

APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO - JUÍZOS DE VEROSSIMILITUDE E PROBABILIDADE

ADOLPHO C. DE ANDRADE MELLO JR.

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Estácio de Sá

I - INTRODUÇÃO

A proposta deste ensaio, e o próprio título sugere, é transitar sobre escopos do exercício de Jurisdição, o processo judicial como base dialética e capaz de instrumentalizar a argumentação, assim também, ponto nodal, abordar aspectos atinentes à formação de juízo na aplicação do Direito, atento aos fatores de probabilidade e verossimilhança.

Na verdade, a grande dificuldade em laborar o Direito e o complexo normativo que formalmente o revela, é sempre fazê-lo atual, mormente para o julgador chamado a discernir os conflitos sociais, individuais ou coletivos.

Conhecer o Direito, é apreender a sua essência e finalidade. E só é possível a apropriação da lógica que o Direito encerra, através dos métodos de interpretação, procedimentos intelectivos voltados para a aproximação congruente do fato social à norma adequada. Em exercício de jurisdição, a aproximação prefalada resulta numa solução normativa, revelada pela sentença, ato jurisdicional que encerra inteligência e vontade, numa simbiose de componente declarativo.

Na aplicação do Direito, outrossim, é sempre necessário buscar a razão social de existência da norma adequada para servir de preceito à solução judicial do litígio, do caso submetido à atividade jurisdicional. Há que se ter em mente que a ordem normativa destina-se a trazer uma vantagem social. Aliás, a observância da ordem social vigente é imperativo que se extrai do artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Harmonia entre a regra a ser aplicada, depreendida pelos critérios e métodos de interpretação, e dos fins sociais do Direito e às exigências do bem comum.

Todo o trabalho de apropriação, aproximação e solução normativa desenvolve-se no transcurso do processo judicial. É o processo que acon-

chega os fatos e emoldura o tema da decisão. É o processo judicial que, na otimização do debate, participação no transcurso de uma relação jurídica, possibilita, à luz da construção histórica dos fatos (provas), a enumeração dos argumentos que constituirão os motivos da sentença. A sentença judicial, por conseguinte, deve ser resultado de induções e deduções, sem a preocupação de estabelecer verdade universal ou proposição geral, mas só certeza jurídica do caso concreto. E aí entra, para a formação de juízo, a reflexão sobre os conceitos de probabilidade e verossimilhança, tópico específico e final deste trabalho.

II - JURISDIÇÃO, SEUS ESCOPOS

Uma das expressões do Poder de soberania denomina-se jurisdição. O exercício de jurisdição, por conseguinte, tem assento constitucional. É a Constituição da República que lhe dá vida, delimita a atuação, e impõe a observância de normas inafastáveis, dentre as quais a que exige a fundamentação antecedente ao dispositivo, *decisum*, ato conclusivo de julgamento. É na fundamentação, motivos e razões de decidir, onde o magistrado deverá alinhar as premissas, proposições de formação do convencimento. São os motivos que dão legalidade e legitimam o julgamento, desde que estejam aqueles em harmonia com a ordem jurídica, social e justa. Ao nosso sentir, outra não pode ser a concepção, posto que a República Federativa do Brasil, além de constituir um Estado Democrático de Direito, é flagrantemente social, pois assentada nos objetivos fundamentais da liberdade, justiça e solidariedade. Sem o ingrediente da vantagem social, o exercício da jurisdição não exsurge legítimo.

Numa perspectiva de resultado final, é possível compreender como três os escopos da jurisdição. Declara-se o direito aplicável para a preservação da ordem jurídica. Declara-o para proteção do bem juridicamente tutelável. Dispõe-se a norma jurídica de solução do litígio, de forma a alcançar uma regra de justiça. Preservação da ordem jurídica, proteção dos bens e justiça, são as finalidades da jurisdição. Cada uma das partes, no exercício de técnica de argumentação sentencial, deve resultar num todo lógico, ou melhor, quase-lógico, sabido que a formação de juízo é dedutiva e indutiva, sem foro de irrefragável verdade, absoluta e universal.

