

Juízo de verossimilhança *versus* tradição da ordinariedade do processo

Judgment likelihood *versus* tradition of the ordinariness of the process

Elaine Harzheim Macedo¹

RESUMO

O juízo de verossimilhança, que se define como um prejuízo, é um dos temas mais polêmico no direito processual, oscilando entre a efetividade da prestação jurisdicional e o valor da segurança jurídica, cedendo, no mais das vezes, para o dogma da ordinariedade do processo, a representar um comprometimento ideológico que nega à atividade jurisdicional sua condição ínsita de agir hermenêutico, de historicidade e contingencial. Rever sua incidência no processo também implica rever o próprio modelo do processo, o que ganha atualidade no momento em que se discute no Congresso Nacional um novo Código de Processo Civil. Trata-se, outrossim, de atitude que se impõe para a formatação de um sistema jurídico voltado à concretização dos direitos fundamentais e individuais e coletivos.

Palavras-chave: Verossimilhança. Ordinariedade. Efetividade e tempestividade. Cognição sumária e plenária.

ABSTRACT

The judgment of likelihood, defined as a loss, is one of the most controversial issues in procedural law, ranging from the effectiveness of judicial assistance and the value of legal certainty, transferring, in the most cases, to the dogma of the ordinariness of the process, to represent an ideological commitment to the activity that denies their condition inherent jurisdiction to act hermeneutic of historicity and contingency. Review your impact on the review process also involves the very model of the process, which gains today when we are discussing in Congress a new Code of Civil Procedure. It is, moreover, the attitude that must apply to the formatting of a legal system geared to the achievement of fundamental rights and individual and collective.

¹ Doutora e Mestre em Direito, Especialista em direito processual civil, Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito junto à PUC/RS. Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. E-mail: Macedo@tj.rs.gov.br

Keywords: Likelihood. Ordinarity. Effectiveness and opportune. Cognition summary and plenary.

1 O PARADIGMA DA ORDINARIEDADE

O processo de conhecimento que se realiza, em seu instrumento maior, pelo procedimento ordinário, corresponde ao ideal da ordinariedade que, por sua vez, ampara-se no ideal de acabar com o conflito em sua totalidade, mediante o poder absoluto de acerto, declarando-se a vontade da lei ao caso concreto, paradigma que veio acolhido pelo Código de 1973. É nesse sentido, por exemplo, que caminhavam as disposições, entre tantas outras, dos arts. 162, inciso I, 269, inciso I, e 463,² todos do predito diploma legal, extinguindo-se o processo com exame do mérito quando o juiz acolhesse ou rejeitasse o pedido do autor, representando a sentença, mais do que ato criativo do direito, um comando processual e esgotando a jurisdição provocada. Julgar definitivamente, objetivo maior da jurisdição assim concebida, passava a ser uma declaração, uma constituição, uma condenação, e ao tornar-se público esse pronunciamento, o juiz cumpria e acabava o seu ofício jurisdicional, só podendo alterar sua decisão ao efeito de corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo, ou através de embargos de declaração, que, por sua vez, também só objetivam suprir omissões, clarear obscuridades ou afastar contradições (arts. 463 e 535, do CPC).

Nessa concepção – nem tão exorcizada do ordenamento jurídico quanto se possa imaginar – insiste-se, o acerto da relação jurídica de direito material submetida à composição, passa a se qualificar, como traço fundamental, pela extensão de sua definitividade. E, porque caracterizada a decisão judicial pela definitividade, cumpre reconhecer que outro valor

² A referência a tais dispositivos remete às respectivas redações anteriores à reforma legislativa levada a efeito pela Lei n. 11.232/05, mas que aqui se traz a lume como forma de demonstração da estrutura vivenciada, destinando-se a abrir o debate proposto.

perseguido se agregava a essa estrutura, o da certeza quanto aos fatos postos em julgamento, de modo a eliminar o risco de erros e injustiças. De sorte que a definitividade e a certeza compõem dois elementos do valor *segurança jurídica*, indispensável à paz social, e erigido como valor maior a ser perseguido pelo processo.

Trata-se de arcabouço ideológico que tem inspirado o processo e a jurisdição, obviamente não só nos limites territoriais pátrios, mas que sobremaneira tem conduzido o pensamento jurídico que permeia não só as leis processuais (adiantando-se, o Código de 1973, as leis reformistas ao longo das últimas duas décadas e também o Projeto do Novo CPC, que tramita no Congresso Nacional), como também a doutrina e as decisões judiciais, em especial dos tribunais.³ Daí porque a certeza e a segurança serem considerados como os valores maiores a mover o processo de conhecimento, que por isso mesmo repele, tanto quanto possível, por coerência lógica, atos de execução, atos de intervenção no mundo dos fenômenos, sempre passíveis de erros, inadequações, excessos. Dizendo de outra forma, afasta os juízos sumários, entre os quais se destaca os provimentos antecipatórios. Julgar passa a ser ato que se confunde com pronunciamento abstrato, normativo, estabelecendo entre os contendores qual deles está com a razão e qual não está – *a sentença é a lei do caso concreto*. E, registre-se, mesmo as reformas processuais, em especial a da Lei n. 11.232/05, que na verdade representa uma reforma muito mais procedimental do que propriamente uma reforma de processo ou mesmo de exercício jurisdicional, não tiveram o poder de alterar essa estrutura absolutamente assumida em nossas práticas forenses. Ao fim e ao cabo, o processo deste terceiro milênio é ainda um processo comprometido com a declaração, a verdade, o acertamento, o primado da lei.

