

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

ANTONIO CARLOS GÉLIO

VERDADE, PROBABILIDADE E VEROSSIMILHANÇA NO PROCESSO

FORTALEZA
2006

ANTONIO CARLOS GÉLIO

VERDADE, PROBABILIDADE E VEROSSIMILHANÇA NO PROCESSO

Monografia apresentada como exigência
para a obtenção do grau de bacharel em
Direito, sob a orientação do Professor
Rodrigo Macedo de Carvalho.

**FORTALEZA
2006**

ANTONIO CARLOS GÉLIO

VERDADE, PROBABILIDADE E VEROSSIMILHANÇA NO PROCESSO

MONOGRAFIA APROVADA

BANCA EXAMINADORA

Fortaleza, 21 de julho de 2006.

Rodrigo Macedo de Carvalho
Prof. Orientador da Faculdade de Direito (UFC)

Danilo Santos Ferraz
Prof. Examinador da Faculdade de Direito (UFC)

José Tarcísio Nogueira de Paula
Advogado Examinador Convidado

***Mas assim como
as folhas velhas de uma árvore caem
para dar lugar às novas,
também assim mudei minhas idéias....
(Daniel Matenho Cabixi, índio Pareci)***

RESUMO

Destina-se estudar o fim da prova que é a verdade. Essa, no entanto, pode ser rediscutida dando lugar a uma nova verdade. O operador do direito exerce papel fundamental na concretização das transformações sociais. A prova é produzida para que seja adquirida pelo processo. O juízo verdadeiro é exercido com base no fato que está conforme a realidade; o definido por probabilidade calca-se em uma perspectiva favorável de ocorrência do fato; o juízo feito por verossimilhança baseia-se em fato aparentemente verdadeiro.

Palavras-chave:

Verdade; probabilidade; verossimilhança; prova: formal, material; relativa, absoluta; cognição: superficial, sumária, exauriente.

ABSTRACT

Destines study it the end of the prove that is truth. That, in meanwhile, can be rediscussed giving to place to new truth. The operator of the right exerts fundamental paper in the concretion of the social transformations. The prove is produced so that either acquired by process. The true judgment is exerted on the basis of the fact that is in agreement the reality; the defined one for probability based a perspective favorable of occurrence of the fact; judgment made by similar-truth is pparently based on true fact.

WORDS-KEY:

Truth; probability; similar-truth; prove: formal, material; relative, absolute; cognition; superficial, summary, to deplete all proves.

SUMÁRIO

Introdução.....	8
1 Breve abordagem sobre prova.....	11
1.1 Conceito de prova.....	11
1.2 Aspectos da prova.....	13
1.3 Sujeitos da prova.....	13
1.4 Objeto da prova.....	13
1.5 Destinatário da prova.....	15
1.6 Finalidade da prova.....	16
1.7 Funções da prova.....	17
1.8 Ônus da prova – princípios gerais e a prova.....	17
2 Definições s/ o tema encontradas nos dicionários.....	24
3 Tratamento do tema na filosofia do direito.....	25
4 Busca de uma verdade relativa: <i>Verdade, probabilidade e verossimilhança</i>.....	26
4.1 Verossimilhança - conceito e diferenças.....	27
4.2 Julgamento histórico: <i>juízo de verossimilhança</i>	31
4.3 Distinção entre verdade e probabilidade.....	34
4.4 Técnicas de cognição.....	36
4.5 Distinção entre <i>Verossimilhança, Probabilidade, Verdade</i>	39
4.6 Verdade absoluta e relativa.....	43
4.7 Verdade formal e material.....	46
4.8 Verdade relativa e certeza.....	49
Considerações finais.....	54
Referências bibliográficas.....	56

Introdução

Há mutações não só na natureza e no pensamento do ser humano, mas também há mutações na ordem constitucional que são acompanhadas pelo sistema processual.

Estudando o direito aprendemos que sua evolução, ao longo da história da humanidade, foi feita com muita luta. Antes da lei Poetelia, ano 326 a. C., a dívida pecuniária não só atingia o devedor mas toda sua família. Com o juramento da Carta Magna, em 1215, surgiu o habeas corpus e mandado de segurança. Antes dessas garantias, a sociedade humana padecia sob o depotismo do Estado dominado pelos poderosos. A evolução continuou e foi MONTESQUIEU quem viu, na separação dos poderes, a garantia da boa aplicação da justiça.

Cândido Rangel Dinamarco ¹ leciona que “em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional”. O autor cita o pensamento de Habscheid no sentido de que “os sistemas políticos se refletem na norma constitucional e têm um efeito direto sobre as bases do direito processual”. Salaria que o processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultivar, sendo que, os princípios que ela inclui não podem ter no presente a mesma extensão e significado de outros tempos e regimes políticos, apesar de eventualmente inalterada a formulação verbal.

Para o autor o que há de perdurar nos princípios é a idéia-mestra que cada um contém; e eles são sujeitos a variações histórico-culturais e políticas no tempo e no

¹ Dinamarco. Candido Rangel. A instrumentalidade do processo, 1996, 5ª ed., Malheiros, p. 30, p. 320.

espaço, no tocante à sua extensão e à interpretação que merecem dentro de cada sistema constitucional.

Entende o jurista “que é preciso dotar o sistema de instrumental bastante ágil e rente à realidade, influenciando no espírito dos operadores do sistema, para que empreguem o novo instrumental e também o velho, com mentalidade nova. Sem mentalidade instrumentalista nos juízes, advogados e promotores de justiça, não há reforma que seja capaz de ter alguma utilidade”.

Na lição de João Penido Burnier Júnior o direito é uma ciência prática, voltada para a solução de problemas, e não uma ciência especulativa, em busca da verdade absoluta.²

O objetivo de nosso trabalho é **desenvolver o tema sobre o fim da prova que é a verdade**. Assim, trataremos do tema: verdade, probabilidade e verossimilhança. Observando desde logo, o pensamento de Malatesta, para o qual “a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade”. Verdade esta que não se confunde com a certeza, estado subjetivo da alma que pode não corresponder à verdade objetiva.³

Nos ensinamentos de Moacyr Amaral Santos, a verdade varia no tempo e no espaço pois a verdade – terra plana, de ontem – transformou-se na verdade – terra redonda, de hoje; a verdade – a pena é uma vingança – se traduz na verdade – a pena é um método de regeneração, para os povos civilizados”.⁴

² Burnier. João Penido Júnior. Teoria Geral da Prova. 2001, Edicamp, p. 287.

³ _____. A lógica das provas em matéria criminal. Tradução e nota Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, 2003, LZN, p. 17.

⁴ _____. Prova judiciária no cível e comercial. São Paulo, Max Limonad, v. I, p. 4.

1 Breve abordagem sobre prova:

1.1 Conceito de prova:

A origem do vocábulo prova advém do Latim, *probatio*, com significado de verificação, exame, inspeção.

Na definição encontrada no dicionário Houaiss, prova é aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato são verdadeiros.

Moacyr Amaral Santos define o verbo provar como “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade. Para o autor “é um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade.”

Já o termo prova o conceitua como “a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo.”

Amaral Santos classifica de excelente a definição de MITTERMAIER de que “a prova é a soma dos meios produtores da certeza”.⁵

Na concepção de **Malatesta** “a prova é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza”.⁶

⁵ Idem, ibidem, p. 4 - 16.

⁶ ____A lógica das provas em matéria criminal. Tradução e nota Ricardo Rodrigues Gama, Campinas, 2003, LZN, p. 83.

