

Indícios e presunções: sua relação com o princípio da verdade e os sistemas de apreciação das provas

Autore: Margareth Vetis Zaganelli

In: Diritto brasiliano

SUMÁRIO: 1. Introdução: sobre o convencimento do juiz; 2. Dos conceitos que se pode dar a indícios e presunções; 3. Sobre a possibilidade de se atribuir veracidade a fatos apenas com base em indícios e presunções; 4. Indícios, presunções e o raciocínio do juiz: em busca da verdade processual; 5. Das presunções absolutas; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Indícios. Presunções. Máximas de experiência. Raciocínio do juiz. Livre convencimento.

Parole chiave:

Indizio. Presunzione. Esperienza Massima. Raziocinio del giudice. Persuasione libero.

RESUMO: O artigo aborda o valor metodológico e probatório das presunções, indícios e das máximas de experiência (estas trabalhadas como presunções hominis). Para tanto, parte da constatação do sistema de convencimento do juiz adotado pelo Direito brasileiro para posteriormente construir sua relação com o objeto de estudo do presente trabalho. Outrossim, trabalha com questões conexas, como o método de raciocínio adotado pelo juiz na formulação de sua convicção e o valor da chamada verdade provável para o processo civil e penal. **Parole chiave:**

Indizio. Presunzione. Esperienza Massima. Raziocinio del giudice. Persuasione libero.

Riassunto: Il articolo discute il valore metodologico e probatorio di presunzione, indizios e di massima esperienza (hanno lavorato come presunzione hominis). A tal fine, una parte dalla constatazione del

sistema per convincere il giudice adottato dalla legge brasiliana per costruire ulteriormente il vostro rapporto con l'oggetto di studio di questo lavoro. Allo stesso modo, lavori con questioni relative, come il metodo di ragionamento adottato dal giudice nella formulazione della sua convinzione e il valore di verità probabile per di procedura civile e penale.

1. Introdução: sobre o convencimento do juiz.

Estas linhas introdutórias objetivam abordar qual o sistema que vigora, no Brasil, quanto ao convencimento do juiz: “livre convencimento” ou “sistema da persuasão racional (livre convencimento motivado)”, tendo por finalidade explicá-los para posteriormente construir o enlace com o objeto de estudo deste texto. Será quando, então, se verificará a importância metodológica e prática dos indícios e presunções.

A importância da discussão em torno aos sistemas de apreciação das provas diz respeito ao processo de valoração do material probatório, especialmente aquele providenciado pelo juiz, que vinculará as partes de um processo. Valoração da prova é a formação de um juízo de valor sobre o objeto da prova, através do qual o juiz forma seu convencimento acerca do fato probandi,¹ de maneira a pronunciar sua conclusão que implica num ato de decisão (aplicação da norma jurídica).

Assim, é possível estabelecer a existência histórica de três sistemas de apreciação da prova:

1. Prova legal: é aquele em que a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova.² É originado das Ordálias (juízos de Deus), cuja evolução permitiu chegar ao sistema da prova legal.³ Neste sistema, cabe à lei atribuir um valor fixo aos meios de prova, que deverão ser levados em consideração

pelo juiz no processo de formulação de seu convencimento⁴, ou seja, o propósito era tarifar as provas, afirmando que determinados fatos deveriam ser provados por certo meio, ou que um outro meio era inadequado para tal fim. Com tal medida seria possível diminuir a liberdade do juiz, vinculando-o ainda mais ao Direito positivo, pois, como bem destaca Dinamarco, “constituem vínculos normativos à formação do convencimento pessoal do juiz”.⁵

2. Íntima convicção ou valoração “secundum conscientiam”: é aquele pelo qual o juiz deverá julgar de acordo com seu convencimento, a ser constituído a partir de quaisquer elementos trazidos ao processo. Veja, portanto, que este sistema deixa ao juiz integral liberdade de avaliação⁶ (ciência privada do juiz). “O juiz não fica, por este sistema, vinculado às provas produzidas, podendo proferir sua decisão, até mesmo, com base em impressões pessoais e fatos de que tomou conhecimento extrajudicialmente”.⁷ Por tais razões, é um sistema de extrema insegurança e inimigo do Estado de Direito.⁸

3. Persuasão racional, ou livre convencimento, ou livre convencimento motivado: o juiz forma livremente seu convencimento (não se prende ao Direito positivo), porém dentro de critérios racionais que deverão ser indicados na motivação da decisão (fundamentação).⁹ Este é o sistema adotado pelo ordenamento processual civil brasileiro, como se depreende do art. 131 do Código de Processo Civil. Inclusive, é o mesmo sistema que vige processo penal, tanto que o art. 131 do CPC funciona como parâmetro hermenêutico para o art. 157 do Código de Processo Penal. É preciso ter em mente, tal qual destaca Cintra, Grinover e Dinamarco, que “persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão”.¹⁰ Perceba, então, que junto da decisão deverá o juiz apresentar os motivos que o levaram a decidir daquela determinada maneira (princípio da motivação das decisões judiciais - art. 93, IX da Constituição da República c/c art. 458, II do CPC). Dinamarco bem elenca as características, em síntese, deste sistema: “a) ainda que livre, o convencimento do juiz deve ser racional e não emocional; b) ele deve necessariamente resultar do material colhido nos autos do processo; c) o juiz tem o dever de justificá-lo ao motivar a decisão; d) em certos casos, o valor da prova é dimensionado pela lei e não pelo juiz. Segue-se que no direito atual o juiz valora livremente a prova, mas não tão livremente assim”. Outrossim, como bem