³ Para o aprofundamento do tema, remete-se o leitor para os estudos sobre a influência do racionalismo sobre o processo, in BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Atrás dessas idéias predominantes no processo civil moderno, contra as quais surgem reações periódicas e tópicas, mas quase sempre anuladas por inúmeros obstáculos e armadilhas do processo tradicional, cuja força opera no sentido de voltar à ordinariedade, encontra-se uma plêiade de motivos de ordem filosófica, política, econômica, entre outros, com destaque para o diagnóstico do modelo de jurisdição e de processo que o Estado liberal adotou,⁴ e que merecem ser resgatados, agora sob o enfoque contraposto do juízo de verossimilhança mais especificamente.

O juízo de verossimilhança está profundamente comprometido com a idéia do prejuízo, de matriz hermenêutica, cuja emanção, segundo Gadamer, compreende uma redução de suas possibilidades, na medida em que pode ser valorado positiva ou negativamente, resultando a opção entre dois (no mínimo) caminhos possíveis ou, juridicamente falando, razoáveis, afastada a idéia de que possa se caracterizar como juízo "falso". Nesse sentido, "prejuízo" significa um juízo que se forma antes da convalidação definitiva de todos os momentos objetivamente determinantes, ou, em sede de processo, uma decisão emanada antes da sentença definitiva.

É ainda o filósofo alemão que mostra como os prejuízos foram perdendo sua importância e espaço na filosofia iluminista, em especial a partir de Descartes, cujo pensamento orientava-se em sentido oposto, isto é, não poderia ser tomado como certo nada sobre o que poderia recair alguma dúvida, o que apenas o método, ou, em outras palavras, a fundamentação, poderia revelar.⁵ Assim, a legitimação dos juízos passou a ser não a tradição, mas a razão, processando-se um salto dos juízos de verossimilhança, naturalmente correspondendo a "prejuízos", para os juízos de certeza, correspondendo a sentenças definitivas, com o conseqüente banimento daqueles

⁴ MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo**: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**, trad. Espanhola de Manuel Olasagasti, 7ª ed., Salamanca: Sígueme, 1997, V. I, p. 337-338.

do seio do processo de conhecimento, padrão maior que o racionalismo adotou como realização do *jurisdicere*.

Para Baptista da Silva, em afirmação quase metafórica, "a universalização da ordinariedade – desenterrada da velha *actio* dos juízos privados romanos – é o fruto mais eminente da ilustração, no domínio do Direito Processual", numa correspondência da figura do juiz à figura do cientista (das ciências experimentais), que só após exaustiva investigação probatória pode chegar a uma afirmação, no caso, dizer o direito, superando as incertezas e dúvidas que o pensamento cartesiano determinava.⁶ A consequência dessa filosofia resultou a máxima que ainda hoje predomina no processo civil moderno, isso é, a precedência da cognição à execução e a adoção do princípio de que *nulla executio sine titulo*, que apenas aparentemente é reservada para a execução de créditos, pois no fundo acaba por exercer influência sobre os processos sumários, isto é, aqueles que contêm cognição e execução, e a própria forma de ser da jurisdição, relegando o juízo de verossimilhança e a sua carga de "prejuízos" (juízo prévio, juízo antecipado) a uma posição de segunda grandeza, senão obscurecido pelo brilho ofuscante da certeza, da segurança jurídica, da definitividade produzida pela coisa julgada e que passou a ser atributo das sentenças finais.

Ao juízo da veracidade, portanto, opõe-se o juízo da verossimilhança. O primeiro, norte maior da ordinariedade do processo e do acertamento (declaração) judicial, que a doutrina tradicional vê como *juízo*; o segundo, instrumento do enfrentamento do caso concreto e sua composição através de decisões judiciais com império de alterar a situação fática dos litigantes, entregando (ou não) o bem da vida desde logo ao litigante, isto é, antes da sentença final, sem que a doutrina tradicional (que inspirou os textos legislativos vigentes) lhe atribua a natureza de *juízo*, condicionando o seu cabimento àquelas situações em que for possível a sua revisão

⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Decisões interlocutórias e sentenças liminares.** In AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 51, p. 133.

por ocasião da sentença final, ainda que no mundo fenomênico se torne irreversível o que fora decidido (art. 273, §§ 2º e 4º, CPC).

A revogabilidade e a provisoriedade, para o sistema vigente, são marcos que definem o juízo de verossimilhança, sem os quais este sequer é imaginável, não ocorrendo em seu bojo espaço para o juiz dizer o direito. O resultado desse pensamento no direito pátrio vem expresso no art. 162 e seus parágrafos do CPC (o que a reforma da Lei n. 11.232/05 não logrou modificar substancialmente), que trata de forma distinta a sentença (ato definitivo, com características de finitude, capaz de qualificar-se pela coisa julgada) e decisão interlocutória (resolução de questão incidente, sujeita à revisão), ignorando a existência de *sentenças liminares* (e ao ignorá-las deixa de dar-lhes tratamento específico, em especial no que diz com a recorribilidade de tais decisões), como atos de decisão (decidem a lide material), ainda que não finais (não põem fim ao procedimento), porque provisórios, mas que a despeito do seu não reconhecimento nem por isso deixam de se fazer presente no ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre nos alimentos provisionais ou na liminar de reintegração de posse, para citar apenas dois entre tantos outros exemplos. Forçoso concluir que tais premissas são, no mínimo, suscetíveis de discussão, para não dizer falsas, cujo exame se mostra curial para o rompimento dessas amarras que cerceiam o processo civil às raias da ordinaryidade, aniquilando as tentativas de sua evolução no caminho de uma maior efetividade.