A prova para **Eduardo J. Couture** é “um meio de verificação das proposições que os litigantes formulam em juízo”.⁷

Sentis Melendo afirma que juridicamente o vocábulo prova é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido: à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento, ao resultado do procedimento. Segundo Melendo “não se provam fatos, mas se averiguam afirmações, que poderão referir-se a fatos”.⁸

Ensina João Batista Lopes que “na linguagem jurídica, o termo é empregado como sinônimo de demonstração (dos fatos alegados no processo). É a chamada prova judiciária, estudada sob dois aspectos diversos: o objetivo e o subjetivo”.⁹

Segundo Vicente Greco Filho, no sentido genérico, “a prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém”. Para o processo, “a prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato”¹⁰

João Penido Burnier Junior define o verbo provar e o termo prova. Assim para o autor, o **verbo provar** expressa, na terminologia do Direito Processual Civil, a atividade desenvolvida pelos sujeitos processuais destinada a trazer para os autos informações

⁷ ____ Fundamentos del derecho procesal civil. 3^a ed. Buenos Aires: De Palma, 1969, p. 217.

⁸ ____ La Prueba. Buenos Aires: Ejea, 1978, pp. 12/13.

⁹ ____ A prova no direito processual civil. 2^a ed., São Paulo, RT, 2002, p. 26.

¹⁰ ____ Direito processual civil brasileiro. 2^o v., 12^a ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 179/180.

que demonstrem a veracidade das alegações feitas pelas partes. Enquanto o **termo prova** designa o resultado da atividade probatória.¹¹

1.2 Aspectos da prova:

João Batista Lopes estuda a prova sob dois aspectos: **objetivo e subjetivo**.

O aspecto objetivo representando “o conjunto de meios produtores de certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo”.

Já o subjetivo seria a “própria convicção que se forma no espírito do julgador sobre a existência ou não dos fatos alegados no processo”

1.3 Sujeitos da prova:

Os sujeitos da atividade probatória são as partes, o juiz, o Ministério Público, enquanto fiscal da lei, e o terceiro, admitido a intervir no processo.¹²

1.4 Objeto da prova:

O objeto da prova são os fatos controvertidos (Echandía e Nelson Nery Junior).

¹¹ ___ Teoria geral da prova. São Paulo, Edicamp, 2001, p.53.

¹² ___ Idem, ibidem.

Citando Carnelutti, Moacyr Amaral Santos conclui que o objeto da prova são os fatos sobre os quais versa a ação.¹³

João Batista Lopes, por seu turno, invocando Sentís Melendo diz que “só se provam fatos, não direitos” e, que nem todos os fatos precisam ser provados, só os fatos “relevantes, pertinentes, controvertidos e precisos”.

Segundo o autor, fatos **relevantes** “são os acontecimentos da vida que influenciam o julgamento da lide (v.g.: tráfego na contramão de direção para caracterizar a culpa numa ação de reparação de dano; conduta desonrosa como causa de separação judicial, etc).

Fatos **pertinentes** “são os que têm relação direta ou indireta com a causa (v.g.: em acidente de trânsito, é pertinente saber a extensão dos danos, a posição em que ficaram os veículos após o evento, a existência de placas de sinalização no local, etc.; mas é impertinente saber se o réu é proprietário do prédio em que mora, se é solteiro ou casado, etc).”

Os **controvertidos** “são os que, afirmados por uma das partes, venham a ser impugnados pelo adversário.

¹³ ___ Prova judiciária no cível e comercial. São Paulo: Max Limonad, v. I, p. 10.

Por fatos precisos o autor entende “os que determinam ou especificam situações ou circunstâncias importantes para a causa. Não comportam prova as alegações genéricas ou vagas (ex.: não basta alegar genericamente a insinceridade do pedido de retomada, é necessário descrever fatos concretos e precisos que indiquem sua ocorrência).”¹⁴

João Penido Burnier Júnior, aponta como objeto da prova: os **fatos alegados** pelas partes, **relevantes, pertinentes, controvertidos, precisos.**¹⁵

1.5 Destinatário da prova:

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que o **destinatário da prova é o processo**. Segundo os autores a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo. Feita a prova, compete à parte convencer o juiz da existência do fato e do conteúdo da prova. Ainda que o magistrado esteja convencido da existência de um fato, não pode dispensar a prova se o fato for controvertido, não existir nos autos prova do referido fato e, ainda, a parte insistir na prova. Caso indefira a prova, nessas circunstâncias, haverá cerceamento de defesa.¹³

¹⁴ ___ A prova no direito processual civil. 2ª ed., São Paulo, RT, 2002, p. 32.

¹⁵ ___ Teoria geral da prova. São Paulo, Edicamp, 2001, pp.19/20.

¹³ ___ Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 6ª ed., São Paulo, RT, 2002, p. 693.

Grande parte da doutrina entende de forma diversa, apregoando que o **destinatário da prova é o juiz**.

Vicente Greco Filho fundamenta que a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário, (ob. cit. p. 180).

No mesmo sentido entende João Batista Lopes: “O juiz é o **destinatário da prova**, de modo que toda a atividade instrutória deve ser perante ele exercida”, (ob. cit. p. 63).

Comungo do entendimento dos doutrinadores Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery, pois em reexame do conjunto probatório, o Tribunal pode dar interpretação diversa, reformando a decisão de primeiro grau, o que nos leva a conclusão de que realmente o destinatário da prova é o processo, incumbindo às partes a iniciativa de enunciar os fatos e de produzir as provas de suas alegações (art. 333, do CPC). Ao magistrado cabe atribuir-lhes o valor que merecem, decidindo pela procedência ou improcedência do pedido.

1.6 Finalidade da prova:

O fim da prova é a verdade.

“A prova dos fatos controversos é indispensável não só para a apuração da verdade (e da certeza) mas também para conferir segurança às decisões judiciais e credibilidade à atividade jurisdicional.”¹⁶

¹⁶ Lopes, João Batista. A prova no direito processual civil. 2ª ed., São Paulo, RT, 2002, p. ...

Ensina Moacyr Amaral Santos que “a finalidade da prova é convencer o juiz da verdade dos fatos sobre os quais ela versa”.

1.7 Funções da Prova:

As provas cumprem, basicamente, **duas funções** no processo: uma **interna** e outra **externa**. A interna refere-se à **cognição**, isto é, a prova é um **instrumento adequado à reconstrução dos fatos** no processo, a fim de permitir que, após a discussão e a compreensão dos fatos necessários ao julgamento da causa, o juiz possa formar a sua convicção.

Por outro lado, a prova cumpre, ainda, uma função **externa**, estando **voltada à legitimação social do exercício do poder jurisdicional**.¹⁷

Defende Eduardo Cambi ser necessário para que esses fins sejam alcançados satisfatoriamente, que o sistema probatório esteja voltado à busca da verdade e à realização da justiça da decisão.¹⁸

1.8 Ônus da prova - princípios gerais e a prova:

O mestre Nelson Nery (art. 333, nota 1, CPC Comentado, 26^a ed., 2002) ensina que a palavra ônus vem do latim *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus.

¹⁷Gomes Filho, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal, São Paulo, RT, 1997, p 13.

¹⁸____Direito constitucional à prova no processo civil. v.3, São Paulo, RT, 2001, p. 57.

O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.

Vicente Greco Filho entende que sobre essas indagações se assenta o problema do ônus da prova: o autor inicialmente, afirma um fato, o qual pode não corresponder à verdade; o réu pode opor afirmação contrária, ou negando o fato do autor ou aduzindo fato diferente, que impede, extingue ou modifica o direito do autor, afirmação essa que pode também não ser verdadeira.

O instituto do ônus da prova e seus fundamentos decorrem de **3 princípios**:

I) princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, com um *non liquet* (não esclarecido).

II) princípio dispositivo, segundo o qual às partes cabe a iniciativa da ação e das provas, restando ao juiz apenas atividade de complementação, a elas incumbindo o encargo de produzir provas destinadas a formar a convicção do juiz;

III) princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e

provado nos autos (*secundum allegata et probata partium*) e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*)

Em suma, dessas premissas decorre a necessidade de serem estabelecidas regras sobre o encargo que cada parte tem para a prova dos fatos alegados, bem como, conseqüências da falta de prova.