aponta Didier Jr., a liberdade na apreciação está sujeita a certas regras, que condicionam a convicção, tais como: “a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais e às máximas de experiência. O livre convencimento motivado também fica limitado pela racionalidade, não sendo admitida a apreciação das provas de acordo com critérios irracionais, por mais respeitáveis que sejam; não pode o magistrado, em um Estado laico, decidir com base em questões de fé, por exemplo”.¹¹

Tendo por premissa a vigência no Brasil, quanto ao convencimento do juiz, do sistema do “livre convencimento” ou o “sistema da persuasão racional (livre convencimento motivado)”, pode-se, agora, partir à análise dos indícios e presunções para compreender a relação destes elementos com a formulação do raciocínio do juiz na apreciação probatória e conseqüente formulação de sua convicção.

2. Dos conceitos que se pode dar a indícios e presunções.

O indício surge a partir de um raciocínio lógico pelo qual a existência de um determinado fato conhecido indica um outro, de alguma maneira. “O conhecimento de determinado fato pode ser induzido da verificação de um outro fato. Indício é este fato conhecido, que, por via de raciocínio, sugere o fato probando, do qual é causa ou efeito”.¹² Nesse sentido, o art. 239 do Código de Processo Penal:

“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

O indício é um fato que revela a presença de outro acontecimento. A importância da prova indiciária está quando da dificuldade de verificação ou ocorrência da prova de determinados fatos, bem como de fatos

futuros, para as demandas de caráter preventivo.¹³ É classificado como prova indireta, que é aquela que permite chegar ao fato a ser provado a partir de uma conclusão.

Já a presunção, nas palavras de Dinamarco, “é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”.¹⁴ A presunção não é meio e nem fonte de prova. Trata-se de um mecanismo de inteligência do magistrado ao examinar as provas; diz respeito, portanto, ao raciocínio do juiz, etapa do processo de valoração das provas.

As presunções constituem, segundo Barbosa Moreira, um conhecimento adquirido.¹⁵ Assim também entende Dinamarco, para quem as presunções (legais ou judiciais) “constituem processos de raciocínio dedutivo que levam a concluir que um fato aconteceu, quando se sabe que outro haja acontecido”.¹⁶

Segundo Didier Jr., ao se referir a presunção, o legislador, em realidade, refere-se a indício, pois ambos são confundidos. Tanto é assim que o Código de Processo Civil não regulamentou a presunção, por uma razão simples: “Se se trata de presunção legal, estamos diante de normas legais que devem ser aplicadas pelo juiz como regras de julgamento [...]. Se for o caso de presunção judicial, qualquer dispositivo legal é ocioso ou inútil: não se pode, por lei, autorizar, limitar ou proibir o juiz de pensar”.¹⁷ Mas Dinamarco bem demonstra a relação entre presunção e indício: “A experiência pessoal do homem e a cultura dos povos mostram que existem relações razoavelmente constantes entre a ocorrência de certos fatos e a de outros, o que permite formular juízos probabilísticos sempre que se tenha conhecimento daqueles. Daí por que o homem presume, apoiado na observação daquilo que ordinariamente acontece. O momento inicial desse processo psicológico é o conhecimento de um fato-base, ou indício revelador da presença de outro fato. Seu momento final, ou seu resultado, é a aceitação de um outro fato, sem dele ter um conhecimento direto”.¹⁸

3. Sobre a possibilidade de se atribuir veracidade a fatos apenas com base em indícios e presunções.

No caso do processo civil, a fundamentação de uma decisão com base em indícios e presunções não oferece maiores complicadores. Há, inclusive, autorização nesse sentido, como decorre do art. 335 do Código de Processo Civil (máximas ou regras de experiência, também chamadas de *proesumptiones hominis*): “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 de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.^{19,20} Segundo Rosito, a interpretação que se deve dar a esse dispositivo é a seguinte: “no sistema processual brasileiro de tipo inquisitório, o juiz não somente pode como deve recorrer de ofício às máximas de experiência, sejam comuns, sejam técnica-científicas, com exceção daquelas regras complexas que transcendem a cultura média, cuja cognição depende de atividade probatória”.²¹

Já no caso do processo penal, a questão deve ser analisada com *granus salis*, isto porque, geralmente, uma decisão desfavorável ao réu implica no cerceamento ao seu direito de liberdade. Por tais razões, é preciso tratar com esmero a hipótese de uma decisão condenatória baseada apenas em indícios e presunções. Nem por isso estes elementos deixam de ter valor, como se denota do art. 239 do Código de Processo Penal, que define indício, bem como do caput do art. 408 do mesmo diploma, no qual o indício ganha relevância para a decisão da pronúncia.²²