2 JUÍZO DA VERACIDADE E JUÍZO DA VEROSSIMILHANÇA

Um exame mais detalhado da distinção entre o juízo da veracidade e o juízo da verossimilhança passa, necessariamente, pelo enfrentamento das questões de fato e de direito, sem o qual não há que falar em atividade jurisdicional.

Sem negar a existência de que a prática jurídica também se dá entre particulares – talvez até o campo maior de abrangência e de interesse do conhecimento – o que nos prende neste momento é a prática jurídica exercida pelos operadores – juiz, partes, procuradores, intervenientes – no seio do processo.

A ciência jurídica tradicional sempre estabeleceu uma dicotomia entre fato e direito, prevalecendo em juízo o dogma *da mihi factum tibi dabo ius*, o que Rigaux procura desmistificar frente à realidade da prática judicial, cujo início se dá já no primeiro contato entre a parte e o seu advogado, que cuidará de fazer uma triagem dos fatos pertinentes, expurgando deles toda a dose de emoção, de sentimentos, de especificidade, porque desinteressantes ao magistério do direito, operando-se uma expropriação dos fatos pelo direito, que exige o seu enquadramento em determinadas categorias, exercendo-se um processo de generalização dos fatos, de modo a serem "despojados do que têm de peculiar, de singular, de individual".⁷ Tais fatos, já delimitados por este processo de "purificação", serão carreados para dentro do processo, mas não isoladamente ou de forma destacada, isso porque a segunda etapa deste processo está na escolha da norma jurídica a incidir sobre estes fatos, dentre tantas que o ordenamento contempla, tarefa que tanto cabe ao advogado do autor como também ao advogado do réu, haja vista que o demandado cumprirá estas mesmas etapas, estabelecendo-se um debate contraditório, frente ao qual deverá o juiz, em pronunciamento derradeiro (em relação àquele deduzido pelas partes), fazer a escolha da regra incidente.

Neste percurso, observa Rigaux, "a qualificação é o nervo do raciocínio jurídico", exemplificando com a decisão se golpes mortais foram desferidos por um homem em outro, movidos pela vontade de matar ou se foram desferidos de forma voluntária, causando a morte, mas sem a intenção de provocar este resultado, a diferenciar o homicídio da lesão corporal

⁷ RIGAUX, François. **A lei dos juízes**, trad. De Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 47.

seguida de morte. Vale o exemplo para o processo penal, vale para os conflitos de natureza civil, como acontece na qualificação de um comportamento contratual entre venda ou doação disfarçada, a partir do preço incompatível com o bem da vida negociado.⁸ O que ampara a definição a ser levada a efeito, nestes casos, é o fato e não a norma. Mas para tanto é preciso perquirir a subjetividade do agir humano, o que só se faz possível através da avaliação do comportamento exterior, a partir de determinados indícios, peculiaridades, circunstâncias que envolvem o fato.

O processo de enquadramento ou adequação, que no passado foi responsável pelo que a doutrina alemã denominou de subsunção, hoje ganha foro diferenciado, reconhecendo-se da parte do intérprete um equilíbrio, uma harmonia, uma congruência entre o estabelecimento do sujeito – a situação de vida – e a do prejudicado – a norma incidente, pois enquanto a primeira pode sofrer de excesso de singularidade, a segunda pode pecar pela generalidade, sustentando a atividade como criadora e não somente lógica.

Exemplifica Rigaux com um caso extraído do direito penal belga: segundo antiga legislação o delito de caça era punido mais severamente se cometido mediante "engenho proibido", sem definir, porém, o que fosse "engenho proibido". Caçadores clandestinos utilizavam farol de bicicleta para cegar a caça à noite e a Corte de Cassação confirmou tal subterfúgio como tipificação do gravame. Duas formas distintas podem ser utilizadas para tanto, isto é, ou se utiliza a circunstância dos faróis de bicicleta (que constituem fato) como complementação da norma (o uso de farol de bicicleta para cegar a caça é "engenho proibido" nos termos da lei), dando-lhe conteúdo normativo, ou se a insere na prática do fato, como consequência da prova (provado que a caça foi praticada com auxílio de farol de bicicleta, resta configurada a agravante do tipo penal de "engenho proibido", o que qualifica a sentença como tautológica, de sorte que, ao fim e ao

⁸ RIGAUX, François. Obra citada, p. 49.

cabo, o juiz define os termos da lei, integrando-a com seus provimentos, de forma que o fato, enquanto fato jurídico, não existe sem a norma na qual se subsume, operando-se uma verdadeira criação do fato no processo de enquadramento, através de um movimento circulatório, até porque, como ensina Gadamer, impossível separar a interpretação do texto jurídico de sua aplicação a uma situação particular:

Em suma, "o fato" não tem existência independente da norma jurídica sob cuja hipótese deve ser subsumido. É artificialmente criado pela própria aplicação dessa norma, o que atesta bem a circularidade própria do raciocínio do jurista: os fatos não são um dado submetido à regra, é a escolha desta que permite construir os fatos que ela rege. Além disso, à expropriação dos fatos pelo direito, mas, seguindo um movimento simétrico que confirma bem a circularidade do sistema, junta-se uma expropriação do direito pelo fato: o vocabulário jurídico é invadido pela linguagem usual, ora a dos "carregadores do Port-au-Foin", ora a da técnica, até mesmo da ciência. Nem o fato nem o direito deixam-se juntar completamente nem separar radicalmente: tanto um quanto o outro são as quimeras de uma dogmática jurídica supersticiosa.⁹

Toda complexidade está exatamente nesta operação de qualificação do fato, a denunciar a atividade criadora do juiz, porquanto, uma vez superada, resta tão-somente pronunciar os deveres ou sanções decorrentes do enquadramento, que, em linguagem técnica, resulta o "dispositivo" do comando judicial, etapa onde também se processa uma atividade valorativa, que tanto pode buscar sua inspiração no direito positivo em abstrato como em outras fontes do direito, mas sempre mesclada pelos prejuízos de toda e qualquer atividade humana, daí porque não perde nem em importância nem em criatividade relativamente à primeira operação, embora já afunilada, previamente preparada em razão da triagem anterior, cuja essência traduz-se em ser um pronunciamento que não é e nunca será necessariamente a única alternativa:

Certamente, seja a decisão boa ou ruim, oportuna ou não – e não cabe à doutrina julgar isso –, a jurisdição de última instância porá necessariamente um ponto final ao litígio, mas trata-se de uma resposta ao mesmo tempo formal e fatural, que não permite

⁹ RIGAUX, François Obra citada, p. 53.

concluir que o método, ou a ausência de método, que a levou a isto o fez por inteira necessidade e que nenhuma solução alternativa poderia ter sido preferida.¹⁰

Dizendo de outra forma, as decisões judiciais serão sempre contingenciais, em qualquer circunstância (do primeiro grau ou das instâncias superiores), porque dependem deste processo criativo de apropriação (ou expropriação, nas palavras do jurista) dos fatos e da regra jurídica incidente, e que não tem sua essência alterada se é levado a efeito em sede de juízo de veracidade, comprometido com a ordinaryidade do processo, ou de juízo de verossimilhança. Ou seja, num e noutro plano, nada impede que na operação hermenêutica levada a efeito chegue-se a uma outra conclusão, diversa daquela que culminou por ser disposta, afastando-se o mito de que a amplitude de debate e de produção dos meios de prova é, por si só, suficiente para eliminar os riscos de erro.

O erro é inerente à atividade humana e dela não se desprenderá jamais, cumprindo a verdadeira sabedoria conviver com o erro e administrá-lo através de alternativas variáveis, de modo a que, uma, com ele se aprenda a superá-lo para não repeti-lo, duas, recomponha-se tanto quanto possível os seus reflexos sobre o cotidiano. Não é diferente na atividade judicial. De sorte que, se o juízo da veracidade não passa de um mito, pois produz decisões com as mesmas limitações que o juízo da verossimilhança enseja, nada justifica sua adoção paradigmática no processo vigente, considerando o elevado custo temporal que indiscutivelmente impõe aos litigantes.¹¹

3 OS FATOS E O JUÍZO DA VEROSSIMILHANÇA

¹⁰ RIGAUX, François. Obra citada, p. 72.

¹¹ Remete-se, para um maior aprofundamento do tema, o leitor para HELLER, Agnes. **Além da Justiça**. Trad. de Savannah Hartmann, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

Não há, na doutrina, um consenso sobre a verossimilhança e o juízo a partir dela elaborado. Assim, Calamandrei, partindo da afirmativa relativista de Wach (*Aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*), isto é, todas as provas não são mais que provas de verossimilhança, afirma:

Questa affermazione di relativismo processuale, fatta per il processo civile da un grande giurista, può valere ugualmente non solo per il processo penale, ma, anche fuori dal campo più direttamente processuale, per ogni giudizio storico su fatti che si dicono accaduti: quando si dice che un fatto è vero, si chi tale lo giudica, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudice dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto. Parlo, si intende, non delle verità logiche o morali, ma delle verità dei fatti accaduti, delle verità cosiddette storiche, per le quali già Voltaire avvertiva che "*les vérités historiques ne sont que des probabilités*".¹²

A partir desse enfoque, o jurista italiano conclui que para o processo e o seu resultado final não se mostra relevante a distinção entre o juízo da verdade e o juízo da verossimilhança, isso porque o julgador está obrigado a decidir, ao contrário do historiador, que pode chegar a um juízo inconclusivo, resumindo-se o problema a uma questão de ordem subjetiva e psicológica do juiz, sem relevância jurídica. Trata-se de posição comprometida com o mito do processo como produtor da certeza, onde adquire relevância a formação da coisa julgada, daí porque o instituto sempre ter sido definido como incidente sobre a declaração judicial e não sobre os fatos. A coisa julgada não se compromete com os fatos da vida, mas com o julgamento que sobre eles há de ser proferido pelo Poder Judiciário.

