense-o da respectiva prova, o princípio dispositivo veda que o juiz possa extrair

conseqüência jurídica de fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo de direito invocado, que não haja sido afirmado por alguma das partes. De tal sorte, concluiu-se que, somente em se tratando de fato secundário, acessório, é que o juiz poderá, de ofício, levá-lo em consideração.

4.2.6. A seguir, identificou-se na idéia de *cultura* uma referência que é comum tanto às máximas de experiência quanto aos fatos notórios, e enfatizou-se que a segurança necessária ao emprego de ambas as figuras em juízo advém, justamente, da serenidade e do desinteresse com que o grupo social incorpora o fato ou a regra de experiência ao seu patrimônio cultural.

4.2.7. Quando se examinou a relação entre as máximas de experiência e a figura da presunção, viu-se que a este trabalho interessava a figura da *presunção simples*, a *presumptio hominis*, aquela que é operada pelo julgador quando a existência comprovada de um fato leva-o a ter por existente outro, a cujo respeito não há prova nos autos; quer dizer, da existência de um fato o juiz inferirá a existência de outro.

4.2.8. Compreendeu-se, também, que a relação entre as máximas de experiência e os fatos notórios reside no aspecto de que a razão autorizadora dessa inferência lógica entre o fato provado – o indício – e o fato inferido é justamente a idéia de normalidade, de conformidade com a ordem natural das coisas. Assim, entendeu-se que, a ligar o indício ao fato presumido pelo juiz, há sempre uma regra decorrente da experiência.

4.2.9. Examinou-se, então, a função das máximas de experiência em relação à figura da *prova prima facie*, que, como se viu, consiste em atribuir tanta credibilidade a uma afirmação fática, que ao adversário incumbirá provar-lhe a não-veracidade. A propósito, analisou-se a diferença entre a função que a máxima de experiência desempenha na figura da *prova prima facie* e a que ela desempenha no raciocínio presuntivo: na

presunção, a máxima de experiência funciona como *ponte* lógica entre o indício e a conclusão a que a presunção conduz; na *prova prima facie*, diferentemente, não é de fato concreto algum que se vai inferir a existência do fato afirmado, mas da pura e simples verossimilhança da afirmação; verossimilhança que decorre da conformidade entre o que foi afirmado e aquilo que a máxima de experiência permite reconhecer como conforme à ordem normal dos acontecimentos.

4.2.10. Observou-se o modo como as máximas de experiência repercutem na distribuição do ônus da prova. Depois de sublinhar que as regras relativas ao ônus da prova são regras de julgamento, cuja incidência somente se dará diante da inexistência de prova, compreendeu-se que, a rigor, ainda que o juiz constate que as provas produzidas apontam numa determinada direção, se elas entretanto são insuficientes para convencê-lo da “verdade”, ele haverá de desconsiderá-las e de fazer incidir a regra distribuidora do ônus da prova. Todavia, como se viu, a existência de uma máxima de experiência aplicável ao caso concreto fará com que o julgador possa dela inferir a existência dos fatos, sem precisar recorrer à regra do ônus da prova. Em síntese, constatou-se que, tanto nas *presumptio hominis* quanto nas presunções legais relativas, verifica-se uma inversão do ônus da prova: quer por uma ilação que a lei determina, quer por alguma que o juiz haja construído, um dos litigantes estará dispensado do ônus de provar fato cuja existência lhe aproveita. Ressaltou-se, ainda, o fato de que esses fenômenos de *inversão do ônus da prova*, antes de atuar sobre a distribuição do ônus da prova, em verdade incidem sobre o objeto da prova, excluindo deste o fato afirmado e não-provado.

4.2.11. Verificou-se o tratamento que as máximas de experiência recebem do art. 335 do Código de Processo Civil e do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Concluiu-se que a correta interpretação do dispositivo do Código de Processo Civil é a de que o julgador, desde que normas de prova legal não lhe restrinjam essa possibilidade, haverá de extrair

da experiência comum elementos que o auxiliem na formação de seu convencimento; a respeito da norma consumerista, observou-se que a menção à experiência, como razão que funda a verossimilhança, é elemento que confere ao dispositivo um mínimo de objetividade. Concluiu-se, também, que, se a norma, para facilitar a defesa dos interesses do consumidor, isenta-lhe da carga probatória, ao estabelecer a inversão do ônus da prova, também autoriza a redução do módulo da prova e a suficiência da verossimilhança.