No sistema do livre convencimento do juiz (art. 131 do CPC c/c art. 157 do CPP) a prova indiciária é circunstanciada e possui o mesmo valor de outras provas. Assim, a concatenação de indícios, quando baseada em elementos objetivos que lhe confirmam credibilidade, poderá ser suficiente para justificar uma decisão condenatória, contra a qual, evidentemente, serão admitidos contra-indícios ou qualquer outra prova, bem como recursos a instâncias superiores. Entretanto, a jurisprudência e a doutrina construíram entendimento conflitante, como demonstra o seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDÍCIOS. 1. A ação de improbidade administrativa exige prova certa, determinada e concreta dos atos ilícitos, para ensejar condenação. Não se contenta com simples indícios, nem com a verdade formal. 2. Acórdão que reconheceu existir, apenas, indícios da prática de improbidade administrativa. Improcedência do pedido que se impõe. 3. Não cabe imposição de ônus de sucumbência ao Ministério Público, em ação de improbidade administrativa cujo pedido foi improcedente, salvo comprovada má-fé. 4. Recursos improvidos”.²³

Veja que a posição jurisprudencial é clara em não admitir exclusivamente a formulação do convencimento do juiz apenas com base em indícios ou na verdade formal. Isso porque o indício e a presunção não comportam plenamente a certeza, permitindo formular uma convicção que toma por referência uma probabilidade. Tendo em vista o bem jurídico do acusado que se atinge na persecução penal (a sua liberdade), na dúvida, é melhor decidir a seu favor (in dubio pro reo).

4. Indícios, presunções e o raciocínio do juiz: em busca da verdade processual.

O raciocínio do juiz é uma das fases do iter de valoração da prova. Este complexo procedimento abrange uma série de operações sensoriais e intelectuais, e pode ser dividido nas seguintes fases, de acordo com Rosito²⁴:

- Percepção: quando o juiz entra em contato com os fatos, pessoas, coisas ou documentos (meios de prova);
-

Reconstrução: quando o juiz procede à representação histórica do acontecido;

•

Raciocínio: quando o juiz procede à concatenação dos fatos para inferir uma decisão, a partir de uma lógica do razoável.

Veja, portanto, que a valoração interfere diretamente na formação da convicção do juiz quanto aos fatos. Nesse sentido, Rosito traz uma antiga discussão quanto ao método de raciocínio que o juiz emprega em sua convicção.²⁵ Os principais métodos e sua caracterização são os seguintes:

•

Método dedutivo: do geral ao particular (raciocínio lógico-dedutivo). Comporta apenas um juízo de verdade ou falsidade, e não de probabilidade;

•

Método indutivo: do particular ao geral. Esse raciocínio toma por base uma observação experimental para verificar se o fato já conhecido é suscetível de reproduzir-se com análogos resultados.

Nesse ínterim, é preciso discutir a situação em que, estando o juiz obrigado a procurar tanto no processo civil como no penal a chamada “verdade real”, o magistrado profere uma decisão baseado apenas em

indícios e presunções.

No processo civil, a tendência é a de superação da dicotomia entre verdade real X verdade formal; busca-se uma verdade provável, pautada num juízo de probabilidade, capaz de permitir a justa e adequada solução do litígio e entrega da tutela jurisdicional.²⁶ Para tanto, a investigação judiciária necessita adotar, por excelência, um método diferente daquele indutivo e dedutivo, qual seja, o método abduutivo ou reconstutivo²⁷: “não partindo da certeza do fato, mas somente do resultado conhecido, não se pode conceber outra coisa a não ser que a investigação judiciária adota o método abduutivo, visando a remontar a causa que o produziu. Dessa forma, a construção representa o resultado de uma série de inferências abdutivas, que, combinadas entre si, contribuem para a formação de uma hipótese provável, com caráter propriamente inventivo e de descoberta”.^{28,29}

É preciso compreender que esse método reconstutivo, empregado no raciocínio do juiz, não segue um catálogo de regras jurídicas. O juiz é livre para formar seu convencimento (art. 131), analisando as provas – e, diria, as probabilidades. Tanto é assim que Taruffo ensina que “em grande parte o raciocínio do juiz não é regido por normas nem determinado por critérios ou fatores de caráter jurídico”.³⁰ Isso significa que o juiz protagoniza aquele procedimento de formulação de sua convicção sob fatores ou pré-conceitos de caráter supra-legal, a que se pode designar de máximas de experiência. O próprio Taruffo caracteriza as máximas como uma tentativa de racionalização do senso comum. Quer dizer, as regras de experiência têm importância no raciocínio que leva à convicção do juiz justamente porque participam desse raciocínio: “a máxima de experiência é uma regra geral construída indutivamente com base na experiência relativa a determinados estados de coisas. Essa regra pode depois ser utilizada pelo juiz como critério para fundar seus raciocínios e, sendo uma regra geral, ela serve para este como premissa-maior dos silogismos mediante os quais articula seu raciocínio”.³¹ Segundo Barbosa Moreira, em matéria probatória, as máximas de experiência são instrumentos de apuração dos fatos.³²