¹² CALAMANDREI, Piero. **Verità e verosimiglianza nel processo civile**. Rivista di diritto processuale, v. 10, p. 164-192, 1955: “Esta afirmação de relativismo processual, feita para o processo civil por um grande jurista, pode valer igualmente não só para o processo penal, mas, também fora do campo propriamente processual, para todo juízo histórico sobre fatos que se dizem acontecidos: quando se afirma que um fato é verdadeiro, se quer dizer em substância que esse alcançou, na consciência daquele que o julga, um grau máximo de verossimilhança que, em relação aos limitados meios de conhecimento que o julgador dispõe, é suficiente a dar-lhe a certeza subjetiva que aquele fato aconteceu. Falo, é claro, não da verdade lógica ou moral, mas da verdade dos fatos acontecidos, das verdades consideradas históricas, para as quais Voltaire afirmava que '*les vérités historiques ne sont que des probabilités*'”.

Malatesta, em estudo realizado sobre a prova no processo penal e divorciando-se da posição de Voltaire, entende perniciosa e falsa sob o ponto de vista do direito ter-se a certeza como mera probabilidade, buscando identificar os pontos em comuns e as diferenças entre *certeza* e *verdade*, ainda que não logre afastar-se da natureza subjetiva que a primeira carrega:

A certeza é, por sua natureza, subjetiva; mas pode considerar-se do ponto de vista de suas relações objetivas. Do ponto de vista objetivo, confunde-se com a verdade; é a verdade enquanto seguramente percebida. Ora, a verdade, em si mesma, é a própria verdade. Por isso, como objetividade, única em si, da certeza, não se revela a nosso espírito senão através de uma *conformidade simples e sem contrastes* entre a noção ideológica e a realidade ontológica e que dá lugar, sob o primeiro aspecto com verdades intuídas, sejam contingentes ou necessárias e, portanto, como certezas intuitivas. Considerando a objetividade da certeza, enquanto se revela ao espírito, não há quem não veja sua diferença da probabilidade, tomada também objetivamente e, sob este aspecto, a distinção não precisa de defesa. A probabilidade, objetivamente, não tem por conteúdo a simples verdade, como a certeza; tem um objeto múltiplice: os motivos maiores, convergentes à afirmação, juntamente com os menores, divergentes da afirmação. A certeza, considerada objetivamente, na verdade, não pode ter motivos divergentes da sua crença; a probabilidade deve tê-los; a certeza tem objeto único; a probabilidade, múltiplice.¹³

Também aqui chama a atenção o enfoque metafísico do problema, a partir da colocação da verdade como realidade estranha ao homem (no caso, o julgador), que deve buscá-la, ainda que o espírito humano seja limitado às suas próprias percepções, cujo caminho deve ser percorrido a partir da identificação e escolha dos motivos de crença e descrença, sem descartar a possibilidade de não serem levados em conta motivos que mereceriam ser considerados, concluindo:

Portanto, a probabilidade é graduável. Mas não se pode determinar a graduação com termos fixos, pois o número dos motivos que em abstrato podem vir a influir nela é indefinido. Quanto aos motivos que, em concreto, são levados em conta, existe sempre neles, em primeiro lugar, algo indeterminado que foge à adição numérica e, também, não é simplesmente o número dos motivos que determina o grau de probabilidade, mas especialmente sua *importância*, valor lógico que não se pode determinar aritmeticamente.¹⁴

¹³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. De Paolo Capitanio, 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2001, p. 59-60.

¹⁴ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. Obra citada, p. 66.

No direito brasileiro, Carreira Alvim, após definir o juízo de probabilidade, sob cujo ângulo deve ser vista a verossimilhança, como resultante da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são contrários (divergentes) e dos respectivos pesos, na mesma linha de Malatesta e partindo do exemplo por ele citado das esferas pretas e brancas numa caixa, desdobra a situação hipotética em alternativas diferentes, visando melhor definir o sentido que pretende atribuir ao vocábulo *probabilidade*: em uma caixa são colocadas cinco bolas brancas e cinco bolas vermelhas, o que leva a concluir pela dificuldade de prever de que cor será a bola retirada, estabelecendo-se um juízo de dúvida, porque tudo fica no campo da possibilidade. À medida, porém, que as bolas vermelhas vão sendo trocadas pelas bolas brancas, aumenta a chance de ser retirada uma bola branca, estabelecendo-se a probabilidade em favor desta última alternativa, ao ponto de chegar-se à quase certeza de retirar-se uma bola branca quando nove delas forem desta cor e apenas uma vermelha. Arquetizada esta metáfora, conclui:

No exame do pedido de antecipação de tutela, o juiz não foge a esse juízo crítico dos fatos e do direito, do qual resultará, ou não, o convencimento da verossimilhança, para fins de concessão ou denegação do provimento antecipado. É claro que formar *opinião* ou ter como *provável* determinada alegação não é tão simples quanto tirar bolas brancas ou vermelhas de uma caixa, o que é perfeitamente compreensível. Mas, *modus in rebus*, vale a comparação. Não se perca de vista que a "opinião", uma vez externada no processo, converte-se em "decisão".¹⁵

4 VEROSSIMILHANÇA COMO *PREJUÍZO*

Para a filosofia, *verossimil* pode ter dois sentidos distintos. O primeiro, quando refere algo que se assemelha à verdade, sem ter a pretensão de ser verdadeiro, como se verifica em Aristóteles, ao se referir à estética: "Narrar coisas efetivamente acontecidas não é tarefa do poeta; dele seria a tarefa de representar o que poderia acontecer, as coisas possíveis, segundo verossimilhança ou necessidade". Seu compromisso é tão-somente guardar correspondência às

¹⁵ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 158.