A manutenção da ordem jurídica, pondo-a livre de perigo, dano ou subversão corruptiva, é a finalidade legalista da jurisdição, de conteúdo positivista. Preserva-se a ordem jurídica constituída, arrostando o perigo através

de tutelas inibitórias, ou quando já violada, restaurando-a com a disposição de comando judicial hábil a ensejar a prevalência da Lei. A proteção do bem juridicamente tutelável, também espera-se do exercício da jurisdição, desde que compossível o abrigo dentro do ordenamento, do complexo normativo que além de disciplinar a vida de relação - o dever-ser, define a sanção para as hipóteses de quebra ou ameaça dos imperativos, e obriga o intérprete e o operador do Direito a extraírem do contexto legal o que melhor se acomode com os fins sociais e às exigências do bem comum. Segue-se daí, que só se cumpre a quase-lógica da jurisdição, modelando o exercício dentro dos parâmetros de justiça. E é a idéia de justiça social que encontra-se no núcleo da nossa ordem constitucional, onde se quer uma sociedade livre, justa e solidária. Destarte, pode-se afirmar que as três partes resultam num todo cuja parametricidade é a justiça, solução justa dos conflitos. Não é o menoscabo à lei, mas sua interpretação consoante com os objetivos fundamentais da República, insculpidos na Constituição Federal. Não é tratar com desdém o bem tutelável, mas vê-lo, se num contexto conflituoso este merece tutela concreta por estar em harmonia com a ordem normativa, social e solidarista; em congruência com o Direito plasmado na Constituição.

III - INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO JUDICIAL

O processo judicial é um meio de debate que o Direito põe à disposição do Estado para que este possa se desincumbir da relevante tarefa de julgar; julgar os conflitos de interesses; julgar os abusos contra as liberdades públicas; e até julgar a ilegitimidade ou não da norma ou ato do Poder Público frente à Constituição Federal. É certo, ante o tema proposto e que ousamos tratar, que iremos incursionar pelo processo como instrumento de jurisdição ordinária, capaz de possibilitar a solução das lides.

Sendo um meio de debate judicial, o processo é essencialmente dialético, dinâmico, finalístico, progressivo e encerra uma relação entre partes da qual exsurtem direitos, deveres, ônus e sujeições. O processo contém uma relação jurídica, e é no seu transitar, que se concretiza o diálogo unido por um objetivo comum, a sentença do Estado. Prossegue-se daí, que não é forçoso afirmar que a sentença do Estado decorre do processo, não como trabalho pronto, mas peça que se delineia durante a instância, o movimento da relação. É o pôr, o contrapor e o compor. Cada personagem do processo, nele exerce papel de relevância, e durante a trama, cobra-se do Juiz a prestação jurisdicional com equidistância e imparcialidade e das partes litigantes,

que obrem com lealdade e boa-fé.

Como já ressaltado, podemos identificar no processo judicial um instrumento de participação democrática, dos mais eloqüentes, vez que direta, isonômica e decisiva para a legitimidade da sentença do Estado, que é definitiva e inafastável; primeiro momento para a positivação da certeza jurídica do caso concreto. Fala-se no primeiro momento, porque só se alcança a certeza jurídica na imutabilidade dos efeitos da sentença que decorre da coisa julgada.

A proteção do processo judicial advém da própria Constituição Federal, que o quis como garantia dos direitos individuais e coletivos. Garantia que se exprime no contraditório, no direito de cientificação e reação que compõe o cerne do denominado devido processo legal.

Para a aplicação judicial do Direito, o processo judicial é indispensável. Não há a possibilidade de argumentação judicial, em forma de decisão, sem o processo. Primeiro a dialética, seu desenvolvimento, depois, e ao final, a fala do Estado, o qual, em forma de sentença, deverá estabelecer não a demonstração do seu juízo, mas a síntese da discussão e controvérsia jungida à linha argumentativa que elegeu para a solução do litígio. E é na argumentação que se busca encontrar a regra de justiça. A regra de justiça é o que se deve concretizar com o processo judicial. Não é uma regra pronta, apriorística e impermeável, mas elaborada no curso do processo judicial, e nele moldada para o caso concreto submetido à dicção do Estado-Juiz.