Dinamarco faz referência aos artigos 231 e 232 do Código Civil brasileiro para demonstrar um problema que abre caminho a uma proveitosa utilização do art. 335 do Código de Processo Civil (que consagra,

como visto, as presunções hominis). O art. 232 autoriza presumir a ocorrência do fato que a perícia visasse comprovar em caso de recusa da parte em se submeter ao exame médico, e o art. 231 fixa uma regra geral, ao estabelecer que a recusa ao exame não pode proporcionar conclusões em favor da parte que se recusar a um exame daquela ordem: “essas duas disposições abrem caminho para uma proveitosa interpretação do art. 335 do Cód. Proc. Civil, permitindo considerar incluída neste a máxima segundo a qual o comportamento da parte no processo pode ser tomado como elemento de convicção para a apreciação da matéria de fato pelo juiz”.³³

É bem verdade que as presunções não podem oferecer uma certeza absoluta. Porém é verdadeiro, também, que concedem um valor cognitivo de probabilidade³⁴, isto é, uma probabilidade mais racional. Por isso, é importante destacar que as presunções, os indícios e as máximas de experiência são instrumento de equidade nas mãos do juiz, que lhe permitem fazer a justiça do caso concreto³⁵, quando o material probatório for insuficiente. É o que se depreende do seguinte acórdão: “DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ALEGAÇÃO DE VENDA QUE NÃO INCLUÍA O TERRENO, MAS TÃO SOMENTE O PRÉDIO DE ALVENARIA. Pelas máximas de experiência a compra e venda de uma casa de alvenaria inclui o terreno, onde ela se assenta, não havendo prova concreta em contrário. APELO DESPROVIDO”.³⁶

A mesma compreensão não vige, entretanto, no caso do processo penal, onde impera o princípio da verdade real. Torna-se difícil, tendo em vista os valores do réu que se pretende proteger (liberdade, fama pública), condenar apenas com base em um juízo de verossimilhança, de probabilidade, ou seja, em uma verdade provável. Apesar de o método de raciocínio do juiz também ser o reconstutivo ou abduutivo, o juiz deve perseguir, a todo instante, a verdade real dos fatos, e seu juízo deve ser assim formulado. De maneira que, ausente uma certeza quanto à ocorrência dos fatos, ou mesmo ausente provas concretas (diretas) da autoria, o acusado deverá ser absolvido por falta de provas. Dessa observação, resulta, como conclusão, que os indícios e presunções (provas indiretas), no processo penal, têm papel meramente acessório ou confirmatório do material probatório direto.

5. Das presunções absolutas.

Em alguns casos, o Direito se vale de presunções absolutas, como o caso do pai que se recusa a fazer exame de DNA, permitindo ao juiz presumir a paternidade. Dessa maneira, é importante abordar, ainda que em rápida passagem, como o sistema processual trabalha com a idéia de presunção absoluta.

As presunções absolutas, *juris et de jure*, ou, ainda, ficções legais (*proesumptiones legis*), são aquelas que mandam seja aceito determinado fato presumido, desconsiderando qualquer prova contrária. O legislador “finge”, faz de conta, que, na situação, o fato existe, ainda quando se demonstre o contrário.³⁷ Tornam, portanto, irrelevantes os fatos que ordinariamente seriam relevantes; os fatos irrelevantes para o direito material estão excluídos do objeto da prova.³⁸ Nas palavras de Didier Jr., “as presunções legais estabelecem como verdade os fatos presumidos, tornando a sua prova irrelevante”; essa presunção peremptória resulta do raciocínio do legislador, que as consagra como normas jurídicas.³⁹

6. Conclusão.

De tudo o que foi exposto, restou claro que indícios e presunções não são instrumentos capazes de oferecer uma certeza absoluta na reconstrução dos fatos; oferecem, entretanto, uma probabilidade, a qual será capaz de proporcionar a conclusão do processo com a entrega da adequada tutela jurisdicional. Tal linha de pensamento cabe muito bem no processo civil, mas não no processo penal. No caso deste último, os indícios e as presunções parecem funcionar com um papel supletivo, confirmatório; nunca, porém, poderá ser o elemento único sobre o qual incidirá o juiz poderá formular sua convicção. É assim que a jurisprudência vem tratando a questão, e não parece existir outra melhor política processual.

Metodologicamente, de se afirmar o valor das presunções e indícios como instrumento de equidade, capazes de permitir alcançar a justiça de acordo com as necessidades do caso concreto.

Fica, por fim, uma indagação, que parece ser a grande discussão em torno das presunções e indícios doravante: no atual estágio de reformas processuais – que muitas vezes primam mais pela efetividade processual (às vezes confundida com a simples entrega da tutela) que com a justiça do caso concreto –, que papel podem assumir as provas indiretas? Em que sentido poderiam contribuir com uma rápida solução do litígio? Como poderiam colaborar com a desburocratização do processo? Por outro lado, questiona-se, ainda, como podem ser instrumento de justiça com segurança jurídica, ou seja, é preciso atentar para não se tornarem instrumentos de arbítrio e tratamento diferenciado.