regras da possibilidade lógica ou das possibilidades teóricas ou humanas. O segundo, identifica verossímil com o provável, ainda que a verossimilhança represente a idéia de aproximação da verdade abrangente, combinando verdade com conteúdo, enquanto que a probabilidade combina a verdade com a falta de conteúdo.¹⁶ No campo do Direito, verossimilhança se afina com este segundo sentido, guardando, porém, peculiaridades próprias, podendo ser definida como o poder de formar convicção a partir dos fatos alegados e provas produzidas, ainda que de forma sumária, autorizando, como consequência, emanação de um juízo de conteúdo jurídico, capaz por si só de administrar a situação de fato dos litigantes em relação ao bem da vida perseguido em juízo, mesmo que provisoriamente, o que implica adentrar no plano do mérito da relação jurídica subjacente. Não é outro o ensinamento de Baptista da Silva:

Com efeito, o Juiz, ao conceder uma medida liminar, emite um provimento cujo conteúdo pode ser decomposto nos seguintes elementos eficaciais: a) um juízo de simples plausibilidade do direito invocado pelo autor, o que caracteriza o componente declaratório, embora atenuado, existente na decisão liminar; b) com base neste pressuposto, emitirá o magistrado uma ordem. O Juiz comporá o ato jurisdicional mais ou menos deste modo: "Tenho como verossímil, pelos elementos de prova de que disponho, a existência do direito de que o autor alega ser titular; e, com base nesse juízo de verossimilhança, ordeno que se tome esta ou aquela providência". Se a ação for uma possessória de reintegração, ordenará o Juiz a imediata imissão do autor na posse da coisa que ele fora privado pelo demandado. Quer dizer, o magistrado, com base nessa avaliação de simples verossimilhança, concede ao autor o que este somente conseguiria pela sentença final de procedência.¹⁷

Nessa trilha, juízo de verossimilhança traduz um *prejuízo*, isto é, um julgamento antecipado, amparado em apreciação dos fatos, através da avaliação da prova, e pronunciamento da regra incidente, esgotando todas as etapas que definem o enquadramento ou subsunção do fato ao direito, a exemplo, ainda que não na mesma extensão, do que ocorre com as sentenças que o

¹⁶ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1.000.

¹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Decisões interlocutórias e sentenças liminares obra citada**. Obra citada, p. 147-148.

sistema tem como definitivas e finais, à luz do art. 269, do CPC, com ou sem procedimento subsequente de cumprimento de sentença (art. 475-I, do CPC).

A questão que se impõe e merece atenção dos juristas é até que ponto a positivação no ordenamento jurídico está atenta e comprometida com essas ponderações, ao efeito de não inviabilizar a emanção de juízos alimentados pela verossimilhança,¹⁸ e, de outro lado, como definir a linha limite de atuação do julgador, atuação essa revestida de um poder de criação do direito do caso concreto, sem embargo de sua provisoriedade, poder esse que não pode ser ilimitado ou imune ao controle democrático.¹⁹ Mas o que é certo e inarredável é o desdobramento a ser levado a efeito, com a avaliação dos fatos, naturalmente sob a ótica da sumariedade probatória, e a escolha da norma jurídica, dois momentos lógicos que se interligam por força do *prejuízo*, configurando um agir hermenêutico, de historicidade e contingencial.

O tema, assim posto, tem comprometimento imediato com a efetividade e a tempestividade da prestação jurisdicional, garantias constitucionais da cidadania e que não se exaurem nas sentenças definitivas e qualificadas pela coisa julgada.

Por outro lado, compreendendo-se o juízo de verossimilhança como um *prejuízo*, afasta-se a pernicioso discussão sobre o erro – que não é privilégio das decisões proferidas com fundamento na verossimilhança, porque também convive o erro com as decisões definitivas e exaurientes. Não é sem razão que o sistema jurídico pátrio autoriza a ação rescisória, prova maior de que a ordinariedade, o juízo da veracidade e plenitude de cognição não são capazes de afastar ou impedir a ocorrência do erro na prestação jurisdicional.

¹⁸ A título de exemplo, o parágrafo 2º do art. 273, do CPC (*Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*).

¹⁹ Como dispõe o parágrafo 5º do art. 461, do CPC (*Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial*).

5 O JUÍZO DE VEROSSIMILHANÇA E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Estamos às vésperas de um novo Código de Processo Civil, tramitando no Congresso Nacional, mais precisamente na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 8.046, de 2010, substitutivo ao Projeto de Lei n. 166, de 2010, que teve origem no Senado Federal.

Importa, pois, discutir como o novo texto está enfrentando o juízo de verossimilhança no (novo) processo proposto.

Por primeiro, utilizando-se dos recursos informatizados, é importante e até sintomático registrar que as expressões *verossimilhança* e *verossímil* aparecem, cada uma, uma única vez apenas na Emenda n. 34, de autoria do Senador Adelmir Santana, proposta essa que veio a ser rejeitada conforme conclusão final do parecer e que foi formulada nos seguintes termos

O Senador Adelmir Santana propõe a alteração do caput do art. 283 (leia-se, do PLS n. 166/2010), com a substituição da palavra plausibilidade constante do projeto pela palavra verossimilhança (o grifo é nosso), constante do CPC em vigor. A justificativa é no sentido de que a palavra plausível tem o sentido de “razoável”, “que faz sentido”, “que se pode aceitar”, enquanto o sentido da palavra verossímil (o grifo é nosso) é o daquilo que se assemelha à verdade”. A palavra plausibilidade confere assim maior liberdade ao juiz para decidir, com critérios mais flexíveis, sendo por isso inadequada.²⁰

O fato é que nem *verossimilhança* nem *verossímil* são expressões utilizadas tanto no projeto original, trabalhado no Senado Federal, nem no texto substitutivo por essa Casa encaminhado à Câmara dos Deputados.