O artigo 333 do CPC estabelece regras sobre este encargo (O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor).

O juiz tem poderes investigatórios, mas limitados em face do princípio dispositivo. A atividade do juiz não pode substituir ou suprimir a atividade das partes, inclusive a fim de que se mantenha equidistante das partes para a decisão (Vicente Greco Filho, ob.cit. p. 181).

Para Nelson Nery o princípio dispositivo “*respeita às questões deduzidas em juízo, não podendo o juiz conhecer de matéria a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Proposta a ação por iniciativa da parte, o processo se desenvolve por impulso oficial (CPC 262). O poder instrutório do juiz, principalmente de determinar ex officio a realização de provas que entender pertinentes, não se configura como exceção ao princípio dispositivo”.*

O artigo 130 do CPC estabelece que: *“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”*.

O Prof. Nelson Nery em comentário ao artigo 130 diz a norma não impõe limitação ao juiz para exercer, de ofício, seu poder instrutório no processo civil, citando o seguinte entendimento jurisprudencial:

“Casuística. Conversão do julgamento em diligência. Entendendo o juiz que os laudos apresentados pelo perito e assistentes técnicos estão a merecer complementação, pode converter o julgamento em diligência, ordenando nova perícia no sentido de buscar-se o aperfeiçoamento da prova (RT 614/96)”.

Temos ainda os **princípios da proibição da prova ilícita e da proporcionalidade**. A garantia da proibição da prova obtida ilicitamente está assegurada na CF 5º, LVI, assim como a intangibilidade da vida privada (CF 5º, X). Em caso de adultério se cogita admissibilidade de gravação telefônica clandestina, sob o fundamento da dignidade do cônjuge prejudicado (CF 1º, III), aliado ao fato de que o casamento é instituição garantida e preservada pela CF 226 e pela ordem pública.

No entanto, a prova obtida clandestinamente é considerada ilícita. A CF art. 5º, LVI veda os meios de prova obtidos por meios ilícitos.

Nelson Nery ao comentar o artigo 332 (nota 2, ob. cit.) esclarece que a doutrina se manifesta de forma bastante controversa a respeito da validade e eficácia da prova obtida ilícitamente. Entendendo que a tese intermediária da doutrina é a que mais se coaduna com o que modernamente se denomina de princípio da proporcionalidade. Concluindo que: não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva (Nery, Princ., 26, 153/154). Sendo lícita a prova obtida por interceptação telefônica autorizada judicialmente (CF. art. 5º, XII, nota 12). Somente admitida tal prova em processo criminal, sendo vedado no civil.

Outro **princípio** é o da **identidade física do juiz** (CPC 132), ou seja, o juiz que iniciou a instrução tem de terminá-la e proferir sentença, salvo se ocorrer uma das situações excepcionais pela lei (CPC 132).

Ensina Nelson Nery, (nota 3, art. 131, CPC., ob. cit.) que “o subprincípio da identidade física do juiz consiste no dever que tem o magistrado que concluiu a audiência de instrução e julgamento de proferir a sentença de mérito no processo civil. O magistrado que iniciou a audiência e a suspendeu para que continue em outra oportunidade, fica desobrigado de julgar a lide.

A norma estipula a vinculação do juiz que concluiu a audiência, obrigando-o a julgar a lide. A incidência do princípio se dá pelo fato de o juiz colher a prova oral, em audiência. Caso não haja essa colheita de prova oral, não há vinculação do juiz para proferir sentença.

A regra da colheita da prova oral também é válida para o juiz substituto.

Quanto ao **princípio de imediação**, no sistema do processo civil anglo-saxônico, que vigora nos países do *commom law*, o juiz é mero expectador da prova: deixa que as partes (por seus advogados) as colham diretamente e, havendo alguma impugnação, o juiz serve-se de mediador para resolver a questão. Nos países que adotam o sistema do *civil law*, de origem romana, vigora o princípio oposto (imediação), ou seja, o juiz é quem colhe diretamente a prova, vedado às partes fazê-lo. Havendo dúvida sobre o depoimento de testemunha, por exemplo, as partes (por seus advogados) podem “reperguntar”.

Entendo que o sistema do *commom law* é mais democrático, pois, as partes colhem a prova e o juiz media, oferecendo maior condição de haver produção justa da prova, homenageando a busca da verdade.

O prof. Nelson Nery entende que pelo princípio da imediação o juiz é quem deve fazer a pergunta diretamente à parte e testemunhas. As reperguntas dos advogados devem ser feitas ao juiz, que as formulará ao depoente. Este sistema é arcaico e ultrapassado, não mais condizendo com a realidade em que vivemos. O correto seria o advogado reperguntar diretamente ao depoente, intervindo o juiz apenas como mediador, indeferindo a repergunta impertinente ou reformulando-a, de ofício ou a requerimento da parte ou interessado, como ocorre no sistema anglo-saxônico da *cross examination*. Sem embargo de inevitáveis desencontros que existem na formulação da repergunta pelo juiz, muitas vezes perdendo minúcias importantes para o desate da causa.

Pelo princípio da imediação ou imediatidade, é o próprio juiz quem inquire as testemunhas, e não o advogado. Deve obedecer à ordem indicada no artigo (413 do CPC), sob pena de inversão dos atos processuais que, se causar prejuízo, pode ensejar a nulidade do depoimento (art. 416 e 446, II – “competete ao juiz proceder direta e pessoalmente a colheita das provas”)

2 Definições sobre o tema encontradas nos dicionários:

Aurélio

- a) Verdade – conformidade com o real; exatidão, realidade; representação fiel de alguma coisa da natureza; coisa verdadeira ou certa.

- b) Verossimilhança ou verossimilitude - aproximação de uma hipótese à confirmação.

- c) Probabilidade - motivo ou indício que deixa presumir a verdade ou a possibilidade dum fato; verossimilhança.

Houaiss

- a) Verdade – exatidão; autenticidade; propriedade de estar conforme os fatos.

- b) Verossimilhança – que parece verdadeiro; plausível.

- c) Probabilidade – grau de segurança com que se pode esperar um evento; perspectiva favorável de que venha a ocorrer.

3 Tratamento do tema na Filosofia do Direito:

Miguel Reale ensina que para a Filosofia do Direito, a verdade não é propriamente um valor, mas uma relação objetiva. O verdadeiro é a expressão axiológica da verdade, ou seja, a verdade em sua dimensão espiritual.¹⁹

¹⁹ ___Filosofia do direito, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

4 Busca de uma verdade relativa: Verdade, probabilidade e verossimilhança

Segundo Nicola Framarino Dei Malatesta o espírito humano reage ante os fatos de três formas diversas:

a) **ignorância**;

b) **certeza** – conhecimento afirmativo – não existem motivos afirmativos ou negativos;

c) **dúvida** (estado de complexidade – motivos negativos e afirmativos).

O autor trabalha com a probabilidade, a certeza e a credibilidade.

Probabilidade: prevalecem os afirmativos - graduável.

Certeza: não é graduável – é estado subjetivo da alma-espírito do julgador a capta via reflexão da inteligência.

A graduação da **probabilidade** – mínima: verossímil; média: provável; e máxima: probabilíssimo.

Credibilidade ou credulidade – o crível é a potência embrionária da certeza. É uma realidade possível e não uma realidade indubitável como a certeza. Destaca-se que a credibilidade está incluída na certeza.

A verdade na clássica definição de Malatesta “é a conformidade da noção ideológica com a realidade” (“è la conformità della nozione ideologica alla realtà”).

O autor esclarece, porém, que a verdade não se confunde com a certeza, estado subjetivo da alma que pode não corresponder à verdade objetiva.²⁰

Discorrendo sobre o tema João Batista Lopes cita com muita propriedade PINCHERLI: “La verità é nella proposizione, la certezza é nella mente” (La prova per testimoni nei processi penali. Torino: Fratelli Bocca, 1895, p. 3).²¹

4.1 Verossimilhança - conceito e diferenças:

Para se buscar uma **verdade que seja objetivável**¹ e, por isso, **relativa** ao processo civil, é necessário se **compreender o sentido dos termos verossimilhança, probabilidade e verdade.**²²

²⁰___ A lógica das provas em matéria criminal. Tradução e nota Ricardo Rodrigues Gama, Campinas: LZN, 2003, pp. 16/17.