7. Referências bibliográficas.

BAGGIO, Lucas Pereira. O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 181-202.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: Temas de direito processual – primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977.

Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: Temas de direito processual – 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 61-72.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. Vol. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria geral do processo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. 3ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1969.

DIDIER JR., Fredie. Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva. Vol. I. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2005.

DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. III. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROSITO, Francisco. Direito probatório: as máximas da experiência em juízo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STEIN, Friedrich. El conocimiento privado del juez. 2ª ed. Tradução de Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Tradução de Jordi Ferri. Madrid: Trotta, 2002.

Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, vol. 02, n. 02. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, jul./dez. 2001, pp. 171-204.

TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZANETI JR., Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: Revista de Processo, vol. 29, n. 116. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./ago. 2000, pp. 334-371.

1 Alexandre Freitas Câmara, Lições de direito processual civil, vol. I, 10^a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 402. Ou, nos dizeres de Candido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, vol. III, 5^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 101: “Valoração da prova é a avaliação da capacidade de convencer, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo”.

2 Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; e Candido Rangel Dinamarco, Teoria geral do processo, 19^a ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 352.

3 Alexandre Freitas Câmara, Lições de direito processual civil, ob. cit., p. 402. Segundo o autor, no sistema das ordálias “acreditava-se que a parte que estivesse com a razão seria protegida pela divindade. Desta época são os meios de prova mais estapafúrdios e cruéis, como a utilização de água fervente (a ser jogada sobre a parte, a fim de verificar se a mesma mentia) ou da fogueira”

4 Alexandre Freitas Câmara, Lições de direito processual civil, ob. cit., pp. 402-403, assim exemplifica o sistema da prova legal: “se a lei atribuísse à prova testemunhal peso um, à prova documental peso dois e à confissão peso três, o juiz, ao final do processo, deveria verificar quanto de cada um desses meios probatórios cada parte dispõe, para que possa declarar então quem teve a melhor sorte no processo. Tal sistema, hoje inteiramente superado, transformou o processo em verdadeiro jogo, onde o sucesso ficaria ao lado do melhor estrategista”. Mais à frente (p. 403), o autor destaca que o art. 227 do Código Civil, que revogou tacitamente o art. 401 do Código de Processo Civil, negando qualquer valor à prova exclusivamente testemunhal nos negócios jurídicos cujo valor exceda dez vezes o valor do salário mínimo vigente no país é um resquício da prova legal no Direito contemporâneo.

5 Candido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, ob. cit., p. 103. Segundo

6 Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; e Candido Rangel Dinamarco, Teoria geral do processo, ob. cit., p. 352.

7 Alexandre Freitas Câmara, Lições de direito processual civil, ob. cit., p. 403. Destaca, ainda, que este sistema vige até hoje em relação ao Tribunal do Júri, uma vez que os jurados não estão vinculados às provas existentes, podendo decidir de acordo com suas inclinações e convicções pessoais.

8 Candido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, ob. cit., p. 104.

9 Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; e Candido Rangel Dinamarco, Teoria geral do processo, ob. cit., p. 352.

10 Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; e Candido Rangel Dinamarco, Teoria geral do processo, ob. cit., p. 352. Destaca Alexandre Freitas Câmara, Lições de direito processual civil, ob. cit., p. 404, que neste sistema não poderá o juiz formar sua convicção a partir de elementos que não estejam nas provas carreadas para os autos, baseando-se no brocardo quod non est in acti non est in mundo (o que não está nos autos não está no mundo).

11 Fredie Didier Jr., Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva, vol. I, 5ª ed., Salvador, Juspodivm, 2005, p. 497.

12 Fredie Didier Jr., Direito processual civil..., ob. cit., p. 477.

13 Fredie Didier Jr., Direito processual civil..., ob. cit., p. 478.

14 Candido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, ob. cit., p. 113.

15 José Carlos Barbosa Moreira, As presunções e a prova, In Temas de direito processual – primeira série, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 59.

16 Candido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, ob. cit., p. 124.

17 Fredie Didier Jr., Direito processual civil..., ob. cit., p. 480.

18 Candido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, ob. cit., p. 113. Na página seguinte o autor disserta sobre a importância das presunções para o processo: facilitar a prova: “O objetivo comum e imediato a todas as presunções relevantes para o direito é a facilitação da prova. Há situações em que, sendo particularmente difícil a prova, a lei ou o juiz facilita a demonstração do fato relevante, satisfazendo-se com a prova daquele que é mais fácil provar e assim dispensando a prova direta do fato que realmente interessa para o julgamento da causa”.