²⁰ Do Relatório do Senador Valter Pereira, no *site* da Câmara dos Deputados, no *link* especialmente dedicado ao Projeto do novo Código de Processo Civil.

O texto do art. 283 do PLS n. 166/2010,²¹ criticado na emenda do Senador Adelmir Santana, veio acolhido no Substitutivo pelo art. 276, sem qualquer alteração, estando assim redigido

Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Parágrafo único. Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

Pela importância do tema aqui tratado, importa enfrentar se a troca da expressão *verossimilhança* por *plausibilidade* autoriza a conclusão de que se está construindo um novo modelo processual capaz de conviver com decisões que se caracterizem pela contingência, pela provisoriedade, pela sumariada do debate fático-jurídico.

Forçoso concluir que não. Justifica-se essa afirmação ao se aprofundar como as decisões a serem proferidas em sede de tutelas de urgências – universo fértil a gerar provimentos judiciais no exercício da verossimilhança – são contempladas no texto em comento.

O contexto de sua previsão legal está profundamente comprometido com alguns dogmas que alimentam o processo hoje praticado e objeto de reforma, dogmas esses típicos do processo plenário, a saber:

a) decorrem de um processo principal, em curso ou a ser intentado, onde a ordinariade imperará. Não é por outra razão que foram reunidas as tradicionais medidas antecipatórias (no atual Código contempladas nos arts. 273, 461, § 3º e 461-A, § 3º, além de previsão específica em

²¹ Código de Processo Civil: Anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

procedimentos especiais) e as cautelares (Livro III, do CPC) em um Título que integra a parte geral do processo.²²

Deixou o projeto de atentar para certas medidas de urgência, de forte caráter satisfativo e sumário que não vinculam obrigatoriamente sua posterior discussão em processo ordinário e plenário, as quais não encontram espaço de tutela nessa previsão. A exemplo, tutelas de busca e apreensão de pessoas e coisas que podem dispensar o processo principal porque o conflito de direito material se esgota com o cumprimento da ordem.

b) Com a previsão das tutelas de evidência, ao lado do desaparecimento de certos processos substancialmente sumários, como o procedimento monitório, pretendeu-se cobrir as hipóteses das técnicas de inversão do contraditório, contrapondo-se à tutela de urgência, essa sistematicamente, na redação do Código vigente e no Projeto, atrelada ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação, porque fundamentada a pretensão e o seu reconhecimento em situações de incontrovérsia (em grau absoluto ou preponderante) dos fatos litigiosos, como se pode verificar da leitura do art. 278 e seus incisos:

Art. 278. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

²² Nesse sentido, o art. 269: *A tutela de urgência e a tutela de evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.*

IV – a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Ainda que a proposta se apresente como inovadora, regulamentando em capítulo próprio a tutela de evidência e suas características ínsitas, que não se confundem com a tutela de urgência fundamentada no risco de dano, o fato é que o Projeto a manteve vinculada a um processo ordinário e plenário, dele não logrando se divorciar, o que se mostra nocivo a um modelo de jurisdição que componha conflitos, de forma efetiva e tempestiva, ainda que fundada a decisão no juízo de verossimilhança.

c) Na tutela de urgência, seu comprometimento com a presença irrenunciável do dano e da cláusula da lesão grave e de difícil reparação. Exemplos disso o disposto no art. 270 do Substitutivo,²³ art. 276,²⁴ art. 279,²⁵ a exigência de caução, medida que está atrelada à ideia do dano.²⁶

Deixou o Projeto de contemplar a tutela contra o ilícito, despregada do dano em sentido estrito enquanto mera apuração econômica. Nas novas relações de direito material, como aquelas oriundas do direito consumerista, de microssistemas onde patente a condição de hipossuficiente de um dos sujeitos de direito como em planos de saúde, seguridade, educação, moradia e também em relação às obrigações do Estado para com a concretização dos direitos sociais assegurados no art. 6º, da Constituição Federal, o sistema processual deveria se servir de uma tutela mais específica, onde o dano é presumível, e que só encontraria efetividade na prestação jurisdicional

²³ *O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outra lesão grave e de difícil reparação.*

²⁴ *Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação.*

²⁵ *A petição inicial da medida cautelar requerida em caráter antecedente indicará a lide, seu fundamento e a exposição sumária do direito ameaçado e do receio de lesão.*

²⁶ *Parágrafo único do art. 276: Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.*

se autorizada a prolação de decisão base no juízo de verossimilhança, porque qualquer remessa para a cognição plenária configuraria verdadeira negativa de prestação jurisdicional.

d) Agrega-se, ainda, a previsão expressa na redação do Substitutivo enquadrando as decisões proferidas em sede de tutelas de urgência ou evidência como passíveis de reexame via recurso de agravo de instrumento. Nesse sentido, dos arts. 271 e seu parágrafo único²⁷ e 969,²⁸ não remanesce qualquer dúvida que o modelo se ajusta em situação até de retrocesso em relação à atual redação do art. 273, do CPC, onde ainda vigora que para o conhecimento do agravo de instrumento é necessário demonstrar a presença da cláusula da lesão grave, portanto exame a ser procedido quando da admissibilidade recursal pelo tribunal a quo, autorizada a sua conversão em agravo retido, exigência essa que se estende, também às decisões proferidas em sede de provimentos antecipatórios ou liminares em ações cautelares.