²¹___ A prova no direito processual civil. 2^a ed., São Paulo, RT, 2002, p. 27.

²²Patti, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. Rivista di Diritto Processuale, 1985, pp.497/505.

Para **Calamandrei**, a verossimilhança é a *sub-rogação* da verdade; por isso, valendo-se de Wach, afirma que todas as provas não são senão provas de verossimilhança.²³

No entanto, Eduardo Cambi adverte que o conceito de verossimilhança **não se confunde** com o de verdade. Ressaltando que, o próprio Calamandrei afirma que a verossimilhança não é a verdade, **mas a aparência ou mesmo a ilusão da verdade.**²⁴

Piero Calamandrei ao conceituar verossimilhança, afirma que, para chegar a um juízo de verossimilhança, deve-se recorrer a um critério geral, já adquirido com precedência, mediante a observação do que ocorre normalmente.²⁵

Assim, conclui Cambi que, a noção de verossimilhança não se confunde com a verdade possível de ser objetivável, no processo, pois o **juízo de verossimilhança concerne ao fato enquanto objeto da alegação ou, mais propriamente, à mera alegação do fato.**

Logo, não depende de qualquer elemento de prova ou de seu êxito *ex ante* (antes de ser produzida). O **juízo de verossimilhança** é formulado com base no **conhecimento** que o juiz tem, **antes da produção da prova**, estando baseado na mera

²³ ___ Verità e verossimiglianza nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale, 1955, pp. 164/165.

²⁴ ___ Direito constitucional à prova no processo civil. v.3, São Paulo, RT, 2001, p. 58.

²⁵ ___ Obra citada, p. 166.

alegação do fato e fundado em uma **máxima da experiência**, isto é, na **freqüência com que fatos do tipo daquele alegado acontecem na realidade**.

Tratando-se, pois, de um **juízo genérico e abstrato** sobre a existência do fato típico, formulado sob o critério da normalidade.

Cambi reflete que, se os conceitos de verossimilhança e de verdade fossem sinônimos, tudo o que pudesse ser considerado normal, pelo senso comum, deveria ser considerado verdadeiro.

Todavia, esclarece que a ciência é a **antítese** do lugar-comum, não se contentando com o critério de normalidade, pois o que é normal (verossímil) **nem sempre é verdadeiro**.²⁶

Michele Taruffo, ao discorrer sobre o tema, salienta que, “dentre as máximas da experiência, pode-se encontrar erros difusos, discriminações, generalizações infundadas, simplificações, manipulações indevidas, tal como aparecem ao senso comum.”²⁷

Como bem observa Cambi, o processo deve buscar a verdade dos fatos, desde que sobre ele paire alguma **controvérsia relevante (Echandia e Nery)**, a qual exija que a **dúvida seja eliminada**. Por isso, não basta alegar: é necessário comprovar alegações, e isso não pode ser feito senão por outro meio, senão por intermédio das provas.

Ademais, **o juízo de verossimilhança é instrumental**, pois recai sobre as **alegações dos fatos**, independentemente de ter ou não sido iniciado o procedimento probatório.

²⁶ ____ Obra citada, pp. 58/59.

²⁷ ____ Funzione della prova: la funzione dimostrativa. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1997, p. 560.

Já o **juízo de verdade é final**, pois está **baseado** na **valoração dos resultados das provas**, em relação àquilo que já havia sido alegado.

Defende ainda o autor que o **juízo definitivo** (verdadeiro) é resultado da comparação entre a representação feita, pelas partes, dos fatos (alegações) e a efetiva demonstração desses fatos constante nas provas produzidas.

Assevera que ao contrário do juízo definitivo, o juízo **de verossimilhança**, não está fundado na representação probatória do fato que deve ser provado, **mas em uma máxima de experiência que concerne à frequência com que esse fato se produz na realidade.**²⁸

Calamandrei ensina que “o **juízo de verossimilhança** não é, **resultado** da relação entre as alegações e as provas, mas do **confronto entre a representação do fato, feitas pelas partes (alegações), e um juízo genérico e prévio**, em relação a atividade probatória, que toma o fato representado e procura encaixá-lo em uma categoria jurídica típica.”²⁹

Para Antonio Magalhães Gomes Filho “o conceito de verossimilhança, **prescinde de elementos de prova**, não podendo ser considerado o objetivo a ser alcançado pelo procedimento probatório.”³⁰

²⁸ ___ Obra citada, p. 59.

²⁹ ___ Verità e verossimiglianza nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale, 1955, pp. 171/172.

³⁰ ___ Obra citada, p. 47

Santiago Sentís Melendo defende que “a verossimilhança, **tal como a suspeita**, é uma **simples hipótese** que serve como ponto de partida para as investigações, não constituindo um elemento probatório nem tampouco se confundindo com a verdade.”³¹

4.2 Julgamento histórico: juízo de verossimilhança:

Conta a Bíblia Sagrada em I Reis, cap. 3, versículo 16 e seguintes sobre o julgamento proferido por Salomão no caso das duas mulheres.³²

O cap. 4, v. 29 relata a grande sabedoria que possuía aquele rei: “E deu Deus a Salomão sabedoria, e muitíssimo entendimento, e largueza de coração, como a areia que está na praia do mar”.

Salomão escreveu mais de 3 mil provérbios, e foram os seus cânticos, mil e cinco. E vinham de todos os povos a ouvir a sabedoria de Salomão, e de todos os reinos da terra que tinham ouvido de sua sabedoria, v. 34.

Assim, o livro de I Reis descreve que vieram na presença do rei Salomão, duas prostitutas. Uma delas disse-lhe: Ah! Senhor meu, eu e esta mulher moramos numa casa; e tive um filho, morando com ela naquela casa. E sucedeu que ao terceiro dia depois do meu parto, também esta mulher teve um filho: estávamos juntas, estranho nenhum estava conosco na casa, senão nós ambas naquela casa.

³¹Melendo, Santiago Sentís. Valoración de la prueba. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, p. 294.

³²Bíblia Sagrada. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. São Paulo: Editora Vida, 1981, p. 418.

De noite morreu o filho desta mulher, porque se deitara sobre ele. E levantou-se à meia-noite e me tirou a meu filho do meu lado, dormindo estava sua serva, e o deitou no meu seio.

E levantando-me pela manhã para dar de mamar a meu filho, eis que estava morto: mas, atentando pela manhã para ele, percebi que não era o filho que havia tido.

Então disse a outra mulher: Não, mas o vivo é o meu filho, e teu é o morto.

Porém esta disse: Não, por certo, o morto é teu filho, e meu filho o vivo.

Assim falaram perante o rei Salomão.

Então disse o rei: Esta diz: este que vive é meu filho, e teu filho o morto; e esta outra diz: Não, por certo; o morto é teu filho e meu filho o vivo.

Disse mais o rei: Trazei-me uma espada. E trouxeram. E disse: dividi em duas partes o menino vivo: e daí metade a uma e metade a outra.

Mas a mulher, cujo filho era o vivo, falou ao rei (porque suas entranhas se lhe enterneceram por seu filho), e disse:

Ah! Senhor meu, dai-lhe o menino vivo, e por modo nenhum o mateis.

Porém, a outra dizia: Nem teu, nem meu seja; dividi-o antes.

Então respondendo o rei, disse:

Daí a esta o menino vivo, e de maneira nenhuma o mateis, porque esta é sua mãe.

E todo o Israel ouviu a sentença que dera o rei, e temeu ao rei: porque viram que havia nele a sabedoria de Deus, para fazer justiça.”