4.2.12. Encerrou-se, assim, o exame das máximas de experiências e figuras afins, com a identificação do pano de fundo comum a todas elas: o grau de atendibilidade de uma afirmação que se mostra conforme com a ordem natural das coisas. Fez-se conveniente, aí, invocar a idéia, que Alessandro Giuliani disse consistir em princípio geral próprio do mundo clássico, de que a mudança não pode ser presumida, deve ser provada. De tal idéia, a *contrario senso*, resulta a existência de uma *presunção* a favor do passado, da história.

5. Uma vez examinadas as máximas de experiência e suas funções, impôs-se uma maior atenção à concepção de Carnelutti a respeito de como o juiz promove o acerto dos fatos que a sentença porá. Houve necessidade de uma maior atenção à tese de Carnelutti, a respeito da fixação dos fatos porque, de certa forma, admiti-la faz mais confortante e menos ousado cogitar da suficiência da verossimilhança.

5.1. A propósito, observou-se que a concepção de Carnelutti parte da observação que faz de que, enquanto o encontro da norma incidível no caso concreto é uma tarefa para a qual o juiz só encontra limites na realidade do ordenamento jurídico, quando se trata de apurar os fatos a conduta do juiz está totalmente condicionada pelo ordenamento jurídico, a começar pela circunstância de que ele não poderá levar em consideração fato que não for afirmado por alguma das partes. Quer por isso, quer porque, ao contrário do que ocorre em relação ao conhecimento da norma, em relação aos fatos a lei

disciplina o modo de o juiz conhecê-los, viu-se que Carnelutti tem a definição dos fatos como operação que não se dá *segundo a realidade*, mas mediante uma *fixação formal*.

5.2. Enfatizou-se, novamente, agora com expresse apoio em Carnelutti, o erro de identificar-se o resultado do processo com a verdade, já que a cognição destina-se a *fixar* fatos, e não a revelá-los.

5.3. Realçou-se o que Carnelutti chamou de *equivalência processual*, entre o *fato a fixar* e o *meio de fixação*, para, por meio dessa idéia, justificar a possibilidade de que as conseqüências jurídicas da norma produzam-se mesmo que os fatos que lhe compõem o suporte fático não hajam efetivamente se verificado. Com esteio nessa construção teórica, compreendeu-se que a condição para que a norma desencadeie suas conseqüências por meio do processo não é a efetiva existência dos fatos, mas a presença nos autos de meios que permitam fixá-los, ainda que eles em verdade não tenham ocorrido, ou, o que dá no mesmo, ainda que jamais se tenha como saber se ocorreram ou não.

5.4. A ênfase emprestada à concepção de Carnelutti foi importante, na medida em que ela contribuiu para superar o dogma de que a verdade é o único padrão com o qual o processo lida; ao mostrar que é da essência do próprio sistema de fixação formal a possibilidade de divergência entre a realidade a situação suposta na decisão, Carnelutti legitima que se reflita sobre o emprego de outros critérios de fixação dos fatos.

5.5. A compreensão de que o próprio sistema, a bem de promover a rapidez e a segurança das decisões, ou a bem de assegurar o respeito às garantias próprias do *devido processo legal*, admite prescindir de um julgamento segundo a realidade, de modo que ele se faça sobre a fixação formal de determinados fatos, autorizou a cogitação de que, em certas situações, a mera verossimilhança baste a essa fixação formal.

5.6. Neste ponto, fez-se presente uma nova questão, cujo esclarecimento se impôs: se era a noção de verdade que preenchia axiologicamente o processo, que o legitimava como instrumento de solução de conflitos, e o trabalho sustentava a idéia de que verdade não era expressão capaz de necessariamente descrever o resultado do processo, era preciso encontrar razões para que não se o tivesse por um vazio ético, para que ele, processo, mantivesse o compromisso com o valor do justo.

5.7. Concluiu-se, a respeito, que o compromisso ético do processo reside na manutenção da noção de verdade como critério que dá sustentação às pretensões dos litigantes e como mito que legitima o exercício da função jurisdicional e, por conseqüência, o processo; e na racionalidade do procedimento empregado, consubstanciada, a rigor, pela qualidade do contraditório que nele se propicie.