A previsibilidade de recurso específico em casos tais retira do comando judicial a força dos juízos de verossimilhança, pela absoluta incompatibilidade desses com a plena devolução de conhecimento a uma outra instância.

Isso porque o juízo de verossimilhança está comprometido com o juízo de discricionariedade, compreendida essa como um julgamento de prudência. Prudência como discricção, como forma de escolha entre mais de uma opção possível ou viável. Escolha politicamente responsável, fundamentada, pesada, avaliada. Assim compreendida, a decisão proferida em sede de juízo de verossimilhança não passa nem pode passar – ao contrário das decisões alimentadas pela certeza – por inúmeras e subsequentes instâncias recursais, esgotando-se perante o seu juízo prolator.

²⁷ *A decisão será impugnável por agravo de instrumento.*

²⁸ *Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas de urgência ou de evidência; (...).*

Esses quatro alinhamentos ora deduzidos, embora não tenham o poder de exaurir a problemática apresentada, são fortes indicativos que o novo Código não só ratifica o paradigma contemplado no Código de 1973, como em nada agrega substancialmente, operando-se apenas a reforma procedimental do instituto das decisões de urgência, permanecendo a histórica resistência e negação aos juízos fundados na verossimilhança, tema explorado à saciedade por Baptista da Silva, ao denunciar a íntima relação entre a cognição sumária, a tutela interdital e o juízo de verossimilhança, a saber

Fica igualmente demonstrada a íntima relação entre *cognição sumária* e tutela interdital, pois como já vimos a concessão do interdito, pelo pretor romano, apoiava-se necessariamente em *summaria cognitio*, motivo, aliás, historicamente determinante da recusa que a doutrina invariavelmente opôs ao reconhecimento da natureza jurisdicional da tutela interdital. Como disse Bonfante (v., *supra*, p.36), o interdito era um “mero comando” – como hoje seria um provimento liminar – não um julgamento, capaz de configurar um ato jurisdicional. Para a doutrina tradicional, não há julgamento quando o magistrado apóia-se em juízo de verossimilhança (*fumus boni iuris*). Daí a razão pela qual o art. 273 do Código de Processo Civil autoriza a *antecipação dos efeitos* nunca a antecipação da própria tutela, naturalmente presumindo-se que *antecipar julgamento provisório* equivale a não antecipar julgamento algum.²⁹

A manutenção do sistema em vigor no tema que diz com os juízos de verossimilhança nos leva a indagar, como operadores do direito, se o novo Código poderá se afigurar como uma vitória pírrica, se de fato estamos defendendo um novo paradigma de processo e de jurisdição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, não se ignora que os valores *segurança jurídica* e *efetividade/tempestividade da prestação jurisdicional* no mais das vezes não coabitam nem podem coabitar, rejeitando-se mutuamente. Em nenhum momento se defendeu neste trabalho a

²⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 191.

rejeição ao valor da segurança jurídica, nem a proposta de que o ordenamento processual, responsável pela condução da jurisdição, deva repudiá-la, até porque cediço que a segurança jurídica é desejável num Estado de Direito, mas também há de prevalecer a compreensão de que embora desejável, não é um valor absoluto que se sobrepõe e deve se sobrepor a outros valores que a jurisdição e o processo carecem cultivar.

Mais precisamente quanto ao juízo de verossimilhança, que se opõe ao juízo da certeza, sua adoção por um Código que se propõe como pós-moderno, voltado a um processo aderente às novas ondas de conflitos de direito material que não mais se esgotam na individualidade, alcançando foro de conflitos coletivos e conflitos repetitivos de massa, é uma exigência que o sistema jurídico deve atender, sob pena de não tutelar adequadamente os direitos fundamentais, individuais ou coletivos, desgarrando-se da sociedade o que representa, em última análise, a própria negativa do Direito, pois Direito e Sociedade estão entrelaçados a não permitir quaisquer desenlaces.

E o momento se mostra adequado e oportuno, na medida em que tramita no Congresso Nacional proposta de um novo Código de Processo Civil, para abrir o debate sobre o rompimento com uma prática atrelada ao superado racionalismo do processo, com o endeusamento do processo de conhecimento, de características ordinária e plenária, e do valor certeza e da verdade absoluta, quimera que o cotidiano forense já cuidou de exorcizar. É preciso, apenas, que se desvele essa realidade.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. Rivista di diritto processuale, v. 10, p. 164-192, 1955.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: Anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método**. V. I. Trad. espanhola de Manuel Olasagasti, 7ª ed., Salamanca: Sígueme, 1997.

HELLER, Agnes. **Além da Justiça**. Trad. de Savannah Hartmann, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. De Paolo Capitanio, 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2001.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Trad. De Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SILVA, Ovídio A. **Decisões interlocutórias e sentenças liminares**, In AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, V. 51, Porto Alegre: Diretoria da Revista de Jurisprudência e Outros Impressos, Tribunal de Justiça, 1991, p. 126-149.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Processo e Ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.