Malatesta ilustrando sobre o único testemunho, traz uma pequena história de um magistrado que ao deixar o tribunal social, para sua casa retorna e lá tornando-se chefe do tribunal doméstico depara-se com seus dois filhos brigando. Um dos filhos acusa o irmão de fato ignominioso, o irmão nega. Apresentam-se na presença do pai com essa situação. O pai interroga o filho acusado e, este continua negando o fato. Procura saber se alguém teria presenciado a cena, porém a diligência é negativa. Sem provas da autoria, não castiga o filho.

O autor então indaga: Por que, pois esta lógica da vida não tem aplicação nem valor no tribunal?³³

O caso trazido perante Salomão não era diferente, uma mulher acusava e a outra negava. Não havia nenhuma prova das alegações e negativas de ambas. Salomão, porém, ao contrário do juiz (pai), chegou ao extremo em busca da verdade. Baseado apenas nas alegações do fato, já que nenhuma prova foi produzida, decidiu Salomão, fundado em máxima da experiência (isto é, na frequência com que fatos do tipo daquele

³³ ___Obra citada, p. 548.

alegado acontecem na realidade – juízo genérico e abstrato sobre a existência do fato típico, formulado sob o critério da normalidade (normalmente a mãe dá a própria vida pelo filho para que ele viva).

Decidiu Salomão a questão das duas mulheres em juízo de verossimilhança, ou seja, formulado com base no conhecimento que tinha, antes da produção da prova, estando baseado na mera alegação do fato.

Ressalta-se que o juiz não poderá basear-se exclusivamente em suas impressões pessoais, mas poderá, em certos casos, escorar-se nas máximas de experiência, em noções decorrentes da observação de fatos particulares ocorridos ao longo do tempo.³⁴

4.3 Distinção entre verdade e probabilidade:

Segundo Eduardo Cambi, a verdade não é, probabilidade, ou, em outros termos, a probabilidade não é a sub-rogação da verdade.

Se probabilidade fosse sinônimo de verdade, não haveria sentido a máxima do *in dúbio pro reo*, porque bastaria haver probabilidade para que o juiz pudesse privar o acusado de sua liberdade. Também se poderia afirmar que, **havendo probabilidade**, seria suficiente para que o juiz constituísse um **vínculo de paternidade**, não precisando, por exemplo, exigir a realização das **provas científicas**.³⁴

³⁴Lopes, João Batista. A prova no direito processual civil. 2ª ed.. São Paulo: RT., 2002, p. 27.

³⁴Obra citada, p. 60.

Michele Taruffo entende que “o fato provável, em oposição ao fato verdadeiro, equivale a uma espécie de ***probator inferior*** ou de “**prova frágil**”.³⁵

Conclui Eduardo Cambi que a **probabilidade**, em relação à verossimilhança, **se aproxima da verdade**, embora com esta não se confunda.

Piero Calamandrei apresenta uma diferença entre os fatos possíveis, verossímeis e prováveis, utilizando-se de uma escala gradual e progressiva de aproximação e de reconhecimento da verdade.

Segundo ele, **possível**, seria aquilo que poderia ser verdadeiro.

Verossímil: aquilo que tem a aparência de ser verdadeiro, provável, aquilo que se poderia provar como verdadeiro. Assim, quem afirma que um fato é verossímil estaria mais próximo de reconhecê-lo como verdadeiro do que quem se limite a afirmá-lo como possível.

Para Calamandrei, o fato provável está mais próximo da verdade do que o fato verossímil, porque, para além da aparência, começa-se a admitir que existam argumentos para considerar que a aparência corresponde com a realidade.

Devido ao seu caráter subjetivo, Calamandrei desacreditou nessa escala. Todavia, Cambi entende ser possível o seu aproveitamento desde que se lhe possa atribuir um certo grau de objetividade, que poderia se conseguido se a escala de aproximação e

³⁵ ___La prova dei fatti giuridici. pp. 164/165, 475/487.

reconhecimento for atrelada à atividade probatória, ou seja, por meio da prova que a parte produza para demonstrar a veracidade das suas alegações.

Calamandrei entende que a **dúvida não pode ser eliminada por completo**, pois, do contrário, chegar-se ia a uma **verdade absoluta e não meramente relativa**, sendo possível afirmar que entre o senso comum e um juízo de razoabilidade existem vários graus de indagação, e que é pela **suficiência da investigação** que se pode alcançar uma compreensão satisfatória da causa que torne legítimo o exercício da jurisdição.³⁶

4.4 Técnicas de cognição:

Conforme o entendimento do autor Cambi, o grau de cognição é proporcional às exigências de formação e legitimação do convencimento judicial: quanto menor o grau de cognição, menor é a necessidade probatória, e, ao reverso, quanto maior o grau de cognição, exigido para que o juiz possa tomar decisões, maior deve ser o nível de elucidação das questões fáticas a depender de prova. A quantidade de prova exigida vai determinar o grau de cognição necessária.

Para os casos de julgamento do mérito do processo, ele destaca **técnicas de cognição**, no plano **vertical, em três níveis**:

- a) **superficial;**
- b) **sumária;**
- c) **exauriente.**

³⁶ ___ Verità e verossimiglianza nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale, 1955, pp. 170/171.

Segundo Cambi a cognição **superficial** é aquela que o juiz está em condições de **formular antes da citação** do requerido, quando o contraditório ainda não foi realizado, constando nos autos somente as alegações unilaterais e, eventualmente, as provas pré-constituídas trazidas pelo autor.

Já a cognição **sumária** é aquela que o juiz pode ter a **partir do contraditório** entre as partes e, de um modo amplo, ao longo do procedimento, até que todas as provas necessárias sejam produzidas.

A **exauriente** é aquela que pode ser obtida a partir da análise de todo o conjunto probatório, depois de encerrada a fase instrutória e o debate processual entre as partes, sobre as provas constantes dos autos, quando a causa pode ser considerada “**madura**” para o julgamento, estando o juiz pronto para sentenciar.

Assevera o autor que essa distinção é relevante porque permite afirmar que, dependendo da decisão a ser tomada, não é necessária a cognição completa ou exauriente da causa.

Diz ele que, o conhecimento a ser exigido do juiz para a concessão de uma liminar é diverso daquele que seria necessário para que estivesse em condições de sentenciar.

Exemplifica com a hipótese do **art. 461, par. 3º**, do CPC, quanto a **um** dos dois **requisitos** para a concessão da **tutela antecipada**, que é o da **relevância do fundamento**.

Afirma que para o juiz se convencer desse pressuposto não é necessária a cognição exauriente, bastando a **superficial ou a sumária**.

Nas **decisões interlocutórias**, que antecipam os efeitos da decisão final, são inevitáveis (cognição superficial ou sumária), porque, geralmente vêm acompanhadas da necessidade de tutelar situações de *urgência*. (Podem ser revogadas a qualquer tempo, desde que o juiz fundamente a nova decisão).

Caso fosse exigida a cognição exauriente, levar-se-ia algum tempo até que todas as provas fossem produzidas, o que poderia redundar na ineficácia da medida.

Assim, em nome da celeridade indispensável à efetivação da tutela do direito material a ser resguardado pela via jurisdicional, sacrifica-se a segurança jurídica.

As sentenças de mérito exigem, **cognição exauriente**, porque **são definitivas**, não podendo ser alteradas pelo juiz que as proferiu (art. 463 do CPC), mas somente pelo órgão judicial competente para o julgamento do recurso cabível.

Em suma conclui que:

- a) as cognições **superficiais e sumárias** equivalem aos juízos de **verossimilhança e de probabilidade**;

- b) enquanto a **cognição exauriente** proporciona um juízo de **certeza ou de verdade**.³⁷

4.5 Distinção entre Verossimilhança – Probabilidade – Verdade:

Ensina Cambi que os juízos fundados com base na verossimilhança e na probabilidade **são apenas instrumentais**, em relação àquele juízo a ser previsto na decisão, que põe termo à relação jurídica processual (juízo final), a qual deve estar baseada na verdade.