5.8. Advertiu-se para a necessária cautela no exame das concepções externadas, a fim de que elas não conduzam a exagerado relativismo, que pretenda generalizar sem critérios a suficiência do juízo de verossimilhança. Viu-se que tal generalização não encontraria abrigo legal e tampouco atenderia às finalidades da jurisdição, de modo que a defesa da suficiência da verossimilhança começa, justamente, pelo reconhecimento de que ela não corresponde ao módulo geral de prova.

5.9. Sustentou-se, então, que a razão que, em certas situações, justificará aceitar-se a verossimilhança da afirmação como suficiente à fixação do fato afirmado está na necessidade de preservar a viabilidade dos propósitos da norma material, cuja consecução se vê ameaçada por uma especial dificuldade probatória imposta àquele que o direito material objetiva em determinadas circunstâncias proteger. Em outras palavras, concluiu-se que, em situações excepcionais, exigir que o convencimento judicial se construa com base no módulo geral de prova, isto é, alicerçado na idéia de uma certeza que

resulta da máxima aproximação à verdade, implica frustrar a possibilidade de defesa dos interesses daquele a quem a lei impõe o ônus da prova, e que se encontra numa posição probatória particularmente difícil.

5.10. Nesta hipótese, admitiu-se, será preciso excepcionar a regra processual, para atender à intenção da regra material. Em suma, pois, afirmou-se que a redução do módulo probatório haverá de dar-se quando aquele, a quem pretende favorecer a norma material cujo suporte fático reclama esclarecimento, é o mesmo litigante a quem a norma processual impõe uma carga probatória que, naquelas especiais circunstâncias do litígio, se revela extraordinariamente pesada. Aí, ou se facilita, com emprego da noção de verossimilhança a fixação formal dos fatos, ou se retira do jurisdicionado qualquer perspectiva de vir a implementar-se em concreto o direito material por ele invocado.

5.11. Procurou-se, então, identificar espécies de situação em que provavelmente estejam presentes os requisitos ensejadores desta redução do módulo da prova, quais sejam:

5.11.1. A situação em que a controvérsia fática estabelece-se sobre a existência de nexos causal, e a demonstração dessa causalidade depende de que se provem conseqüências que hipoteticamente adviriam de uma conduta que não ocorreu.

5.11.2. A situação em que é necessário comprovar conseqüências decorrentes da violação de um dever de conduta, e essa violação resulta numa acentuada piora da posição probatória daquele que pretende indenização por danos alegadamente decorrentes daquela violação.

5.11.3. A situação em que se trata de responsabilidade objetiva decorrente do exercício de atividade perigosa, e é preciso comprovar que o perigo de dano efetivamente converteu-se em dano.

5.11.4. Concluiu-se, então, que por detrás de todas essas hipóteses está o compromisso com o propósito da norma material. Compreendeu-se, assim, que o fato de que reflexão sobre a intensidade da prova faça-se sob a perspectiva do direito material, é por si só, também, uma forma de fazer o processo permeável pelo valor do justo, do ético. Isso serve ao reforço da idéia antes exposta, de que a consciência acerca da limitada capacidade de alcançar a verdade não implica nenhum descompromisso do processo com a realidade, de modo algum deve ser tida como idéia que leve a concluir que o processo baste-se a si próprio.

5.12. Entendeu-se que é natural que a admissão da suficiência do juízo de verossimilhança agudize a preocupação com o controle da racionalidade do convencimento judicial, o que fez útil o conhecimento de certos modelos de constatação e de certas idéias, com o auxílio dos quais se poderá conferir racionalidade à fixação dos fatos. Alguns deles, viu-se, podem ser de grande valia no controle da racionalidade do juízo de verossimilhança, como, por exemplo: a distinção entre dúvidas concretas e dúvidas abstratas; os modelos probabilísticos, quer os que empregam a noção de probabilidade fundada na idéia de normalidade, quanto os que lidam com a probabilidade-estatística; os modelos narrativísticos, a recomendar a observação da coerência do discurso, da coesão entre os elementos que compõem a narrativa dos fatos. Ressaltou-se, também, a importância, para a construção do juízo de verossimilhança e, bem assim, para o controle de sua racionalidade, de que as versões contrapostas sejam complessivamente valoradas, sob uma perspectiva holística, e não analítica, da prova.