A instrumentalidade do processo judicial situa-se na concepção de meio. O processo é um meio e não um fim. O fim é a concretização da regra de justiça, que com ele se possibilita. E a chamada regra de justiça, preceito da decisão judicial, nada mais é do que o todo, o resultado dos três escopos da jurisdição, sobre os quais aludimos no tópico antecedente.

Ademais, e por importante, há que se aduzir que a argumentação judicial deve amoldar-se no que foi processualmente feito, até porque ato final de uma série de outros que o antecederam de forma legitimante. Exsurge do convencimento instruído pelo trabalho de hermenêutica jurídica, e valoração das provas. É o ponto máximo. E aí situa-se a problemática da percepção necessária para extrair-se das deduções e induções as proposições que irão servir para o julgamento. Nessa seara vem à lume a formação de juízos de probabilidade e verossimilhança.

IV - JUÍZOS DE VEROSSIMILITUDE E PROBABILIDADE

Conforme acentuado por Piero Calamandrei, em ensaio publicado

nos **Studi in onore di Giuseppe Valeri**, V. I, Milano, Giuffré, 1955, e inserido na obra **Direito Processual Civil**, editada pela Bookseller, Campinas, volume III, 1999, “... *Todo juízo de verdade se reduz logicamente a um juízo de verossimilitude* ...”. Na esteira do citado mestre, trata-se de asserção de relativismo processual, onde o processo judicial concebe-se como instrumento capaz de possibilitar a construção de juízo histórico a respeito de fatos conflituosos, mas ante a falibilidade humana, marcado pela subjetividade do julgador.

A busca da verdade, dita real, ou substancial, é labor insano e compromete a efetividade do processo enquanto instrumento da jurisdição. Nos escritos de Calamandrei, vindo à página 270 da Obra citada, observa-se: “... *Todo o sistema probatório civil está preordenado, não a consentir, senão diretamente a impor ao juiz que se contente, ao julgar a respeito dos fatos, com o sub-rogado da verdade que é a verossimilitude. Ao juiz não lhe é permitido, como se lhe permite ao historiador, que se permaneça incerto a respeito dos fatos que tem que decidir; deve de qualquer jeito (essa é sua função) resolver a controvérsia numa certeza jurídica. Para obtê-lo, se vê constrangido com extrema ratio a se contentar com o que alguém continua chamando verdade formal, conseguida mediante o artifício das provas legais e o mecanismo autônomo da distribuição da carga da prova; mas mesmo quando, no sistema das provas livres, parece que a liberdade de apreciação fosse instrumento mais adaptado para a consecução da chamada verdade substancial, a avaliação, mesmo que livre, leva em todo caso a um juízo de probabilidade e de verossimilitude, não de verdade absoluta ...*”.

Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, em **Tratado da Argumentação**, enfatizam que “... *O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo. ...*”. Seqüenciando, argumentam que: “... *A verossimilhança se aplica a proposições, notadamente as conclusões indutivas e, por isso, não é uma quantidade mensurável, ao passo que a probabilidade é uma relação numérica entre duas proposições que se aplicam a dados empíricos específicos, bem definidos, simples ...*”. (**Tratado da Argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 01 e 78).

Na apreciação dos fatos relevantes, evidenciados no processo judicial, e na aplicação do Direito, o juiz deve se valer, na sua argumentação, dos conceitos de verossimilitude e probabilidade, numa simbiose perfeita e suficiente capaz de legitimar a ordem decisória. A verossimilitude advém

de juízo por indução, intelectual, instruído pelas regras de experiência que se prestam para harmonizar a *mens legis* à realidade social, com definição de atualidade. As chamadas regras de experiência exsurtem de percepções do intelecto e do sensorial hauridas da interação do observador com o meio social. A repetição dos resultados dá margem ao surgimento das chamadas presunções *hominis*, as quais, nada mais revelam do que o direito aparente na concepção do que é justo e atual; e podem ser utilizadas como proposições argumentativas de decisão judicial. A vantagem da prática é a de fazer com que o Direito cumpra a sua finalidade de atuar sobre as tensões sociais, de forma efetiva.