Aponta um equívoco terminológico constante do art. 273 do CPC, o qual exige que o autor, para que os efeitos da sentença de mérito, venham a ser antecipados, apresente **prova inequívoca** a fim de que o juiz se convença de verossimilhança da alegação.³⁸

Quando o artigo 273 estabelece **prova inequívoca**, para que o juiz forme sua convicção, está se referindo a um **juízo de probabilidade**, não bastando a mera verossimilhança de que tenha razão.

Não se pode afirmar assim, que a concessão da tutela antecipada independe de quaisquer elementos de prova, a **cognição exigível** para a formação do convencimento do juiz, ainda mais quando a lei requer *prova inequívoca*, tem de estar **fundada** em um **juízo de probabilidade**.

³⁷Obra citada, pp. 61/63.

³⁸ Idem, ibidem, p. 64.

Prova inequívoca é, pois, um conceito **aproximado de probabilidade**.

Prova inequívoca, como o próprio nome diz, aquela não eivada de equívocos (enganos, ambigüidades, confusões, sérias dúvidas), isto é, a prova que elucida as questões de fato controvertidas a ponto de tornar evidente o direito do autor.

A prova inequívoca é suficiente para que o juiz conceda um provimento interlocutório, fundado em **cognição sumária**.

Por isso, a noção de **prova inequívoca** não se confunde com a de **prova definitiva**.

Prova **definitiva** requer grau de **cognição exauriente** mais aprofundado, e isso só é possível de obter no momento em que o juiz profere a sentença final (quando está em **condições de contextualizar** cada uma das provas com todo o conjunto probatório). Ainda que, eventualmente, a sentença apenas seja um mero juízo de **confirmação do provimento antecipatório** provisório.

Mesmo nesse caso, é possível identificar um segundo juízo, em que o magistrado tem melhores condições de comparar todas as alegações, possíveis de serem realizadas, com os elementos de prova que as partes tiverem oportunidade de trazer aos autos e que **passaram pelo crivo do contraditório**.³⁹

³⁹ Idem, ibidem, p. 65/66

Salienta o doutrinador que do conjunto probatório, formado pelo método dialético, é possível que o juiz tenha uma cognição exauriente ou um conhecimento pleno da causa e, em conseqüência, consiga obter o maior grau de convencimento atingido no processo, já que a **dúvida nesse momento**, pode ser **reduzida a níveis razoáveis** que permitem que o juiz forme sua convicção e possa tomar a decisão final, sem crises intoleráveis de consciência.⁴⁰

O entendimento é no sentido de que persistindo dúvidas quanto à existência dos fatos, legítima se torna a decisão que aplica a regra de julgamento (ônus da prova em sentido objetivo), considerando inexistentes os fatos não satisfatoriamente demonstrados e atribuindo os riscos da falta da prova à parte que tinha a responsabilidade de produzi-la (art. 333 do CPC).

Reconhece Eduardo Cambi que apesar da concessão da tutela antecipada estar **calcada em um juízo de probabilidade**, isso não significa que não possa, **eventualmente**, vir a ser concedida com base em um **juízo de verossimilhança**.

Nesses casos, a **cognição**, para a aplicação do art. 273 do CPC, far-se-á, tão somente, a partir da **análise das alegações, independentemente de meios de prova**, o que torna o convencimento mais frágil e, portanto, a concessão da antecipação dos efeitos do provimento final mais difícil, embora isso não deixe de ser possível.

⁴⁰ Idem, ibidem, p. 66.

No entanto, esclarece que a regra contida no *caput* do art. 273 do CPC deve ser **interpretada restritivamente**, já que **não haverá** a necessidade da produção de uma **prova inequívoca**.

Temos ainda a hipótese da concessão da tutela antecipada com **cognição exauriente**. O autor dá o exemplo quando a tutela é antecipada em razão da incontrovérsia de um dos pedidos cumulados ou do reconhecimento parcial do pedido pelo réu e também, quando a antecipação da tutela se dá após a instrução probatória estar concluída.

Cambi defende que o direito processual deve privilegiar a cognição exauriente, mas a busca da verdade também deve ser relativizada quando o juiz, premido por uma questão urgente, tiver de optar entre a justiça e a segurança jurídica.

A **tutela** jurisdicional dos direitos, **calcada na probabilidade**, deve ser sempre possível, desde que o sacrifício da investigação da verdade **possa ser justificado pela realização da justiça**.

Segundo Cambi, a afirmação de Calamandrei de que a verossimilhança é *sub-rogação* da verdade, não tem o alcance de rechaçar a idéia de que a **verdade é relevante para o processo**.

O que Calamandrei pretendia, com isso, era **evitar a busca, não razoável, de uma verdade absoluta**, não afirmar, como analisado no início dessa exposição, que todo juízo de verossimilhança é um juízo de verdade.⁴¹

Admitir o contrário, se estaria legitimando o juiz a dar razão a uma das partes mesmo sem qualquer tentativa de conhecer todos os aspectos relevantes da causa.

Nessa senda, o direito à prova é, sem dúvida, um modo de assegurar a liberdade, permitindo que as partes tenham todas as oportunidades de convencer o juiz de que têm razão, exigindo do juiz que valorize as provas produzidas, fundamentando quem o convenceu e por que o fez.

Se não fosse assim, a justiça se reduziria ao arbítrio judicial e o juízo estaria fundado não na razão, mas no instinto, na simpatia ou na mera vontade do juiz.⁴²

De certo que valer-se-á dos elementos constantes dos autos, não podendo servir-se de provas obtidas fora do processo.

⁴¹ Idem, ibidem, pp.66/67/68.

⁴² Idem, ibidem, p.68.

Aliás, como ensina Sentis Melendo: “o juiz não é um investigador, um “buscador de pruebas”.⁴³

4.6 Verdade absoluta e relativa:

Na busca da verdade, devem-se evitar os excessos nocivos que poderiam derivar da busca de uma verdade absoluta, uma vez que qualquer mecanismo humano, destinado a estabelecer um juízo histórico sobre os fatos, é falível e não daria conta de toda a verdade.

Carnelutti ensina que para se alcançar a verdade absoluta, seria necessário compreender o **todo**, que é a soma de todas as partes, e, pelo processo ou por qualquer outro meio de investigação científica, não é possível eliminar todas as dúvidas que cercam o conhecimento.

Segundo Francesco Carnelutti, **“o único que estaria em condições de julgar seria DEUS, porque somente Ele poderia dar conta do todo”**.⁴⁴

Na lição de Eduardo Cambi, a **verdade** a ser buscada no processo **não pode ser um fim em si mesma**, porque isso **incentivaria comportamentos obsessivos** que seriam nocivos ao sistema processual, já que estimulariam a burocracia e **alimentariam o formalismo**.

⁴³ La prueba. Buenos Aires: Ejea, 1978, p. 18.

⁴⁴ Verità, dubbio, certezza. Rivista di Diritto Processuale. 1965, pp. 4/6.

Servindo a coisa julgada para dar estabilidade às relações jurídicas, não imunizando a verdade dos fatos.⁴⁵

Carlo Furno rejeita a busca de uma verdade absoluta, defendendo que o processo deve tratar de descobrir uma certeza empírica, histórica.⁴⁶

Diante deste contexto, Cambi entende necessário “buscar a melhor verdade possível de obter, fundada em provas constitucionalmente admissíveis e relevantes que podem ser produzidas, porque quanto mais abrangente é a investigação dos fatos melhor é o seu conhecimento e, mais justa pode ser a decisão que versa sobre os fatos. Devendo o Estado garantir aos cidadãos o direito à prova”.