19 O conceito de máximas de experiência (Erfahrungssätze) começou a ser trabalhado por Stein em 1893, quando lançou Das private Wissen des Richters (O conhecimento privado do juiz). Assim define: “Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han induzido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros casos nuevos” (Friedrich Stein, El conocimiento privado del juez, 2ª ed., tradução de Andrés de la Oliva Santos,

Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 199, p. 22). Dentre os juristas brasileiros, Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, ob. cit., pp. 121-122, define as máximas ou regras de experiência - também chamadas de presunções judiciais (hominis) - como as “ilações que o juiz extrai da ocorrência de certos fatos para concluir que outro fato tenha acontecido, com eficácia restrita a cada caso em que julga. Essas ilações são fruto de sua própria construção inteligente ou do alinhamento a outras anteriormente fixadas em casos precedentes pelos tribunais, com a constância suficiente para caracterizar determinadas linhas jurisprudenciais”. E prossegue: “Atentos e sensíveis às realidades do mundo, eles [os juízes] têm o dever de captar pelos sentidos e desenvolver no intelecto o significado dos fatos que os circundam na vida ordinária, para traduzir em decisões sensatas aquilo que o homem comum sabe e os conhecimentos que certas técnicas elementares lhes transmitem. Na realidade da vida e às vezes no cotidiano, há fatos que ordinariamente se sucedem a outros, e tanto quanto o homem da rua (Calamandrei), o juiz não deve estar alheio a essa percepção nem decidir como se a vida não fosse assim - sob pena de transformar o processo em uma técnica bem organizada para desconhecer o que todo mundo sabe (Aliomar Baleeiro)”. São, portanto, expressões da cultura dos juízes como intérpretes dos valores e da experiência acumulada pela sociedade em que vivem. Como bem destaca Francisco Rosito, Direito probatório: as máximas da experiência em juízo, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 74, isso vem derrubar o mito da proibição ao juiz de utilização de seu conhecimento privado na formulação da convicção que permitirá o surgimento de uma decisão: “o surgimento das máximas de experiência vai representar um importante avanço para abrandar as limitações que o juiz enfrentava em um processo essencialmente privado, no qual as partes mantinham amplo controle das iniciativas, sobretudo de natureza probatória”. José Carlos Barbosa Moreira, Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, In: Temas de direito processual - 2ª série, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 62, ensina que seria absurdo imaginar que o juiz, no exercício de sua judicatura, se despojasse das noções que apreendeu como homem, no seio da sociedade e cultura em que vivem. Disso resultam as chamadas regras de experiência, que não são acontecimentos, mas “noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro”. As máximas de experiência são, em resumo, as noções extrajudiciais do juiz, fruto de sua cultura e colhidas de seus conhecimentos sociais, científicos e artísticos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares. Adquirem autoridade porque trazem consigo a imagem do consenso geral, já que certos fatos e evidências fazem parte da cultura de uma determinada esfera social.

20 No Direito positivo brasileiro, outros dispositivos também consagram as máximas de experiência, a exemplo do que ocorre no art. 5º da Lei nº. 9.099/95, no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, e no art. 852-D, da Consolidação das Leis do Trabalho.

21 Francisco Rosito, Direito probatório: as máximas da experiência em juízo, ob. cit., p. 134.

22 Veja, inclusive, a seguinte decisão: STF, RE nº. 540999/SP, 1ª T., Rel Min. Menezes Direito, j. em 22.04.2008, DJ de 20.06.2008: “Penal. Processual Penal. Procedimento dos crimes da competência do Júri. Iudicium accusationis. In dubio pro societate. Sentença de pronúncia. Instrução probatória. Juízo competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Presunção de inocência. Precedentes da Suprema Corte. 1. No procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a decisão judicial proferida ao fim da fase de instrução deve estar fundada no exame das provas presentes nos autos. 2. Para a prolação da sentença de pronúncia, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime. Exige-se prova da materialidade do delito, mas basta, nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal, que haja indícios de sua autoria. 3. A aplicação do brocardo in dubio pro societate, pautada nesse juízo de probabilidade da autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri. 4. Considerando, portanto, que a sentença de pronúncia submete a causa ao seu Juiz natural e pressupõe, necessariamente, a valoração dos elementos de prova dos autos, não há como sustentar que o aforismo in dubio pro societate consubstancie violação do princípio da presunção de inocência. 5. A ofensa que se alega aos artigos 5º, incisos XXXV e LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal (princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da motivação das decisões judiciais) se existisse, seria reflexa ou indireta e, por isso, não tem passagem no recurso extraordinário. 6. A alegação de que a prova testemunhal teria sido cooptada pela assistência da acusação esbarra na Súmula nº. 279/STF. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento”.