5.13. Entendeu-se conveniente advertir que de modo algum a suficiência do juízo de verossimilhança pode ser tida como algo que libere o julgador do compromisso com a lógica de seu raciocínio, com as regras do bem-pensar. Muito pelo contrário, esse compromisso renova-se, multiplicado, quando se outorga ao julgador o poder-dever de admitir a suficiência da

verossimilhança. Disso resulta a importância de um contraditório pleno, que permita ao julgador aferir, por um olhar percuciente e dirigido desde diferentes perspectivas, o grau de verossimilhança das versões contrapostas.

5.14. Por fim, o exame de algumas interessantes decisões judiciais, que admitiram a redução do módulo probatório e reconheceram a suficiência da verossimilhança para a fixação de certos fatos, permitiu constatar que o receio de arbitrariedade e de extremado subjetivismo do julgador não vem encontrando razões que os justifiquem. Ao contrário, pode-se perceber que o manejo da noção de verossimilhança fez-se balizado por aqueles elementos que efetivamente o autorizam: a preocupação com a finalidade perseguida pelo direito material; a especial dificuldade da prova, decorrente da violação de um dever da qual resulta um extremado agravamento da posição probatória do litigante; e a correspondência entre os fatos afirmados e a forma como, de acordo com as regras da experiência, fatos como aqueles normalmente ocorrem.

6. Calham, no entanto, ao final deste estudo, as palavras empregadas por Friedrich Stein, em 1893, ao final do prólogo de sua obra *El conocimiento Privado del Juez*, e que vão aqui livremente traduzidas: “Ainda que, ao verificar minha tese, seguramente não seja sustentável algo daquilo com o que cheguei a encarinhar-me, me conformo com haver chamado a atenção sobre pontos cuja mais profunda compreensão redundará, em qualquer caso, a meu juízo, em proveito da jurisprudência.”

## REFERÊNCIAS

**ABELLÁN**, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho – Bases Argumentales de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999.

**AMODIO**, Ennio. Prove legali, legalità probatoria e politica processuale. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Série – anno XVII. Milano: Giuffrè, 1974.

**ARAGÃO**, Egas D. Moniz de. *Exegese do Código de Processo Civil*, vol IV, Tomo I, Rio de Janeiro: AIDE, 1981.

**ARENHART**, Sérgio Cruz. A verdade substancial. In: *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, nº 3, p. 685-695, set./dez. Curitiba: Genesis, 1996.

**AUGENTI**, Giacomo, Apendice. In: *La prueba civil. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.

**BAUR**, Fritz. Da importância da dicção “iuria novit curia”. In: *Revista de Processo* nº 3, p. 169-177, jul./set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

**BEDAQUE**, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

**CALAMANDREI**, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: *Opere Giuridiche*. vol. V. Napoli: Morano Editore.

\_\_\_\_\_. Per la definizione del fatto notorio. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. II – Parte I, p. 273-304. Padova: CEDAM, 1925.

\_\_\_\_\_. Processo e giustizia. *Rivista di Diritto Processuale*, nº 4 Parte I, p. 273-290. Padova: CEDAM, 1950.

**CAMBI**, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. In: *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, nº 12, p. 226-243, abr./jun. Curitiba: Genesis, 1999.

**CAPPELLETTI**, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

**CARNELLUTTI**, Francesco. *La prueba civil. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.

\_\_\_\_\_. Verità, dubbio, certezza. In: *Rivista di Diritto Processuale*, anno XX nº 1, p. 4-9, Gen./Mar. Padova: CEDAM, 1965.

\_\_\_\_\_. Nuove riflessioni sul giudizio giuridico. In: *Rivista di Diritto Processuale*, p. 81, Padova: CEDAM, 1956.

\_\_\_\_\_. Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. V – Parte I, p. 115-123. Padova: CEDAM, 1950.

\_\_\_\_\_. La certezza del diritto. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. XX – Parte I, p. 81-91, Padova: CEDAM, 1943.

**CHAUÍ**, Marilene. As concepções da verdade. In: *Filosofia*, Unidade 3, cap. 9, p. 58-61. São Paulo: Ática, 2002.

**CHIOVENDA**, Giuseppe. Sul rapporto fra le forme del procedimento e la funzione della prova (L'oralità e la prova). In: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Vol. Secondo. Roma: Società Editrice Foro Italiano, 1931.

**COTTA**, Sergio. Quidquid latet apparebit: le problème de la vérité ju jugement. In: *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 39, p. 219-237. Paris: Dalloz-Sirey, 1995.