Segundo o autor a aproximação da verdade varia de acordo com os meios de prova trazidos pelas partes e dos poderes instrutórios de que o juiz dispõe para formar a sua convicção (por exemplo, o sistema da prova tarifada no modelo da prova legal limita as atividades das partes e do juiz na colheita das provas, dificultando o acerto dos fatos e aumentando as chances de decisões injustas).

Estruturada a idéia de uma **verdade relativa** a ser buscada no processo, é necessário, ter a convicção de que a **verdade** não é um fim em si mesma, mas **um instrumento para a realização da justiça**.

⁴⁵ Cândido Rangel Dinamarco. A instrumentalidade do processo. 5ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 243.

⁴⁶ ___ Contributo alla teoria della prova legale. Padova: Cedam, 1940, p. 19.

Desta forma, a verdade não deve ser perseguida a todo custo, sob pena de deixar de ser uma aspiração ética do ordenamento processual, passando a ser um dogma que entrevaria a concretização da garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa.

O importante é não cair na tentação de buscar obsessivamente a verdade, porque isso seria nocivo para o anseio da concretização da tutela jurisdicional célere, tempestiva e adequada (art. 5º., XXXV, CF).

Como exemplo, menciona **alguns limites razoáveis** que **restringem** o direito a prova:

- a) limitações **lógicas**: **ex.:** somente os fatos **controvertidos, pertinentes e relevantes** à causa hão de merecer prova;
- b) **políticas**: **ex.:** chega um momento em que é preciso dar estabilidade às relações jurídicas, tornando-se necessário o encerramento do debate judicial; faz-se isto por meio da coisa julgada;
- c) **econômicas**: **ex.:** o processo não deve servir para prejudicar aquele que tem razão, **camuflando-se** com **excessos de garantias** que tornariam excessivamente **morosa** a prestação jurisdicional.⁴⁷

⁴⁷ ___ Direito constitucional à prova no processo civil. v.3, São Paulo, RT, 2001, pp.70/71.

4.7 Verdade formal e material:

Distingue-se a verdade formal da verdade material, nos seguintes termos:

- a) **a verdade formal** contenta-se com a verdade processual (ou aquela obtida através de atividade probatória);
- b) **a verdade material**, seria um *quid aliud*, por buscar a verdade histórica e empírica.

Cambi citando Comoglio, diz que a distinção entre verdade material e processual não tem razão de ser. Isso porque, não se pode afirmar que a verdade do processo seja ontologicamente diversa da verdade histórica ou do mundo real. E, não se pode sustentar que a verdade material (ou pertencente ao mundo externo) está excluída do âmbito da fenomenologia processual.

Conclui que a **verdade processual e a verdade de fora do processo são sempre uma**; o que **difere são as técnicas e os métodos** para o seu conhecimento.

Não podendo-se ignorar *a priori* que o mecanismo processual, mesmo que limitado contextualmente, possa vir a conhecer a realidade empírica dos fatos.⁴⁸

Assim, o que pode variar é o grau de aproximação com o mundo empírico, (baseado apenas na experiência e não no estudo), o que implica a ponderação dos problemas que envolvem a adequada construção da técnica processual, tais como:

- a) se deve adotar-se o sistema da prova legal ou da prova livre;**
- b) se deve dar-se maior ênfase ao princípio dispositivo ou ao princípio inquisitório;**
- c) qual a intensidade dos poderes instrutórios formais e materiais a serem exercidos pelo juiz;**
- d) qual a dimensão a ser dada ao direito das partes de valerem-se dos meios probatórios úteis e disponíveis para influir na decisão judicial;**
- e) qual deve ser a medida de cooperação processual exigível entre as partes e o juiz;**

⁴⁸ Comoglio, Luigi Paolo. *Le prove civile.*, pp. 13/14.

- f) **se deve-se obrigar as partes a dizer ou não a verdade;**

- g) **qual o grau de efetivação da garantia constitucional do contraditório e das demais garantias constitucionais fundamentais etc.**

Resta superada a dicotomia da verdade **material** e da verdade **formal** que se costumava fazer atribuindo a primeira ao **processo penal e a segunda ao processo civil**.

A reconstrução dos fatos no processo penal não é mais relevante do que no processo civil.

Até porque nem todas as condenações penais redundam na aplicação da pena de restrição da liberdade (Lei n. 9099/95 – penas alternativas através da transação).

Segundo o entendimento de José Carlos Barbosa Moreira, as conseqüências **não patrimoniais** de uma **condenação civil** poderiam ser tão graves quanto a restrição da liberdade (por exemplo, a **perda do pátrio poder**).

Defende o autor que, tanto no processo penal quanto no civil, o melhor conhecimento possível dos fatos constitui pressuposto para uma boa decisão.⁴⁹

4.8 Verdade relativa e certeza:

⁴⁹ ___Processo civil e processo penal: mão e contramão? Genesis – Revista de Direito Processual Civil, vol. 12, p. 252.

Leciona Carnelutti que a certeza vem do verbo **cernere**, que significa **discernir**, ou seja, **ver claramente**.

A certeza seria **mais que o ver**, exprimindo tanto uma capacidade dos sentidos quanto uma atividade.

Enquanto a **certeza pertenceria ao sujeito**, a **verdade** seria o **objeto** da certeza.⁵⁰

Entendendo da mesma forma, Santiago Sentís Melendo, distingue a verdade como um fenômeno objetivo e a **certeza** como um fenômeno **subjetivo**, sustentando que “la verdade es: la certeza se tiene”.⁵¹

Para Eduardo Cambi a tentativa de aproximação da verdade relativa à noção de certeza torna-se possível, caso se entenda que a certeza não é fruto de uma convicção meramente subjetiva, **mas, tal como a verdade relativa, deve ser objetiva**, mesmo porque toda decisão judicial, ainda que tenha uma inegável dimensão subjetiva, somente se torna válida se é fundamentada (art. 93, IX, CF), e a motivação nada mais é do que atribuir critérios objetivos à convicção do juiz.

⁵⁰__Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto. Rivista di Diritto Processuale, 1950, p. 116.

⁵¹__Naturaleza de la prueba. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio, p. 42.

⁵²__Obra citada, p. 74.

⁵³__A lógica das provas em matéria criminal. Trad. de Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, vol. I, pp. 51/52.

⁵⁴__Legitimação pelo procedimento. Trad. de Maria Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 122.

Assim, as noções de certeza e de verdade relativa podem ser ambas compreendidas à **luz do sistema do livre convencimento probatório, o qual exige uma verificação racional e motivada dos fatos** pelo juiz, o que **denota e ressalta o caráter objetivo da decisão.**

Nessa senda, conclui o autor que mediante a convicção judicial, a certeza se aproxima da verdade relativa.⁵²

Nicola Framarino Dei Malatesta leciona que **“a certeza é um estado subjetivo** que não pode ser considerado como independente da realidade objetiva: é um **estado psicológico** produzido pela ação das realidades percebidas, e da consciência destas percepções”.

Salienta o autor que a **certeza** “só é criada no espírito pela percepção da relação intercedente entre o sujeito, que faz a prova, e o objeto provado”.⁵³

Ao discorrer sobre o tema, Niklas Luhmann, conclui que **“a certeza é, basicamente, confiança numa complexidade já reduzida”**.⁵⁴

Conforme sustenta Cambi, o que a atividade probatória pretende é facilitar a compreensão das situações fáticas deduzidas em juízo, para que o juiz tenha condições de dizer o direito no caso concreto.

Para o autor, a **prova é um modo de redução da complexidade**, para que o juiz, possuindo maior confiança sobre a situação litigiosa, tenha condições de, ao formar sua convicção, decidir a causa.

Certeza e verdade relativas, desde que possam ser tomadas como conceitos objetiváveis no processo, **podem retratar a mesma finalidade**, legitimando o exercício do poder e tornando a decisão justa.⁵⁵

Nas palavras de Sentís Melendo, “a **certeza é o resultado atingido em face da verdade** (relativa), que é a **finalidade** a ser buscada pelo processo”.⁵⁶

Carnelutti defende que o homem não se contenta em **ver**, desejando também **prever**, saber o que vai acontecer no futuro passa a ser um problema que procura ser solucionado mediante a edição de leis, genéricas e abstratas.