23 STJ, REsp 976.555/RS, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, j. em 08.04.2008, DJ 05.05.2008, p. 01. Assim também: STJ, REsp 897.815/RS, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 12.06.2007, DJ 13.08.2007, p. 406: “CRIMINAL. RESP. NÃO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RECURSO NÃO CONHECIDO. SEGUNDA INTERPOSIÇÃO. REITERAÇÃO. CONHECIMENTO. OMISSÃO E OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM INDÍCIOS. NÃO OCORRÊNCIA. CONTEXTO PROBATÓRIO. PROVA DA PRÁTICA DE ATO DE OFÍCIO E DE AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DEVER COM A ADMINISTRAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 07/STJ. NÃO CONHECIMENTO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 77 DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO REALIZADA DENTRO DOS DITAMES LEGAIS. PENA SUBSTITUTIVA. PERDA DO CARGO. INCOMPATIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] V. Condenação baseada em amplo contexto probatório, afastando a alegação de ofensa ao art. 239 do Código de Processo Penal, no sentido de que a mesma foi amparada somente em indícios. [...]”. E o STJ, Apn .226/SP, Corte Especial, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 01.08.2007, DJ 08.10.2007, p. 187: “AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CONSTRUÇÃO DO TRT DE SÃO PAULO. DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 315 e 319 DO CÓDIGO PENAL ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PERSECUÇÃO PENAL VOLTADA PARA O ART. 92 DA LEI 8.666/93. PRELIMINARES AFASTADAS. DENÚNCIA QUE NÃO LOGROU PROVAR O DOLO NO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO, NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DE CRIME LICITATÓRIO. CONDUTA VISANDO TÃO-SOMENTE A CONCLUSÃO DO EMPREENDIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. [...]. 10. A dúvida sobre se o agente atuou com dolo eventual ou culpa, restando o delito punível tão-somente a título de dolo, na forma de jurisprudência da Corte e da doutrina do tema, impõem a aplicação da máxima in dubio pro reo posto decorrente dos princípios da reserva legal e da presunção de inocência. Sob esse ângulo, a doutrina e a jurisprudência preconizam: No processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. **Condenação** exige certeza..., não bastando a alta probabilidade..., sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio (in RT. 619/267, sobre o escólio de CARRARA). [...] d) a ausência da prova do dolo, acrescida do rastreamento do Banco Central não apontando qualquer desvio em prol do denunciado, corroboram a ausência de prova conducente à **condenação** inequívoca; e) ad argumentandum tantum, exurgindo dúvidas lindeiras entre a inépcia e a culpabilidade impõe-se o afastamento da **condenação**, tese superada na jurisprudência da Corte, na lei, e na doutrina; f) a Corte Especial é firme no sentido de que: I) o dolo genérico não é suficiente a levar o

administrador à **condenação** por infração à Lei de Licitações (APn 261-PB, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 05.12.2005); II) a insuficiência da prova leva à absolvição (APn 55-BA, Rel. p/ Acórdão Min. José de Jesus Filho, DJ 25.11.1996); "na decisão final, a dúvida beneficia o réu e, nesta fase de recebimento da exordial, a dúvida beneficia a acusação." (APn 195-RO, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 15.09.2003). 12. Ação Penal julgada improcedente".

24 Francisco Rosito, Direito probatório: as máximas da experiência em juízo, ob. cit., pp. 40-41.

25 Francisco Rosito, Direito probatório: as máximas da experiência em juízo, ob. cit., pp. 17-19.

26 Assim, Hermes Zaneti Jr., O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório, In: Revista de Processo, vol. 29, n. 116, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./ago. 2000, pp. 334-371.

27 O Método abduativo ou reconstrutivo é aquele que se propõe a descobrir o passado. Na lição de Francisco Rosito, Direito probatório: as máximas da experiência em juízo, ob. cit., p. 19, "Parte-se, conseqüentemente, de elementos para reconstrução de um fato que vem afirmado, sendo o seu princípio cardinal a probabilidade determinada pelas convergências". Já Paolo Tonini, A prova no processo penal italiano, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 56-57, caracteriza da seguinte maneira o método abduativo: "O raciocínio de tipo abduativo parte de um fato particular para afirmar a existência de um outro fato particular. Nesse caso, o raciocínio baseia-se em uma simples 'observação' dos fatos, sem requerer necessariamente especial competência científica. Um exemplo clássico: 'aquele que matou A usava tênis

manchado de uma tinta amarela' (fato particular); 'B era a única pessoa que naquele dia, naquela situação, vestia tênis manchado de tinta amarela' (fato particular); 'B matou A' (conclusão)". É preciso compreender que esse método reconstrutivo, empregado no raciocínio do juiz, não segue um catálogo de regras jurídicas. O juiz é livre para formar seu convencimento (art. 131), analisando as provas – e, diria, as probabilidades. Tanto é assim que Michele Taruffo, Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz, tradução de Cândido Rangel Dinamarco, In: Revista da Escola Paulista da Magistratura, vol. 02, n. 02, São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, jul./dez. 2001, pp. 171 e 172, ensina que “em grande parte o raciocínio do juiz não é regido por normas nem determinado por critérios ou fatores de caráter jurídico”. E continua: “é fácil perceber que esse raciocínio não é delineado pelo Direito nem se exaure nele. O Direito, na realidade, em grande medida omite-se em relação aos modos como o juiz raciocina ou deveria raciocinar. Além disso, é fácil verificar que o juiz, ao formular o raciocínio que se conclui com a decisão, e mesmo quando justifica esta, emprega, como se costuma dizer, o material e as formas mais díspares e heterogêneas: linguagem técnica e linguagem comum, esquemas e modelos de argumentação, formas dedutivas, juízos de valor, instrumentos de persuasão retórica, conhecimentos de variada natureza, regras éticas e de comportamento, interpretações, escolhas de diversos gêneros etc. Trata-se pois de uma raciocínio estruturalmente complexo e heterogêneo, no qual se encontram e se baralham diversas dimensões lógicas, lingüísticas, cognoscitivas e de argumentação”. Em igual sentido, Eduardo J. Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1969, p. 272: “El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve de la vida”.