**CRESCI** Sobrinho, Elicio. O juiz e as máximas de experiência. In: *Revista Forense*, vol. 296, p. 430-436, out./dez. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

**DAMASKA**, Mirjan R. *Evidence Law Adrift*. New York: Yale University Press-New Haven & London, 1997.

**DENTI**, Vittorio. L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, anno XLVI, nº 3, p. 709-713, Milano: Giuffrè Editore, 1992.

\_\_\_\_\_. *Estudios de derecho probatorio*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974.

**DIAS**, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. In: *Revista de Processo* nº 107, p. 86-96, jul./set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

**DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

**FABRÍCIO**, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 7, p. 30-36, jul./set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

**FURNO**, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova: CEDAM, 1940.

**GARBOLINO**, Paolo. La logica del probabile e la prova giuridica. In: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura (La prova nel processo civile – Vol. secondo)*. Disponível em: <[http://www.csm.it/quaderno/quad\\_108/quad\\_108\\_26.pdf](http://www.csm.it/quaderno/quad_108/quad_108_26.pdf)>. Acesso em: 03. fev.2005.

**GIANFORMAGGIO**, Letizia. Criteri logici di controllo del ragionamento probatório. In: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura (La prova nel processo civile – Vol. Secondo)*. Disponível em: <[http://www.csm.it/quaderno/quad\\_108/quad\\_108\\_28.pdf](http://www.csm.it/quaderno/quad_108/quad_108_28.pdf)>. Acesso em: 03. fev.2005.

**GIULIANI**, Alessandro. Le rôle du “fait” dans la controverse (à propos du binôme “rhétorique-procédure judiciaire”). In: *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 39, pág.229-237. Paris: Dalloz-Sirey, 1995.

\_\_\_\_\_. *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffré, 1971.

**INVREA**, Francesco. *La traccia o segno residuo come mezzo di prova*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. XIII – Parte I, p. 90-116, Padova: CEDAM, 1936.

**KNIJNIK**, Danilo. Os Standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. In: *Revista Forense* nº 353 p.15-51. Rio de Janeiro: editora, jan./fev. 2001.

**LARENZ**, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª Ed., tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

**MARCHEIS**, Chiara Besso. Probabilità e prova: considerazione sulla struttura del giudizio di fatto. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*. anno XLV. nº 4, p. 1119-1163, Milano: Giuffrè, 1991.

**MARINONI**, Luiz Guilherme. *A questão do convencimento judicial*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5966>>. Acesso em: 07. mar. 2006.

**MARINONI**, Luiz Guilherme e **ARENHART**, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

**MATTOS**, Sérgio Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

**MELERO**, Valentin Silva. *La prueba procesal*, Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

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

**MENDES** Jr., Manoel de Souza. O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, nº 114, p. 67-91, mar./abr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

**MICHELI**, Gian Antonio. Teoria Geral da Prova. *Revista de Processo*. nº 3, p. 161-168, jul./set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

\_\_\_\_\_. *La carga de la prueba*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ediciones Juridicas Europa-America, 1961.

**MITTERMAYER**, C.J.A.. *Tratado da prova em matéria criminal*, 4ª Edição, Campinas: Editora Bookseller, 2004.

**MOREIRA**, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In: *Revista de Processo*. São Paulo, nº 86, p.295-309, abr./jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

**MOREIRA**, José Carlos Barbosa. Processo civil e processo penal: mão e contramão? In: *Genesis Revista de Direito Processual Civil*, nº 12, p. 249-259, abr./jun. Curitiba: Genesis, 1999.

\_\_\_\_\_. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de Processo*. São Paulo, Nº 53, p.122-133, jan./mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_. As presunções e a prova. In: *Temas de Direito Processual (Primeira Série)*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. Sobre a participação do juiz no processo civil. In: *Participação e processo*, obra coordenada por GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. O juiz e a prova. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 35, p.178-184, jul./set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

\_\_\_\_\_. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, vol. 261, p. 13-19, jan./mar. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

**NOBILI**, Massimo. Il principio del libero convincimento del giudice. Milano: Giuffrè. 1974.

**OLIVEIRA**, Carlos Alberto Alvaro de. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: *Prova Cível*, pág. 45-57. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. Garantia do Contraditório. In: *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, org. TUCCI, José Rogério Cruz e, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 1999.