O juízo de probabilidade, ao contrário do de verossimilitude, não decorre da aparência do direito por indução, mas da percepção de dados concretos traduzidos no processo judicial. A aquisição do conhecimento é necessária para possibilitar a argumentação judicial, não com vistas ao estabelecimento de verdades absolutas, mas de certeza do caso concreto, que é subjetiva ante a pessoalidade do agente judicial. A probabilidade suficiente retira o juiz daquele estado de angústia que a procura da certeza objetiva, verdade real, impõe-lhe. O juízo de probabilidade permite que o julgador conviva com as suas limitações, e bem assim, que ele não se transforme no algoz do processo judicial, contaminando a sua essencialidade como instrumento de paz social que é. Julga-se com segurança, não quando se procura o humanamente inalcançável, mas quando se atinge um número suficiente de dados que conexiados entre si, possibilitem a argumentação silogística, com fundamento na instrução processual.

A argumentação judicial é fruto de análise realística e funcional. Não é o desenvolvimento meramente hipotético, e nem a retórica do que poderia ser. E aí situam-se os juízos de verossimilitude e probabilidade como concepções de julgamento hábeis a ensejar a teleologia da Jurisdição e do Processo judicial que lhe serve de instrumento, sempre tendo em vista não a segurança jurídica inatingível, mas a efetividade da função jurisdicional atenciosa com os valores da Justiça do caso concreto.

V - CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, ousou reflexionar sobre o assentado pelo professor Cândido Rangel Dinamarco, em sua “Instrumentalidade do Processo”, onde com proficiência alude: “... *Mesmo não sendo o juiz equiparado ao legislador, o seu momento de decisão é um momento valorativo e, por isso,*

é preciso que ele valore situações e fatos trazidos a julgamento de acordo com os reais sentimentos de justiça correntes na sociedade de que faz parte e dos quais ele é legítimo canal de comunicação com as situações concretas deduzidas em juízo. Ele tem na Lei o seu limite, não competindo ao Poder Judiciário impor os seus próprios critérios de justiça ou de equidade, mas esses limites têm valor relativo, a saber: sempre que os textos comportem mais de uma interpretação razoável, é dever do juiz optar pelo que melhor satisfaça ao sentimento social de justiça, do qual é portador ... Ele há de interpretar a prova e os fatos, também, por esse mesmo critério. (“A Instrumentalidade do Processo”. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1990, p. 458).

Lição sobre formação de juízo. A solução do litígio é a resultante da aplicação do Direito. E a aplicação advém com a demanda e o processo judicial, onde ao julgador impõe-se a percepção da normativa adequada e a valoração das provas ante os fatos principais do conflito. A percepção é indutiva, exercício de raciocínio, e a valoração dedutiva, relação numérica aferível concretamente. O juízo de verossimilitude estimula-se pela percepção indutiva do Direito, a possibilidade (não verdade absoluta) do complexo normativo que encerra, conformar-se como solução razoável do caso submetido a julgamento. E aí entram os ingredientes da atualidade e da escala axiológica da sociedade, além dos fins sociais da norma, contextura solidarista do ordenamento constitucional, e os padrões de justiça social. O final deve revelar a chamada regra de justiça, conclusiva da argumentação judicial a preambular o comando das decisões.

Quanto ao juízo de probabilidade, este é numérico, dedutivo, como dito. É o juízo dos fatos e das provas. Decide-se com segurança, quando o somatório dos dados traduzidos pelas provas alcançar patamar de suficiência dentro de um senso comum.

A argumentação do julgamento, trabalho de formação do *decisum*, deve se instruir na verossimilhança e na probabilidade, induções e deduções hauridas do processo judicial que é instrumento essencialmente dialético hábil e capaz de legitimar a função jurisdicional, de aplicação do Direito, como certeza jurídica do caso concreto, e não como meio para a revelação de verdades e certezas absolutas. ◆