28 Francisco Rosito, Direito probatório: as máximas da experiência em juízo, ob. cit., p. 21.

29 Colhem-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça os seguintes acórdãos que podem ser empregados como exemplo em que presunções (máximas de experiência) norteiam o raciocínio do

magistrado na sua convicção: REsp 38.678/RS, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., j. em 23.11.1993, DJ 21.02.1994, p. 2189: "RESP - CIVIL - LOCAÇÃO - DESPEJO - USO PRÓPRIO - LOCADOR - PROPRIEDADE. Normalmente, o locador e o proprietário do prédio. Pode, entretanto, não sê-lo. Um e outro têm legitimidade para desconstituir a relação locatícia. Ainda que o seja para uso próprio da coisa alugada. Cumpre raciocinar com as máximas da experiência. Se alguém aluga, em nome próprio, imóvel de terceiro, presumir-se-á cessão de direito (ainda que informalmente), cujo feixe compreende o uso". E o REsp 196.681/RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., j. em 16.03.1999, DJ 19.04.1999, p. 190: "RESP - CONSTITUCIONAL - ANISTIA. A anistia visa a superar fatos anteriores, podendo, inclusive, desconsiderá-los normativamente. Instituto de interpretação ampla, encontra restrições registradas pela própria lei que a concede. Não afronta, porém, o princípio da isonomia, a ponto de gerar desigualdade jurídica. No caso de retorno do funcionário ao serviço público, urge estabelecer o paralelo da situação funcional do interessado com a vida também funcional dos colegas. E de considerar-se, raciocinando com as máximas da experiência, que o impetrante teria obtido a mesma movimentação na carreira. Inadequado, porém, contemplá-lo com posição inatingida pelos colegas".

30 Michele Taruffo, Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz, ob. cit., pp. 171 e 172. E continua: "é fácil perceber que esse raciocínio não é delineado pelo Direito nem se exaure nele. O Direito, na realidade, em grande medida omite-se em relação aos modos como o juiz raciocina ou deveria raciocinar. Além disso, é fácil verificar que o juiz, ao formular o raciocínio que se conclui com a decisão, e mesmo quando justifica esta, emprega, como se costuma dizer, o material e as formas mais díspares e heterogêneas: linguagem técnica e linguagem comum, esquemas e modelos de argumentação, formas dedutivas, juízos de valor, instrumentos de persuasão retórica, conhecimentos de variada natureza, regras éticas e de comportamento, interpretações, escolhas de diversos gêneros etc. Trata-se pois de uma raciocínio estruturalmente complexo e heterogêneo, no qual se encontram e se baralham diversas dimensões lógicas, lingüísticas, cognoscitivas e de argumentação". Assim também Eduardo J. Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, ob. cit., p. 272: "El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve de la vida".

31 Michele Taruffo, Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz, ob. cit., p. 186. E prossegue: “A máxima de experiência atua como premissa-maior de uma ilação que o juiz formula, a qual pode ser portadora da certeza lógica da dedução silogística, precisamente porque fundada em uma premissa fática de natureza geral” (pp. 187-188).

32 José Carlos Barbosa Moreira, Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, ob. cit., pp. 66-67.

33 Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, ob. cit., p. 124.

34 Lucas Pereira Baggio, O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência, In Danilo Knijnik (Coord.), Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 186.

35 Nesse sentido, Lucas Pereira Baggio, O artigo 335 do Código de Processo Civil à luz da categoria das máximas de experiência, ob. cit., p. 200, discordando de Michele Taruffo, afirma a importância metodológica das máximas de experiência para o processo civil: essa categoria pode auxiliar grandemente “na solução justa e adequada do caso concreto, mediante a equilibrada ponderação entre a realidade, os valores, os fatos e o plano normativo”.

36 TJRS, Ap. Cível nº. 70006761696, 20ª Câmara Cível, Rel. Léo Romi Pilau Júnior, j. em 03.12.2003.

37 Candido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, ob. cit., p. 116. Ensina o autor, ainda, que não se trata de um instituto de Direito probatório, mas de expedientes legislativos com os quais o legislador lida para impor as conseqüências jurídicas que entende convenientes.

38 Candido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, ob. cit., pp. 117-118.

39 Fredie Didier Jr., Direito processual civil..., ob. cit., p. 483.

<https://www.diritto.it/indicios-e-presuncoes-sua-relacao-com-o-principio-da-verdade-e-os-sistemas-de-apreciacao-das-provas/>