\_\_\_\_\_. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

**PATTI**, Salvatore. Ripartizione dell'onere, probabilità e verosimiglianza nella prova del danno da prodotto. In: *Rivista di Diritto Civile*, anno XXXVI, p. 705-721, Padova: CEDAM, 1990.

\_\_\_\_\_. Libero convincimento e valutazione delle prove. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XL, p. 481-519. Padova: CEDAM, 1985.

**PASTORE**, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996.

**PAVANINI**, Giovanni. *Massime di esperienza e fatti notori in corte di cassazione*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Volume XIV Parte I, p. 247-268. Padova: CEDAM, 1937.

**PIERANGELLI**, José Henrique. *Da prova indiciária*. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 610, p. 283-303, ago. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

**QUIJANO**, Jairo Parra. *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*. Tomo IV. 3ª ed. ampliada e atualizada. Bogotá: Ediciones Librería del Professional, 1997.

**RANGEL**, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

**ROSITO**, Francisco. *A aplicação das máximas de experiência no processo civil de conhecimento*. Dissertação (Mestrado em Direito) 177 p. – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

**SANTOS**, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*, vol. 1. 5ª ed. atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1983.

**SENTÍS MELENDO**, Santiago. *Naturaleza de la prueba: La prueba es libertad*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 462, p. 11-22, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

**SIDOU**, J. M. Othon. *Processo civil comparado – histórico e contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1997.

**SILVA**, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia. O paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Processo e Ideologia. In: *Revista de Processo*, nº 110, pág.19-36, abr./jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil*, vol. I, 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

**STEFANO**, Giuseppe de. *Collisione di prove civili*. Milano: Giuffrè, 1951.

**STEIN**, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traducción y notas de SANTOS, Andres de la Oliva. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973.

**TARUFFO**, Michele. La valutazione della prova. Prova libera e prova legale. Prove e argomenti di prova. In: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura (La prova nel processo civile – Vol. Secondo)*. Disponível em: <[http://www.csm.it/quaderno/quad\\_108/quad\\_108\\_25.pdf](http://www.csm.it/quaderno/quad_108/quad_108_25.pdf)>. Acesso em: 03. fev. 2005.

\_\_\_\_\_. Le prove. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, anno XLIX nº 4. p. 1479-1483, Milano: Giuffrè, 1995.

\_\_\_\_\_. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

\_\_\_\_\_. La ricerca della verità nell “Adversary System” AngloAmericano. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXXII (II Serie), p. 596-633. Padova: CEDAM, 1977.

\_\_\_\_\_. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970.

\_\_\_\_\_. Il giudice e lo storico: considerazione metodologiche. IN: *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXII (II Serie), p. 438-465. Padova; CEDAM, 1967.

**THEODORO JR.**, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. In: *Revista Forense*, vol. 263, p. 38-47, jul./set. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

**THUMS**, Gilberto. O mito sobre a verdade e os sistemas processuais. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 4, nº 8, p. 89-106, jan./abr. Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-Americanos de Ciências Penais, 2003.

**UBERTIS**, Giulio. Profili epistemologici della prova. In: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura (La prova nel processo civile – Vol. Secondo)*. Disponível em: <[http://www.csm.it/quaderno/quad\\_108/quad\\_108\\_27.pdf](http://www.csm.it/quaderno/quad_108/quad_108_27.pdf)>. Acesso em: 03. fev. 2005.

**VERDE**, Giovanni. La prova nel processo civile. Profili di teoria generale. In: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura (La prova nel processo civile – Vol. Primo)*. Disponível em: <[http://www.csm.it/quaderno/quad\\_108/quad\\_108\\_1b.pdf](http://www.csm.it/quaderno/quad_108/quad_108_1b.pdf)> . Acesso em: 03. fev.2005.

\_\_\_\_\_. Prova: Teoria Generale e Diritto Processuale Civile, In: *Enciclopedia del Diritto*, vol XXXVII, p. 579-648. Local: Giuffrè Editore, data.

\_\_\_\_\_. L'inversione degli oneri probatori nel processo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, p. 715-756. Milano: Giuffrè, 1992.

\_\_\_\_\_. Considerazione sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXVII, p. 438-463. Padova: CEDAM, 1972.

**WALTER**, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Tradução de BANZHAF, Tomás. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1985.

**ZANETTI Jr.**, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: *Revista de Processo.*, nº 116, p. 334-371, jul./ago. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.