No entanto, os problemas da justiça não se resumem à aplicação da lei, uma vez que nem sempre as leis são justas e, além do que, as leis não têm como prever, abstratamente, todas as situações concretas.

Por essa razão, a experiência jurídica ou o nascimento do direito está na síntese entre o concreto e o abstrato; logo, a experiência não se realiza sem o juízo, mas, ao contrário, no juízo, toda a experiência se resolve.

Contudo, para julgar é preciso **eliminar as dúvidas**.

⁵⁵ Obra citada, pp. 74/75.

⁵⁶ ___ Naturaleza de la prueba. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires:Ejea, 1978, p. 114.

A palavra **dúvida** ou *dubium* vem **de duo, dois**. Enquanto o termo **certeza** ver claramente ou distinguir; por isso, julgar é escolher entre uma das duas possibilidades.⁵⁷

Cândido Rangel Dinamarco leciona que a **verdade e a certeza** são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo. O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas.

Assevera que no processo de conhecimento, ao julgar, o juiz deve se contentar com a probabilidade, renunciando à certeza, porque do contrário inviabilizaria os julgamentos.

Quanto ao processo de execução, ressalta Dinamarco que é o legislador quem renuncia desde logo ao critério da certeza, satisfazendo-se com a probabilidade representada por certos fatos jurídicos, aos quais confere a eficácia abstrata de título executivo.

Já para as medidas cautelares, a ordem jurídica é praticamente explícita na aceitação da probabilidade suficiente, pois está dito que elas são concedidas com base no *fumus boni juris* e instrução sumária.

O autor adverte que esse sistema de probabilidades suficientes apresenta riscos de erro, mas ele próprio fornece o instrumental necessário à sua correção, ou seja: prova

⁵⁷ ___ Verità, dubbio, certezza. Rivista di Diritto Processuale. 1965, pp. 5/6.

contrária às presunções relativas; prova pelo revel; recursos, ação rescisória; embargos do executado; revocabilidade das medidas cautelares, etc.⁵⁸

⁵⁸ ____A instrumentalidade do processo. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 1996, pp.318/319.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade probatória, é essencial à eficácia do processo, pelo que, para a segurança da parte e manutenção do equilíbrio social, deve ter rigorosa disciplina legal. Seu resultado é sempre uma afirmativa de probabilidade, sendo certo que a verdade afirmada num processo pode sempre ser rediscutida em outro, ainda que entre as mesmas partes. O caráter de certeza plena, portanto, é um atributo que não é próprio da prova judiciária.

Assim, deve-se observar a Constituição, como “reserva axiológica da justiça”, a fim de que se atinja o “escopo da justa pacificação”. Devendo o direito processual e os juízes, através da interpretação do direito e da utilização do processo, buscar a concretização permanente no contexto das transformações sociais.

É necessária a fé, a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não vêem.

Giuseppe Capograssi propõe que se recupere a **suprema ingenuidade de crer na verdade**, porque a sorte do direito depende dessa crença, e, também, porque a **verdade dá sentido ao processo**, já que deve ser **considerada a “mãe da justiça”**⁵⁹

⁵⁹ _____
⁵⁹ _____ Giudizio processo scienza veritá. Rivista di Diritto Processuale, 1950, pp. 19/22.

Cambi invoca a lição de Calamandrei, no sentido de que “...para se ter justiça, tal como afirmava um antigo provérbio vêneto, não basta ter razão, também é necessário **“saber expô-la”, “encontrar quem a entenda” e “queira dá-la”** e, por último, **“um devedor que possa pagar”**.”⁶⁰

Destacamos a relevância dos operadores do direito utilizarem, no processo, somente o mínimo necessário à efetiva tutela jurisdicional; partes na produção de provas e juiz no grau de cognição, sendo todos objetivos.

Deve-se ter compreensão espiritual e saber a correta proporção na atividade probatória e na técnica de cognição; buscando-se a justiça com a devida celeridade; aplicando-se os princípios, com idéias novas ajustadas ao contexto social e ao caso concreto.

Nas sábias palavras de Miguel Reale finalizamos o tema:

“A Caridade é um dar infinito; a Justiça é um dar segundo proporção e medida. Cuidai, meus amigos, porém, de não sujeitar o vosso dar às medidas rígidas e inflexíveis dos matemáticos, mas às medidas estimativas e plásticas da compreensão espiritual. Se assim o fizerdes, se assim agirdes, compreenderéis todo o significado dessa frase que redigi para vosso lema: JUS DIVINA PROPORATIO”.”⁶²

⁶⁰Obra citada, p. 78.

⁶²____Horizontes do Direito e da História. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.320.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Ferreira de. **Bíblia Sagrada**. São Paulo: Editora Vida, 1981.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual Civil**. 2^a ed. 2^a série. São Paulo: Saraiva, 1988.

BURNIER JUNIOR, João Penido. **Teoria Geral da Prova**. São Paulo: Edicamp, 2001.

CALAMANDREI, Piero. **Verità e verossimiglianza nel processo civile**. *Rivista di Diritto Processuale*, 1955.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no Processo Civil**. São Paulo, RT, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad**. La Plata: Platense, 2002.

COPOGRASSI, Giuseppe. **Giudizio processo scienza verità**. *Rivista di diritto processuale*, 1950.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. 2^a ed. Buenos Aires: Depalma, 2000.

_____. *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*. *Rivista di Diritto Processuale*, 1950.

_____. *Verità, dubbio, certezza*. *Rivista di diritto processuale*, 1965.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civile**. Turim: Utet, 1998.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: De Palma, 1990.

DE SANTO, Víctor. **El proceso civil**. Tomo II. Buenos Aires: Universidad, 2000.

_____. *La prueba judicial. Teoría y práctica*. 2^a ed. Buenos Aires: Universidad, 1994.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DÖHRING, Erich. ***La prueba. Su practica y apreciacion.*** Buenos Aires: El Foro, 1998.

ECHANDÍA, Devis. ***Compendio de la prueba judicial.*** Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. ***Introdução ao estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação.*** São Paulo: Atlas, 1989.

FURNO, Carlo. ***Contributo alla teoria della prova legale.*** Padova: Cedam, 1940.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. ***Direito à prova no processo penal.*** São Paulo: RT, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. ***Direito processual civil brasileiro.*** 2^o v., 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

LOPES, João Batista. ***A prova no Direito Processual Civil.*** 2^a ed. São Paulo: RT, 2002.

LUHMANN, Niklas. ***Legitimação pelo procedimento.*** Trad. de Maria Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. ***A lógica das provas em matéria criminal.*** 1^a ed. Campinas: LZN, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. ***Tutela antecipatória, Julgamento antecipado e execução imediata da sentença.*** São Paulo: RT, 1997.

MELENDÓ, Santiago Sentís. ***Naturaleza de la prueba. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio.*** Buenos Aires: Ejea, 1978.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. ***Processo civil e processo penal: mão e contramão?*** Genesis – Revista de direito processual civil, v. 12.

NERY JUNIOR, Nelson. ***CPC comentado.*** 6^a ed. São Paulo: RT, 2002.

PATTI, Salvatore. ***Libero convincimento e valutazione delle prove.*** Rivista di Diritto Processuale, 1985.

REALE, Miguel. ***Filosofia do Direito.*** 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
_____. ***Horizontes do direito e da história.*** 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. ***Prova judiciária no cível e comercial. Vol. I.*** São Paulo: Max limonad, 1983.

TARUFFO, Michele. ***Funzione della prova: la funzione dimostrativa***: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997.
_____ *La prova dei fatti giuridici. Milano: Giuffrè, 1992.*
_____ Note per una riforma del diritto delle prove. *Riv. Dir. Proc.*, 1986.